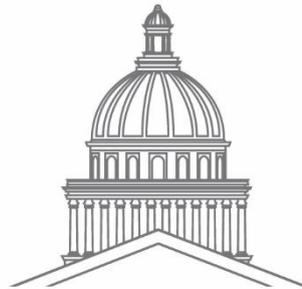


**Université Paris II- Panthéon-Assas**  
école doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en Droit  
soutenue le 16 décembre 2021

**Les attentes légitimes en droit  
international économique**

Thèse de Doctorat / décembre 2021



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**Yoleth Emilia Lainez Calderon**

Sous la direction de Yves Nouvel  
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

M. Emanuel Castellarin, Professeur à l'Université de Strasbourg, rapporteur

Mme. Saïda El Boudouhi, Professeure à l'Université Paris 8, rapporteuse

M. José Caicedo, Docteur en droit, Avocat Associé Mayer Brown Paris



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## **Remerciements**

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Yves Nouvel, qui a bien voulu diriger cette thèse et qui m'a guidée à chacune de ses étapes. C'est grâce à sa patience, à sa confiance et surtout à la liberté qu'il m'a dès l'origine accordée que j'ai pu aller plus loin dans la recherche afin de proposer une étude complète sur le sujet que j'ai choisi de traiter.

Je remercie ensuite ma mère, mon mari, ma famille et mes amis qui m'ont toujours soutenue et encouragée pendant cette expérience et ont surtout été compréhensifs lorsqu'ils m'ont perdue de vue. Je tiens notamment à vous remercier pour vos mots de soutien et surtout de m'écouter parler pendant des heures d'un sujet qui, finalement, ne passionnait que moi ! Je sais à quel point vous vous efforciez de le comprendre afin de pouvoir l'expliquer aux autres ! Je suis très chanceuse de vous avoir !

Mes remerciements vont également à mes nombreux relecteurs qui ont toujours su me donner un avis objectif et sérieux, qui m'a assurément aidé à mieux structurer mes idées.

Même si rédiger une thèse est un travail solitaire, il y a eu des lieux et des personnes qui m'ont presque permis de l'oublier, cela est notamment le cas de l'Institut des Hautes Études Internationales où les doctorants avaient toujours les mots justes pour m'encourager et de manière générale toutes les personnes présentes qui étaient toujours à l'écoute et prêtes à m'aider surtout quand les inévitables moments de découragement m'envahissaient.

*Last but not least*, j'ai eu l'énorme chance de commencer cette aventure avec deux personnes de ma même promotion de master 2 qui ont toujours été là tout au long de cette belle expérience. Ils ont été mon soutien, mes confidents et des conseillers, toujours présents pour me rappeler que nous n'étions pas loin de la fin et surtout que nous franchirons cette étape ensemble. Je pense pouvoir affirmer qu'on a réellement grandi personnellement et professionnellement ensemble !

La rédaction d'une thèse est beaucoup plus qu'un travail de recherche et de rédaction. C'est une opportunité d'évoluer et de s'efforcer toujours à aller plus loin et à faire mieux. C'est aussi apprendre à s'arrêter, prendre du recul, recommencer et puis continuer. C'est apprendre à vivre en peu de temps et ce sont des leçons qui restent à vie afin d'être appliquées au quotidien pour s'améliorer un peu plus tous les jours.

C'est maintenant avec mélancolie que je me rends compte que c'est enfin fini.

## **Résumé**

Les attentes légitimes sont une notion propre au droit international économique. Il s'agit d'une notion empruntée au droit interne de plusieurs États ainsi qu'au droit européen. Nous partons de l'hypothèse que cette notion existe au sein de chacune des branches du droit international économique mais avec différents degrés d'évolution. Cette notion peut prendre la forme d'un standard ou d'un principe général du droit. Il est généralement admis qu'elle se manifeste lors d'un rapport juridique entre au moins deux individus, lorsque l'un des deux fait des représentations ou assurances créant ainsi dans l'esprit du bénéficiaire une attente légitime sur une situation déterminée. Cependant, elle requiert la réunion d'autres éléments qui permettent de la distinguer du simple espoir. Néanmoins, malgré son importance, à ce jour, la notion d'attentes légitimes n'a pas fait l'objet d'une définition précise. Cette thèse vise à combler cette lacune en identifiant ses éléments constitutifs. Les attentes légitimes sont entendues de deux manières : d'une part, comme les attentes fondamentales qui naissent entre un individu et un État ; d'autre part, comme les attentes qui naissent d'un rapport interétatique. S'agissant d'un sujet qui n'a pas encore été étudié de manière approfondie, il est également nécessaire d'analyser sa relation avec d'autres principes et notions du droit international économique, notamment le standard du traitement juste et équitable et le principe de bonne foi, mais également d'examiner les mécanismes visant à limiter sa portée.

*Descripteurs* : attentes légitimes – bonne foi – due diligence – éléments constitutifs – investisseur – légitime – principe général de droit – raisonnable – standard – souveraineté

## ***Abstract***

The concept of legitimate expectations is a specific notion from international economic law. This is a concept borrowed from the domestic law of a large majority of states as well as from European law. Our hypothesis is that this notion exists within each field of international economic law with different degrees of development, as we will demonstrate during our study. This notion can take the form of a standard or of a general principle of law. It is generally accepted that it emerges from a relationship between at least two individuals or when one of them makes representations or assurances thus creating in the mind of the beneficiary a legitimate expectation of a specific situation. However, it requires other elements to distinguish it from mere hope. Despite its importance, to date, the notion of legitimate expectations has no precise definition. This thesis thus seeks to identify the constituent elements of this notion to establish its content. To do so, it must be understood in two ways, on the one hand as the fundamental expectations that arise between an individual and a State and on the other hand, as the expectations that arise from an interstate relationship. As this is a subject that has not yet been studied in depth, it is also necessary, to analyze its relationship with other principles and concepts of international economic law, such as the standard of fair and equitable treatment and the principle of good faith. In addition, it is also necessary to analyze the mechanisms to limit its scope.

*Keywords:* constituent elements – due diligence – expectations – general principle of law – good faith – investor – legitimate – reasonable – standard – sovereignty

## ***Principales abréviations***

c.	Contre
C. civ	Code civil
C. cass	Cour de cassation française
CE	Conseil d'État
e.g.	Par exemple
i.e.	C'est-à-dire
Id.	Même document ; mais, page différente
Ibid	Au même endroit, dans la même page
ICSID rev /FILJ	ICSID review / Foreign investment law journal
IIL	International Investment Law
Infra	Ci-après
n° / No.	Numéro de l'affaire
op. cit.	Ouvrage cité
OUP	Oxford University Press
p. / pp.	Page / pages
PUF	Presses Universitaires de France
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
SFDI	Société française pour le droit international
Supra	ci-dessus
TDM	Transnational Dispute Management
Vol.	Volume
YILC	Yearbook of the International Law Commission

## ***Sigles***

<b>Accord SPS</b>	Accord sur les Mesures Sanitaires et Phytosanitaires
<b>Accord OTC</b>	Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce
<b>Accord MIC</b>	Accord sur les Mesures concernant les Investissements et Liées au commerce
<b>AGCS / GATS</b>	Accord Général sur le Commerce et les Services / General Agreement on Trade in Services
<b>ALENA / NAFTA</b>	Accord de Libre-Échange Nord-Américain / North American Free Trade Agreement
<b>CAFTA – RD</b>	Dominican Republic - Central American Free Trade Agreement
<b>CCI</b>	Chambre de Commerce Internationale
<b>CDI</b>	Commission du Droit International
<b>CE / EC</b>	Commission Européenne / European Commission
<b>CEDH</b>	Cour Européenne des droits de l’Homme
<b>CIJ / ICJ</b>	Cour internationale de Justice / International Court of Justice
<b>CIRDI / ICSID</b>	Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux / Center for the Settlement of Investment Disputes
<b>Conv. EDH</b>	Convention européenne des droits de l’Homme
<b>CPA / PCA</b>	Cour Permanente d’arbitrage / Permanent Court of arbitration
<b>CPIJ / PCIJ</b>	Cour permanente de justice internationale / Permanent Court of International Justice
<b>FMI / IMF</b>	Fonds monétaire international / International Monetary Fund
<b>FTC / CLE</b>	Free Trade Commission / Commission du libre-échange de l’ALENA
<b>GATT</b>	General Agreement on Tariffs and Trade
<b>IDE / FDI</b>	Investissement direct étranger / Foreign Direct Investment
<b>IIA</b>	International Investment Agreement
<b>LCIA</b>	London Court of International Arbitration
<b>PLE</b>	Principle of legitimate expectations
<b>OCDE / OECD</b>	Organisation de coopération et de développement économique / Organization for Economic Cooperation and Development
<b>OIC / ITO</b>	Organisation Internationale du Commerce / International Trade Organization
<b>OMC / WTO</b>	Organisation Mondiale du Commerce / World Trade Organization
<b>TBI / BIT</b>	Traité bilatéral d’investissement / Bilateral Investment Treaty
<b>TFUE / TFEU</b>	Traité sur le fonctionnement de l’Union Européenne / Treaty on the Functioning of the European Union
<b>TJE / FET</b>	Traitement juste et équitable / Fair and Equitable Treatment

---

<b>TTIP / PTCI</b>	Transatlantic Trade and Investment Partnership / Partenariat Transatlantique sur le Commerce et l'Investissement
<b>TPICE</b>	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<b>TVA</b>	Taxe sur la valeur ajoutée

---

## **Sommaire**

<b><i>INTRODUCTION GÉNÉRALE</i></b> .....	<b>13</b>
<b>Les attentes légitimes : une notion empruntée aux droits nationaux</b> .....	<b>13</b>
<b>L'influence du droit européen sur la notion d'attentes légitimes</b> .....	<b>42</b>
<b><i>PARTIE 1. LE STATUT DES ATTENTES LÉGITIMES</i></b> .....	<b>64</b>
<b><i>TITRE 1. LA NOTION D'ATTENTES LÉGITIMES ÉLUCIDÉE</i></b> .....	<b>66</b>
<b>Chapitre 1. Contenu de la notion d'attentes légitimes</b> .....	<b>67</b>
<b>Chapitre 2. Qualification et portée de la notion d'attentes légitimes</b> .....	<b>137</b>
<b><i>TITRE 2. LA DÉLIMITATION DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES ET SA RELATION AVEC D'AUTRES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT</i></b> .....	<b>174</b>
<b>Chapitre 1. Les mécanismes limitant la portée du principe de protection des attentes légitimes</b> .....	<b>175</b>
<b>Chapitre 2. Les attentes légitimes et les autres principes généraux du droit</b> .....	<b>212</b>
<b><i>Conclusion de la première partie</i></b> .....	<b>262</b>
<b><i>PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE</i></b> .....	<b>265</b>
<b><i>TITRE 1. LES ATTENTES LÉGITIMES : UN PRINCIPE GÉNÉRAL BIEN ÉTABLI DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL</i></b> .....	<b>267</b>
<b>Chapitre 1. Une application constante en droit international des investissements</b> ...	<b>268</b>
<b>Chapitre 2. Une place concrète au sein du droit du commerce international</b> .....	<b>363</b>
<b><i>TITRE 2. UNE ÉMERGENCE TIMIDE DES ATTENTES LÉGITIMES AU SEIN DES AUTRES DOMAINES DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE</i></b> ....	<b>398</b>
<b>Chapitre 1. Une notion naissante en droit de la fiscalité internationale grâce aux droits nationaux et au droit européen</b> .....	<b>399</b>

<b>Chapitre 2. L'émergence des attentes légitimes au sein des champs du droit international économique relevant du droit souple .....</b>	<b>463</b>
<i>Conclusion de la seconde partie .....</i>	<i>508</i>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>510</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE, JURISPRUDENCES, TEXTES JURIDIQUES .....</b>	<b>512</b>
<b>I. Doctrine .....</b>	<b>512</b>
<b>II. Publications institutionnelles – Documents Spécialisés .....</b>	<b>536</b>
<b>III. Jurisprudence .....</b>	<b>540</b>
<b>IV. Traités et Lois .....</b>	<b>581</b>
<b>TABLE DES ANNEXES.....</b>	<b>587</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>917</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>922</b>

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

---

1. La notion d'attentes légitimes a fait l'objet de plusieurs réflexions notamment à partir de leur émergence en droit international économique. Néanmoins, il s'agit à ce jour d'une notion qui n'a véritablement encore été ni délimitée ni qualifiée. Cette étude propose de combler cette lacune.

2. Cependant, avant de délimiter ou même de qualifier cette notion, il est nécessaire d'établir sa véritable origine. Nos recherches nous ont permis de constater que plusieurs États la prévoient et reconnaissent au sein de leur droit respectif, que cela soit sous la dénomination d'attentes légitimes ou de confiance légitime.

3. Or, le droit international s'est inévitablement inspiré du droit des États à plusieurs reprises, en particulier en matière de droit de l'arbitrage caractérisé par une procédure ponctuée d'étapes empruntées tantôt à des pays de tradition juridique civiliste tantôt à des pays de *Common Law*. Dès lors, il convient de se demander quels ont précisément été les emprunts du droit international aux droits nationaux concernant la notion d'attentes légitimes.

4. La présente introduction vise ainsi à présenter brièvement l'application de la notion d'attentes légitimes au sein du droit de certains États avant de définir l'influence du droit européen sur cette dernière. Le but de ces propos liminaires est de pouvoir permettre d'initier une analyse focalisée sur le droit international économique en disposant d'un minimum d'éléments permettant de mieux cerner le contenu et le rôle de cette notion.

### **LES ATTENTES LEGITIMES : UNE NOTION EMPRUNTEE AUX DROITS NATIONAUX**

5. La notion d'attentes légitimes a été façonnée et perfectionnée par les droits nationaux pendant des années avant de se développer en droit international dans le

cadre duquel elle est toujours en cours de mutation. Ce constat révèle toute la pertinence et l'importance de son analyse qui requiert, dans la mesure du possible, de prédire son évolution future sachant que son recours ne fait que s'accroître, notamment par le juge international qui en tient compte dans plusieurs configurations : soit pour la détermination d'une violation du droit international, soit pour l'allocation de dommages-intérêts, soit pour l'interprétation d'une disposition d'un contrat ou d'un traité.

6. Ce concept est courant dans plusieurs droits étatiques. Quelle que soit la dénomination qu'elle prend, une attente légitime se définit comme toute espérance qui naît à l'égard d'une personne en raison d'une pratique ou action d'une autre qui, si cette attente était déçue, pourra s'en prévaloir afin de tenter d'obtenir une réparation ou un dédommagement du préjudice ainsi subi. Précisément, les attentes peuvent résulter d'un comportement, d'une représentation, ou bien d'une promesse orale ou écrite<sup>1</sup>. D'après Emmanuel Levy, la volonté, qu'elle soit exprimée ou présumée, apparaît obligatoirement sous la forme de représentations ou de croyances<sup>2</sup>. Chaque attente est créée dans le cadre d'une situation particulière.

7. Or, le contrat est un rapport « de confiance légitime que crée l'activité (ou volonté) formulée ou non formulée [et] la personnalité est la confiance légitime »<sup>3</sup>. Autrement dit, le rapport contractuel est encadré par le principe de confiance légitime des parties et la personnalité représente la capacité et le pouvoir d'exercer les droits mais aussi d'accomplir les obligations prévues dans le contrat. Les attentes légitimes peuvent être créées dans le cadre d'un rapport privé entre particuliers, même si, dans la plupart des cas, cette notion sera invoquée par un administré à l'égard de l'administration.

8. Les actes ou comportements doivent être clairs, sans ambiguïté, sans réserve mais surtout ils doivent pouvoir susciter des attentes à l'égard de n'importe quelle

---

<sup>1</sup> R. (*Drax Power Ltd and another*) c. *HM Treasury and another* [2016] EWCA Civ 1030, p. 195. Voir également: B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *Revue du droit public*, n° 3, 2016, p. 851 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, sala 4<sup>a</sup>, Causa: 11.265/2000, sentence du 5 juillet 2001, *Lagos Alcaino, María Teresa y otros v. Universidad de Buenos Aires (Resol. Cs 938/98)*.

<sup>2</sup> E. LEVY, *La confiance légitime*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1910, p. 1.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 3.

personne raisonnable et avisée. Ils peuvent être spécifiques, c'est-à-dire directement destinés à la ou les personne(s) concernée(s), ou généraux.

9. Les actes ayant une portée générale présentent deux principales caractéristiques : 1. ils sont dirigés à une grande partie de la population ; 2. tous les bénéficiaires de ces actes peuvent ne pas être au courant de leur existence. Ces éléments distinctifs rendent la tâche du juge plus difficile lorsqu'il doit traiter ce type d'actes. En effet, d'une part, les principes de justice et de bonne administration requièrent que l'autorité publique soit tenue par ses actions mais, d'autre part, reconnaître l'attente légitime d'une personne pourrait conduire à le faire pour tous ceux qui se trouvent dans une situation analogue, une configuration qui aurait pour conséquence de contraindre le pouvoir normatif de l'autorité publique.

10. En ce sens, il existe un lien certain entre les attentes légitimes et l'obligation de publication des politiques<sup>4</sup> qui permet à ceux qui sont soumis aux règles qui en découlent de savoir à quoi s'attendre de l'administration. Une telle relation ressort notamment de la jurisprudence anglaise qui a énoncé en tant que règle générale que les politiques devraient normalement être publiées, sans que cela soit forcément lié à la notion d'attentes légitimes<sup>5</sup>. En effet, il s'agit d'une règle indépendante, toutefois elle engendre la création d'attentes légitimes dans la mesure où la publication des actes administratifs pris dans le cadre de la mise en œuvre de politiques publiques permet aux administrés de connaître les règles applicables ; une situation qui crée, en effet, des attentes quant à leur stabilité et leur applicabilité.

11. Cependant, ces attentes peuvent rencontrer des limites lors de l'exercice du pouvoir normatif de l'administration ainsi que dans l'intérêt général. Dans le premier

---

<sup>4</sup> La publication est définie par Dalloz comme « une obligation juridique destinée à porter les actes administratifs à la connaissance des personnes qu'ils visent et de permettre ainsi à une décision administrative d'être opposable et invocable par un administré ». (OPEN DALLOZ, « L'acte administratif », *Fiches d'orientation*, Dalloz en ligne, 2018).

Voir également : Conseil d'État, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> sous-sections réunies, 7 juillet 2010, n° 329897, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Recueil Lebon ; Conseil d'État, 5<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> sous-Sections réunies, contentieux, 12 décembre 2003, n° 243430, *Syndicat des commissaires et des hauts fonctionnaires de la police nationale*, Recueil Lebon : le Conseil a indiqué que l'obligation de publication constitue un principe général du droit.

Pour plus d'informations, voir : Partie 1, Titre 2, Section 4, Sous-section B de la présente thèse sur les attentes légitimes et le principe de transparence.

<sup>5</sup> J. NE VARUHAS, « In Search of a Doctrine: Mapping the Law of Legitimate Expectations », in M. GROVES, G. WEEKS (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 46 ; H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 33.

cas, une attente ne peut aucunement empêcher la puissance publique de réglementer ; dans le second, l'intérêt général peut justifier une mesure prise au détriment d'une attente<sup>6</sup>, car les intérêts de la collectivité l'emportent sur les intérêts individuels.

12. Les attentes légitimes connaissent donc certaines limitations en droit interne, cependant cela ne les empêche pas d'avoir comme effet de forcer la puissance publique à être juste et constante lorsqu'elle prend des décisions et surtout de rechercher un équilibre entre l'intérêt général et les attentes des particuliers. Il est toutefois nécessaire que l'attente ainsi créée repose sur des actions que l'autorité publique peut légalement accomplir conformément aux lois et règlements en vigueur, donc *intra vires*, et surtout qu'un tribunal soit en mesure de la garantir<sup>7</sup>.

13. Par conséquent, les attentes légitimes représentent le résultat attendu par leur bénéficiaire d'une action ou comportement. La question qui se pose alors est celle de savoir si l'autorité qui en est à l'origine devra être tenue à sa promesse et, dans le cas où elle ne pourrait pas la remplir, si elle est tenue d'indemniser les attentes déçues.

14. Nous commencerons, tout d'abord, par préciser les droits étatiques qui seront analysés dans le cadre de notre étude en retenant une approche comparée. Ce choix a été réalisé en ayant pour objectif de présenter un état général et représentatif de la notion d'attentes légitimes dans les pays de tradition juridique civiliste et les pays de *Common Law*. C'est ainsi que nous examinerons les cas de la France, du Royaume-Uni et, dans une moindre mesure, de plusieurs États d'Amérique latine. Pour chaque État analysé, nous vérifierons quelles sont les attentes protégées et ce qui donne un caractère « légitime » à ces dernières. Enfin, nous examinerons, au sein de chaque droit étatique

---

<sup>6</sup> Noëlle Lenoir, membre honoraire du Conseil constitutionnel a précisé lors d'un colloque le 6 octobre 2006 que « la notion d'intérêt général est utilisée par le Conseil constitutionnel pour qualifier les motifs de nature à justifier une intervention de la puissance publique réductrice de certains droits ou libertés individuelles appelés à céder devant des impératifs collectifs ». Voir : M. VERPEAUX, B. MATHIEU (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle?*, Actes de la Deuxième journée d'étude annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris, Dalloz, 2007.

Voir également : *R. c. Home Secretary, ex parte Hargreaves* [1997] 1 WLR 906, p. 923. Le Lord Justice analyse la décision du secrétaire d'État et considère qu'il a correctement agi étant donné qu'il a bien pris en compte l'intérêt général : « *In my judgment he cannot be faulted on this account. I have already considered the two main factors behind his decision, namely public safety and the restoration of public confidence in the administration of justice* » ; L. REY VAZQUEZ, *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones*, Córdoba, Advocatus/Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1<sup>re</sup> éd., 2016, p. 56.

<sup>7</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

étudié, quels sont les éléments indispensables pour créer et justifier les attentes légitimes des particuliers.

### **A. Les attentes légitimes en droit français**

15. En droit français, cette notion se retrouve dans deux configurations. D'une part, en droit public, s'agissant des rapports entre l'administré et l'administration. Elle est alors liée à une finalité de protection, voire de sécurité juridique, des particuliers visant à créer un équilibre entre le pouvoir discrétionnaire de l'État et les droits de ces derniers. D'autre part, la notion d'attentes légitimes est présente sous la dénomination de confiance légitime au sein du droit privé, notamment en droit des contrats. Dans cette hypothèse, la notion vise à éviter que le comportement d'un cocontractant puisse porter atteinte à l'autre cocontractant, toujours dans une volonté de garantir une certaine sécurité juridique.

#### ***1. Une approche timide en droit public***

16. Les attentes d'un administré peuvent être frustrées par une décision ou une mesure justifiée par la protection de l'intérêt général. Il s'agit d'un critère commun à plusieurs droits étatiques mais celui-ci ne sera pas toujours pris en compte ou, à tout le moins, pas avec le même degré d'importance par le juge international qui tentera de protéger systématiquement la partie qu'il considère être en situation de désavantage. Par exemple, en droit international des investissements, le juge cherchera à protéger l'investisseur, car ce dernier est soumis au pouvoir discrétionnaire de l'État d'accueil. Cependant, ce traitement favorable est plus difficile à déterminer lorsqu'il s'agit de rapports entre parties qui se trouvent dans une situation d'égalité, comme c'est le cas des rapports étatiques.

17. En droit public, la notion d'attentes légitimes, appliquée sous la dénomination de confiance légitime, reste assez timide. Le juge administratif est plutôt fermé à l'incorporation de ce principe dérivé du droit communautaire et limite son application en droit français. Nous pouvons à cet égard nous référer à l'arrêt du Conseil d'État du 9 mai 2001 à l'occasion duquel ce dernier a effectivement précisé que « ce principe ne

trouve à s'appliquer (...) que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire (...) »<sup>8</sup>.

18. La haute juridiction administrative française réunie en assemblée a ainsi appliqué ce principe dans l'arrêt *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres* rendu le 11 juillet 2001. Le litige portait sur l'application du règlement européen du 17 mai 1999 autorisant une modulation des aides accordées au titre des régimes de soutien direct, à la condition de respecter le principe de confiance légitime. Précisément, le Gouvernement français avait en l'espèce fait part de son intention de mettre en place une modulation des aides conformément audit règlement tout en consultant le Conseil supérieur d'orientation et de coordination de l'économie agricole et alimentaire qui compte parmi ses représentants des membres des organisations syndicales d'agriculteurs. Pour ces raisons, le Conseil d'État a considéré que « dans ces conditions, les producteurs prudents et avisés ont été mis en mesure dès avant le début de l'année 2000 de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse »<sup>9</sup>. Cette affirmation sous-entend que dès lors que la mesure en question était prévisible, les administrés ne pouvaient prétendre que leurs attentes légitimes avaient été déçues.

19. Plus généralement, le principe de confiance légitime a tendance à s'appliquer lorsque l'administration a donné des assurances trompeuses aux administrés ou lorsqu'elle leur a garanti l'édiction d'un acte administratif. Dans cette dernière hypothèse, « le projet d'acte devient une promesse d'acte [notamment] si le processus décisionnel ne parvient pas à son terme »<sup>10</sup>. Cela est notamment le cas en droit fiscal<sup>11</sup>. Le juge administratif devra dans ce cas intervenir en acceptant d'en tirer les conséquences juridiques sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. Nous pouvons ainsi constater que même si le juge administratif évite de se référer à la notion

---

<sup>8</sup> Conseil d'État, section du contentieux, 9 mai 2001, n° 211162, *6/4 SSR*, Recueil Lebon, cons. 3.

<sup>9</sup> Conseil d'État, assemblée, 11 juillet 2001, n° 219494, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*, cons. 9.

<sup>10</sup> B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *op. cit.*, p. 801.

<sup>11</sup> L. TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public », *Revue du droit public*, vol. 2, n° 4, 2013, p. 312. Dans cet article, L. Tartour constate l'influence du principe de confiance légitime sur le droit fiscal interne. Elle va jusqu'à affirmer qu'en « se référant au concept d'espérance légitime, lui aussi casuistique, le juge fiscal participe certainement à l'ascension du principe de protection de la confiance légitime en droit français ».

d'attentes légitimes en tant que telle, il va tout de même l'appliquer et prendre en compte les effets de sa déception<sup>12</sup>.

20. Néanmoins, la faute causée par l'administration résultant de la confiance trompée de l'administré doit être prouvée, d'où le besoin d'un certain degré d'objectivité de l'assurance déçue<sup>13</sup>. Cette objectivité caractérise la légitimité de l'attente. À cet égard, Benoît Plessix procède à une distinction entre plusieurs types d'assurances abusives données par l'administration, à savoir les « assurances irrégulières, en ce que l'administration a promis ce qu'elle ne pouvait pas légalement faire, (...), et les assurances trompées, en ce que l'Administration est revenue sur ses paroles de façon trop brutale, surtout lorsque l'administré a été incité à engager des frais »<sup>14</sup>.

21. Il en résulte que la consécration de la notion de protection des attentes légitimes offrirait une plus grande sécurité juridique, ce qui non seulement renforcerait la stabilité juridique mais permettrait aussi d'accroître le niveau de responsabilité de l'administration<sup>15</sup>. Toutefois, cette protection ne doit jamais dépasser celle de l'intérêt général, seul fondement qui peut valablement justifier que les assurances données aux administrés puissent être déçues. Ce n'est pas qu'avec l'arrêt *Société KPMG* du 24 mars 2006 que le Conseil d'État a expressément reconnu l'existence du principe de sécurité juridique<sup>16</sup> ; un principe étroitement lié à celui de confiance légitime. Toutefois, dans ce même arrêt, la haute juridiction administrative a rappelé qu'il ne trouve application qu'à l'égard d'une situation régie par le droit communautaire.

22. Bien que le principe de sécurité juridique soit lié à la notion d'attentes légitimes, nous constatons donc que le juge administratif français fait preuve de réserve

---

<sup>12</sup> Comme l'indique Benoît Plessix, « Tout ce régime de responsabilité extracontractuelle pour faute ne se comprend qu'au regard de la confiance trompée de l'administré, de ses attentes déraisonnablement déjouées par l'Administration » (*op. cit.*). Voir également : L. TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public », *ibidem*, p. 307 : « Le Conseil d'État utilise d'ailleurs depuis peu le concept d'espérance légitime qui est directement inspiré de la notion de protection de la confiance légitime ».

<sup>13</sup> C'est le constat fait par L. Tartour : « Malgré quelques ambiguïtés et des interprétations différentes, la jurisprudence française se refuse encore à consacrer la protection de la confiance légitime en tant que principe. En l'absence de réforme constitutionnelle ou législative, il semblerait qu'une telle orientation ne soit pas conforme à la tradition juridique française qui préfère l'objectivité du principe de sécurité juridique à une évaluation subjective, ou plutôt *in concreto*, induite par le principe de protection de la confiance légitime » (*ibid.*, p. 311).

<sup>14</sup> B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *op. cit.*, p. 802.

<sup>15</sup> L. TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public », *op. cit.*, p. 310.

<sup>16</sup> Conseil d'État, assemblée, 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG*, Recueil Lebon, cons. 43.

quant à la reconnaissance de celle-ci en tant que principe. Néanmoins, une consécration, même limitée, du principe de confiance légitime en droit public français pourrait conduire à « admettre la responsabilité de l'État lorsqu'il méconnaît les principes généraux du droit dégagés par la Cour de justice »<sup>17</sup>. Une telle configuration est d'autant plus plausible que le Conseil d'État a déjà reconnu « le droit à réparation d'un préjudice résultant non seulement d'une convention internationale, mais aussi "d'une règle coutumière" internationale »<sup>18</sup>. Pour autant, ce droit ne serait applicable que dans la mesure où le litige en question concerne le droit communautaire.

23. Le principal obstacle à la consécration du principe de confiance légitime en droit public français est son caractère inconnu et donc incertain. Cela explique que le juge administratif doive préciser les critères d'application au cas par cas<sup>19</sup>. Cependant, l'évolution constatée sur le sujet, même si elle est encore timide, peut nous laisser penser que d'ici quelques années, le juge administratif pourrait finir par reconnaître le principe de confiance légitime en droit français.

## ***2. Une application plus concrète en droit privé***

24. La notion d'attentes légitimes fait l'objet d'une application restreinte en droit privé puisqu'elle n'existe qu'en droit des contrats et de manière négative, c'est-à-dire lorsque le comportement d'une partie peut porter atteinte à une autre<sup>20</sup>. Les attentes légitimes se développent plus spécifiquement sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle selon le moment où elles ont été déçues : nous parlerons de responsabilité délictuelle lorsque la déception des attentes a lieu pendant la phase de négociation et de responsabilité contractuelle lorsqu'un contrat a été conclu ou même lorsqu'un accord de négociation a été conclu au stade de la négociation.

---

<sup>17</sup> M. HINDRE-GUEGUEN, « Responsabilité des États membres », in D. SIMON, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2014, §144.

<sup>18</sup> *Ibidem* Voir également : Conseil d'Etat, 5<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections réunies, 4 octobre 1999, n° 142377, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Bd Flandrin*, Recueil Lebon.

<sup>19</sup> M. HINDRE-GUEGUEN, « Responsabilité des États membres », *op. cit.*, §155. Voir également : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, p. 135.

<sup>20</sup> F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, thèse en cotutelle, Université Paris 2 et Humboldt-Universität zu Berlin, 30 novembre 2007, p. 158.

25. Dans les droits de tradition civiliste, notamment en droit français, il est commun que dans le cadre de la responsabilité délictuelle ou contractuelle, la confiance trompée soit sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts à la partie victime. Cependant, Bénédicte Fauvarque-Cosson précise que trois conditions doivent être réunies pour que la partie victime de la déception de la confiance légitime puisse être indemnisée : « une promesse ou un comportement incohérent ; une croyance légitime causée par la promesse ou le comportement [et] le fait qu'il soit inéquitable de permettre au fautif de se contredire »<sup>21</sup>.

26. De ce fait, le droit ne s'intéresse à la notion de confiance légitime que dans la mesure où celle-ci a été déçue. Il est ainsi indispensable que la confiance de l'une des parties soit atteinte par le comportement de l'autre ou encore que le contrat contienne des clauses contradictoires pour que la confiance légitime puisse être invoquée et protégée. Cela est également possible lors de la phase précontractuelle<sup>22</sup>. En effet, lorsque le comportement de l'une des parties est contradictoire et porte atteinte à l'autre partie, la victime du préjudice peut demander l'allocation de dommages-intérêts, grâce à l'application du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, à la condition de démontrer la légitimité de cette perte de confiance. C'est donc celui qui allègue que sa confiance a été déçue qui doit démontrer la légitimité de sa demande<sup>23</sup> ainsi que le préjudice causé.

27. La victime de la perte de confiance peut alors rompre les pourparlers ou même le contrat sans encourir aucune responsabilité puisque son acte est alors justifié par le

---

<sup>21</sup> B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé et européen », volume 4, 2007, p. 51.

<sup>22</sup> Voir notamment : Cour d'appel Paris, 5<sup>e</sup> chambre, section A, 16 décembre 1998, n° 1997/07313, *Société Première Music Group c. Garzon*, Bulletin Joly Sociétés 1999, p. 470, note Laude. Affaire concernant les pourparlers entre les parties de 1993 jusqu'à 1995 où elles sont parvenues à se mettre d'accord pour la signature d'un accord, mais M. Garzon a mis brutalement fin aux pourparlers sous prétexte d'avoir reçu tardivement le projet de convention ce qui rendait impossible sa lecture attentive et la rédaction définitive des actes à la date prévue. La Cour d'appel précise « qu'en toute hypothèse les quelques aménagements restant à opérer n'autorisaient nullement Monsieur Garzon à rompre brutalement, sur simple appel téléphonique, des négociations engagées depuis deux ans qui se trouvaient à un stade avancé alors que de son côté la société PMG démontrait le sérieux de sa démarche en procédant immédiatement, le 4 avril, aux modifications qui lui étaient demandées ». Les attentes de la société Première Music Group se sont vues trompées, attentes qui ont été nourries par l'état d'avancement des pourparlers.

<sup>23</sup> Il doit notamment démontrer qu'il ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que le comportement ou les actions de son cocontractant puissent changer radicalement. Le changement doit donc être imprévisible pour celui qui compte se prévaloir des attentes déçues pour demander un dédommagement. Voir également : A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, Paris, Éditions Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2012, p. 66.

préjudice qu'elle a subi en raison du comportement préjudiciable de son cocontractant<sup>24</sup>.

28. La notion d'attentes légitimes a été reconnue comme l'un des fondements de la force obligatoire du contrat. En effet, Jean Carbonnier précise que « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Le corollaire étant que le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement »<sup>25</sup>. Autrement dit, la force obligatoire du contrat est basée sur les attentes raisonnables du créancier, car l'engagement d'une partie comprend et même se mesure à partir des attentes qu'il a pu créer dans l'esprit de l'autre<sup>26</sup>.

29. Par ailleurs, les attentes légitimes sont toujours liées à d'autres notions qui servent également à protéger les contractants, notamment la bonne foi<sup>27</sup> qui, en droit interne mais aussi en droit international, est fondamentale pour assurer la confiance entre les parties. Sur l'application de la bonne foi, la Cour de cassation s'est prononcée dans un pourvoi formé par la Société Bouygues contre un arrêt rendu le 12 mai 1995 par la Cour d'appel de Paris au profit du Crédit commercial de France, en indiquant que :

« nul ne peut se contredire illégitimement aux dépens d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant ; (...) ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la caution était une banque, donc une professionnelle de la rédaction des actes de cautionnement ou de garantie, et qu'elle avait rédigé l'acte en y insérant une interdiction de différer le paiement pour quelque cause que ce soit; que la banque ne saurait donc, en se prévalant des autres clauses de l'acte, tromper l'attente légitime créée chez la société Bouygues par l'insertion de cette clause d'interdiction de différer le paiement (...) »<sup>28</sup>.

30. Ainsi, les parties au contrat doivent agir de bonne foi, un principe dont la portée fait l'objet d'une analyse et de précisions au cas par cas par la jurisprudence.

---

<sup>24</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix en Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p. 129.

<sup>25</sup> J. CARBONNIER, « Introduction », in L. CADIEU (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 34.

<sup>26</sup> M. LATINA, « Contrats : généralités », in E. SAVAUX, *Répertoire civil*, Paris, Dalloz, 2014, §141.

<sup>27</sup> *Code Civil*, 120<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2020, article 1134.

<sup>28</sup> Cour de cassation, chambre commerciale, 11 mars 1997, n° 95-16.853, cassation partielle sans renvoi.

Nous avons pu constater que cette notion est en lien avec le principe de confiance légitime, celle-ci protégeant les parties au contrat en les décourageant à agir de mauvaise foi. Précisément, il s'agit d'éviter qu'une partie agissant de mauvaise foi puisse modifier son comportement en causant un préjudice à l'autre partie, tout en dotant cette dernière des moyens de défense indispensables pour y faire face. La bonne foi est ainsi un outil dont dispose le juge pour interpréter le comportement des parties et le contenu du contrat tout en permettant de garantir la protection des attentes légitimes<sup>29</sup>.

31. Cette protection est indispensable au stade précontractuel étant donné que les parties en phase de négociation ne disposent d'aucun document écrit (par exemple un accord) qui puisse les protéger, notamment lorsque l'un des contractants modifie inopinément son comportement. En effet, la liberté contractuelle ne permet pas que les parties agissent de mauvaise foi dans le but de réciproquement se nuire. Elles doivent éviter de faire des promesses si elles ne comptent pas les tenir, car une promesse peut créer dans l'esprit du cocontractant une attente que la négociation va se dérouler d'une manière précise, le motivant à agir en conséquence. Le bénéficiaire d'une telle promesse peut ainsi s'en prévaloir, en particulier si le promettant met soudainement fin aux négociations, c'est-à-dire brusquement et sans aucune justification.

32. En ce sens, Florian Dupuy indique que « le contractant est donc obligé d'exécuter, non pas simplement parce qu'il l'a voulu, mais parce qu'une fois sa volonté émise, elle crée des attentes (procédant toutes d'une attente principale, selon laquelle le contractant tiendra parole) en fonction desquelles les tiers déterminent leur action »<sup>30</sup>. Dès lors, les attentes légitimes contribuent à la création d'obligations implicites pour les parties au contrat<sup>31</sup>. C'est ainsi que les contractants ont une obligation de loyauté et une obligation de respecter leurs promesses et leur parole.

---

<sup>29</sup> F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 17 et p. 133.

Selon cet auteur, la bonne foi vient protéger deux types de confiance, à savoir la « confiance dans la normalité (usages, valeurs) que nous avons appelé aussi confiance dans la régularité des comportements ; et confiance dans l'apparence (du moins lorsque celle-ci est créée par le comportement du cocontractant) ».

<sup>31</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, *op. cit.*, p. 299.

33. Ce propos est confirmé par l'article 1166 du Code civil français qui dispose que : « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie »<sup>32</sup>. Or, comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Douai en date du 28 juin 2018, la conformité du bien s'apprécie par rapport « aux stipulations contractuelles, aux normes juridiques et techniques entrées dans le champ contractuel, aux usages et à l'attente légitime de l'acheteur »<sup>33</sup>.

34. À titre de conclusion sur le cas français, nous pouvons souligner que la notion d'attentes légitimes existe en droit privé comme en droit public. Cependant, son application au sein de ce dernier est actuellement plus timide et limitée. En effet, dans la plupart des cas, les éléments constitutifs de la notion sont appliqués sans faire expressément référence aux attentes légitimes. Nous constatons ainsi que le Conseil d'État l'applique avec beaucoup de prudence et la plupart du temps en lien avec la notion de sécurité juridique, particulièrement dans les situations juridiques régies par le droit communautaire. En revanche, en droit privé, l'importance grandissante de la notion d'attentes légitimes est indiscutable. Il est évident que le rapport contractuel requiert un certain niveau de confiance entre les parties, autrement l'exécution du contrat devient difficile, voire impossible.

35. Cependant, d'une manière générale, qu'il s'agisse du droit privé ou du droit public, les seules attentes protégées sont les attentes légitimes et objectives, c'est-à-dire celles dont la partie lésée peut non seulement démontrer l'existence mais également le préjudice causé par le comportement préjudiciable de l'autre partie<sup>34</sup>.

36. Il est également important de relever que la notion d'attentes légitimes existe au sein d'autres droits étatiques, en particulier dans des pays de *Common Law*. Nous nous focaliserons à cet égard principalement sur le droit anglais en donnant toutefois quelques exemples d'autres droits relevant du *Common Law*.

---

<sup>32</sup> *Code Civil*, 120<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, article 1166.

<sup>33</sup> Cour d'appel de Douai, 1<sup>re</sup> chambre, section 1, 28 juin 2018, n°17/03672.

<sup>34</sup> Voir : Partie 1, Titre 1 de la présente thèse.

## **B. La doctrine de la protection des attentes légitimes « à l'anglaise »**

37. La notion d'attentes légitimes, telle qu'elle a été envisagée en droit communautaire, a été reconnue comme un principe du droit anglais<sup>35</sup> dans les années 1980. Elle y est applicable uniquement en droit public dans la mesure où en droit privé, il existe déjà une notion similaire, l'estoppel<sup>36</sup>. La portée de ce principe a été façonnée par le juge anglais.

38. Son but est de garantir un certain degré de sécurité juridique et de prévoyance des actes administratifs ainsi qu'éviter l'exercice arbitraire du pouvoir normatif de l'administration. Autrement dit, lorsque les attentes légitimes résultent d'un comportement de l'administration créant des conséquences juridiques à l'égard de l'administré, l'administration doit les respecter ou, si cela n'est pas possible, les décevoir tout en donnant des raisons suffisantes justifiant la prévalence de l'intérêt général ou en accordant une indemnisation pour le préjudice causé.

39. En cas de contentieux, le rôle du juge est toutefois limité par le respect de la séparation des pouvoirs. Il lui est interdit de s'immiscer dans les fonctions propres au pouvoir normatif de l'Exécutif, notamment en annulant des actes publics. Le juge va donc rechercher un équilibre entre le droit de réglementer de l'administration et la protection des attentes légitimes des particuliers issues d'une politique déjà existante ou d'une promesse de l'administration<sup>37</sup>. Il est également chargé de déterminer le rôle et les limites de la protection des attentes légitimes.

40. C'est grâce à ce travail de qualification et de délimitation que la notion a été au fur et à mesure façonnée, au cas par cas, permettant ainsi son évolution constante. Cependant, les attentes légitimes ne supposent pas une protection illimitée. En effet, il n'est pas possible de les invoquer lorsque la mesure en question est prévisible, notamment lorsque son bénéficiaire pouvait prévoir un changement de politique ou de comportement de l'administration grâce à ses qualifications et son expertise<sup>38</sup>. C'est ce

---

<sup>35</sup> J.-B. AUBY, D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1<sup>re</sup> éd., 2007, p. 486.

<sup>36</sup> Voir : Partie 1, Titre 2 de la présente thèse.

<sup>37</sup> *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [1999] EWCA Civ 1871, [2001] Q.B. 213, Court of Appeal (England and Wales), p. 244, §65.

<sup>38</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

qu'a rappelé le juge anglais dans l'affaire *Drax Power*<sup>39</sup> en référence à l'affaire *Royaume de l'Espagne c. Conseil de l'Union européenne*<sup>40</sup>.

41. La doctrine de protection des attentes légitimes est bien présente au sein du droit public<sup>41</sup>. Ce constat nous permet d'affirmer son lien avec d'autres notions juridiques, telles que celles de bonne administration<sup>42</sup> ou de prévention de l'abus de droit<sup>43</sup>.

42. Cependant, il résulte de la jurisprudence que les attentes légitimes des administrés peuvent, dans certaines hypothèses, être une considération pertinente dont l'administration doit tenir compte avant de prendre une décision. Cela a notamment été reconnu dans l'affaire *Coughlan* à l'occasion de laquelle une Cour d'appel britannique a déterminé que l'administration devait prendre en compte la promesse faite à Mme Coughlan et d'autres résidents de la maison de retraite Mardon que cette dernière serait leur maison à vie, avant et pendant la prise de décision de procéder à sa fermeture.

43. Dans une moindre mesure, dans l'hypothèse où les conséquences de la déception d'attentes légitimes sont importantes, ces dernières peuvent bénéficier d'une protection renforcée. En effet, le juge peut soit décider, lorsque cela est possible, d'annuler la décision qui porte atteinte aux administrés en obligeant l'administration à en prendre une nouvelle en tenant compte de leurs attentes légitimes, soit octroyer une indemnisation proportionnelle au préjudice causé lorsque maintenir le *statu quo* n'est pas envisageable. Les attentes légitimes peuvent aussi être protégées dans le cadre d'une procédure, par exemple une personne peut être entendue avant qu'une décision

---

<sup>39</sup> *R. (Drax Power Ltd and another) c. HM Treasury and another* [2016] EWCA Civ 1030, p.207.

<sup>40</sup> CJCE, *Royaume d'Espagne c. Conseil de l'Union européenne*, affaire n° C-310/04, arrêt du 7 septembre 2006, Rec. 2006 I-07285, §81.

<sup>41</sup> *R. (Drax Power Ltd and another) c. HM Treasury and another* [2016] EWCA Civ 1030, p. 247, §71.

<sup>42</sup> C. KNIGHT, « Expectations in Transition: Recent Developments in Legitimate Expectations », *Journal of Public Law*, vol. 9, janvier 2009, p. 22. L'auteur rappelle l'analyse du Lord Justice Laws sur l'affaire *Nadarajah* concernant le principe de bonne administration entendu comme un besoin constitutionnel « *of such importance that it ranks alongside those rights found in the European Convention on Human Rights and, as such, any departure from a legitimate expectation must be justified by reference to proportionality* ». Voir également : *Abdi & Nadarajah c. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363, p. 22, §68.

<sup>43</sup> Lord Justice Laws indique que l'abus de pouvoir désigne « *any act of a public authority that is not legally justified. It is a useful name, for it catches the moral impetus of the rule of law. It may be, as I ventured to put it in Begbie: the root concept which governs and conditions our general principles of public law* ». *But it goes no distance to tell you, case by case, what is lawful and what is not. I accept, of course, that there is no formula which tells you that; if there were, the law would be nothing but a checklist* », (*Abdi & Nadarajah c. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363, p. 22, §67). Voir également : *R (Niazi) c. Secretary of State for the Home Department*; *R (Bhatt Murphy (A Firm) and Others c. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ 755, §28.

Voir : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 de la présente thèse.

soit prise à son égard. Nous constatons donc plusieurs degrés de protection des attentes légitimes.

44. En outre, lorsque les conditions d'application d'une politique publique ont été publiées puis invoquées par un particulier, l'administration doit être tenue de les respecter mais cela ne lui interdit pas de modifier sa politique. En tout état de cause, l'administration ne pourra déroger brusquement à une politique préexistante, notamment à l'égard d'un individu qui s'est fié à celle-ci, sauf si l'intérêt général le requiert et à la condition que l'administré soit entendu en audience.

45. C'est ainsi qu'au fur et à mesure, la jurisprudence a indiqué l'existence de deux types d'attentes : d'une part, les attentes procédurales et, d'autre part, les attentes substantielles ; sans pour autant donner une définition claire et précise de chacune d'elles. Les attentes procédurales justifient des protections procédurales (par exemple, le droit à être entendu avant que l'administration prenne une décision) tandis que les attentes substantielles assurent la protection des dispositions procédurales ou bien des droits substantiels visant à maintenir la situation à l'origine des attentes légitimes ou, si cela n'est pas possible, à indemniser la victime en raison du préjudice causé.

### ***1. Les attentes légitimes substantielles ou sur le fond***

46. Les attentes légitimes substantielles ou sur le fond naissent lorsqu'une décision favorable est attendue d'un particulier qui prétend obtenir un bénéfice ou un avantage découlant d'une loi ou d'une politique publique, par exemple une protection sociale. Cependant, ce type d'attente doit être légitime, c'est-à-dire que le particulier doit raisonnablement s'attendre à obtenir une décision favorable et cela doit être protégé par le droit en vigueur.

47. Dans l'affaire *Coughlan* précitée, Lord Woolf a identifié deux catégories d'attentes légitimes substantielles alors récemment reconnues par le juge anglais :

*« (1) Sometimes the phrase is used to denote a substantive right: an entitlement that the claimant asserts cannot be denied him. (...) (2) Perhaps more conventionally the concept of legitimate expectation is used to refer to the claimant's interest in some ultimate benefit which*

*he hopes to retain (or, some would argue, attain) (...) that the law holds protected by the requirements of procedural fairness »<sup>44</sup>.*

48. Les attentes légitimes substantielles surviennent ainsi dans trois situations : lorsque l'administration fait une représentation à un particulier en le laissant penser qu'elle va garder une ligne de conduite précise ; lorsque l'administration décide de s'écarter d'une politique générale dans les circonstances d'un cas particulier ; lorsque l'administration remplace soudainement une politique en vigueur ou une pratique constante par une autre politique ou une pratique nouvelle<sup>45</sup>.

49. Ce type d'attentes est bien illustré par l'affaire *Coughlan* dans le cadre de laquelle son application a permis au juge de reconnaître des avantages substantiels à ceux qui s'en étaient prévalus. En l'espèce, plusieurs personnes dont Madame Coughlan vivaient dans la maison de repos Mardon depuis 1993. Cette dernière étant adaptée à leur besoins, les autorités publiques leur avait promis qu'elle serait leur maison à vie. Cependant, quelques années plus tard, en 1998, à la suite d'une consultation publique qui ne respecte pas la procédure prévue par la loi<sup>46</sup> et en l'absence d'intérêt général, les autorités publiques ont décidé de sa fermeture sans pour autant rechercher une nouvelle maison de repos équivalente pour Madame Coughlan et les autres résidents. L'établissement de santé n'a donc pas évalué tous les besoins de Madame Coughlan ni les éventuels risques des effets de la forcer à déménager ; ses attentes légitimes ont été déçues. Autrement dit, les autorités ont fait une promesse à l'égard des résidents qu'elles n'ont pas tenue. Par conséquent, la Cour a pu considérer :

*« In any event, the "home for life" promise was freely given by the health authority and the applicant and other residents relied upon it. The authority could only lawfully break the promise if an overriding public interest demanded that it should do so »<sup>47</sup>.*

50. La question qui se posait était donc de savoir si la décision de fermer la maison de repos Mardon avait déçu les attentes légitimes des résidents et si un intérêt général

---

<sup>44</sup> *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [1999] EWCA Civ 1871, [2001] Q.B. 213, Court of Appeal (England and Wales), §73. Voir également : *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Asif Mahmood Khan* [1984] 1 WLR 1337, p. 275 ; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* [1987] 1 WLR 1482, p. 1494 ; *R. c. Torbay Borough Council, Ex p Cleasby* [1991] COD 142 ; *R. c. Devon County Council, ex parte Baker* [1995] 1 All ER 73, §§88-89.

<sup>45</sup> R. CLAYTON, « Legitimate expectations, policy, and the principle of consistency », *Cambridge Law Journal*, vol. 62, n° 1, 2003, pp. 95-96.

<sup>46</sup> *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [1999] EWCA Civ 1871, [2001] Q.B. 213, Court of Appeal (England and Wales), p. 221.

<sup>47</sup> *Ibidem*

pouvait la justifier. Selon la Cour d'appel, trois résultats sont possibles en application des attentes légitimes<sup>48</sup> et c'est sur cette base que l'application des attentes légitimes s'adapte à la situation d'espèce. S'agissant de la première catégorie, le juge va se limiter à vérifier la décision sur la base contractuelle de la relation entre l'administré et l'administration en examinant également sa rationalité et si l'autorité publique avait bien prévu les conséquences du non-respect de ses engagements.

51. La deuxième catégorie permet à la Cour de déterminer si la décision est procéduralement juste, c'est-à-dire si au moment de la prendre, la procédure et les promesses ont été respectées ; par exemple, si l'administration promet de consulter les bénéficiaires d'une politique avant de la modifier, elle doit effectivement le faire. Enfin, concernant la troisième catégorie, le juge doit vérifier si l'intérêt général peut justifier la mesure prise par l'administration et ainsi permettre la déception d'attentes légitimes sans que la responsabilité de l'administration ne soit engagée<sup>49</sup>.

52. Toutefois, la Cour d'appel britannique a signalé dans cette même affaire que les seules attentes légitimes à protéger sont celles dont les bénéficiaires sont soit une personne, soit un groupe restreint de personnes<sup>50</sup> « *giving the promise or representation, the character of a contract* »<sup>51</sup>.

53. Il est également indispensable que le requérant soit informé de la représentation de l'État à son égard afin d'être véritablement titulaire d'une attente légitime. En effet, les attentes légitimes doivent naître d'une situation spécifique, d'une représentation ou d'une mesure prise par l'administration. Il est donc établi que si le requérant n'a aucune véritable attente concernant, par exemple, l'application d'une mesure à son égard, il ne pourra l'invoquer ni demander sa protection.

54. Ainsi, le bénéficiaire d'une politique publique peut légitimement s'attendre à ce que celle-ci lui soit bien appliquée s'il remplit les critères posés. Si la mesure en question fait l'objet de modification à son désavantage, elle ne doit pas être mise en

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, §73.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 214 : « *Most cases of an enforceable expectation of a substantive benefit are likely to be cases where the expectation is confined to one person or a few people, giving the promise or representation the character of a contract* ».

<sup>51</sup> *Ibid.*

œuvre d'une manière qui puisse frustrer injustement toute attente qu'il avait placé en elle. Comme en témoigne l'affaire *Alansi*, plusieurs critères sont en effet indispensables à réunir pour reconnaître l'existence d'attentes légitimes substantielles<sup>52</sup>. Cette délimitation permet d'éviter toute invocation abusive des particuliers.

55. Cette analyse de la jurisprudence nous permet de constater que les autorités publiques restent libres d'exercer leur pouvoir normatif en modifiant ou en abrogeant les politiques lorsque cela est nécessaire, à la condition de tenir compte des attentes créées à l'égard de leurs bénéficiaires. Dans le cas contraire, le changement doit être justifié par la survenance d'un intérêt général, ce qui n'empêche pas que des attentes légitimes naissent.

56. Les attentes légitimes coexistent avec le pouvoir réglementaire de l'État, car elles dérivent directement de son exercice, pouvant ainsi émerger à tout moment. Les difficultés surviennent lorsqu'une procédure est engagée sur la base de la déception d'une attente légitime substantielle. Dans ce cas, dans le but de rétablir l'équilibre entre les parties, le juge peut demander à l'administration de prendre des mesures visant à protéger le particulier, c'est-à-dire rétablir une situation juridique déterminée. Toutefois, le juge se limitera à demander ce qui est strictement nécessaire pour garantir la protection des attentes légitimes nées de la situation juridique contestée afin d'éviter de s'immiscer excessivement dans les affaires de l'administration.

57. Le juge dispose d'un second moyen pour assurer la protection des attentes légitimes des particuliers qui consiste à mettre en place un système de dédommagement lorsqu'aucune autre mesure n'est possible. Dans cette hypothèse, il peut ordonner l'indemnisation du préjudice causé en conséquence de la déception d'attentes légitimes<sup>53</sup>. Cette mesure résulte parfois d'une initiative de l'administration qui, ne voulant pas être accusée d'abus de pouvoir ou cherchant à éviter un éventuel litige, peut décider d'office d'indemniser les personnes affectées par un changement de politique en question ou l'adoption d'une mesure qui modifie leur situation juridique.

---

<sup>52</sup> *R. (Alansi) c. Newham London Borough Council* [2013] EWHC 3722, pp. 962-963.

<sup>53</sup> Voir : *Rowland c. Environment Agency* [2003] EWCA Civ 1885, [2005] Ch. 1, p. 32 ; *R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [1999] EWCA Civ 1871, [2001] Q.B. 213, Court of Appeal (England and Wales).

## 2. Les attentes légitimes procédurales

58. Les attentes procédurales naissent, par exemple, à la suite d'une pratique constante de l'administration ou lorsque cette dernière a fait une promesse claire et non ambiguë de notifier et/ou de consulter toutes les personnes qui pourraient se voir affectées par la modification d'une politique déjà existante ou par l'adoption d'une nouvelle politique. Dans ces hypothèses, l'administration est obligée de les consulter avant de prendre toute décision. Ce type d'attentes procédurales peut être qualifié « *the paradigm case of procedural expectation* »<sup>54</sup>.

59. Un second type d'attentes procédurales est créé lorsque l'administration a promis de préserver une politique déjà existante au profit d'une personne ou d'un groupe restreint de personnes qui pourrai(en)t se voir affecté(s) par sa modification, auquel cas elle est obligée de respecter sa promesse<sup>55</sup>. Ce type d'attentes procédurales peut être qualifié « *the secondary case of procedural expectation* ».

60. Ces attentes ont donc une portée plus restreinte que les attentes légitimes substantielles, car elles permettent uniquement à la personne lésée d'obtenir un droit procédural, par exemple être entendue avant que l'administration prenne une décision sur le maintien ou la modification d'une politique. Il convient de noter que lorsque la partie demanderesse prétend à des avantages procéduraux sur la base de la protection de ses attentes légitimes, c'est-à-dire une possibilité d'être entendue ou consultée au préalable avant qu'un changement de politique n'intervienne. L'attente peut correspondre à deux situations selon le contenu de la promesse, de l'assurance ou de la pratique invoquée.

61. Dans un premier cas, l'autorité a promis de respecter ou de mener une procédure déterminée avant de prendre une décision, auquel cas elle est tenue de le faire<sup>56</sup>. Dans un second cas, l'autorité publique a promis des avantages déterminés et les attentes substantielles seront protégées en permettant au particulier d'être entendu

---

<sup>54</sup> *R (Niazi) c. Secretary of State for the Home Department; R (Bhatt Murphy (A Firm) and Others c. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ 755, §29.

<sup>55</sup> *Ibidem*, §50 : « *If, without any promise, it has established a policy distinctly and substantially affecting a specific person or group who in the circumstances was in reason entitled to rely on its continuance and did so, then ordinarily it must consult before effecting any change (the secondary case of procedural expectation). To do otherwise, in any of these instances, would be to act so unfairly as to perpetrate an abuse of power* ».

<sup>56</sup> *Ibid.*

ou consulté avant que ne soit prise toute décision afin d'éviter toute déception injustifiée<sup>57</sup>.

62. L'obligation de consultation avant de modifier une politique publique peut être fondée sur une promesse explicite ou un comportement constant de l'administration engendrant l'émergence d'une attente légitime procédurale à l'égard des intéressés selon laquelle un changement de politique, même s'il est jugé indispensable, requiert une consultation préalable de ces derniers. Cependant, il n'existe aucune protection des attentes des particuliers basées sur le fait qu'une politique ne sera jamais l'objet d'une modification dans la mesure où une telle situation serait irréaliste et surtout contraire à la liberté de réglementer de l'administration.

63. Les limites à la reconnaissance d'attentes procédurales ont notamment été mises en évidence à l'occasion de l'affaire *Bhatt*. En l'espèce, Lord Justice Laws a précisé qu'un bénéficiaire d'une politique publique peut légitimement s'attendre à ce que celle-ci lui soit justement appliquée ou, s'il ne réunit pas les critères requis, à ce qu'elle ne lui soit pas appliquée. De plus, lorsqu'une modification intervient à son détriment, elle ne doit pas « *unfairly frustrates any reliance he has legitimately placed on it* »<sup>58</sup>.

64. Pareille analyse a été retenue dans l'affaire *Nadarajah* dans le cadre de laquelle Lord Justice Laws a considéré qu'une promesse ou une pratique constante de l'administration peut être uniquement modifiée lorsque cela relève d'une obligation de l'autorité ou lorsqu'il s'agit d'une réponse proportionnée compte tenu du « *legitimate aim pursued by the public body in the public interest* »<sup>59</sup>. Il en résulte que l'attente légitime, au regard du principe de bonne administration, est un besoin d'une telle importance qu'elle peut se placer à côté des droits énoncés dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH).

---

<sup>57</sup> Voir : A. LI, H. LEUNG, « The Doctrine of Substantive Legitimate Expectation: The Significance of Ng Siu Tung and Others v. Director of Immigration Analysis », *Hong Kong Law Journal*, vol. 32, n° 3, 2002, pp. 471-496.

<sup>58</sup> *R (Niazi) c. Secretary of State for the Home Department; R (Bhatt Murphy (A Firm) and Others c. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ 755, §68.

<sup>59</sup> *Abdi & Nadarajah c. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363, p. 22, §68.

De ce fait, toute dérogation à une attente légitime doit être justifiée au regard du principe de proportionnalité.

65. Cependant, ce degré de protection des attentes légitimes ne sera pas retenu. En effet, les tribunaux ne semblent pas raisonner de cette manière. D'une part, ils doivent respecter la liberté normative de l'administration en évitant de restreindre son exercice à travers leurs décisions. D'autre part, le principe de proportionnalité doit s'appliquer avec prudence, car il peut parfois être excessivement intrusif au risque d'engendrer que toute promesse, représentation ou politique de l'administration puisse créer des nouveaux droits.

66. C'est pour cette raison que nous pouvons notamment conclure qu'il incombe au demandeur d'établir l'existence de son attente alors qu'il revient au défendeur (dans la plupart des cas l'administration) de démontrer que sa décision repose sur un intérêt général supérieur justifiant la frustration des attentes légitimes d'un ou plusieurs particuliers.

67. Il semble généralement admis parmi la doctrine que les pratiques génératrices d'attentes légitimes constituent également des normes sociales régissant les relations entre les pouvoirs publics et les particuliers. Ces pratiques deviennent donc un engagement entre parties<sup>60</sup>.

68. Les attentes légitimes visent ainsi à garantir la cohérence des actions et du comportement de l'administration. De ce fait, ce principe est lié aux principes de sécurité juridique<sup>61</sup> et de droits acquis<sup>62</sup> qui viennent le compléter en permettant une protection complète des particuliers face à l'administration.

69. Dans d'autres pays de *Common Law*, la notion d'attentes légitimes est également reconnue et appliquée par le juge interne. C'est ainsi que dans l'affaire *ChiuTeng@Kallang Pte Ltd c. Singapour Land Authority*, le juge singapourien a mené une étude sur l'état d'application de ladite notion dans plusieurs États - notamment le

---

<sup>60</sup> F. AHMED, A. PERRY, « The coherence of the doctrine of legitimate expectations », *Cambridge Law Journal*, vol. 73, n° 1, 2014, p. 74. Voir également : *R. c. Brent LBC ex parte Gunning* [1985] 84 LGR 168 ; *R. c. IRC ex parte Unilever Plc* [1996] STC 681, p. 10 ; *R. c. British Coal Corp ex parte Vardy* [1993] ICR 720, pp.758-759.

<sup>61</sup> R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 45.

<sup>62</sup> Voir : Partie 1, Titre 2 de la présente thèse.

Royaume Uni, l’Australie, le Canada et Hong Kong - a conclu qu’il existait dans ces derniers une base suffisante pour reconnaître l’existence d’une doctrine de la protection des attentes légitimes<sup>63</sup> pouvant donner droit à réparation en cas de déception.

70. Il est donc possible de conclure que la notion d’attentes légitimes est présente dans plusieurs pays de *Common Law* où leur rôle est de rétablir un équilibre dans les rapports entre l’administration et les administrés afin de garantir un système juridique et administratif cohérent et stable. Il revient au juge de décider quel type d’attente est applicable au cas par cas suivant les éléments précédemment dégagés par la jurisprudence. Généralement, il cherche uniquement à protéger les attentes légitimes de la partie lésée en appliquant la méthode la plus appropriée au maintien d’un équilibre des intérêts de l’administration et de l’administré afin d’éviter de s’immiscer excessivement dans les affaires de l’Exécutif.

71. À présent, nous allons nous consacrer à l’étude de la notion d’attentes légitimes en droit latino-américain - en particulier dans les droits argentin, vénézuélien et colombien - afin d’enrichir notre analyse comparée.

### **C. Les attentes légitimes en droit latino-américain**

72. En élargissant notre étude de la notion d’attentes légitimes, nous avons pu constater que ses caractéristiques dans les droits anglais et français se retrouvent dans le droit des États latino-américains. Nous concentrerons notre analyse sur les droits argentin, vénézuélien et colombien, ; un choix justifié par le fait que ces trois systèmes juridiques peuvent valablement représenter l’état du droit en Amérique latine, étant souvent une source d’inspiration pour les autres États latino-américains.

#### ***1. Une place concrète en droit argentin***

73. En Argentine, le principe de confiance légitime est conçu en lien avec le principe de sécurité juridique. Dans un arrêt du 5 juillet 2001, le juge l’a confirmé en précisant que « la sécurité juridique signifie en premier lieu pour le citoyen la

---

<sup>63</sup> S. JHAVERI, « The doctrine of substantive legitimate expectations: the significance of ChiuTeng@Kallang Pte Ltd v Singapore Land Authority », *Journal of Public Law*, 2016, pp. 2-3.

protection de ses attentes légitimes »<sup>64</sup>. En d'autres termes, dès que l'administration modifie son comportement ou ses actions de manière abrupte en portant atteinte aux intérêts des administrés, ces derniers doivent avoir à leur disposition des moyens juridiques de protection à faire valoir devant le juge<sup>65</sup>. Il s'agit d'une garantie essentielle et indispensable dans un État de droit<sup>66</sup> sachant que les particuliers doivent notamment pouvoir compter sur un ordre juridique clair et stable.

74. Il en résulte que l'un des éléments essentiels de la protection d'une situation juridique sur la base du principe de confiance légitime est l'existence d'un rapport réel entre les parties. Autrement dit, il est indispensable qu'un lien ou une relation antérieure ait été formé(e) afin de justifier l'émergence d'attentes légitimes<sup>67</sup>. Leur naissance est donc impossible dans le cadre d'un rapport instantané ou entre inconnus<sup>68</sup>. La confiance légitime a rapidement acquis le statut de principe général du droit en droit argentin<sup>69</sup> où elle est définie comme désignant « les règles qui constituent des mandats pour la réalisation d'un actif ou d'un bien juridiquement protégé dans la mesure du possible »<sup>70</sup>. C'est pour cette raison que le juge applique toujours la confiance légitime en relation avec d'autres principes et jamais de manière isolée<sup>71</sup>. Cette situation fait écho au cadre juridique français dans lequel le juge fait également application du principe de confiance légitime avec le principe de sécurité juridique mais, on l'a vu, de manière encore très limitée.

---

<sup>64</sup> C'est nous qui traduisons. « La seguridad jurídica significa para el ciudadano en primer lugar la protección de la confianza legítima » (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, sala 4ª, Causa: 11.265/2000, arrêt du 5 juillet 2001, *Lagos Alcaino, María Teresa y otros v. Universidad de Buenos Aires* (Resol. Cs 938/98)).

<sup>65</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, sala 4ª, Causa: 5.242/97, arrêt du 03 juillet 2001, *Bendimir, Jorge Pablo v. E.N. (M° de Economía)*.

<sup>66</sup> Voir également : F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et société*, n° 56-57, 2004/1, p. 147.

<sup>67</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa n° B 64.343, arrêt du 24 août 2011, *Vaccaro Hnos S.A.I.C. c/ Provincia de Buenos Aires*, p. 26.

<sup>68</sup> C'est nous qui traduisons. « La confianza legítima, para ser admisible requiere de un relacionamiento o contacto previo de alguna entidad entre los sujetos activo y pasivo, pues de otro modo, no podrían esgrimirse la defraudación de ninguna confianza relevante, pues no la habría o sería el fruto de la candidez o el excesivo entusiasmo » (M. LÓPEZ MESA, « De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad », *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 2, 2013, p. 15).

<sup>69</sup> L. REY VÁZQUEZ, *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones*, op. cit., p. 46.

<sup>70</sup> C'est nous qui traduisons. « Los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible » (Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, causa n° 46/85 A, arrêt du 11 août 2009, *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años*, p. 15).

<sup>71</sup> L. REY VÁZQUEZ, *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones*, op. cit., pp. 317-318.

## 2. Les attentes légitimes en droit vénézuélien

75. Le principe de confiance légitime ou d'attentes plausibles<sup>72</sup> trouve une application en droit public vénézuélien dans le cadre des rapports entre l'administration et les administrés mais aussi, dans une moindre mesure, en droit privé dans le cadre d'une relation contractuelle entre particuliers<sup>73</sup>.

76. Ce principe n'ayant pas expressément fait l'objet d'une codification dans une loi ou un règlement comme d'autres principes tels que la bonne foi ou la sécurité juridique, il résulte principalement du travail normatif du juge qui, à travers sa jurisprudence, l'a progressivement façonné<sup>74</sup>. Néanmoins, la loi organique relative à la procédure administrative lui consacre indirectement une disposition, l'article 82, qui précise que « les actes administratifs qui ne donnent pas lieu à des droits subjectifs ou à des intérêts légitimes, personnels et directs pour un particulier, peuvent être révoqués à tout moment, en tout ou en partie, par la même autorité qui les a émis ou par son supérieur hiérarchique respectif »<sup>75</sup>.

77. La liberté de révocation des actes administratifs se trouve ainsi limitée par les droits subjectifs et les intérêts légitimes personnels et directs des administrés. La protection des intérêts légitimes<sup>76</sup> permet à l'administré, victime d'une révocation d'un acte administratif, de soumettre cette situation au juge mais à la condition que l'intérêt légitime soit conforme à la loi étant donné qu'un intérêt contraire à celle-ci ne peut être protégé.

---

<sup>72</sup> Pour H. Rondón de Sanso, « attente plausible » est une dénomination plus adaptée parce qu'elle met l'accent sur le fait que tout surgit grâce à une attente. L'auteur indique également que l'attente plausible est une notion plus conforme à celle de « *legitimate expectations* » du droit anglais (H. RONDÓN DE SANSÓ, « El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano », in *El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, p. 12).

Le Tribunal Suprême de Justice emploie les deux notions comme des synonymes, car il précise que « le principe de confiance légitime ou de l'attente plausible est défini par la Salle constitutionnelle de ce tribunal supérieur, comme la sécurité dont jouissent les particuliers, que lors d'un différend, le juge agira de manière constante et cohérente face à des circonstances similaires » [C'est nous qui traduisons] (Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, arrêt n° 00002, 25 janvier 2017, *Play/VBC Comunicación creativa*).

<sup>73</sup> H. RONDÓN DE SANSÓ, « El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano », *op. cit.*, p. 19.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>75</sup> C'est nous qui traduisons. *Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo*, publiée dans la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, arrêt n° 2818, 1<sup>er</sup> juillet 1981, article 82 : « *Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico* ».

<sup>76</sup> Notion qui pourrait être rapprochée de la notion d'attentes légitimes.

78. Dans cette hypothèse, l'administré n'est pas titulaire d'un droit subjectif ; toutefois, cet article l'autorise à revendiquer que l'administration tienne compte de ses intérêts avant de prendre une décision quant à l'acte en question<sup>77</sup>. Il revient au juge de décider de la mesure à prendre afin de rétablir la situation juridique créatrice d'attentes et d'intérêts légitimes. À cet égard, il peut soit décider l'annulation de l'acte administratif, soit octroyer des dommages-intérêts. Ce dernier scénario est le plus commun compte tenu de la faible protection accordée aux attentes légitimes par le droit vénézuélien.

79. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal Suprême de Justice que la confiance légitime garantit aux administrés que dans des situations comparables, l'administration agira de manière cohérente et stable<sup>78</sup>. Ce principe sous-tend également une confiance des particuliers envers le système juridique en vigueur<sup>79</sup>, leurs droits acquis ne devant pas être atteints par d'éventuelles modifications normatives<sup>80</sup>. Il en résulte que tout changement doit se faire prudemment et de manière raisonnée afin de maintenir un équilibre dans les rapports entre l'administration et l'administré<sup>81</sup>.

80. Nous constatons que cet objectif de protection des attentes légitimes se retrouve également dans les droits précédemment étudiés et que le juge cherche toujours à garantir, d'une part, la protection des intérêts et des attentes légitimes des administrés et, d'autre part, le droit de réglementer de l'administration tout en évitant de s'immiscer dans l'exercice de ses prérogatives publiques.

---

<sup>77</sup> H. RONDÓN DE SANSÓ, « Las Potestades de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos », in A. BREWER-CARIAS (dir.), *Archivos de Derecho Público y Ciencias de la Administración: El Procedimiento Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1983, p. 55.

Voir également : H. RONDÓN DE SANSÓ, « El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano », *op. cit.*, p. 96.

<sup>78</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sala constitucional, arrêt n° 956, 1<sup>er</sup> juin 2001, *Fran Valero*. Voir également : Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sala constitucional, arrêt n° 00401, 19 mars 2004, *Servicios La Puerta, S.A* ; Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sala constitucional, arrêt n° 00403, 14 avril 2016, *Inversiones 221822, C.A* ; Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sala político-administrativa, arrêt n° 00002, 25 janvier 2017, *Play/VBC Comunicación creativa*.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sala constitucional, arrêt n° 3180, 15 décembre 2004, *Tecnoagrícola Los Pinos Tecpica, C.A.*

<sup>80</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sala político-administrativa, arrêt n° 00002, 25 janvier 2017, *Play/VBC Comunicación creativa*.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia de Venezuela, sala constitucional, arrêt n° 5082, 15 décembre 2005, *Rafael José Flores Jiménez*.

### 3. *L'émergence des attentes légitimes : création de la jurisprudence colombienne*

81. Le principe de confiance légitime n'a fait l'objet d'aucune codification dans ce pays. Il revient donc au juge colombien de le façonner à travers sa jurisprudence<sup>82</sup>. La confiance légitime est considérée par ce dernier comme un principe juridique qui vise à protéger les « attentes raisonnables, certaines et fondées »<sup>83</sup> des administrés en ce qui concerne « la stabilité ou la projection future de certaines situations juridiques particulières et concrètes »<sup>84</sup>.

82. La Cour constitutionnelle lui a accordé une valeur juridique à travers un rapprochement avec d'autres principes à valeur constitutionnelle<sup>85</sup>, en précisant effectivement que le principe de confiance légitime « découle des principes constitutionnels de sécurité juridique, de respect de l'acte propre et de bonne foi. Il vise à protéger les administrés contre les changements intempestifs adoptés par l'administration en ignorant le contexte sur lequel l'administré s'est fondé pour continuer à exercer une activité déterminée ou pour la revendication de certaines conditions ou règles applicables à sa relation avec les autorités »<sup>86</sup>.

83. Nous en déduisons que l'objectif principal du principe de confiance légitime en droit colombien est d'assurer une certaine stabilité des situations et du système juridiques en vigueur régissant les rapports entre l'administration et les administrés

---

<sup>82</sup> A. MOLINA, D. RIVERA, *¿La vulneración del principio de confianza legítima genera responsabilidad administrativa en Colombia?*, mémoire réalisé sous direction du professeur L. CARVAJAL ALMEIDA, Universidad Industrial de Santander, 2012, p. 34.

<sup>83</sup> Ce sont les seules attentes que le juge colombien compte protéger. Les attentes qui découlent d'une mauvaise interprétation d'une norme, d'une attente entièrement subjective de l'administré ou de sa mauvaise foi ne seront pas protégées (Corte constitucional de Colombia, 12 juin 2012, arrêt T-437/12 (M.P. Adriana Maria Guillén Arango), *Acción de tutela instaurada por Eliseo Santa Vargas c. Secretaría de Gobierno de Ibagué y la Secretaría de Espacio Público y Control Urbano de Ibagué*).

<sup>84</sup> C'est nous qui traduisons. « *Las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto* » (Corte constitucional de Colombia, 12 juin 2012, arrêt T-437/12 (M.P. Adriana Maria Guillén Arango), *Acción de tutela instaurada por Eliseo Santa Vargas c. Secretaría de Gobierno de Ibagué y la Secretaría de Espacio Público y Control Urbano de Ibagué*).

<sup>85</sup> Le principe de bonne foi est consacré à l'article 83 de la Constitution colombienne qui dispose que « les actions des particuliers et des pouvoirs publics doivent adhérer aux principes de la bonne foi, qui seront présumés dans toutes les négociations successives entre les parties » [C'est nous qui traduisons] (*Constitución política de Colombia*, publiée dans la *Gaceta Constitucional*, n° 116, 20 juillet 1991).

<sup>86</sup> C'est nous qui traduisons. « *La confianza legítima es un principio que, como lo ha destacado la Corte, Deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades* ». (Corte Constitucional de Colombia, 24 janvier 2000, arrêt T-020/00 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo), *Acción de tutela instaurada por Ivan Mancera Prieto contra la Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera*).

afin de protéger ces derniers contre les changements inattendus pouvant leur porter atteinte. Cette protection est indispensable dans tout État de droit et trouve également un fondement dans le principe de sécurité juridique.

84. Il s'agit donc d'un mécanisme de prévention de conflits entre l'intérêt général et les intérêts privés visant à éviter que lorsque l'administration a créé des attentes légitimes à travers un acte ou un comportement, elle puisse ensuite les modifier brusquement en trahissant ce faisant la confiance des administrés<sup>87</sup>. En ce sens, le droit colombien prévoit que lorsque l'administration prend une décision qui peut changer une situation juridique déterminée dont la stabilité avait créé des attentes à l'égard des administrés, elle doit prévoir une période de transition afin qu'ils puissent prendre les mesures nécessaires pour s'adapter à la nouvelle situation<sup>88</sup>.

85. Cela est illustré dans l'arrêt du 19 février 2004 portant sur *l'inconstitutionnalité partielle de l'article 51 de la Loi 769 de 2001*<sup>89</sup>. Précisément, il s'agit de protéger les attentes légitimes « que les individus ont fondées sur des actions ou des omissions de l'État prolongées dans le temps, qu'il s'agisse de comportements actifs ou passifs, des actes propres de l'administration publique, ou des interprétations du droit en vigueur »<sup>90</sup>. Cependant, la protection des attentes légitimes des administrés ne peut être garantie lorsque ces derniers n'ont pas agi de bonne foi ou de manière prudente et diligente. Autrement dit, un administré ne peut exiger le maintien d'une

---

<sup>87</sup> Corte constitucional de Colombia, 18 décembre 2003, arrêt T-807 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) : « *El principio de la confianza legítima en la Administración encuentra sustento constitucional en la buena fe y se aplica como mecanismo de solución de controversias entre el interés general que aquélla representa y el interés particular del administrado, en eventos en que la Administración le crea expectativas favorables pero luego, de manera súbita, lo sorprende con la eliminación de dichas condiciones* ».

<sup>88</sup> Corte constitucional de Colombia, 12 juin 2012, arrêt T-437/12 (M.P. Adriana María Guillén Arango), *Acción de tutela instaurada por Eliseo Santa Vargas c. Secretaría de Gobierno de Ibagué y la Secretaría de Espacio Público y Control Urbano de Ibagué* : « *en virtud del principio de la confianza legítima como mecanismo conciliador, las actuaciones de la Administración que generen un cambio súbito de las condiciones que regulan las relaciones con los administrados en donde existe una expectativa justificada, deben ser precedidas por un período de transición, en el cual se le brinde a los particulares el tiempo y los medios necesarios para que éstos se ajusten a la nueva situación jurídica y puedan reequilibrar su posición* ».

<sup>89</sup> C'est nous qui traduisons. « *El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica* » (Corte constitucional de Colombia, 19 février 2004, arrêt C-131/04 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002*).

<sup>90</sup> C'est nous qui traduisons. Corte constitucional de Colombia, 19 février 2004, arrêt C-131/04 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002*: « *Se trata (...) de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas* ». Voir également : Corte constitucional de Colombia, 4 juillet 2017, arrêt T-424/17 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), *Acción de tutela interpuesta por la ciudadana Ángela Patricia Herrera Colorado contra el municipio de Caldas (Antioquia)*.

situation dont la modification était prévisible ou dont il aurait pu prévoir un éventuel changement grâce à sa diligence ou à ses compétences.

86. Ainsi, le principe de confiance légitime repose sur trois critères : « la nécessité de préserver l'intérêt général d'une manière impérative ; une certaine déstabilisation raisonnable et évidente dans la relation entre l'administration et l'administré ; et la nécessité d'adopter des mesures pour une période transitoire qui adaptent la situation actuelle à la nouvelle réalité »<sup>91</sup>. Cela fait référence à la primauté de l'intérêt général, tout en gardant à l'esprit l'existence d'une situation de déséquilibre dans le rapport entre l'administration et l'administré qui justifie la mise en œuvre du principe de confiance légitime pour protéger la partie faible, en l'occurrence l'administré.

87. En définitive, ce principe crée une obligation tant à l'égard de l'administration publique qu'à l'égard des administrés à agir d'une manière cohérente et à respecter les engagements pris afin de garantir la stabilité et la durabilité des situations ainsi que, de manière plus générale, le respect du système juridique.

88. Comme en témoigne l'arrêt *Société d'économie mixte* du 4 mai 1999, l'administration doit exercer son pouvoir normatif en tenant compte des attentes légitimes créées à l'égard des administrés et ces derniers doivent agir en respectant l'ordre juridique en vigueur d'une manière éthiquement correcte<sup>92</sup>. Nous pouvons donc constater, à l'instar des autres droits étatiques précédemment étudiés, que le droit colombien limite le principe de confiance légitime aux comportements et aux actes émanant de l'administration dans l'exercice de ses prérogatives publiques et, par conséquent, ne tient pas compte des attentes qui sont nées d'un acte illicite<sup>93</sup>, d'un acte

---

<sup>91</sup>C'est nous qui traduisons. « *Según la jurisprudencia, el principio de confianza legítima tiene tres presupuestos: la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad* », (Corte constitucional de Colombia, 9 septembre 2001, arrêt T-961/01, (M.P. Gerardo Monroy Cabra), *Isaura Gamarra c. la Alcaldía y la Secretaría de Salud del municipio de Soledad*). Voir également : Corte constitucional de Colombia, 30 novembre 2015, arrêt T-736/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), *Acción de tutela instaurada por Jannet Martínez contra la Alcaldía de Yopal, el Concejo Municipal de Yopal y la Inspección Tercera de Policía de Yopal*.

<sup>92</sup> Corte constitucional de Colombia, 4 mai 1999, arrêt T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), *Tutela contra Sociedad de Economía Mixta*. Voir également : Corte constitucional de Colombia, 9 septembre 2001, sentence T-961/01 (M.P. Gerardo Monroy Cabra), *Isaura Gamarra c. la Alcaldía y la Secretaría de Salud del municipio de Soledad* ; Corte constitucional de Colombia, 15 août 2002, arrêt T-660/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *Acción de tutela promovida por Nicéforo Gallego Trujillo contra Francisco Policarpo Ortiz Ordóñez, Presidente de la "Asociación de Auxiliares Tributarios Plaza de Cayzedo" -Atribucay- de Santiago de Cali, Valle*.

<sup>93</sup> A. MOLINA, D. RIVERA, *¿La vulneración del principio de confianza legítima genera responsabilidad administrativa en Colombia?*, *op. cit.*, pp. 67-68 et p. 72. Voir également : Corte constitucional de Colombia, 23 janvier 2002, arrêt C-007/02, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58 de la Ley 633 de 2000*. Cet arrêt

résultant de la mauvaise foi de l'administré ou encore lorsque les changements en question étaient prévisibles.

89. Nous sommes ainsi en mesure de déterminer que la notion d'attentes légitimes telle qu'elle existe en droit latino-américain a plusieurs éléments en commun avec celle du droit français et du droit anglais. Le principe de confiance légitime y est également lié au principe de sécurité juridique et au principe de bonne foi. Dans la plupart de ces droits étatiques, ce principe résulte du travail normatif du juge en l'absence d'une codification expresse dans la loi.

90. À titre de conclusion, rappelons que cette notion est apparue afin de garantir aux administrés un système juridique et administratif cohérent et stable et d'éviter des modifications soudaines susceptibles de décevoir les attentes des particuliers. Ces changements doivent aussi être imprévisibles, aucun administré ne pouvant se prévaloir d'une situation dont il était en mesure de pressentir qu'elle puisse changer. Par ailleurs, la protection des attentes légitimes garantit aux particuliers que lorsque l'administration s'apprête à modifier ses actes ou son comportement, elle le fera en tenant compte des éventuelles attentes qui ont pu naître à leur égard. Mais cette protection suppose aussi une obligation des particuliers d'agir de bonne foi, avec prudence et diligence.

91. Ainsi, dans la totalité des droits étatiques étudiés, les attentes légitimes des administrés peuvent produire des effets juridiques et sont reconnues et protégées par le juge. Nous pouvons donc considérer l'existence d'un principe général du droit visant à protéger les attentes légitimes, peu importe la dénomination particulière que prend cette notion au sein de chaque État.

92. Ayant constaté la place indéniable en droit interne de la notion d'attentes légitimes, il convient à présent d'étudier son statut au sein du droit européen afin de mieux établir ensuite l'origine de cette notion en droit international.

---

établit une liste de situations dans lesquelles il est possible de conclure à l'existence d'attentes légitimes et objectives des particuliers.

## L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN SUR LA NOTION D'ATTENTES LEGITIMES

93. Selon la doctrine, le droit allemand et le droit néerlandais ont servi de fondement à la reconnaissance du principe de protection de la confiance légitime en droit européen qui, à son tour, a influencé le droit interne d'autres États européens, notamment le droit anglais et, dans une moindre mesure, le droit français. Il s'agit ici d'analyser l'évolution de cette notion ces dernières années en constatant à quel point elle a pris une grande importance en droit communautaire mais aussi en application de la Convention EDH.

94. En effet, afin de mieux cerner la notion, nous considérons qu'il est indispensable de déterminer la place des attentes légitimes en droit européen, plus spécifiquement en droit communautaire dans le cadre duquel les attentes légitimes se rapportent au « principe de protection de la confiance légitime » et en droit européen des droits de l'Homme dans lequel la notion d'attentes légitimes est connue sous la dénomination d'« espérance légitime ». Notre analyse se fondera sur un examen de la jurisprudence de ces deux organisations européennes en nous concentrant sur les affaires les plus importantes sur la question.

### A. Son application constante et homogène en droit communautaire

95. Le principe de protection de la confiance légitime n'est pas expressément consacré en droit communautaire, ni par les traités ni par la Charte des droits fondamentaux, mais résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Il a été reconnu pour la première fois dans l'affaire *Töpfer c. Commission* du 3 mai 1978<sup>94</sup>. Considéré comme faisant partie des « principes fondateurs de la Communauté »<sup>95</sup>, il s'agit d'un principe fondamental qui suppose

---

<sup>94</sup> A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 27.

<sup>95</sup> CJCE, *Firma Anton Dürbeck c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, affaire C-112/80, arrêt du 5 mai 1981, *Rec. 1981-01095*, p. 1095.

l'obligation de l'administration de respecter « ses propres décisions ou engagements »<sup>96</sup>.

96. Le principe de protection de la confiance légitime est invocable à l'égard de tout acte de l'Union<sup>97</sup>. Il est lié au principe de sécurité juridique<sup>98</sup> et trouve matière à s'appliquer dans plusieurs domaines du droit communautaire tels que la concurrence, la fonction publique, les aides d'État, ou encore la politique agricole ainsi que dans les différends fiscaux<sup>99</sup>. Il peut être invoqué sur la base d'un acte individuel ou d'un acte général, par un particulier ou par un État « qui ferait valoir que la confiance légitime des particuliers qui seraient ses ressortissants a été atteinte par un acte des institutions »<sup>100</sup> ou sur la base d'une action conjointe de plusieurs États<sup>101</sup>.

97. Selon Joël Molinier, la confiance légitime peut également naître du silence d'un texte<sup>102</sup>, ou encore d'une carence prolongée des institutions communautaires<sup>103</sup>. Ainsi, le principe de protection de la confiance légitime fait allusion à l'attente du justiciable « d'une prévisibilité et d'une stabilité des normes émanant des autorités tant européennes qu'étatiques »<sup>104</sup>. Il s'agit donc de protéger leurs attentes fondées sur un

---

<sup>96</sup> X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit administratif », 2017, p. 316.

<sup>97</sup> *Ibidem*. Voir également : F. TRAIN, « L'articulation des conceptions nationale et communautaire en matière de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *Revue des affaires européennes*, n° 3, 2007/2008, pp. 611-612.

<sup>98</sup> Voir : Partie 1, Titre 2 de la présente thèse. Voir également : CJCE, *J. M. Mulder et autres et Otto Heinemann c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C 104/89 et C 37/90, arrêt du 27 janvier 2000, *Rec. 2000 I-00203*, §15 ; D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, E. CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 655-656.

<sup>99</sup> CJCE, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR c. Finanzamt Paderborn*, affaire C-396/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04279*, §§44-47 ; CJCE, *Marks & Spencer c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-62/00, arrêt du 11 juillet 2002, *Rec. 2002 I-06325*, §45.

<sup>100</sup> J. MOLINIER, « Principes généraux du droit », in D. SIMON, S. POILLOT-PERUZZETTO, *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2014, p. 88. Voir également : CJCE, *Royaume d'Espagne c. Conseil de l'Union européenne*, affaire C-284/94, arrêt du 19 novembre 1998, *Rec. 1998 I-07309*, §3.

<sup>101</sup> TPI, *République de Pologne c. Commission européenne*, affaire T-290/12, arrêt du 22 avril 2015, *Rec. général*, §57. Voir également : TPI, *République hellénique c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-231/04, arrêt du 17 janvier 2007, *Rec. 2007 II-00063*, §63.

<sup>102</sup> J. MOLINIER, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 99. Voir également : CJCE, *Mulder c. Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, affaire 120/86, arrêt du 28 avril 1988, *Rec. 1988-02321*, §26 : « En effet, ni les dispositions ni les considérants du règlement n° 1078/77 ne font apparaître que l'engagement de non-commercialisation pris au titre de ce règlement pourrait entraîner, a son expiration, l'impossibilité de reprendre l'activité en cause. Un tel effet porte donc atteinte à la confiance légitime que ces producteurs pouvaient avoir dans le caractère limité des effets du régime auquel ils se soumettaient ». C'est nous qui soulignons.

<sup>103</sup> *Ibidem*. Voir également : CJCE, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV c. Commission des Communautés européennes*, affaire 223/85, arrêt du 24 novembre 1987, *Rec. 1987-04617*, §17.

<sup>104</sup> R. EL HERFI, « Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », sous la supervision de M. Fabrice Burgaud, Bureau du droit européen, Cour de Cassation.

comportement ou un acte des autorités<sup>105</sup>. La confiance peut être créée à partir d'un acte ou d'une pratique administrative.

98. Il ressort de l'affaire *Johann Lührs c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* que ce principe n'est pas applicable lorsque des opérateurs économiques « prudents et avisés » pouvaient prévoir « l'adoption de mesures plus rigoureuses de sorte qu'en l'espèce ils ne sauraient se prévaloir d'une confiance légitime »<sup>106</sup>.

99. Nous constatons ainsi que la confiance légitime n'est protégée que dans l'hypothèse où le particulier ne pouvait anticiper un changement de situation pouvant lui causer un préjudice. Ce critère est analysé plus rigoureusement par la Cour lorsqu'il s'agit d'un opérateur économique, car les connaissances et l'expertise dont il dispose sont supposées lui permettre de prévoir plus facilement de possibles changements et d'agir en conséquence.

100. En ce sens, dans l'arrêt *G. c. Commission*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a rappelé les trois conditions nécessaires pour pouvoir demander la protection de la confiance légitime :

« Premièrement, des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration communautaire. Deuxièmement, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent. Troisièmement, les assurances données doivent être conformes aux normes applicables »<sup>107</sup>.

101. Ce principe créé à l'égard des institutions de l'Union européenne une obligation de prévisibilité qui vise à éviter des modifications soudaines de la législation

---

<sup>105</sup> CE, *Régime d'aide mis en œuvre par la Belgique en faveur des centres de coordination établis en Belgique et modifiant la décision 2003/757/CE*, affaire C(2007) 5416, décision du 13 novembre 2007, *Rec. OJ L 90, 2.4.2008*, §29. Voir également : CJCE, *Vassilis Mavridis c. Parlement européen*, affaire C-289/81, arrêt du 19 mai 1983, *Rec. 1983-01731*, p. 1731.

<sup>106</sup> CJCE, *Johann Lührs c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire 78/77, arrêt du 1<sup>er</sup> février 1978, *Rec. 1978-00169*, §6. Voir également : TPICE, *Alpha Pharma Inc c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-70/99, arrêt du 11 septembre 2002, *Rec. 2002 II-03495*, §374 ; CJCE, *Royaume d'Espagne c. Conseil de l'Union européenne*, affaire C-310/04, arrêt du 7 septembre 2006, *Rec. 2006 I-07285*, §81 ; CJCE, *Di Lenardo Adriano Srl et Dillexport Srl c. Ministero del Commercio con l'Estero*, affaires jointes C-37/02 et C-38/02, arrêt du 15 juillet 2004, *Rec. 2004 I-06911*, §70 ; CJUE, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-5/16, arrêt du 21 juin 2018, *Rec. général [non encore publié]*, §111.

<sup>107</sup> TPICE, *G c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-199/01, arrêt du 7 novembre 2002, *Rec. 2002 FP-I-A-00217* ; *FP-II-01085*, §38. Voir également : *Alpha Pharma Inc c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-70/99, arrêt du 11 septembre 2002, *Rec. 2002 II-03495*, §374 ; CJUE, *Masdar (UK) Ltd c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-47/07P, arrêt du 16 décembre 2008, *Rec. ECR I-9761*, §34.

en vigueur susceptibles de porter atteinte aux particuliers<sup>108</sup>. Il s'agit d'un moyen de protection de ces derniers qui implique de prévoir des dispositions transitoires ainsi qu'un délai suffisant pour que puisse entrer en vigueur une nouvelle mesure lorsque les autorités européennes décident de modifier de manière imprévue la réglementation en vigueur<sup>109</sup>. De ce fait, il est également lié à d'autres principes bien connus du droit international tels que le principe de bonne foi et le principe *pacta sunt servanda* qui ont déjà été admis par le juge européen<sup>110</sup>.

102. S'agissant d'un principe général du droit, le principe de protection de la confiance légitime doit être respecté par les États membres<sup>111</sup> et peut servir en tant que norme de référence afin de contrôler leur respect du droit de l'Union européenne.

103. Dans le cadre de l'affaire *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission européenne*, la Cour a précisé que le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime appartient à tout justiciable qui a reçu des assurances « quelle que soit la forme sous laquelle elles sont communiquées, des renseignements précis, inconditionnels et concordants »<sup>112</sup>. Ces indications sont venues compléter les conditions établies dans l'arrêt *G c. Commission* précédemment cité. Nous pouvons donc conclure que le juge protégera seulement la confiance qui naît d'une assurance objective, cohérente et précise de l'administration. Par conséquent, il revient au particulier de démontrer l'objectivité de l'attente en question. Un tel raisonnement est également illustré par l'affaire *Société d.d. Synergy Hellas c. Commission*<sup>113</sup>. Dès lors, la confiance légitime peut relever du recours en annulation prévu à l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2010, p. 509. Voir également : CJUE, *Plantanol GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, affaire C-201/08, arrêt du 10 septembre 2009, *Rec. ECR I-8343*, §46.

<sup>109</sup> D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *op. cit.*, p. 657.

<sup>110</sup> TPICE, *Opel Austria c. Conseil de l'Union Européenne*, affaire T-115/94, arrêt du 22 janvier 1997, *Rec. 1997 II-00039*, §93. Voir également : CJUE, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-5/16, arrêt du 21 juin 2018, *Rec. général [non encore publié]*, §110 ; CJUE, *Agrargenossenschaft Neuzelle eG c. Landrat des Landkreises Oder-Spree*, affaire C-545/11, arrêt du 14 mars 2013, *Rec. général*, §§24-25.

<sup>111</sup> CJCE, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR c. Finanzamt Paderborn*, affaire C-396/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04279*, §44.

<sup>112</sup> C'est nous qui soulignons. CJUE, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission européenne*, affaire C-537/08 P, arrêt du 16 décembre 2010, *Rec. 2010 I-12917*, §63.

<sup>113</sup> TJUE, *d.d. Synergy Hellas Anonymi Emporiki Etaireia Parochis Ypiresion Pliroforikis c. Commission européenne*, affaire T-106/13, arrêt du 18 novembre 2015, *Rec. général [non encore publié]*, §66.

<sup>114</sup> *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, 2012/C 326/01, publié dans le *Journal officiel de l'Union Européenne* n° C326 du 26 octobre 2012, article 263.

104. Il est également de jurisprudence constante que les États membres de l'Union, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire, doivent respecter ses principes généraux, y compris le principe de protection de la confiance légitime<sup>115</sup>. Cependant, ce principe est uniquement applicable lorsque les assurances ou le comportement d'une autorité de l'Union ou d'un État membre correspondent aux règles en vigueur. Un particulier ne peut donc pas se prévaloir d'un comportement d'une autorité qui serait contraire au droit de l'Union<sup>116</sup>.

105. En outre, l'application du principe de protection de la confiance légitime ne peut aucunement empêcher les autorités européennes de créer et/ou d'appliquer de nouvelles réglementations à des situations déjà existantes<sup>117</sup>. Cette limitation du principe se justifie par « la nécessité d'adapter la règle de droit en fonction des évolutions de l'environnement économique ou de la réalité du contexte dans lequel se situe l'activité de cet opérateur »<sup>118</sup>. Une autre limite réside dans le fait qu'à supposer même que l'Union ait créé une situation susceptible d'engendrer une confiance légitime, celle-ci ne saurait empêcher sa modification en présence d'un « intérêt public péremptoire »<sup>119</sup>.

106. Il est ainsi possible de conclure à l'existence de plusieurs conditions indispensables à l'invocation du principe de protection de la confiance légitime, à savoir des assurances précises, concordantes et conformes au droit en vigueur pouvant créer des espérances quant à une situation déterminée dans l'esprit d'un particulier. Il est également nécessaire que le particulier n'ait pu prévoir la modification des normes

---

<sup>115</sup> CJUE, *Administratīvā rajona tiesa c. Ministru kabinets*, affaire C-120/17, arrêt du 7 août 2018, *Rec. général*, §48 ; CJCE, *Elmeke NE c. Ypourgos Oikonomikon*, affaires jointes C-181/04 à C-183/04, arrêt du 14 septembre 2006, *Rec. 2006 I-08167*, §31 ; CJUE, *Județul Neamț et Județul Bacău c. Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice*, affaires jointes C-260/14 et C-261/14, arrêt du 26 mai 2016, *Rec. général*, §54.

<sup>116</sup> CJUE, *Administratīvā rajona tiesa c. Ministru kabinets*, affaire C-120/17, arrêt du 7 août 2018, *Rec. général*, §52. Voir également : CJCE, *SpA Alois Lageder et autres c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, affaires jointes C 31/91 et C 44/91, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1993, *Rec. 1993 I-01761*, §35 ; CJUE, *Agroferm A/S c. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, affaire C-568/11, arrêt du 20 juin 2013, *Rec. général*, §52 ; CJUE, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen c. Agrarmarkt Austria*, affaire C-516/16, arrêt du 20 décembre 2017, *Rec. général*, §69 ; J. MOLINIER, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 95. « Le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué ni pour justifier, ni pour exiger la répétition d'une interprétation incorrecte d'un acte (TPI, 28 janvier 2004, *OPTUC c. Commission*, aff. jointes T-142/01 et T-283/01, *Rec. II*. 329) ».

<sup>117</sup> CJCE, *Tomadini c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, affaire 84/78, arrêt du 16 mai 1979, *Rec. 1979-01801*, §25 ; CJCE, *Pesquerias De Bermeo SA et Naviera Laida SA c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-258/90 et C-259/90, arrêt du 7 mai 1992, *Rec. 1992 I-2901*, §34.

<sup>118</sup> J. MOLINIER, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 88.

<sup>119</sup> *Ibidem*. Voir également : CJCE, *Belgique et Forum 187 c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, arrêt du 22 juin 2006, *Rec. 2006 I-05479*, §71 ; CJCE, *Affish BV c. Rijkdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, affaire C-183/95, arrêt du 17 juillet 1997, *Rec. 1997 I-04315*, §57

ou des mesures qui lui sont applicables, ce principe tendant à protéger la stabilité et la prévisibilité de l'ordre juridique européen. Par ailleurs, bien qu'il soit reconnu de manière autonome, ce principe est parfois appliqué conjointement avec d'autres principes, au cas par cas, selon les besoins de l'affaire soumise à l'examen du juge européen.

107. Il convient à présent d'analyser la notion d'attentes légitimes en droit européen des droits de l'Homme. Dans ce cadre, elles prennent le nom d'« espérances légitimes » et se trouvent parfois liées à la notion de biens, au droit à la vie privée, ou encore au droit à un procès équitable.

## **B. Les attentes légitimes : un élément renforçant la protection des droits de l'Homme**

108. Au niveau européen, la notion d'attentes légitimes a également émergé dans un domaine plus spécialisé, les droits de l'Homme. Elle a été intégrée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans l'ordre européen, soit de manière indépendante, soit en le liant au principe de sécurité juridique. Selon Xenou Lamprini, la jurisprudence révèle que le principe de confiance légitime « irrigue l'ensemble du droit européen, de Luxembourg à Strasbourg »<sup>120</sup>. Aussi avons-nous décidé d'analyser les attentes légitimes également dans le cadre du Conseil de l'Europe où elles sont connues sous la dénomination d'espérances légitimes<sup>121</sup> en ayant à l'esprit que cette notion peut être transposée dans d'autres branches du droit international.

109. La CEDH semble utiliser les notions de confiance légitime et d'espérance légitime de manière indistincte. Cependant, dans sa thèse sur l'espérance légitime, Walter Jean-Baptiste souligne quelques différences entre les deux. Il précise ainsi que

---

<sup>120</sup> X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 317.

<sup>121</sup> Walter Jean-Baptiste précise dans sa thèse sur l'espérance légitime que « le concept d'attentes légitimes serait sans doute, dans la masse des formules existantes, le plus proche de l'espérance légitime. Les termes d'espérance et d'attentes traduisent tous deux un phénomène de projection dans le temps et s'inscrivent dans cette idée de résultat d'un processus. On attend ou on espère parce qu'on a confiance, parce qu'on croit » (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, collection de Thèses, 2011, p. 203).

« l'espérance légitime n'existe que pour donner naissance à un bien et, une fois ce dernier identifié, elle fait corps avec lui jusqu'à y disparaître complètement »<sup>122</sup>.

110. L'espérance légitime n'existe donc pas de manière autonome ; elle fait partie du droit qu'elle protège jusqu'à la reconnaissance de ce dernier. En revanche, la confiance légitime est un principe qui existe en tant que tel de manière autonome puisqu'il n'est pas lié à un droit ou à un bien<sup>123</sup>. Autrement dit, tandis que la confiance légitime peut servir de base pour engager la responsabilité de celui qui la déçoit, l'espérance légitime n'est qu'« un mouvement de mise en œuvre ou de reconnaissance d'un droit »<sup>124</sup>.

111. Ces deux notions ont pourtant des points en commun. C'est pour cette raison que nous ne retenons pas la distinction proposée par Walter Jean-Baptiste<sup>125</sup>, car nous considérons que l'objectif final est toujours le même : protéger la confiance qu'un individu détient à l'égard d'un comportement ou des assurances d'une autorité<sup>126</sup> en s'attendant à un minimum de cohérence des actes de l'autorité<sup>127</sup>. Ces deux notions se fondent sur le principe de sécurité juridique et l'État de droit<sup>128</sup>. Il s'agit d'un moyen

---

<sup>122</sup> X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, op. cit., p. 318. Voir également : W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, *ibidem*, p. 165.

<sup>123</sup> CEDH (deuxième section), *BIKIĆ c. Croatie*, req. n° 50101/12, arrêt du 29 mai 2018, §46 : « a legitimate expectation has no independent existence; it must be attached to a proprietary interest for which there is a sufficient legal basis in national law ».

<sup>124</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 166.

<sup>125</sup> Notre but n'est pas de faire la distinction entre les deux notions mais plutôt de dégager les éléments inhérents à la confiance ou espérance légitime qui puissent nous permettre de poursuivre notre analyse et mener une étude comparative pour dégager les éléments inhérents aux attentes légitimes en droit international. En ce sens, voir : Partie 1, Titre 1 de la présente thèse. Il faut également rappeler, comme indiqué dans l'introduction de la présente thèse, que les arrêts en version anglaise ne font aucune distinction, se référant à chaque fois aux « *legitimate expectations* ».

<sup>126</sup> Walter Jean-Baptiste indique dans sa thèse que « le juge des droits de l'Homme manifeste un intérêt croissant pour les espérances légitimes des justiciables dans l'interprétation et l'application des dispositions conventionnelles. (...) Peu importe l'expression ou la formule (croyance, confiance, espérance, anticipations) en ces temps où la demande de sécurité (sécurité du droit et sécurité par le droit) est de plus en plus accrue, la création du droit se fait aussi dans les comportements individuels, à partir des besoins et projections du sujet de droit » (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 175).

<sup>127</sup> Selon Walter Jean-Baptiste, « la cohérence n'est rien d'autre qu'une obligation de coordination et d'harmonisation dans le déroulement d'un processus d'une action. Chaque écart de celui qui agit peut exiger une justification » (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, *ibidem*, p. 211).

<sup>128</sup> Sur la sécurité juridique et l'État de droit, voir notamment : CEDH (grande chambre), *Kopeccky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt du 28 septembre 2004, opinion dissidente du Juge Straznicka, pp. 23-24 : « Le principe de l'état de droit est l'un des principes fondamentaux de toute société démocratique. Inhérent à tous les articles de la Convention, il présuppose notamment que le droit national soit accessible, prévisible quant à ses effets et précis, de manière à garantir la sécurité juridique aux justiciables. Si la Cour n'a pas principalement pour tâche d'interpréter et d'appliquer le droit interne, il lui incombe assurément de vérifier si la façon dont le droit interne a été interprété et appliqué dans les cas soumis à son examen se concilie avec la Convention ».

de protection d'une situation juridiquement acquise par les citoyens dans leurs rapports avec les autorités nationales et européennes<sup>129</sup>.

112. La Cour a établi une jurisprudence constante selon laquelle les requérants peuvent avoir des espérances légitimes d'exercer des droits qui découlent de l'adoption d'une loi ou d'un accord international conclu par l'État de leur nationalité<sup>130</sup>. Cette aptitude oblige l'État « à tenir en temps utile, et de manière adéquate et cohérente, les promesses législatives qu'il avait formulées au sujet de certains droits »<sup>131</sup>.

113. Cette notion a trouvé application à travers les articles 8 et 6 de la Convention EDH relatifs, respectivement, au droit de la vie privée et au droit à un procès équitable.

114. Cependant, la présente étude se focalisera principalement sur l'analyse de la notion d'attentes légitimes au regard de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 de la Convention EDH (Protocole n° 1) portant sur le droit à la protection de la propriété. Nous tenterons de démontrer le lien entre la notion d'espérance légitime et le droit de propriété en répondant à des questions telles que : l'espérance légitime est-elle un élément du droit des biens ? L'espérance légitime peut-elle constituer un fondement permettant à un particulier de revendiquer un bien ? Nous poursuivrons ensuite notre étude en déterminant l'étendue de la notion d'espérance légitime au sein même de la Convention EDH, en particulier au regard de ses articles 6 et 8.

## **1. Les attentes légitimes de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention EDH**

115. Selon Sylvia Calmes, le droit de propriété est « le seul à présenter des caractéristiques qui puissent directement, techniquement et précisément, être assimilées au mécanisme de protection de la confiance légitime »<sup>132</sup>. La notion d'espérance légitime liée au droit au respect des biens est apparue pour la première fois

---

<sup>129</sup> X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 319.

<sup>130</sup> CEDH (première section), *Malysh et autres c. Russie*, req. n° 30280/03, arrêt du 11 février 2010, §84 ; CEDH (première section), *Yuriy Lobanov c. Russie*, req. n° 15578/03, arrêt du 2 décembre 2010, §15.

<sup>131</sup> CEDH (grande section), *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, arrêt du 15 mars 2018, p. 74.

<sup>132</sup> S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, p. 208. Voir également : L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue de réflexion et d'approfondissement en droit public*, 1998, p. 990 : « le propre de la confiance légitime est de faire naître des espérances fondées ».

dans l'affaire *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*. En l'espèce, cette société, qui avait pour activité principale l'achat et la mise en valeur de terrains, acquit un bien pour construire un entrepôt industriel. Toutefois, à défaut de permis de construire, elle n'a pu mener à bien son projet même en possession d'un certificat préalable d'urbanisme. Ainsi, la Cour a précisé que :

« Quand Pine Valley acheta le domaine, elle se fonda sur le certificat, dûment consigné dans un registre public tenu à cette fin, et elle avait tout lieu de le présumer valide. Il impliquait une approbation du principe de l'aménagement projeté, sur laquelle le service d'urbanisme ne pouvait revenir. Dans ces conditions, on pécherait par excès de formalisme si l'on considérait que l'arrêt de la Cour suprême ne constituait pas une ingérence. Jusqu'à son prononcé, les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement ; il faut y voir, aux fins de l'article 1 du Protocole n° 1 (P1-1), un élément de la propriété en question »<sup>133</sup>.

116. Dans l'arrêt en question, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour a donc admis la possibilité que les espérances légitimes constituent un élément du droit de propriété au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1<sup>134</sup>.

117. Par ailleurs, dans l'affaire *J. Malhous c. République Tchèque* portant sur l'expropriation sans indemnisation des biens immobiliers du requérant sur le fondement de la nouvelle réforme agraire de 1948, qui sera ensuite abrogée par une nouvelle loi permettant la restitution des biens expropriés dès lors qu'ils n'avaient été attribués à des personnes physiques ou, à défaut, l'attribution de biens équivalents ou une compensation financière. C'est sur cette base que le requérant demandait la restitution de la totalité de ses biens, même ceux qui avaient été attribués à des personnes physiques. Sa requête a été rejetée mais le tribunal a indiqué qu'il pouvait demander une compensation financière. Cependant, convaincu que son droit de propriété avait été violé par le refus des tribunaux internes de lui restituer ses biens immobiliers attribués à des tiers, il décida de saisir la CEDH. La Cour devait donc déterminer s'il y avait bien eu violation de son droit de propriété.

---

<sup>133</sup> CEDH (chambre), *Pine Valley Development Ltd c. Irlande*, req. n° 12742/87, arrêt du 29 novembre 1991, §51.

<sup>134</sup> C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, Sirey, coll. « Sirey université », 1<sup>re</sup> éd., 2016, p. 215.

118. Les juges européens vont tout d'abord rappeler que la notion de biens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 « peut recouvrir tant des "biens actuels" que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une "espérance légitime" d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété »<sup>135</sup>. De ce fait, la Cour va estimer que le requérant ne disposait en l'espèce d'aucun droit de propriété. En effet, il ne possédait ni bien ni espérance légitime pouvant constituer un droit de propriété au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. Il est intéressant de constater dans cette affaire que l'espérance légitime a été considérée comme une composante de la notion de bien.

119. Walter Jean-Baptiste propose ainsi de définir l'espérance légitime comme un « lien de rattachement entre un sujet de droit et un intérêt économique qui permet à ce dernier d'être hissé au rang de bien, sous la force d'une valeur patrimoniale »<sup>136</sup>. Cependant, cet intérêt doit constituer un actif, car il ne semble guère plausible que la Cour reconnaisse une dette ou tout autre passif comme un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1.

120. La notion d'espérance légitime comporte donc deux aspects : un aspect économique du fait de la valeur marchande du bien en question et un aspect juridique dans la mesure où c'est sur la base de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 qu'elle s'applique<sup>137</sup>. Ce dernier aspect « se révèle par une présence tant en aval qu'en amont de l'élément juridique »<sup>138</sup>. La notion d'espérance légitime est donc intimement liée au droit des biens ; elle ne peut survivre de manière autonome étant donné que sa

---

<sup>135</sup> CEDH (grande chambre), *J. Malhous c. République Tchèque*, req. ° 33071/96, décision sur la recevabilité du 13 décembre 2000, §30. Voir également : CEDH (chambre), *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n° 17849/91, arrêt du 20 novembre 1995, p. 21, §3 ; CEDH, (première section), *Ouzounis et autres c. Grèce*, req. n° 49144/99, arrêt du 18 avril 2002, § 24.

<sup>136</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 60, §72.

<sup>137</sup> À titre d'illustration, mentionnons que dans l'affaire *Karaman c. Turquie*, l'espérance légitime des requérants et la valeur patrimoniale du droit vont permettre à la Cour de conclure qu'il s'agissait bien d'un bien au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. En l'espèce, il s'agissait de la donation d'une parcelle de terrain des requérants à la mairie pour la construction d'un centre de santé, qui a été divisé en trois par la mairie, l'une des parcelles ayant été vendue à un tiers. Ayant réclamé la restitution du bien en question ainsi qu'une indemnité devant les tribunaux turques sans succès, ils ont décidé de porter l'affaire devant la Cour européenne. Cette dernière a précisé qu'« en l'espèce, la Cour est d'avis que les requérants peuvent légitimement espérer la restitution de la portion du bien en question, laquelle n'a été utilisée ni pour le but d'utilité publique pour lequel la cession avait eu lieu ni pour tout autre but d'utilité publique. Pour la Cour, un droit de ce genre peut s'analyser – à tout le moins – en une "valeur patrimoniale" et a donc le caractère d'un bien, au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1 ». (CEDH (deuxième section), *Karaman c. Turquie*, req. n° 6489/03, arrêt du 15 janvier 2008, §29).

<sup>138</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 87.

légitimité et sa solidité dépendent directement de l'élément juridique sur lequel elle se base.

121. Dans l'affaire *Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque* portant aussi sur la violation du droit de propriété, la CEDH a fait la différence entre le simple espoir et l'espérance légitime en précisant que cette dernière « doit être de nature plus concrète et se baser sur une disposition légale ou un acte juridique, telle une décision judiciaire »<sup>139</sup>. En l'espèce, les requérants avaient acquis plusieurs biens immobiliers en République Tchèque mais s'étaient ensuite installés aux États-Unis et avaient obtenu la nationalité américaine, ce qui a eu pour conséquence la perte de leur nationalité tchèque. De ce fait, un tribunal tchèque les condamna pour abandon de la République à deux ans d'emprisonnement et à la confiscation de tous leurs biens. L'État procéda ensuite à la vente de leurs biens. Considérant que cette vente avait été faite de manière arbitraire, les requérants l'ont contestée auprès des tribunaux internes au motif d'une violation de leur droit de propriété mais sans succès.

122. Le jugement du tribunal national a cependant été confirmé par la CEDH qui a considéré que « les requérants n'ont pas montré qu'ils étaient titulaires d'une créance suffisamment établie pour être exigible et qu'ils ne peuvent donc pas se prévaloir d'un "bien" tel qu'envisagé par l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 »<sup>140</sup>. L'élément juridique est ainsi indispensable à la reconnaissance d'une espérance légitime, c'est-à-dire l'existence d'une base juridique telle qu'une disposition ou un acte juridique. Cette base juridique peut aussi bien relever du droit interne que d'un autre droit applicable, la Cour ne précisant pas son origine<sup>141</sup>.

123. À cet égard, il convient de se référer à l'affaire *Annheuser-Busch Inc. c. Portugal*. En l'espèce, la requérante alléguait une violation de son droit de propriété en raison des obstacles rencontrés pour l'enregistrement de sa marque « *Budweiser* », qui était également revendiquée par une société tchèque. En effet, à la suite de plusieurs démarches, la requérante avait réussi à enregistrer la marque en question mais la société

---

<sup>139</sup> CEDH (grande chambre), *Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque*, req. n° 39794/98, décision sur la recevabilité du 10 juillet 2002, §73. Voir également : CEDH (chambre), *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n° 17849/91, arrêt du 20 novembre 1995, §73.

<sup>140</sup> *Ibidem*, §74.

<sup>141</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, *op. cit.*, p. 82.

tchèque avait fait opposition devant un tribunal de première instance. Ce dernier confirma le droit d'enregistrement de la requérante. Toutefois, à la suite de l'appel formé par la société tchèque, la Cour d'appel annula le jugement de première instance ; une décision qui a été confirmée par la Cour de cassation tchèque à l'issue d'un pourvoi formé par la requérante. Cette affaire a ensuite été portée devant la CEDH.

124. La Grande Chambre de la Cour européenne a alors conclu que « lorsque l'intérêt patrimonial est de l'ordre de la créance, l'on peut considérer que l'intéressé dispose d'une espérance légitime si un tel intérêt présente une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux »<sup>142</sup>. La Cour a ainsi complété l'élément juridique développé dans l'affaire *Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque* en indiquant que cette base juridique doit relever du droit interne du défendeur.

125. Il est désormais de jurisprudence constante que l'espérance légitime entre en jeu lorsque le requérant ne parvient pas à établir un droit patrimonial<sup>143</sup>. Il suffit de détenir une « valeur patrimoniale caractérisée à partir d'une créance reposant sur une base interne suffisante »<sup>144</sup> pour démontrer l'existence d'une espérance légitime. En ce sens, une chance réelle et sérieuse peut constituer un intérêt économique et être ainsi prise en compte par le juge dans le cadre de la responsabilité civile. Cela donne droit à une allocation de dommages et intérêts. Dans cette hypothèse, « la chance remplirait donc le rôle d'une espérance ayant une valeur économique »<sup>145</sup>.

126. Dans l'affaire *Jokela c. Finlande*, les requérants avaient saisi la CEDH à la suite de l'expropriation de leurs biens. Ils estimaient, en effet, que la compensation définie par l'expert ne correspondait ni à la valeur marchande du terrain en cause ni

---

<sup>142</sup> CEDH (grande chambre), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n° 73049/01, arrêt du 11 janvier 2007, §65. Cependant, cela semble être contredit par l'arrêt *Hamer c. Belgique* à l'occasion duquel la Cour va plutôt indiquer que : « La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle la notion de "biens" prévue par la première partie de l'article 1 du Protocole n° 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : ce qui importe est de rechercher si les circonstances d'une affaire donnée, considérées dans leur ensemble, peuvent passer pour avoir rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par cette disposition » (CEDH (deuxième section), *Hamer c. Belgique*, req. n° 21821/03, arrêt du 27 novembre 2007, §75).

<sup>143</sup> F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 8<sup>e</sup> éd., 2017, p. 815.

Voir aussi : L. SERMET, *La convention européenne des droits de l'Homme et le droit de propriété*, Séries : Dossiers sur les droits de l'Homme n° 11, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998, p. 14.

<sup>144</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 51, §55.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 54, §62.

aux autres accords de l'État portant sur des terrains similaires. La Cour leur donna gain de cause en estimant que les requérants pouvaient s'attendre à ce que les autorités finlandaises adoptent une démarche cohérente pour la détermination de la valeur marchande des terrains ou du moins qu'elles puissent fournir une explication justifiée sur la différence d'évaluation des biens. Or, en l'occurrence, il n'y avait eu « ni cohérence ni explication de l'absence de cohérence de nature à répondre aux attentes qui, de par la loi, étaient celles des requérants en leur qualité de propriétaires fonciers »<sup>146</sup>. Sur cette base, la Cour a conclu que les procédures internes menées par les autorités finlandaises étaient incompatibles avec le droit des requérants au respect de leurs biens, ce qui constituait une violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. Cependant, ce processus de patrimonialisation trouve certaines limites dans la jurisprudence européenne. En effet, la CEDH va parfois relever l'existence d'une espérance légitime sans pour autant lui reconnaître un quelconque effet juridique<sup>147</sup>.

127. Cette position est notamment illustrée par l'affaire *Kopecky c. Slovaquie* dans le cadre de laquelle le requérant alléguait une violation de son droit de propriété à la suite de l'impossibilité d'obtenir la restitution des biens (131 pièces d'or et 2 151 pièces d'argent) de son père après avoir été disculpé d'une condamnation pénale pour conservation des biens en question, au mépris de la réglementation alors en vigueur. À cet égard, le juge strasbourgeois a précisé que « l'espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l'on est dans l'impossibilité d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un "bien" au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, et il en va de même d'une créance conditionnelle s'éteignant du fait de la non-réalisation de la condition »<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> CEDH (quatrième section), *Jokela c. Finlande*, req. n° 28856/95, arrêt du 21 mai 2002, §65.

<sup>147</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 58, §66 : « (...) La Cour se refuse à entrer dans un processus de patrimonialisation de toute entreprise de projection dans l'avenir. Elle n'écarte pas d'accepter l'existence d'une espérance légitime à laquelle elle est prête à dénier tout effet juridique, tout au moins sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1 ». Mentionnons aussi des cas dans lesquels la Cour reconnaît la possible existence d'une espérance légitime pour ensuite lui refuser toute valeur. Voir notamment CEDH (chambre), *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n° 17849/91, arrêt du 20 novembre 1995, §§31-32 ; CEDH (grande chambre), *Oneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, arrêt du 30 novembre 2004, §126. Voir aussi : F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 805.

<sup>148</sup> CEDH (grande chambre), *Kopecky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt du 28 septembre 2004, §35. Voir également : Comm. EDH (plénière), *Ladislav et Aurel Brezny c. Slovaquie*, req. n° 23131/93, décision du 4 mars 1996, p. 65 ; CEDH (deuxième section), *Murat Akin c. Turquie*, req. n° 40865/05, arrêt du 9 octobre 2018, §58 ; CEDH (grande chambre), *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98, arrêt du 12 juillet 2001, §83.

128. La Cour va ainsi conclure que l'« espérance légitime résulte donc de la circonstance que la personne concernée se fonde de façon raisonnablement justifiée sur un acte juridique ayant une base juridique solide et une incidence sur des droits de propriété »<sup>149</sup>. Dès lors, en cas de débat sur la manière dont le droit interne doit être interprété et appliqué, une espérance légitime ne peut naître. En effet, sa base juridique doit être suffisamment claire afin d'éviter toute remise en cause<sup>150</sup>. Il en va de même quant à l'espérance d'obtenir des honoraires futurs. S'agissant d'une situation incertaine et circonscrite dans le futur, il ne peut s'agir d'une espérance légitime au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1<sup>151</sup>.

129. À ce jour, les éléments dégagés par la CEDH caractérisant la notion d'espérance légitime semblent être insuffisants pour l'établissement d'une définition complète. Pour rappel, ces éléments à considérer sont : un composant du droit de propriété ; un rapport d'appropriation entre la personne et l'objet, basé sur une disposition ou un acte juridique, telle une décision judiciaire ; l'existence d'un intérêt patrimonial ; le comportement des parties<sup>152</sup>. À cela s'ajoute le besoin de clarté, de cohérence et de raisonabilité de l'espérance légitime.

130. La notion d'espérance légitime qui ressort du Protocole n° 1 de la Convention EDH manque donc de clarté et de définition précise. Au vu de la jurisprudence, nous considérons que cette dernière continuera d'évoluer grâce au travail normatif de la CEDH. Il s'agit ici d'une notion non-autonome qui permet d'aider, qui s'en prévaut, à démontrer l'existence d'un droit patrimonial.

131. La notion d'espérance légitime trouve également application au regard de l'article 8 de la Convention EDH sur le droit à la vie privée, que nous allons à présent analyser.

---

<sup>149</sup> CEDH (grande chambre), *Kopecky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt du 28 septembre 2004, §47. Voir également : CEDH (première section), *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04, arrêt du 20 septembre 2011, §567; CEDH (quatrième section), *Stretch c. Royaume-Uni*, req. n° 44277/98, arrêt du 24 juin 2003, §33 et §35.

<sup>150</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 83.

<sup>151</sup> Comm. EDH (plénière), *X c. Allemagne*, req. n° 8410/78, décision du 13 décembre 1979, p. 216.

<sup>152</sup> Dans l'affaire *Hamer c. Belgique*, la Cour a relevé que le comportement de l'autorité belge consistant à tolérer la construction litigieuse de la maison de vacances de la requérante a créé dans son esprit une espérance légitime de pouvoir continuer à jouir de ce bien. Voir notamment : CEDH (deuxième section), *Hamer c. Belgique*, req. n° 21821/03, arrêt du 27 novembre 2007, § 76.

## 2. Les attentes légitimes au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

132. L'application de certains articles de la Convention EDH s'est également faite en considérant la notion d'espérance légitime, notamment l'article 8 portant sur le droit au respect de la vie privée et familiale.

133. La Cour a en effet introduit pour la première fois cette notion dans l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*. Selon Walter Jean-Baptiste, c'est effectivement à l'occasion de cette affaire qu'est né un intérêt pour l'espérance légitime dans le domaine de la vie privée<sup>153</sup>. Il s'agissait en l'espèce du droit à la vie privée de la Princesse Caroline de Monaco qui, à la suite de la publication de photos révélant sa vie privée dans des magazines allemands, avait tenté en vain de faire interdire cette publication. Pour les tribunaux allemands, le fait qu'elle soit une « personnalité absolue de l'Histoire contemporaine » l'exposait à ce que dans les lieux publics, la protection de sa sphère privée soit limitée. Dans de telles circonstances et afin de pouvoir invoquer une protection, elle aurait dû essayer de se mettre à l'abri du public.

134. Toutefois, la CEDH a envisagé la situation de manière différente en précisant que « la sphère de la vie privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne »<sup>154</sup>. Autrement dit, une personne peut, dans certaines circonstances, avoir l'espérance légitime d'une protection et du respect de sa vie privée<sup>155</sup>. La Cour a donc conclu à l'importance « fondamentale que revêt la protection de la vie privée pour l'épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale »<sup>156</sup>. De ce fait, toute personne, même connue publiquement, bénéficie d'une espérance légitime quant à la protection et le respect de sa vie privée.

---

<sup>153</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, op. cit., p. 106.

<sup>154</sup> CEDH (troisième section), *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, §50.

<sup>155</sup> V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2014, p. 510. Voir également : CEDH (chambre), *Halford c. Royaume-Uni*, req. n° 20605/92, arrêt du 25 juin 1997, p. 1016, §45. Le cas d'espèce concernait l'interception de communications téléphoniques et la Cour a estimé que les appels émanant des locaux professionnels de la requérante pouvaient créer dans l'esprit de cette dernière la croyance dans le caractère privé des appels.

<sup>156</sup> CEDH (troisième section), *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, §69. Voir également : P. AUVRET, « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'Homme », *La Gazette du Palais*, n° 100-102, 2005, p. 6.

135. Par ailleurs, dans l'affaire *Peev c. Bulgarie*, le requérant alléguait que la perquisition de son bureau au parquet près la Cour suprême était injustifiée et que la rupture de son contrat de travail était illégale au motif qu'il s'agissait en réalité d'une mesure de rétorsion prise après avoir exprimé son opinion sur le procureur général. De plus, le requérant avait des effets personnels dans son bureau, ce qui créait dans son esprit une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée. C'est sur ce fondement que la Cour a lié la présente affaire à l'article 8 de la Convention EDH en indiquant que « le requérant avait bel et bien une telle attente, si ce n'est à l'égard de l'ensemble de la pièce, au moins à l'égard du bureau et des meubles de classement qui s'y trouvaient. En témoigne le grand nombre d'effets personnels qu'il y conservait. (...) Le fait qu'il était employé par une autorité publique et que son bureau se situait dans des locaux de l'État ne change rien à cette conclusion, surtout si l'on considère que le requérant n'était pas un procureur mais un expert en criminologie employé par le parquet. Dès lors, une perquisition étendue à son bureau et à ses meubles de classement doit être considérée comme une ingérence dans sa vie privée »<sup>157</sup>. La protection à la vie privée s'étend donc au lieu de travail dès lors que l'individu a l'espérance que son bureau sera dûment respecté, car des éléments privés lui appartenant s'y trouvent.

136. Nous pouvons également citer l'affaire *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, qui se rapproche de l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* puisqu'elle porte aussi sur la publication de photos d'une personnalité publique, à savoir Johnny Hallyday. En l'espèce, la requérante avait publié un article sur le chanteur illustré avec quelques photographies. Ce dernier assigna la requérante devant les tribunaux français afin de la voir condamner au paiement de dommages-intérêts et à la publication du jugement en page de couverture. La requérante a été condamnée par la Cour d'appel de renvoi au paiement de dommages-intérêts, un arrêt confirmé par la Cour de cassation. Elle décida alors de saisir la CEDH en se fondant sur l'article 14 de la Convention EDH relatif à la liberté d'expression. En l'occurrence, la Cour a estimé que les informations litigieuses contenues dans l'article avaient déjà été révélées par le chanteur, un fait dont il résulte qu'elles étaient librement disponibles au public. En conséquence, il a été considéré que ces révélations, « une fois rendues publiques, affaiblissent le degré de

---

<sup>157</sup> CEDH (cinquième section), *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007, §39.

protection à laquelle ce dernier pouvait prétendre au titre de sa vie privée, s'agissant désormais de faits notoires et d'actualité »<sup>158</sup>.

137. La notoriété de certains faits est donc, de l'avis de la Cour européenne, un critère déterminant dans l'appréciation de l'équilibre entre le droit à la liberté d'expression de la requérante et le droit au respect de la vie privée du chanteur. Elle va donc conclure que « dans la mesure où la requérante a repris, sans les déformer, une partie des informations librement divulguées et rendues publiques par le chanteur, notamment dans son autobiographie, sur ses biens et sur la façon dont il employait son argent, la Cour est d'avis que celui-ci ne conservait plus une "espérance légitime" de voir sa vie privée effectivement protégée »<sup>159</sup>.

138. En comparant ces deux affaires, à savoir, l'affaire *Von Hannover c. Allemagne* et l'affaire *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, nous constatons que le comportement de la personne qui allègue une violation de son droit à la vie privée est d'une importance vitale pour la reconnaissance d'une espérance légitime. Pour qu'une personne puisse avoir une espérance légitime de protection de sa vie privée, il est avant tout nécessaire qu'elle n'ait pas contribué à la divulgation de l'information qu'elle souhaiterait par la suite protéger.

139. Nous pouvons conclure qu'ici, la notion d'espérance légitime, tout comme au regard du droit de propriété, dépend directement du droit dont elle découle, à savoir le droit au respect de la vie privée. Elle n'est donc pas une notion autonome mais permet de renforcer la protection du droit à la vie privée. En effet, dès lors qu'une personne n'a pas agi dans le but de rendre publique des informations qui lui sont propres, elle peut légitimement s'attendre à la protection et au respect de sa vie privée<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> CEDH (cinquième section), *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. n° 12268/03, arrêt du 23 juillet 2009, §52.

<sup>159</sup> *Ibidem*, §53.

<sup>160</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime, op. cit.*, p. 119 : « Elle [la notion d'espérance légitime] fait corps avec le droit au respect de la vie privée. Ses caractéristiques sont celles du droit en question. Si la protection de la vie privée est d'une importance fondamentale, alors la reconnaissance de cette espérance le sera tout autant, car il y a dans cette reconnaissance le signe de cette importance » ; *ibidem*, p. 161 : « L'espérance légitime fait corps avec la règle énoncée pour constituer un axiome qu'il est bon de rappeler quelques fois, au nom du souci d'assurer l'effectivité du droit garanti ».

140. Au-delà de la protection de la vie privée, les attentes légitimes jouent également un rôle au regard de l'article 6 de la Convention EDH, auquel nous allons désormais nous intéresser.

### **3. Les attentes légitimes au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme**

141. Nous allons à présent aborder l'article 6 de la Convention EDH relatif au droit à un procès équitable. Dans l'affaire *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, deux condamnés à la réclusion ont protesté en raison du traitement subi par un codétenu, en s'installant temporairement dans un couloir de l'établissement et en refusant d'y bouger. Toutefois, ils ont été délogés par les gardiens et ont subi des blessures. Cet incident a eu comme conséquence l'engagement de poursuites disciplinaires à leur encontre. Les sanctions disciplinaires prononcées ont été très lourdes mais la question qui nous intéresse ici est la perte de remise de peine. À l'époque, les deux condamnés pouvaient s'attendre à sortir avant l'accomplissement de la période d'emprisonnement prévue grâce à une loi qui prévoyait une remise de peine.

142. La Cour a considéré que cette circonstance avait suscité en eux « l'expectative légitime de recouvrer [leur] liberté avant la fin de la période d'emprisonnement à purger. La perte de remise de peine aboutit par conséquent à prolonger la détention au-delà du terme correspondant à cette attente »<sup>161</sup>. De ce fait, elle a conclu que la perte de remise de peine impliquait de « si lourdes conséquences pour la durée de son emprisonnement qu'il faut les considérer comme "pénales" aux fins de la Convention »<sup>162</sup>. L'attente des requérants représente ici un élément essentiel de l'analyse de la Cour puisqu'elle permet de prendre en considération les implications non seulement objectives (le prolongement de la durée d'emprisonnement) mais aussi subjectives (l'impact psychologique sur les requérants de voir leur peine s'alourdir de manière disproportionnée par rapport à la vraie sanction disciplinaire qu'ils auraient dû obtenir) de la situation.

---

<sup>161</sup> CEDH (chambre), *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n° 7819/77, arrêt du 28 juin 1984, §72. Voir également : CEDH (grande chambre), *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n° 39665/98 et 40086/98, arrêt du 9 octobre 2003, §121-122.

<sup>162</sup> CEDH (chambre), *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n° 7819/77, arrêt du 28 juin 1984, §72.

143. Par ailleurs, c'est à l'occasion de l'affaire *Scoppola c. Italie (No.2)* que la CEDH va établir un lien entre les attentes légitimes et le procès équitable. En l'espèce, le requérant, condamné pour le meurtre de sa femme et pour coups et blessures portés à son fils, a demandé une procédure abrégée afin que sa peine soit réduite d'un tiers, ce qui lui a été accordé. Toutefois, à la suite du pourvoi formé par le procureur, il a été condamné à la peine maximale, c'est-à-dire à la perpétuité. Le requérant a alors porté l'affaire devant la CEDH en se fondant sur l'article 6 de la Convention EDH. Dans son arrêt, la Cour a insisté sur le respect des attentes légitimes du requérant quant au choix de la procédure abrégée qui avait été fait bien avant l'entrée en vigueur de la loi prévoyant la perpétuité pour tous les auteurs de ce type de crime. Par conséquent, la loi en question avait déçu les attentes du requérant<sup>163</sup>. En outre, le juge européen a indiqué que :

« Le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige »<sup>164</sup>.

144. Cette affaire met en évidence l'attente légitime du requérant à bénéficier de la procédure abrégée consistant à réduire d'un tiers la peine encourue qui résultait de l'ordre juridique en vigueur à l'époque en Italie ; toutefois, le changement de circonstances à la suite de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi a remis en cause non seulement les attentes légitimes du requérant mais aussi la sécurité juridique.

145. Nous pouvons, en outre, constater l'utilisation de plusieurs expressions par la Cour pour invoquer l'espérance légitime tels que « *croyance légitime* », « *attentes légitimes* » et « *confiance légitime* ». En se basant sur la lecture de l'arrêt, nous pouvons conclure que la Cour les a utilisées indistinctement comme étant des synonymes. En effet, comme l'indique Walter Jean-Baptiste, « l'enjeu pour la protection des droits de l'Homme était sans doute trop important pour se perdre dans

---

<sup>163</sup> CEDH (grande chambre), *Scoppola c. Italie (No.2)*, req. n° 10249/03, arrêt du 17 septembre 2009, §138

<sup>164</sup> *Ibidem*, §132.

une querelle de notions. La Cour s'est donc contentée de choisir le terme susceptible de faciliter la clarté de son discours »<sup>165</sup>.

146. La présente affaire semble traiter la confiance légitime comme une notion autonome<sup>166</sup> et c'est la notion de procès équitable qui est un élément de la confiance légitime et non l'inverse comme dans nos précédentes analyses. En revanche, ce constat ne suffit pas à reconnaître de manière définitive l'indépendance totale de cette notion.

147. Par ailleurs, dans l'affaire *Anagnostopoulos c. Grèce*, le requérant avait porté plainte contre des employés d'une banque pour faux et usage de faux, conduisant le procureur à déférer ces employés devant le tribunal correctionnel afin d'être jugés. Or, le tribunal a conclu que les infractions incriminées ayant été commises par les employés en juin 1993, elles étaient couvertes par la prescription. La Cour d'appel a confirmé ce jugement. Au cours de ces différentes procédures, le requérant cherchait à être indemnisé pour un montant de 15000 GRD [drachme grecque] qui constituait une somme que les juridictions pénales pouvaient examiner sans être obligées de renvoyer l'affaire aux juridictions civiles. La CEDH qui a ensuite été saisie a estimé que le requérant avait une espérance légitime « que les tribunaux statuent sur cette demande d'indemnisation, que ce soit de manière favorable ou défavorable »<sup>167</sup>. Par conséquent, il a été considéré que le retard dans le traitement du dossier et l'absence de décision concernant la demande d'indemnisation du requérant ont porté atteinte à son droit d'accès à un tribunal.

148. Dans le même sens, nous pouvons également nous référer à l'affaire *Atanasova c. Bulgarie*. En l'espèce, il s'agissait d'une procédure pénale initiée contre un conducteur automobile dans laquelle la requérante s'était constituée partie civile afin de demander réparation en tant que victime de l'accident de circulation qui l'avait blessée. Cependant, son action civile n'a pas été examinée étant donné que les poursuites pénales avaient été abandonnées au motif de la prescription de l'infraction.

---

<sup>165</sup> W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime, op. cit.*, p. 206.

<sup>166</sup> Pour d'autres arrêts dans lesquels la Cour a fait référence à la confiance légitime, voir notamment : CEDH (première section), *Lykourvos c. Grèce*, req. n° 33554/03, arrêt du 15 juin 2006, §57 ; CEDH (première section), *Paschalidis, Koutemeris et Zaharakis c. Grèce*, req. n° 27863/05, 28028/05, 28422/05, arrêt du 10 avril 2008, §33.

<sup>167</sup> CEDH (première section), *Anagnostopoulos c. Grèce*, req. n° 54589/00, 3 avril 2003, §32. Voir également : CEDH (première section), *Gousis c. Grèce*, req. n° 8863/03, 29 mars 2007, §34-35.

Pour la Cour, le fait que la requérante ait fait usage de recours internes aux fins de demander réparation du préjudice causé par l'accident dont elle avait été victime a créé dans son esprit « l'espérance légitime d'attendre que les tribunaux statuent sur cette demande d'indemnisation, que ce soit de manière favorable ou défavorable »<sup>168</sup>. C'est à nouveau le traitement tardif de son dossier qui a porté atteinte à son droit à un procès équitable.

149. Ces deux affaires nous permettent d'affirmer que la prise en compte du comportement de l'État est nécessaire pour reconnaître ou non l'existence d'une espérance légitime à l'égard des requérants et que cette espérance constitue un élément indispensable de l'analyse de la Cour pour déterminer l'existence ou non d'une violation du droit au procès équitable.

150. À titre de conclusion, nous constatons que dans le cadre du Conseil de l'Europe, la notion d'espérance légitime se développe à partir d'une base juridique<sup>169</sup>. De ce fait, elle a une valeur certaine au sein de la jurisprudence de la CEDH, notamment en ce qui concerne le droit au respect des biens, le droit au respect de la vie privée et le droit à un procès équitable. La notion d'espérance légitime constitue ainsi « un standard de consolidation de la protection des droits de l'Homme »<sup>170</sup>.

151. Le principe de confiance légitime, ou encore l'espérance légitime, en tant que notion autonome ou dépendante, existe au sein du droit européen en tant que principe général bien établi de l'ordre communautaire et au sein de la jurisprudence de la CEDH en tant que notion dépendante des droits reconnus dans la Convention EDH mais portant les mêmes valeurs et caractéristiques que le principe européen de protection de la confiance légitime<sup>171</sup>. Nous avons également constaté que, comme en droit interne

---

<sup>168</sup> CEDH (cinquième section), *Atanasova c. Bulgarie*, req. n° 72001/01, 2 octobre 2008, §45.

<sup>169</sup> Sur le sujet, Walter Jean-Baptiste suggère de nuancer, car « dans un cas (droit au respect des biens), il s'agit clairement d'une exigence, dans l'autre (procès équitable) la présence de la base juridique n'est que la déduction faite d'un constat » (W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, *op. cit.*, p. 139).

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 143. Le terme standard a été retenu, car il permet « d'englober la réalité éclatée du développement de l'espérance légitime dans l'espace conventionnel ».

<sup>171</sup> X. LAMPBINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, *op. cit.*, p. 319.

ou en droit de l'Union européen, la CEDH tente d'identifier s'il y a bien un équilibre entre l'intérêt de l'individu et celui de la société<sup>172</sup>.

152. Nous sommes ainsi de l'avis que la notion d'attentes légitimes en droit européen, qui a influencé les droits étatiques, a également influencé le droit international. En effet, plusieurs éléments constitutifs de cette notion en droit européen ont ensuite été repris par le droit international<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> CEDH (grande chambre), *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt du 22 juin 2004, §144.

<sup>173</sup> Voir : Partie I, Titre 1 de la présente thèse.

## PARTIE 1. LE STATUT DES ATTENTES LÉGITIMES

---

153. Établir le statut de la notion d'attentes légitimes semble une étape indispensable pour son analyse. En effet, avant de l'étudier dans la pratique, il convient de se pencher sur son contenu en commençant par sa définition, puis en précisant les différents types d'attentes que nous avons pu rencontrer au cours de nos recherches.

154. La première partie de notre étude vise précisément à analyser le contenu des attentes légitimes en droit international économique en s'appuyant sur la jurisprudence ou la doctrine ; une étape indispensable avant d'étudier concrètement leur application dans chaque discipline relevant de ce droit dans la seconde partie de la thèse.

155. Le choix de nous intéresser au droit international économique se justifie par son importance pour la communauté internationale étant donné qu'il régit les relations économiques qui sont généralement conçues en tant qu'élément essentiel pour le développement et le progrès de l'humanité dans son ensemble et la préservation de la paix internationale.

156. La particularité de cette étude repose sur le fait que le droit international économique comprend des branches juridiques de caractère souple et d'autres de nature conventionnelle. Nous y trouvons également des contrats conclus entre des États et des acteurs économiques privés constituant un « rapport public-privé en matière économique dans l'espace international et/ou transnational »<sup>174</sup>.

157. Nous commencerons par une analyse de la nature des attentes légitimes (Titre 1) : est-ce un principe ? un standard ? Nous tenterons de répondre à ces questions dans un premier chapitre (Chapitre 1), avant d'examiner les effets des attentes légitimes (Chapitre 2).

158. Cette première partie s'achèvera avec l'étude de la délimitation de la notion d'attentes légitimes (Titre 2), en précisant les mécanismes qui limitent sa portée

---

<sup>174</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 16.

(Chapitre 1) ainsi que son lien inévitable avec d'autres principes généraux du droit (Chapitre 2).

159. Cette partie ayant une finalité plutôt théorique, il n'est pas recherché une exhaustivité quant à l'analyse de la notion d'attentes légitimes ; il s'agira plutôt de donner un aperçu suffisamment complet pour répondre aux questions précédemment posées. Puis, dans la seconde partie de la thèse, nous étudierons plus concrètement les attentes légitimes telles qu'elles se manifestent au sein de chaque branche du droit international économique afin de mettre en évidence leur évolution et leur portée.

160. Nous tenons également à préciser que malgré nos efforts pour proposer un panorama étendu d'arrêts pertinents, la jurisprudence citée sera essentiellement celle issue de l'arbitrage en matière d'investissements ou de droit du commerce international. Ce choix se justifie par le fait que les autres domaines du droit international économique ne disposent pas, à ce jour, d'une instance de règlement des différends bien établie avec une jurisprudence publique et accessible. En effet, la plupart des différends intervenant en droit de la fiscalité internationale se règlent en toute confidentialité entre les administrations fiscales ou avec les contribuables. Pareille situation se retrouve en droit financier international et en droit international monétaire, ces deux matières étant de plus en pleine évolution.

161. De manière analogique et subsidiaire, nous aurons également recours à la jurisprudence de la CIJ afin d'illustrer ou renforcer nos propos, lorsque cela est pertinent et indispensable pour notre analyse, notamment si nous faisons référence au droit des traités.

162. Il convient, en outre, de rappeler que les expressions « *attentes légitimes* », « *espérance légitime* » et « *confiance légitime* » sont de fait toutes employées pour décrire des phénomènes semblables. Nous avons pu noter que leur utilisation est sujet à variation selon la discipline considérée mais toutes se réfèrent à la même notion. C'est d'ailleurs pour cette raison que dans un souci de cohérence nous parlerons d'attentes légitimes pour faire référence de manière indistincte à celles-ci.

# TITRE 1. LA NOTION D'ATTENTES LÉGITIMES ÉLUCIDÉE

---

163. Les attentes légitimes sont un élément indispensable de la planification « *of one's life or in a business context of one's business development* »<sup>175</sup>. Leur but est de promouvoir et renforcer la confiance entre les parties mais aussi celle accordée aux pouvoirs publics. Cela permet un degré plus élevé de légitimité et d'efficacité. En ce sens, elles garantissent également un rendement économique en permettant aux opérateurs de « *rely safely upon representations by public authorities* », dès lors que les représentations sur lesquelles ils s'appuient résultent d'informations correctes et donc qu'elles seront protégées<sup>176</sup>.

164. La notion d'attentes légitimes présente donc une importance croissante en droit international économique. En effet, elle semble désormais exister dans chacune de ses branches, prenant différentes dénominations et se situant à des stades distincts d'évolution. De plus, le fait que cette notion soit reconnue dans la grande majorité des droits étatiques<sup>177</sup> accélère inévitablement son développement en droit international. Cependant, faute de précision et de clarté quant à son statut et son contenu, la possibilité que la notion acquiert un rôle plus concret et uniforme au sein de l'ensemble du droit international économique semble aujourd'hui lointaine. Cette situation empêche de garantir aux bénéficiaires des attentes légitimes un degré uniforme de protection, indépendamment du domaine en question. Le premier titre de la première partie tend à combler ces lacunes en éclairant la notion d'attentes légitimes. Nous allons étudier dans un premier temps son contenu (Chapitre 1) avant, dans un second temps, d'examiner sa qualification et sa portée (Chapitre 2).

---

<sup>175</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law & Business, coll. « International arbitration law library », 2012, p. 360.

<sup>176</sup> Alexandra Diehl définit l'efficacité économique comme « *the exploitation of economic resources in a way which maximizes value. Economic operators make economic decisions in a State of imperfect information, because there are costs associated with the acquisition of information* » (A. DIEHL, *ibidem*, p. 360).

<sup>177</sup> Voir : Chapitre introductif de la présente thèse

## CHAPITRE 1. CONTENU DE LA NOTION D'ATTENTES LEGITIMES

165. Déterminer le contenu de la notion d'attentes légitimes nous permettra de mieux l'identifier et l'appliquer en mettant en évidence notre hypothèse selon laquelle elle occupe une place plus concrète et uniforme en droit international économique. Son statut fera l'objet d'une analyse dans le second chapitre de ce premier titre à travers l'étude des notions de principe général du droit et de standard afin de déterminer laquelle décrit le mieux les attentes légitimes.

166. Ce premier titre sera principalement fondé sur une étude de la doctrine avec quelques références à la jurisprudence qui sera principalement celle des tribunaux arbitraux et de l'Organe de règlement de différends (ORD) de l'OMC, les autres branches du droit international économique n'ayant pas, à l'heure actuelle, une instance juridictionnelle bien établie pour le règlement des différends permettant leur analyse dans la présente étude (notamment lorsque les différends se règlent à l'amiable ou que les décisions ne sont pas rendues publiques). Ce constat ne porte aucunement atteinte à la pertinence de notre étude étant donné le fort lien existant entre chaque branche du droit international économique qui permet non seulement de dégager des conclusions pouvant s'appliquer à l'ensemble des branches de ce droit mais aussi de garantir son bon fonctionnement.

167. Une notion est une « idée de quelque chose ; concept, [ou] abstraction »<sup>178</sup> qui requiert tout d'abord une définition claire et précise afin de pouvoir dégager des éléments constitutifs (Section 1). Puis, il s'agit d'établir les différents types d'attentes légitimes que l'on trouve en droit international économique (Section 2).

---

<sup>178</sup> « Notion », *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, édition en ligne, 2020.

## Section 1. Origine et définition des attentes légitimes

168. La protection des attentes légitimes suppose que celles-ci se basent sur une conduite ou un comportement spécifique et non-ambigu d'un État<sup>179</sup>. Il est également requis qu'elles soient raisonnables, de bonne foi et qu'elles reposent sur un objectif licite. Par ailleurs, s'il est saisi, le juge doit chercher à garantir un équilibre entre les intérêts privés des titulaires des attentes légitimes et l'intérêt général.

169. Les attentes légitimes visent à contrôler et à éviter un abus de pouvoir des autorités publiques tout en garantissant, dans le même temps, une consistance dans la prise de décisions<sup>180</sup>. En effet, la doctrine et la jurisprudence s'accordent sur le fait qu'elles doivent garantir la stabilité, la prévisibilité et la consistance du cadre juridique et commercial de l'État d'accueil<sup>181</sup>. Cela est notamment illustré par l'affaire *Micula c. Roumanie* à l'occasion de laquelle le Tribunal arbitral a précisé que lorsqu'un État envisage de modifier son cadre juridique, il doit le faire en suivant la procédure prescrite par la loi, d'une manière ni discriminatoire ni arbitraire et en prenant en compte son obligation de protéger les attentes légitimes de l'investisseur ; autrement il peut « incur [in] international liability »<sup>182</sup>.

170. Nous constatons donc que la finalité de la protection des attentes légitimes est avant tout d'éviter qu'un État change brusquement et arbitrairement son comportement ou bien sa législation au détriment du bénéficiaire des attentes qui ont été créées<sup>183</sup>. Cependant, bien qu'elles soient souvent invoquées dans le cadre du contentieux international, notamment en droit international des investissements, le contenu et le statut juridique des attentes légitimes n'ont pas véritablement été précisés. En outre, à ce jour, elles n'ont pas fait l'objet d'une codification leur permettant d'atteindre le

---

<sup>179</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 53.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>181</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 27, n° 2, 2012, p. 433.

<sup>182</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §529.

<sup>183</sup> *EnCana Corporation c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3481, sentence du 3 février 2006, §158. Voir également: *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration & Production Company c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, §114 ; *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §§165-166 ; F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 436.

statut de règle conventionnelle. Ce constat justifie notre étude qui tend éclairer les questions que posent ces lacunes.

171. Dans le chapitre introductif, nous avons pu conclure que les attentes légitimes naissent directement d'un acte unilatéral, de la coutume et/ou d'un concours de volontés, soit dans le cadre d'un rapport conventionnel, soit dans le cadre d'un rapport contractuel. En partant de cette affirmation, nous allons tout d'abord tenter de préciser leur origine en nous demandant notamment si elles sont de nature coutumière (A), avant de procéder à l'établissement et à la définition des éléments indispensables à la reconnaissance d'attentes légitimes (B).

### **A. L'origine des attentes légitimes**

172. L'étude des attentes légitimes en droit international économique suppose une étude de l'histoire du droit international qui est déterminante pour établir l'origine mais aussi coutumière de la notion d'attentes légitimes.

173. Analyser toute l'histoire du droit international étant un objectif démesuré, cette thèse entend uniquement se limiter à la recherche d'éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes. Précisément, nous souhaitons établir la période à partir de laquelle les attentes légitimes ont émergé avant de déterminer si leur origine est coutumière.

174. Nous allons ainsi nous consacrer, dans un premier temps, à un rappel de l'histoire des attentes légitimes en droit international en nous plaçant dans une perspective interétatique, puis nous étudierons l'histoire de la protection des étrangers au regard de son lien avec les attentes légitimes en droit international économique<sup>184</sup>, pour enfin tenter d'affirmer ou de réfuter l'hypothèse selon laquelle la notion d'attentes légitimes a une origine coutumière.

175. Avant de nous consacrer à ce processus d'identification de la notion d'attentes légitimes, il est important d'indiquer que celle-ci a beaucoup évolué jusqu'à nos jours. Cela justifie notre démarche consistant à rechercher des éléments sous-jacents aux

---

<sup>184</sup> Voir : Partie I, Titre 1 de la présente thèse.

attentes légitimes qui puissent nous faire conclure à la présence ancienne de la notion au lieu de nous consacrer à la recherche d'une telle dénomination qui, à l'époque, n'existait pas.

176. À cela s'ajoute l'absence de données disponibles, notamment jurisprudentielles, pour enrichir notre étude. En effet, à l'époque, le règlement des différends reposait généralement sur le recours à la force. Toutefois, notre recherche a permis d'identifier plusieurs éléments constitutifs de la notion au sein des rapports interétatiques ainsi qu'en matière de protection des étrangers.

177. Les éléments nous permettant de déceler la notion d'attentes légitimes sont notamment l'intention de s'engager de celui qui crée l'attente ainsi que l'attente du bénéficiaire au maintien de la situation juridique promise qui, sur cette base, va prendre des décisions et agir en conséquence<sup>185</sup>. Les attentes en question doivent, bien évidemment, reposer sur un objet licite, possible et réalisable<sup>186</sup>.

178. Cependant, la présente étude ne compte pas suivre les périodes historiques dégagées par Henry Wheaton dans son ouvrage *Histoire du progrès du droit des gens en Europe depuis la paix de Westphalie jusqu'au congrès de Vienne* ou par Carlos Calvo dans son livre *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, notre objectif n'étant pas l'étude de l'histoire du droit international en tant que tel mais l'histoire de la notion d'attentes légitimes en droit international.

179. Nous allons donc présenter l'histoire des attentes légitimes en nous focalisant sur les périodes où elles semblent émerger avant d'analyser leur évolution.

### ***1. L'impasse pendant l'Antiquité***

180. L'Antiquité est une période riche en éléments qui ont permis de déterminer l'existence de notions qui régissent le système international actuel. Elle n'a pourtant qu'une place limitée parmi les travaux de la doctrine alors qu'elle en mériterait bien

---

<sup>185</sup> H. BURNETT, L.-A. BRET, *Arbitration of international mining disputes law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2017, §19.29.

<sup>186</sup> Les éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes seront analysés dans le Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

plus<sup>187</sup>. C'est notamment ce que souligne Dominique Carreau dans son ouvrage sur le droit international. En effet, même si à cette époque nous ne pouvions pas parler de nations en tant que telles, cela n'empêchait pas la conclusion de traités entre communautés politiquement organisées<sup>188</sup>, ni l'existence d'un droit des nations<sup>189</sup>.

181. Dès cette période, même en l'absence de nations ou d'États, des accords entre communautés ont été conclus reposant déjà sur la bonne foi des parties. Les récits bibliques démontrent aussi l'existence d'accords internationaux basés sur la valeur donnée à la parole des parties. Pendant l'Antiquité, les accords se concluaient verbalement ; le serment et la bonne foi en constituaient les éléments essentiels. Le serment est un mécanisme visant à renforcer un engagement sur la base de la confiance, ce qui nous permet de penser à l'assimiler à la notion d'attentes légitimes en lien avec la bonne foi. Cependant, l'absence d'informations suffisantes sur le sujet ne permet pas de pouvoir dégager de manière définitive une telle conclusion du fait de l'impossibilité d'identifier plus d'éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes.

## ***2. L'essor des attentes légitimes pendant le Moyen Âge***

182. Le Moyen Âge a fait l'objet de plus d'analyses doctrinales nous permettant de disposer davantage d'éléments à analyser afin de déterminer l'existence de la notion d'attentes légitimes. Durant cette période, la bonne foi est également un aspect important des relations ; elle peut être expresse ou tacite. Nous pouvons assimiler la foi tacite aux attentes légitimes, car selon Emer de Vattel, elle est fondée « sur un consentement tacite, et le consentement tacite est celui qui se déduit, par une juste conséquence des démarches de quelqu'un »<sup>190</sup>, tout comme les attentes se déduisent d'un comportement ou d'une assurance certaine de l'une des parties. Il s'agit de tous les éléments nécessaires pour la bonne exécution d'un traité ou d'un accord<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, PUR, 2014, p. 42 : « Ce sont aussi quelques pages que consacre D. Carreau dans son droit international (Paris, 1986) à l'histoire avec une petite place reconnue au monde antique. L'auteur fait d'ailleurs remarquer que les ouvrages classiques consacrent bien peu de place aux développements historiques ».

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 315. Voir également : P. WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, vol. 151, 1976, p. 278.

<sup>189</sup> A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*, New York, McMillan & Co., 1954, p. 1.

<sup>190</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, traduit par M. P. ROYER-COLLARD, Paris, Guillaumin, 1835, p. 479, §234.

<sup>191</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, traduit par J. BARBEYRAC, Amsterdam, chez Pierre de Coup, M. DCCXXIX, 1724, Chapitre XIII.4, §1. À titre d'exemple : « Si, on promet à une armée ennemie, engagée bien avant dans le

183. Selon ce même auteur, promettre quelque chose à quelqu'un confère au bénéficiaire de cette promesse un droit d'exiger ce qui a été promis<sup>192</sup>. Ainsi, la foi dans les promesses devient, en quelque sorte, le garant « pour les choses qui ne peuvent être livrées ou exécutées sur-le-champ »<sup>193</sup>. Il s'agit d'une démarche indispensable au maintien de l'ordre et de la paix internationale, car ne pas tenir sa promesse revient à violer le droit d'autrui<sup>194</sup>. Cela est équivalent à une injustice dans la mesure où « celui qui n'observe pas un traité, est assurément perfide, puisqu'il viole la foi »<sup>195</sup>. De plus, à l'époque, la parole d'une personne était vraiment importante, car cela lui donnait une « réputation d'une fidélité inviolable à sa parole »<sup>196</sup>.

184. Cette place centrale accordée à la promesse renforce notre hypothèse de l'existence d'attentes légitimes dès cette époque qui se basent principalement sur la confiance entre deux parties à un rapport juridique.

185. Selon Hugo Grotius, l'obligation de respecter sa promesse découle de la loi naturelle et des principes de la juste raison sur lesquels repose l'autorité souveraine<sup>197</sup>. En ce sens, Cicéron lui attribue également une grande importance, car selon lui, l'obligation de tenir une promesse constitue le fondement même de la justice<sup>198</sup>. Les promesses sont donc contraignantes en raison de la pratique même de l'époque<sup>199</sup>.

186. La parole et les promesses des parties avaient une telle valeur que lorsque l'une des parties ne respectait pas les promesses nées d'un traité, la partie lésée pouvait la contraindre à les respecter, soit par les armes, soit en mettant un terme au traité et donc

---

pays, un retour assuré chez elle, il est manifeste qu'on ne peut lui refuser des vivres, car elle ne saurait s'en retourner sans cela. De même, en demandant ou en acceptant une entrevue, on promet tacitement toute sûreté ». Voir également : E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *ibidem*

<sup>192</sup> Voir également : H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, *ibidem*, p. 7 : « Tout homme est véritablement débiteur de celui qui a compté sur sa parole, en vertu de laquelle il faut que le premier donne à l'autre ce qu'il lui a promis ».

<sup>193</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *op. cit.*, p. 421, §103.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 422 § 104.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 421, §103.

<sup>196</sup> *Ibid.* Voir également : D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *Harvard International Law Journal*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 80.

<sup>197</sup> D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *ibidem* : « Although the sovereign may bind himself in matters not touched by the divine or natural law, these obligations, based in his authority, neither derogate from natural and divine law nor limit the sovereignty which he exercises as a matter of natural and divine law ».

<sup>198</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, *op. cit.*, p. I.8.

<sup>199</sup> D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *op. cit.*, p. 80.

en se dégageant de ses propres engagements<sup>200</sup>. Il s'agissait d'un droit pour la partie lésée, car son engagement reposait sur la prémisse que « son allié accomplirait de son côté toutes les choses auxquelles il s'est obligé »<sup>201</sup>.

187. Par ailleurs, en droit romain privé, la *sponsio* créait un engagement « à la charge d'un sort de garant, appelé sponsor, qui répondait de la dette d'autrui »<sup>202</sup>. Cette dernière était monnaie courante en droit privé romain et tout accord pouvait être validé sur la base de ce procédé s'apparentant à une promesse<sup>203</sup>.

188. Selon Emer de Vattel, ce mécanisme était également applicable en droit public et conçu comme un accord « touchant les affaires de l'État, fait par une personne publique, hors des termes de sa commission, et sans ordre ou mandement du souverain »<sup>204</sup>. Ainsi, la personne publique qui concluait l'accord, le *sponsori*, promettait de faire en sorte que l'État ratifie l'accord conclu, se basant entièrement sur l'espérance de la ratification. Il s'agissait donc d'un acte unilatéral dont la validité reposait sur une ratification de l'État<sup>205</sup>. Si le *sponsori* était désavoué, s'agissant d'un engagement pris en dehors de ses pouvoirs et dépassant donc ses facultés, il ne pouvait l'exécuter lui-même<sup>206</sup> mais il était tout de même obligé de « faire de bonne foi tout ce qu'il peut légitimement faire, pour engager le souverain à ratifier ce qu'il a promis »<sup>207</sup>. Le bénéficiaire de la promesse ne pouvait lui exiger quoi que ce soit, car son espérance et la validité de l'engagement en question se basait dès le début sur la ratification de l'État concerné, ce qui requérait qu'avant d'accepter la conclusion de l'accord, il ait fait preuve de prudence et de réflexion.

189. Par ailleurs, selon Hugo Grotius, il existe trois degrés de promesse :

---

<sup>200</sup> Cela a été codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, à l'article 60 sur l'extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation. Voir également : D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *ibidem*, p. 50 : « To Suarez, the *Jus gentium* is composed of customary law and, to a lesser extent, of treaties ».

<sup>201</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *op. cit.*, p. 450, §200.

<sup>202</sup> J. MACQUERON, *Histoire des obligations : le droit romain*, Aix-en-Provence, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Série « Mémoires et travaux », 1971, p. 41.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>204</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *op. cit.*, p. 450, §209. Voir également : P. KEHNE, N. FORGO, « Sponsio », in H. CANKI, H. SCHNEIDER *et al.*, *Brill's New Pauly, Antiquity volumes*, Boston, Brill, 2005.

<sup>205</sup> A. MAGDELAIN, « L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain », in A. MAGDELAIN (dir.), *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Rome, École Française de Rome, 1990, p. 720.

<sup>206</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *op. cit.*, p. 459, §211.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 461.

« La première, ou celle qui donne le moindre degré d'espérance, consiste à déclarer simplement le dessein que l'on a pour l'heure de faire un jour telle ou telle chose. Pour rendre innocente une déclaration de cette nature, il suffit que l'on parle sincèrement : il n'est nullement nécessaire que l'on persiste désormais dans la pensée qu'on a témoigné avoir. Car notre Âme a naturellement et le pouvoir et le droit de changer de sentiment »<sup>208</sup>.

« La seconde manière de faire espérer une chose à quelqu'un, c'est lors que la volonté se détermine, pour l'avenir, avec une déclaration suffisante de la nécessité qu'elle s'impose de persévérer dans les sentiments où l'on a témoigné que l'on était en faveur de quelqu'un. C'est ce qu'on peut appeler une promesse imparfaite, laquelle, indépendamment des Loix Civiles, oblige à la vérité ou absolument, ou sous condition, mais ne donne aucun droit, proprement ainsi nommé, à la personne à qui on promet. (...) De sorte que, selon le Droit Naturel, on ne peut point en vertu d'une demi-promesse comme celle-là, retenir les biens de celui qui l'a faite, ni le contraindre en aucune manière à l'effectuer »<sup>209</sup>.

« La troisième et dernière manière de s'expliquer, ou celle qui renferme le plus haut degré d'espérance, c'est lors qu'à la détermination, dont je viens de parler, on ajoute une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de donner à celui, en faveur de qui l'on s'engage, un véritable droit d'exiger l'effet de notre parole. C'est là une promesse parfaite »<sup>210</sup>.

190. Il ressort de ce raisonnement certains éléments nécessaires à la prise en compte des attentes afin de rendre plus difficile le désengagement de leur émetteur. Cela est le cas lorsque la promesse est dite « parfaite » mais, au contraire, dans le premier cas de figure, il ne s'agit que de simples espérances et le bénéficiaire ne peut contraindre leur émetteur de respecter son engagement.

191. Il convient également de constater qu'à cette époque, il était d'usage que tous les accords verbaux soient transcrits afin d'éviter les ambiguïtés mais aussi les litiges. De ce fait, l'accord se constituait tant dans des procédés verbaux qu'à travers un document transcrit et signé par les parties<sup>211</sup>. Nous en déduisons que la parole et le comportement des parties pendant la phase de négociation étaient aussi pris en compte une fois que l'accord entrait en vigueur.

192. Il est généralement admis que la personne qui a promis ou juré a pris le temps de réfléchir et a agi avec discernement au moment de s'engager<sup>212</sup>. La personne doit

---

<sup>208</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, *op. cit.*, p. II.

<sup>209</sup> *Ibidem*, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, p. IIII.

<sup>210</sup> *Ibid.*, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, p. IV.1.

<sup>211</sup> H. WHEATON, *Elements of International Law*, Boston, Little, Brown & Co, 1866, p. 298.

<sup>212</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, Livre II, Chapitre XI « du serment », *op. cit.*, p. II.1.

être consciente de son engagement et celui-ci doit être licite, autrement le serment et la promesse seront nuls<sup>213</sup>. Ce critère de légitimité et l'obligation de *due diligence* constituent également des éléments indispensables des attentes légitimes telles que nous les connaissons aujourd'hui.

193. Même si cette époque se caractérisait par l'absence de jurisprudence sur les attentes légitimes, nous pouvons néanmoins citer l'affaire du *Port de Portendick* de 1843 opposant le Royaume-Uni à la France et portant sur la décision de cette dernière de fermer ce port, sans préavis au Royaume-Uni, qui s'en servait également. Selon l'arbitre, la France avait manqué à ses obligations au motif qu'elle aurait dû notifier sa décision au regard de la confiance créée « par les assurances antérieures »<sup>214</sup>. Il a ainsi été décidé d'accorder une indemnité au Royaume-Uni pour les préjudices causés<sup>215</sup>. Nous sommes ici face à une première application de la notion d'attentes légitimes en considération de la notion de « confiance » même si cela n'est pas explicitement indiqué.

194. Nous pouvons également citer l'affaire de l'*Alabama* opposant les États-Unis d'Amérique au Royaume-Uni concernant les revendications américaines sur les dommages causés par le Royaume-Uni en conséquence de l'aide secrète fournie aux États confédérés d'Amérique lors de la guerre de Sécession, en dépit du Traité de Washington. En l'espèce, le Tribunal arbitral a constaté que les États-Unis, en raison de la conclusion du Traité de Washington, avaient des attentes légitimes quant au maintien de la position de neutralité du Royaume Uni, une position que ce dernier n'avait cependant pas maintenue. Le tribunal arbitral a donc conclu que le comportement du Royaume-Uni constituait une violation par omission du traité<sup>216</sup>.

195. De même, dans l'affaire *Schufeldt*, le Guatemala faisait valoir l'invalidité d'un contrat de concession conclu avec un investisseur étranger dénommé Schufeldt. Toutefois, en raison des sommes investies par le concessionnaire et de l'exécution

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, Livre II, Chapitre XI « du serment », p. VI.

<sup>214</sup> R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, p. 140.

<sup>215</sup> A. DE LA PRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I (1798-1855), Paris, Pedone, 1905, p. 526.

<sup>216</sup> *Affaire Alabama (États-Unis d'Amérique c. Royaume-Uni)*, sentence du Tribunal arbitral constitué en vertu du Traité de Washington conclu le 8 mai 1871, 14 septembre 1872, RSA, Vol. XXIX, pp. 125-134.

constante et ininterrompue de l'investissement, l'arbitre a conclu que ces circonstances avaient créé « une confiance légitime en sa validité »<sup>217</sup>.

196. En conclusion, plusieurs éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes peuvent être identifiés depuis l'Antiquité, notamment en raison de l'importance qui a toujours été attribuée à la parole des parties contractantes. Nous constatons ainsi que la parole ou le comportement d'une partie semble pouvoir créer un droit à l'égard de la personne qui en est destinataire. Cependant, l'absence de sources suffisantes nous empêchent de conclure définitivement en ce sens. Pour autant, nous relevons l'existence de ces éléments plus concrètement pendant le Moyen Âge, notamment à travers la notion de promesse mais aussi au regard des similarités existantes entre les degrés d'espérance décrits par Hugo Grotius et la notion d'attentes légitimes telle que nous la connaissons aujourd'hui. Nos propos sont corroborés par la jurisprudence de l'époque que nous avons étudiée.

197. Le droit international a continué d'évoluer, notamment en ce qui concerne les rapports commerciaux interétatiques qui ont indéniablement modifié la perception de l'étranger. Cela a permis qu'un véritable objectif de protection apparaisse. Il convient donc de se consacrer à présent à l'analyse de la protection des étrangers afin de tenter d'identifier d'éventuels éléments de la notion d'attentes légitimes.

### ***3. La protection des attentes légitimes des étrangers à la lumière de la jurisprudence***

198. Nous souhaitons, tout d'abord, présenter l'hypothèse selon laquelle, tout comme les attentes légitimes existent dans le cadre des rapports interétatiques, on les trouve également en matière de protection des étrangers. Notre postulat résulte du constat que les actes, les assurances ainsi que les comportements d'un État peuvent créer des attentes légitimes à l'égard d'un particulier.

199. Notre hypothèse semble se vérifier si nous prenons en compte le fait que l'existence actuelle de cette notion dérive de l'application des traités bilatéraux d'investissements (TBI) par les tribunaux arbitraux, cependant nous pouvons

---

<sup>217</sup> R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *op. cit.*, p. 141.

également supposer qu'elle existait bien avant avec les prédécesseurs de ces traités au XVIII<sup>e</sup> siècle, à savoir les traités d'amitié, de commerce et de navigation (TACN)<sup>218</sup>. Néanmoins, nous craignons qu'en l'absence de données jurisprudentielles suffisantes, nous nous trouvions dans l'incapacité de poser un constat définitif à ce sujet.

200. Au cours de l'histoire, nous avons pu constater une évolution de la protection des étrangers à tel point qu'elle est devenue une pratique « ininterrompue de protection des intérêts économiques étrangers, fondée sur la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et sur la reconnaissance progressive des droits de l'Homme »<sup>219</sup>. Au début des années 1900, la communauté internationale s'accordait pour conclure à l'existence d'une norme minimale de justice dans le traitement des étrangers<sup>220</sup>.

201. L'émergence d'un standard d'origine coutumière visant à protéger les étrangers et leurs biens est le résultat de la pratique dérivée, d'une part, de l'application des TACN et, d'autre part, de l'action de commissions arbitrales ayant pour objectif « d'assurer l'indemnisation des dommages subis par les étrangers en raison de conflits armés internationaux, de guerres civiles ou autres turbulences politiques »<sup>221</sup>.

202. Le standard minimum de traitement désigne le traitement auquel tous les étrangers peuvent au minimum s'attendre. Il impose en particulier à l'État « de ne pas agir de manière discriminatoire ou arbitraire à l'égard des étrangers et de leurs biens, d'éviter le déni de justice et de faire diligence pour assurer leur protection physique »<sup>222</sup>. Il s'agit d'un seuil de preuve requis pour caractériser une violation du standard au regard du droit international<sup>223</sup>.

203. Nous allons à présent nous focaliser sur plusieurs affaires qui se réfèrent aux attentes légitimes et constituent une source originaire du standard minimum de traitement afin de démontrer l'importance de la protection des étrangers dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. Ces cas reposent sur le droit coutumier et résultent de la pratique

---

<sup>218</sup> Voir : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

<sup>219</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, op. cit., p. 29, §49.

<sup>220</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009, p. 11.

<sup>221</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, op. cit., p. 29.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>223</sup> *Ibid.*

arbitrale des différentes commissions mixtes créées à l'époque afin de résoudre les éventuelles réclamations des nationaux d'un État contre l'autre État signataire. Ces sentences arbitrales nous permettent d'identifier l'existence d'attentes légitimes non seulement à l'égard des particuliers mais aussi à l'égard des États.

204. À ce propos, nous pouvons mentionner la Commission mixte établie en vertu de la Convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique du 4 juillet 1868<sup>224</sup> qui a été amenée à se prononcer sur l'affaire *Maria J. Dennison c. Mexique* portant sur la saisie et l'arrestation par le gouvernement mexicain du personnel d'un navire ayant agi en violation du droit étatique et du droit international. L'arbitre Sir Edward Thornton a alors indiqué que même si le Mexique ne pouvait pas être tenu responsable des pertes matérielles résultant de la saisie de ce navire, « *The United States have a right to expect that one of their citizens, even when accused of crime against the laws of Mexico, should receive proper treatment at the hands of its authorities* »<sup>225</sup>.

205. Cette affaire met en évidence l'existence d'attentes légitimes portant sur la protection des étrangers qui peuvent naître dans l'esprit de l'étranger mais aussi de l'État de sa nationalité, ce dernier étant le seul, à l'époque, à pouvoir demander le respect des droits de ses citoyens. Il convient de noter que la protection due à un étranger reste exigible même lorsque ce dernier a commis une infraction dans un État tiers, car elle relève des droits de l'Homme dont le respect peut être légitimement attendu en toute circonstance.

206. Un autre exemple attestant de l'importance de la protection des étrangers et de leurs attentes légitimes est l'affaire *Pieri Dominique & Co.* soumise à la Commission franco-vénézuélienne et portant sur les mesures arbitraires prises par des fonctionnaires vénézuéliens à l'encontre d'une entreprise de tramway appartenant à la société française *Pieri Dominique & Co.* L'arbitre a, en l'espèce, estimé que l'ingérence de

---

<sup>224</sup> Convention ayant comme objectif l'établissement d'une Commission mixte ayant pour mission le règlement des différends intervenus après le 2 février 1848 entre les nationaux d'un État et les autorités de l'autre État, signé le 4 juillet 1868 15 Stat. 679, Treaty Series 212 ; remplacée par la convention conclue entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique le 8 septembre 1923, 43 Stat. 1730, Treaty Series 678.

<sup>225</sup> Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique, *affaire concernant Maria J. Dennison, administratrice c. Mexique (Affaire Archibald Gracie)*, décision de l'arbitre Sir Edward Thornton, 4 juillet 1868, RSA, vol. XXIX, p. 151.

l'autorité douanière dans les affaires de l'entreprise était contraire aux droits issus de la concession accordée<sup>226</sup>, raison pour laquelle il a conclu que cette circonstance, ainsi que les autres mesures prises par les autorités municipales, étaient non seulement injustes et contraires au droit en vigueur mais avait aussi causé un grave préjudice à la société<sup>227</sup>. Nous relevons ici la considération de la notion d'« *injust* » qui vient confirmer, d'une part, la violation du contrat de concession et, d'autre part, la déception des attentes légitimes de Monsieur Pieri qui s'attendait à exécuter le contrat sans aucun problème alors qu'il a perdu son investissement sans être indemnisé. De plus, il s'est vu proposer par le gouvernement vénézuélien l'achat de sa société moyennant un paiement sans tenir compte des préjudices causés. Cette proposition a été catégoriquement rejetée par l'arbitre qui l'a qualifiée de « *manifestly unjust and inequitable as not to permit a moment's favorable consideration* »<sup>228</sup>. Au regard du vocabulaire utilisé par l'arbitre, ne pouvons-nous pas considérer qu'il se réfère au standard de traitement juste et équitable tel que nous le connaissons actuellement ?

207. L'affaire *Fulda* atteste également de l'existence d'attentes légitimes au bénéfice des étrangers. Cette affaire, portée devant la Commission mixte germano-vénézuélienne<sup>229</sup>, concernait les dommages causés par des révolutionnaires vénézuéliens et l'incapacité du Venezuela à assurer la sécurité des résidents étrangers sur son territoire. Le commissaire Zuloaga a fait référence aux attentes légitimes, cette fois-ci de manière plus directe, en rappelant que l'étranger peut légitimement s'attendre à la protection de l'État dans lequel il réside. Cependant, il a limité l'étendue de cette protection en ajoutant le terme « raisonnable ». Cette protection est donc encadrée par l'exigence de raisonnable :

*« Nevertheless, some governments and authorities maintain that for certain particular acts, (...), liability may be fastened upon the state for damages which an individual may suffer, if the facts show in a clear and evident manner that the state has been*

---

<sup>226</sup> Commission mixte des réclamations franco-vénézuéliennes, *Pieri Dominique & Co.*, sentence du 14 août 1905, RSA, vol. X, 1902, p. 155.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>229</sup> Commission créée selon les Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (RSA, vol. X, pp. 357-476) dont la mission est précisée à l'article III du Protocole du 13 février 1903, à savoir : « *The German claims not mentioned in the Articles II and VI, in particular the claims resulting from the present Venezuelan civil war, the claims of the Great Venezuelan Railroad Company against the Venezuelan Government for passages and freight, the claims of the Engineer Carl Henckel in Hamburg and of the Ileton and Monierban Company Limited in Berlin for the construction of a slaughter house at Caracas are to be submitted to a Mixed Commission* ».

*negligent in every way, in furnishing protection which he ought reasonably to expect from it* »<sup>230</sup>.

Par conséquent, la personne qui demande réparation d'un préjudice doit démontrer l'existence d'un dommage et que celui-ci résulte de la négligence de l'État d'accueil<sup>231</sup>.

208. Toutefois, dans l'affaire *Sambiaggio* traitée par la Commission mixte italo-vénézuélienne, le commissaire Zuloaga a rappelé qu'aucun étranger ne peut légitimement s'attendre à recevoir un meilleur traitement que celui accordé aux nationaux. Il a, en outre, précisé qu'il s'agit même d'un principe « *generally accepted principle of international law* »<sup>232</sup>. En effet, il a indiqué qu'un étranger qui décide de s'installer dans un État autre que celui de sa nationalité « *cannot expect more than the justice of that country, more than the laws of that country, more security than it offers, or more than its civilization and well-being will afford him* »<sup>233</sup>.

209. Dans l'affaire *Jean Maninat* portée devant la Commission mixte franco-vénézuélienne<sup>234</sup>, ce principe a également été rappelé<sup>235</sup>. En l'espèce, la présence militaire dans le village du requérant aurait dû donner un sentiment de sécurité pour lui et le reste des habitants mais c'est tout le contraire qui s'est produit, Jean Maninat ayant été victime de menaces, de mauvais traitements et d'emprisonnement<sup>236</sup>. Or, les citoyens d'un État ainsi que les étrangers qui y résident peuvent légitimement s'attendre à être en sécurité en présence de l'armée nationale<sup>237</sup>. Dans cette hypothèse, la

---

<sup>230</sup> Commission mixte des réclamations germano-mexicaine, *Affaire Fulda*, sentence du 1<sup>er</sup> janvier 1903, RSA, vol. X, p. 387. Voir également : Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, *Affaire Sambaggio*, sentence du 1<sup>er</sup> janvier 1903, RSA, vol. X, p. 511 ; Commission mixte des réclamations anglo-mexicaines, *Santa Gertrudis Jute Mill Company (Ltd.) (Royaume-Uni) c. Mexique*, sentence du 15 février 1930, RSA, vol. V p. 112 : « *The railway between the capital and Veracruz is of such a vital importance to Mexico that it was to be expected that measures would have been taken to prevent acts of this kind. That they could occur is already a strong presumption of the absence of sufficient watchfulness* ».

<sup>231</sup> Commission mixte des réclamations germano-mexicaine, *Affaire Fulda*, sentence du 1<sup>er</sup> janvier 1903, RSA, vol. X, p. 387.

<sup>232</sup> Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, *Affaire Sambaggio*, sentence du 1<sup>er</sup> janvier 1903, RSA, vol. X, p. 506.

<sup>233</sup> *Ibidem*

<sup>234</sup> Commission créée selon le Protocole de Washington de 1903 (RSA, vol. X, pp. 1-8), dont la mission est précisée à l'article I dudit Protocole : « *All French claims against the Republic of Venezuela, which have not been settled by diplomatic agreement or by arbitration between the two Governments, shall be presented by the French foreign office or by the French legation at Caracas, to a mixed commission, which shall sit at Caracas, and which shall have power to examine and decide the said claims* ».

<sup>235</sup> Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, *Heirs of Jean Maninat*, sentence du 31 juillet 1905, RSA, vol. X, p. 79.

<sup>236</sup> *Ibidem*

<sup>237</sup> Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique, *Francisco Mallen (Mexique) c. États-Unis d'Amérique*, sentence du 27 avril 1927, RSA, vol. IV, p. 180 : « (...) *It would seem that, in a case in which his personal safety [of a consular office] is threatened, authorities of the country of his residence may well be expected to take especial precaution to afford him protection. It is of course their duty to take proper steps for the protection of all aliens* ».

reconnaissance d'attentes légitimes est en principe plus facile, car les institutions publiques disposent d'une légitimité suffisante permettant que les citoyens croient leur propos sans les remettre en question<sup>238</sup>.

210. Par ailleurs, dans l'affaire *Kummerow* traitée par la Commission mixte germano-vénézuélienne<sup>239</sup>, le commissaire Zuloaga a énoncé que le degré de protection des attentes légitimes d'un étranger varie nécessairement selon l'État dans lequel il s'installe et que le degré de responsabilité de l'État dépend inévitablement de sa situation politique. Et de préciser que « *the man who comes to the United States, for example, has a right to expect more from that Government than the immigrant who comes to these countries whose historical condition is still that of political disturbances, and therefore if the liability is not to be equal the advantage must be with us. Liability is in direct proportion to capacity* »<sup>240</sup>. Cette situation suppose que la victime mène une enquête de *due diligence* afin d'adapter ses attentes à la situation réelle et concrète de l'État d'accueil.

211. Cette évolution du degré de protection des droits des étrangers a permis l'apparition d'un standard minimum de protection d'origine coutumière qui inspirera plus tard la consécration d'un standard de traitement juste et équitable (TJE). Elle a aussi contribué à l'émergence ainsi qu'à l'application concrète de la notion d'attentes légitimes<sup>241</sup>, notamment en droit international des investissements. En effet, ce standard d'origine coutumière « a permis au juge de statuer sur des conclusions soulevant des demandes auxquelles ni la coutume et ni les traités n'apportaient de réponse assurée »<sup>242</sup>. Il relève des principes généraux du droit de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice permettant au juge de formuler la règle applicable à chaque situation. L'imprécision de son contenu permet son adaptation à chaque

---

<sup>238</sup> Voir : Partie I, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

<sup>239</sup> Commission créée selon les Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (RSA, vol. X) dont la mission est précisée à l'article III du Protocole du 13 février 1903, précit.

<sup>240</sup> Commission mixte des réclamations germano-vénézuéliennes, *Affaire Kummerow*, sentence du 1<sup>er</sup> janvier 1903, RSA, vol. X, p. 381. Voir également : Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique, *W. C. Greenstreet, Receiver Of The Burrowes Rapid Transit Company (États-Unis d'Amérique) c. Mexique*, sentence du 10 avril 1929, RIAA, vol. IV, 1929, p. 466.

<sup>241</sup> Voir : Partie I, Titre 1 de la présente thèse.

<sup>242</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 292. Voir également : E. BROCHARD, « Minimum Standard of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review Journal*, vol. 445, n° 38, 1940, p. 449.

situation en octroyant une plus grande marge de manœuvre aux tribunaux au moment de son application<sup>243</sup>.

212. Selon la doctrine majoritaire, ce standard a fait sa première apparition dans l'affaire *Neer* mais il se limitait à l'époque au déni de justice. Il a toutefois évolué afin de protéger d'autres droits des investisseurs, comme le droit de propriété. Dans cette affaire, la Commission compétente a qualifié le comportement du Mexique de « *outrage, ... bad faith, ... willful neglect of duty, ... an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* »<sup>244</sup>. Il est possible d'identifier dans ces lignes la notion d'attentes légitimes sans qu'elle ne soit toutefois expressément invoquée en tant que telle. En effet, la famille de M. Neer, ainsi que n'importe quelle personne impartiale et raisonnable, pouvait légitimement s'attendre à un comportement diligent et de bonne foi du Mexique pendant l'enquête, sur la base des traités existants entre ce dernier et les États-Unis. Cette affaire a ainsi établi une sorte de test permettant de caractériser une violation du standard minimum de traitement, qui sera ensuite adopté par le juge international<sup>245</sup>.

213. La protection des étrangers continuera d'évoluer, ne se limitant plus à la protection des droits et des biens actuels mais visant aussi à garantir une protection stable pour l'avenir. Ainsi, en 1925, dans l'affaire concernant *certaines intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPIJ) a confirmé que les droits acquis des ressortissants étrangers devaient être respectés<sup>246</sup>. Le principe (ou théorie) des droits acquis est un principe coutumier selon lequel « les ressortissants étrangers et leurs biens continueraient à bénéficier sur une base coutumière, des droits conférés antérieurement par des traités conclus entre leur

---

<sup>243</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *ibidem*

<sup>244</sup> Commission mixte des réclamations États-Unis-Mexique, *L.F.H. Neer and Pauline Neer (États-Unis d'Amérique) c. Mexique*, sentence du 15 octobre 1926, RSA, vol. IV, p. 60.

<sup>245</sup> D. NGOUADJE, *Le standard minimum du traitement juste et équitable en droit international des investissements. Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, thèse de doctorat, Université Paris 2, 2014, pp. 405-406.

<sup>246</sup> CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7, p. 22. Voir également : CPIJ, *Affaire de l'Usine de Chorow*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 42 ; CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 36 ; CIJ, *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, *Recueil CIJ*, 1963, p. 34 ; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 15.

État de nationalité et l'État d'établissement, alors même que ces traités ne seraient plus en vigueur ou encore dans le contexte d'une succession d'États »<sup>247</sup>.

214. Cette notion de droits acquis est intimement liée aux attentes légitimes dans la mesure où l'une des parties peut effectivement s'attendre à profiter d'un bénéfice ou d'un droit indéfiniment sur la base du comportement d'un État ou des assurances qu'il a données, dans la limite du possible et sans faire obstacle à son pouvoir réglementaire<sup>248</sup>. En effet, la Commission de Droit International (CDI) a conclu que le respect des droits acquis constitue « *one of the principles of international law governing the treatment of aliens* »<sup>249</sup>. Au regard de son lien avec la notion d'attentes légitimes, nous avons décidé de consacrer quelques développements à son étude<sup>250</sup>.

215. Les attentes légitimes sont donc un élément indispensable de la protection des étrangers. En effet, une personne résidant dans un État autre que celui de sa nationalité peut avoir une attente légitime quant au respect des engagements internationaux prévoyant une protection des étrangers.

216. En ce sens, la CIJ a affirmé que « dès lors qu'un État admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assure certaines obligations quant à leur traitement »<sup>251</sup>. La CPJI a complété ce raisonnement à l'occasion de l'affaire *Oscar Chinn* en indiquant qu'un investisseur doit prendre en compte les conditions actuelles de l'État d'accueil au moment de prendre sa décision d'investir. En effet, l'investisseur ne peut engager une procédure à l'encontre de ce dernier lorsque son investissement échoue en raison de circonstances existantes dès sa décision d'investir. Une obligation de *due diligence* repose sur lui, un critère également indispensable à réunir pour la protection des attentes légitimes.

---

<sup>247</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 29, §49.

<sup>248</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse

<sup>249</sup> F. GARCIA-AMADOR, « Fourth report on State Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens – Measures affecting acquired rights », Doc n°. A/CN.4/119, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1959, p. 3.

<sup>250</sup> Voir : Partie 1, Titre 2 de la présente thèse.

<sup>251</sup> CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, 1970, p. 32, §33.

217. L'application du standard minimum de traitement est incontestable dans ces affaires. Nous constatons effectivement qu'au fur et à mesure des affaires précédemment analysées, sa portée et sa protection se sont élargies. Cependant, les tribunaux n'ont fait de référence littérale ni au standard ni à la notion d'attentes légitimes tels que nous les connaissons aujourd'hui.

218. Ce n'est que dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* à propos de l'application du TACN conclu entre l'Italie et les États-Unis que la CIJ s'est référée pour la première fois explicitement au standard minimum de traitement en indiquant que ce dernier constitue un vrai seuil minimal de protection<sup>252</sup>.

219. Dès lors, nous pouvons conclure à l'existence de la notion d'attentes légitimes dans la pratique arbitrale dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. L'hypothèse que nous avons posée est donc confirmée ; cette notion se retrouve aussi bien dans les rapports interétatiques que dans les rapports entre les particuliers et l'État.

220. Ces éléments qui nous permettent de considérer l'existence de cette notion depuis longtemps nous autorisent-ils également à conclure à son origine coutumière ?

#### ***4. Pouvons-nous conclure à l'origine coutumière des attentes légitimes ?***

221. Nous achevons nos développements en abordant l'une des principales questions posées dans notre étude : sommes-nous en mesure de conclure à l'origine coutumière de la notion d'attentes légitimes ?

222. L'article 38 du Statut de la CIJ contient une typologie des sources du droit international<sup>253</sup>. Son alinéa b mentionne la coutume. Selon Emer de Vattel, la coutume est composée de « certaines maximes, certaines pratiques, consacrées par un long usage, et que les Nations observent entre elles comme une sorte de droit, forment le droit des gens coutumier, ou la coutume des Nations »<sup>254</sup>. Ce droit se fonde sur le consentement ou convention tacite que les États décident de respecter<sup>255</sup>. Cependant, à

---

<sup>252</sup> CIJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Recueil CIJ*, 1989, p. 55, §111.

<sup>253</sup> P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT. *Droit international public*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 14<sup>e</sup> éd., 2018, p. 301, §236.

<sup>254</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *op. cit.*, p. 98, §25.

<sup>255</sup> *Ibidem*

l'époque, cette convention tacite n'obligeait que les Nations qui l'avaient acceptée. De plus, si la coutume renfermait un objet illicite ou injuste, elle n'obligeait aucune Nation étant donné qu'elle était contraire à la loi naturelle. En revanche, si son objet était licite, utile et raisonnable, elle avait une force obligatoire pour toutes les Nations auprès desquelles elle avait été établie<sup>256</sup>.

223. La coutume internationale peut se définir comme « le produit d'une pratique généralisée des membres de la communauté internationale (élément objectif) révélant une intention de créer du droit (élément subjectif) »<sup>257</sup>.

224. Une seconde définition issue du lexique des termes juridiques reprend les deux éléments de l'acception précédente : il s'agit d'une « norme non écrite de droit international dont l'existence est démontrée par la conjonction d'une pratique générale et de l'*opinio juris* des États, c'est-à-dire la conviction qu'en suivant cette pratique ils obéissent à une règle de droit »<sup>258</sup>. La réunion de ces deux éléments est donc nécessaire et indispensable pour la naissance d'une coutume en tant que règle de droit<sup>259</sup>. De plus, l'élément matériel ou pratique requiert qu'il existe une concordance dans le temps mais aussi dans l'espace, c'est-à-dire qu'une coutume générale doit être reconnue partout dans le monde, autrement il ne s'agira que d'une coutume régionale.

225. En ce sens, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ a précisé que :

« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même de *opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent »<sup>260</sup>.

226. Nous allons à présent vérifier l'existence ou non de ces éléments constitutifs de la coutume quant à l'application de la notion d'attentes légitimes à travers le temps.

---

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 98-99, §26.

<sup>257</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, op. cit., p. 17.

<sup>258</sup> S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques. 2018-2019*, Paris, Dalloz, 26<sup>e</sup> éd., 2019, pp. 318-319.

<sup>259</sup> P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT. *Droit international public*, op. cit., p. 376, §324.

<sup>260</sup> CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Recueil CIJ*, 1969, p. 44.

Nous postulons l'origine coutumière de la notion d'attentes légitimes, cependant ce sujet ne cesse d'être controversé. À ce jour, la notion même d'attentes légitimes l'est. Nous tenterons tout de même de trancher cette question, nonobstant l'absence de jurisprudence abondante qui aurait pu nous donner une réponse définitive et concrète à cet égard.

227. Il nous semble que la notion d'attentes légitimes a une origine coutumière pour plusieurs raisons. Tout d'abord, nous constatons que l'élément premier de la coutume, une pratique constante des États, est rempli étant donné que les attentes légitimes existent, on l'a vu, depuis au moins le Moyen Âge à travers la notion de promesse et l'importance accordée à la confiance dans les différents types de rapports juridiques. À ce jour, elles trouvent une application quasi systématique au sein du contentieux des investissements.

228. Le second élément caractéristique de la coutume, à savoir *l'opinio juris*, est également réuni puisqu'historiquement, les attentes légitimes sont nées par le biais du serment et des promesses et réaffirmées par ces mêmes institutions juridiques. Les parties étaient, en effet, complètement convaincues de la force obligatoire de leur parole ; un sentiment qui s'est étendu jusqu'aux temps modernes. En outre, la promesse et le serment engendraient un droit à l'égard du bénéficiaire lui permettant d'agir lorsque l'autre partie ne respectait pas ses obligations.

229. Par ailleurs, Emer de Vattel soutenait que dès lors que la pratique en question a un objet utile et raisonnable, elle a force obligatoire pour toutes les Nations. Il est également intéressant de signaler que l'importance accordée aux comportements et aux paroles des parties a évolué et continue de le faire de nos jours avec la notion d'attentes légitimes. Même si cette dernière ne relève pas encore du droit conventionnel, elle émerge d'un rapport conventionnel ou contractuel entre deux individus ou États.

230. Toutefois, quand bien même la notion d'attentes légitimes existe de manière constante depuis longtemps, l'obstacle majeur pour conclure à une notion coutumière est indiscutablement son absence de définition précise, certaines juridictions internationales refusant de l'appliquer ou le faisant très timidement. De plus, le fait que

son évolution varie selon la branche du droit international économique concernée ne contribue aucunement à sa consécration en tant que notion coutumière.

231. Pour autant, il nous semble que son origine coutumière pourrait à tout le moins être reconnue en droit international des investissements. En effet, à l'exception de quelques États, en particulier les États-Unis, elle est invoquée indistinctement par les États et les investisseurs. Elle fait effectivement l'objet d'une application systématique par les arbitres internationaux depuis au moins les années 1900, comme nous l'analysera de manière détaillée dans la seconde partie de la thèse.

232. Il est donc *a priori* possible de conclure que les attentes légitimes réunissent les deux éléments indispensables à la reconnaissance de leur nature coutumière, cependant il est indispensable de préciser son contenu à travers notamment une analyse des décisions rendues par les juridictions internationales. De plus, nous n'écartons pas l'hypothèse selon laquelle une pratique constante, cohérente et concordante puisse éventuellement tacitement codifier cette notion au sein des TBI, notamment dans les articles relatifs au TJE.

233. L'étude de l'origine des attentes légitimes nous a donc permis de dégager plusieurs éléments indispensables à sa reconnaissance et protection que nous allons désormais analyser en détail.

## **B. Les attentes légitimes : une notion à la fois objective et subjective**

234. Selon Yves Nouvel, « l'attente constitue ainsi un fait de conscience par lequel une personne se représente la conduite à venir d'une autre personne ou le cours futur des événements en tenant que la réalité sera conforme à cette anticipation »<sup>261</sup>. Cette définition met en évidence plusieurs éléments constitutifs de la notion d'attentes légitimes dont la réunion est indispensable pour permettre son invocation en vue de garantir sa protection.

235. Lorsque ces éléments ne sont pas réunis, il ne s'agit que d'un simple espoir qui ne peut être juridiquement protégé. De plus, l'attente doit avant tout être fondée sur le comportement, les représentations ou les assurances d'un sujet de droit et il est indispensable qu'il existe un rapport entre au moins deux sujets de droit avant la naissance d'attentes légitimes étant donné qu'une personne ne peut se prévaloir d'une attente née en raison d'une situation inconnue ou du comportement d'une personne inconnue.

236. Selon Marcelo López Mesa, les attentes légitimes se composent de cinq éléments qu'il a qualifiés selon leur nature : trois de nature objective, un de nature subjective et un autre de nature mixte<sup>262</sup>, c'est-à-dire un élément à la fois objectif et subjectif. Cependant, nous ne retiendrons pas cette distinction considérant que la plupart des éléments objectifs peuvent être regroupés en un seul élément en raison de leur lien étroit. De plus, les éléments de la légitimité et de la raisonnable doivent à notre sens faire l'objet d'une analyse à part.

237. C'est pourquoi nous proposons plutôt de considérer quatre éléments selon leur nature : un élément subjectif, c'est-à-dire les sujets permettant l'émergence d'attentes légitimes ; un élément objectif, à savoir le rapport entre les parties créant un lien causal permettant l'émergence d'attentes légitimes ; un élément mixte correspondant à l'état de conscience du bénéficiaire de l'assurance permettant la naissance d'attentes

---

<sup>261</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 335.

<sup>262</sup> M. LÓPEZ MESA, « De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad », *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 2, 2013, p. 19.

légitimes sur la base de faits objectifs ; un quatrième élément qui comprend la légitimité et la raisonnablement indispensables à l'invocation d'attentes légitimes.

### ***1. L'élément subjectif de la notion d'attentes légitimes***

238. L'élément subjectif se réfère aux personnes parties au rapport au sein duquel naissent des attentes légitimes. Il est, en effet, impératif d'être en présence d'au moins deux personnes qui vont établir une relation qui rendra possible la naissance d'attentes légitimes

239. Nous pouvons ainsi parler d'un émetteur (sujet passif) et d'un destinataire de l'attente (sujet actif) : le premier est celui qui donne naissance à des attentes et le second est le bénéficiaire de ces attentes qui est le seul à pouvoir demander leur garantie. Autrement dit, le sujet actif est celui qui est en mesure de solliciter devant une instance juridictionnelle la protection de ses attentes légitimes alors que le sujet passif n'a qu'un rôle limité qui correspond uniquement à la génération de l'attente.

240. Le sujet actif, titulaire de l'attente, peut être un particulier (personne physique et/ou morale) ou un État. Il doit avoir reçu une assurance, une affirmation dans un sens déterminé, un comportement inéquivoque ou bien une représentation de la part d'une autre personne ou entité (par exemple, sous la forme d'une politique publique).

241. Le sujet passif, quant à lui, est généralement un État mais il peut également s'agir d'une entreprise ou même d'un particulier selon le type de rapports en question. Sa principale caractéristique consiste à être l'émetteur de l'attente revendiquée par le sujet actif. Le meilleur exemple de ce type de rapport se trouve au sein du droit international des investissements qui met toujours en jeu un État d'accueil et un investisseur<sup>263</sup>, ce dernier étant généralement le sujet actif.

242. Il y a donc la nécessité d'un rapport entre au moins deux sujets sachant que « toute attente légitime doit résulter de ce qui a été promis ou accordé spécifiquement à un investisseur qui s'en est prévalu de bonne foi »<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §183.

<sup>264</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, p. 301.

243. Il est généralement admis que la meilleure configuration pour les attentes légitimes soient effectivement protégées est que les actes dont dérivent ces dernières soient dirigés à une seule personne ou à un groupe restreint d'individus<sup>265</sup> dans la mesure où les actes destinés à un public plus large rendent plus difficile leur protection. De plus, les attentes légitimes dérivant d'un acte spécifique sont plus aisément identifiables, ce qui limite le risque d'atteinte à la souveraineté de l'État qui peut notamment résulter d'un jugement accordant une protection d'attentes légitimes aux bénéficiaires d'un acte général<sup>266</sup>.

244. Les parties à ce rapport peuvent varier selon la matière du droit international économique concernée. Ainsi, dans certains domaines, il s'agira d'un rapport interétatique alors que dans d'autres, il sera plutôt question, soit d'un rapport mixte liant un État et un particulier, soit un rapport uniquement entre particuliers.

## *2. Les éléments objectifs de la notion d'attentes légitimes*

245. L'attente doit avant tout être objective, car la loi ne peut protéger les situations qui reposent uniquement sur des perceptions ou des éléments subjectifs. C'est cet élément qui permet au sujet actif de l'invoquer afin de bénéficier d'une protection.

246. Il est indispensable que les sujets entretiennent une relation qui puisse effectivement donner naissance à des attentes légitimes. Cette **relation** se définit comme « un lien d'interdépendance [ou] d'interaction »<sup>267</sup> ; il s'agit d'un premier élément objectif. Comme on l'a précédemment relevé, une attente ne peut naître d'un rapport entre inconnus dans la mesure où il est de toute évidence impossible d'avoir une quelconque attente à l'égard de personnes que nous avons récemment rencontrées. Autrement dit, ce n'est que lorsque deux sujets ont forgé une véritable relation, et donc qu'un rapport de confiance s'est forgé entre eux, que nous serons face à une situation génératrice d'attentes légitimes.

---

<sup>265</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 36.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>267</sup> « Relation », *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, édition en ligne, 2020.

247. Selon Marcelo López Mesa, « dans le domaine des relations entre individus, l'attente est souvent exprimée au sein des négociations précontractuelles, en particulier dans les comportements pouvant conduire à la présomption de l'existence d'une promesse ou d'un engagement préalable »<sup>268</sup>. Cette affirmation connaît, néanmoins, quelques exceptions ; par exemple, lorsqu'il s'agit d'une situation dans laquelle une partie n'a aucune raison de douter des dires ou du comportement de l'autre partie. C'est notamment le cas lorsque le sujet émetteur de l'attente légitime (sujet passif) est une entité publique dont le comportement, l'assurance ou la représentation, grâce à la légitimité inhérente à sa nature, engendre plus aisément des attentes légitimes sans qu'elles puissent être mises en question. De ce fait, nous pouvons parler d'une sorte de présomption positive de bénéfice d'une attente légitime dans l'esprit du bénéficiaire qui se base sur la puissance publique et la confiance accordée aux organes étatiques.

248. Le second élément objectif est un **lien causal** entre le rapport juridique et l'émergence d'attentes légitimes. Le comportement, l'assurance ou la représentation sur lequel/laquelle se base l'attente doit avoir eu lieu dans un sens déterminé et clairement identifiable<sup>269</sup>. Il peut s'agir de « déclarations orales, de promesses, d'informations générales dans des documents administratifs, ou même d'actes implicites »<sup>270</sup> et doit être « identifiable, être ensuite spécifique et enfin exempte d'ambiguïté »<sup>271</sup>. Il peut notamment s'agir d'un sens spécifique de l'interprétation d'une loi<sup>272</sup>, d'un acte administratif général ou bien particulier, du respect de situations préétablies, de l'acceptation de coutumes, d'un comportement faisant croire à l'obtention d'un avantage tel qu'un permis, etc.

---

<sup>268</sup> M. LÓPEZ MESA, « De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad », *op. cit.*, p. 19.

<sup>269</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147.

<sup>270</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 304.

<sup>271</sup> *Ibidem*. Voir également : Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 341 ; R. ECHANDI, « What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? », in J. ALVAREZ, K. SAUVANT *et al.*, *The Evolving international investment regime: expectations, realities, options*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 40.

<sup>272</sup> M. LÓPEZ MESA, « De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad », *op. cit.*, p. 19.

## Une fois le lien causal établi, quel est l'élément qui peut faire naître des attentes légitimes ?

249. Dans le cadre d'un rapport mixte, le comportement de l'État doit être constant et répété « au point de former une situation stable et de présupposer sa répétition indéfinie dans le temps »<sup>273</sup> et que les critères établis soient remplis afin de pouvoir créer des attentes légitimes dans l'esprit des particuliers. À cet égard, l'affaire *Continental Casualty c. Argentine* est intéressante, car elle met en exergue différents degrés de protection des attentes légitimes selon leur source, à savoir :

« i) *the specificity of the undertaking allegedly relied upon, considering moreover that political statements have the least legal value, regrettably but notoriously so;*  
ii) *general legislative statements engender reduced expectations, especially with competent major international investors in a context where the political risk is high;*  
iii) *unilateral modification of contractual undertakings by governments, notably when issued in conformity with a legislative framework and aimed at obtaining financial resources from investors deserve clearly more scrutiny, in the light of the context, reasons, effects, since they generate as a rule legal rights and therefore expectations of compliance; (...)* »<sup>274</sup>.

250. Nous constatons que les attentes légitimes peuvent ainsi naître de différentes sources mais leur degré de protection varie inévitablement selon qu'il s'agisse d'une situation directement établie au bénéfice d'une personne ou, au contraire, *erga omnes*<sup>275</sup>.

251. S'agissant des actes généraux *erga omnes*, le sujet actif peut notamment se prévaloir du cadre juridique qui comprend la législation de l'État d'accueil, les traités en vigueur ainsi que toute assurance incluse dans les lois et autres actes du pouvoir exécutif<sup>276</sup>. Les comportements ou les assurances spécifiques jouent toutefois un rôle plus important dans la création des attentes légitimes. En effet, en raison d'une base juridique plus solide, les attentes légitimes explicites ou implicites qui reposent sur ce

---

<sup>273</sup> *Ibidem*

<sup>274</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261. Voir également : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n° 1, 2016, p. 104.

<sup>275</sup> R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 115.

<sup>276</sup> *Ibidem*, p.145. Voir également : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *op. cit.*, p. 105.

type d'engagement sont plus faciles à démontrer, donc à protéger, lors d'un différend<sup>277</sup>.

252. L'intérêt de protéger les attentes légitimes est, d'une part, d'éviter les préjudices qui peuvent toucher ceux qui ont agi en se fondant sur celles-ci<sup>278</sup> et, d'autre part, d'assurer un certain degré de sécurité juridique et de prévisibilité. Cette protection requiert toutefois que les attentes légitimes soient précises et non ambiguës<sup>279</sup>.

### 3. *L'élément mixte de la notion d'attente légitime*

253. L'élément mixte correspond à la conscience de s'attendre au maintien d'une situation juridique. C'est la conséquence de la rencontre entre les éléments objectifs et l'élément subjectif précédemment analysés. La conscience de s'attendre à quelque chose est un élément subjectif qui repose sur des faits objectifs ; il a donc bien une nature mixte<sup>280</sup>.

254. C'est ce fait créé par les attentes légitimes qui renforce la croyance du sujet actif d'être en droit de demander que la situation reste inchangée<sup>281</sup> ou bien, dans l'hypothèse où un changement intervenait soudainement et sans justification valable, de solliciter une réparation pour le préjudice subi<sup>282</sup>.

255. Dès lors, il est nécessaire que l'acte sur lequel repose les attentes légitimes soit public non seulement pour un souci de transparence<sup>283</sup> mais aussi pour qu'il puisse être invoqué par le sujet actif en cas de déception de celles-ci.

---

<sup>277</sup> R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, *ibid.*, p.145. Voir également : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *ibidem*

<sup>278</sup> C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, 2009, p. 2. Voir également : M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n° 1, 2013, p. 93.

<sup>279</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §146.

<sup>280</sup> *Ibidem*

<sup>281</sup> P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2013, p. 142.

<sup>282</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 429. Voir également : J. CAZALA, « Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur », *La Gazette du Palais*, n° 348-349, 2007, p. 45.

<sup>283</sup> Sur le lien entre la transparence et la notion d'attentes légitimes, voir : Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, de la présente thèse. Voir également : A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *ibidem*, p. 386.

256. Il existe donc un lien entre la notion d'attentes légitimes et la notion de sécurité juridique étant donné que toutes deux ont pour but de garantir la stabilité juridique des situations actuelles et des rapports entre les parties<sup>284</sup>. L'objectif est d'éviter que l'une des parties puisse échapper à ses obligations sans aucune conséquence. Toutefois, cet élément mixte est également conditionné à l'obligation de *due diligence* du sujet actif de l'attente légitime<sup>285</sup>, car aucune attente légitime ne peut naître « dans un contexte économique général instable qui ne s'y prête guère »<sup>286</sup>.

#### ***4. Les éléments de légitimité et de raisonnable indispensables à la reconnaissance des attentes légitimes***

257. Une fois tous les éléments précédemment analysés réunis, des attentes peuvent émerger à la condition que deux derniers éléments soient encore réunis : l'attente doit être légitime<sup>287</sup> et raisonnable<sup>288</sup>.

#### **La légitimité : un élément renforçant la protection des attentes légitimes**

258. En droit du commerce international, la protection d'une attente dite légitime équivaut à un avantage résultant du GATT<sup>289</sup>. Pour déterminer la légitimité de l'attente, le groupe spécial amené éventuellement à se prononcer sur la question doit analyser l'objet et le but des Accords de l'OMC en cherchant à préserver l'équilibre des droits et obligations de ses membres<sup>290</sup>.

259. Les attentes remplissant les critères de légitimité et de raisonnable « doivent être de bonne foi et reposer sur une conduite adoptée spécifiquement à son égard »<sup>291</sup>. Or, la légitimité des attentes, notamment en droit international des investissements,

---

<sup>284</sup> Voir : Partie 1 de la présente thèse.

<sup>285</sup> Voir : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

<sup>286</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>287</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 441.

<sup>288</sup> Voir : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>289</sup> A. QURESHI, X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, Londres, Routledge, 1<sup>re</sup> éd., 2001, p. 264.

<sup>290</sup> *Ibidem*

<sup>291</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 303.

dépend de plusieurs conditions parmi lesquelles « *the precise timing, nature and circumstances of any commitments the State has made to investors* »<sup>292</sup>.

260. Ainsi, la reconnaissance de la légitimité d'attentes requiert généralement qu'elles reposent sur « quelque chose de plus » qu'une législation générale. Cela est notamment le cas lorsque l'investisseur reçoit une promesse ou une garantie explicite de l'État d'accueil, ou bien une représentation générale ou une assurance implicite, ayant créé dans son esprit des attentes légitimes le poussant à prendre la décision d'investir sur le territoire de cet État<sup>293</sup>.

261. En ce sens, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) soutient que les attentes légitimes peuvent naître « *from rules not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied on making his investment* »<sup>294</sup>. Nous constatons donc qu'il ne s'agit pas d'analyser le nombre de personnes visées par le comportement ou par l'acte mais plutôt si son contenu a été suffisamment concret pour pousser le sujet actif à agir en se fondant sur ce dernier. Comme en témoigne l'arbitre Guido Santiago Tawil dans son opinion dissidente sur l'affaire *Charanne c. Espagne*, lorsque l'investisseur remplit tous les critères prescrits par la loi afin d'obtenir un avantage spécifique, si celui-ci ne lui est pas octroyé ou reconnu, la déception de ses attentes légitimes est inévitablement caractérisée<sup>295</sup>.

262. Par ailleurs, comme l'affaire *Parkerings-Compagniet c. Lituanie* a pu le mettre en lumière, lorsque l'État d'accueil n'a fait aucune représentation, ni promesse, il est impératif d'analyser les circonstances entourant la conclusion de l'accord avec un investisseur dans la mesure où elles sont essentielles pour déterminer si l'attente de ce dernier est légitime. Cette démarche suppose une analyse du comportement de l'État

---

<sup>292</sup> S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *op. cit.*, p. 105.

<sup>293</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, London, Routledge, 2016, p. 195. Voir également : *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §331.

<sup>294</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, n° 263, 2012, p. 69.

<sup>295</sup> *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil, §12.

au moment où l'investisseur a décidé d'investir<sup>296</sup>. Ce raisonnement n'est toutefois pas applicable lorsque l'attente en question repose sur un avantage obtenu par la corruption ou la fraude, car personne ne peut ni ne doit légitimement s'attendre à bénéficier d'une situation non conforme au droit en vigueur.

263. Les attentes légitimes ne protègent donc pas les situations *ultra vires*<sup>297</sup>. David Blundell précise, en effet, que la notion d'attentes légitimes ne peut être invoquée pour aller au-delà ou *a contrario* de la législation en vigueur ou des mandats des autorités publiques. Pour autant, cela n'empêche pas que la personne lésée puisse demander réparation pour le préjudice causé, notamment si les attentes sont nées d'une représentation avérée de l'administration, ce même si elles sont basées sur une situation contraire au droit<sup>298</sup> ; une possibilité qui ne semble cependant être applicable que dans le cadre des rapports entre l'administration et les administrés. Dans cette hypothèse, la charge de la preuve incombe à celui qui s'en prévaut, à savoir le particulier.

264. Nous constatons donc que l'élément objectif et la légitimité sont liés. D'une part, parce que c'est le premier qui rend possible la protection des attentes légitimes. En effet, au-delà de la subjectivité inhérente à leur nature, les attentes légitimes doivent avoir un caractère suffisamment objectif afin que celui qui souhaite demander leur protection puisse démontrer leur existence et le préjudice que leur déception a causé<sup>299</sup>. D'autre part, leur caractère légitime permet à la partie lésée de s'en prévaloir à tout moment. Il convient néanmoins que le comportement, les représentations ou les assurances de la partie émettrice aient raisonnablement créé une attente licite et/ou protégée par la loi à l'égard du bénéficiaire. Cette attente doit également l'avoir poussé à prendre une décision qu'autrement il n'aurait pas prise.

---

<sup>296</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §331.

<sup>297</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 3.

<sup>298</sup> D. BLUNDELL, « Ultra Vires Legitimate Expectations », *Judicial Review*, vol. 10, n° 1, 2005, p. 155.

<sup>299</sup> Voir notamment : *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §219 : « Legitimate expectations cannot be solely the subjective expectations of the investor. They must be examined as the expectations at the time the investment is made, as they may be deduced from all the circumstances of the case, due regard being paid to the host State's power to regulate its economic life in the public interest. As stated by the tribunal in the Saluka case: "A foreign investor protected by the Treaty may in any case properly expect that the [Government] implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investor's investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not violate the requirements of consistency, transparency, even handedness and non-discrimination" ».

## Une attente légitime doit être raisonnable

265. Le caractère raisonnable de l'attente est un autre élément qui vient compléter les critères nécessaires pour garantir son invocabilité et sa protection. Selon Yves Nouvel, en plus des éléments précédemment étudiés, il importe également que les attentes soient raisonnables compte tenu de l'ensemble des circonstances qui ont permis leur naissance<sup>300</sup>. Or, la raisonnabilité de l'attente suppose que « le comportement qui la compromet ne pouvait pas lui-même être raisonnablement attendu »<sup>301</sup>.

266. L'élément de raisonnabilité suppose une évaluation de la mesure en question en référence à ce que l'on pourrait s'attendre de l'État, ce qui est très problématique étant donné que parfois cela ne peut être objectivement défini<sup>302</sup> comme le met notamment en évidence l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* à l'occasion de laquelle le tribunal a précisé qu'un standard objectif doit être mis en place afin de bien évaluer « *the required degree of protection and security with regard to what should be legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well-organized modern State* »<sup>303</sup>.

267. Nous constatons donc que cet élément est l'essence même des attentes légitimes<sup>304</sup>, en visant à protéger aussi bien le sujet actif que le sujet passif. En effet, une attente ne peut être raisonnable si elle est manifestement contraire aux informations de la représentation du sujet passif ou des actes en question<sup>305</sup>. Cela a été confirmé par l'affaire *International Thunderbird c. Mexique* dans laquelle le tribunal a conclu qu'un investisseur ne pouvait raisonnablement compter sur l'opinion juridique édictée par le gouvernement mexicain, d'une part, parce qu'elle reposait sur une idée erronée de la nature des jeux proposés par l'investisseur ; d'autre part, car ce dernier était

---

<sup>300</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 342.

<sup>301</sup> *Ibidem*

<sup>302</sup> E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 41, n° 2, 2015, p. 352.

<sup>303</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990, §77.

<sup>304</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 434. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 41 ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §§351-354.

<sup>305</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *ibidem*, p. 434.

pertinemment au courant que les jeux d'argent (*gambling*) constituaient une activité illicite au regard du droit mexicain<sup>306</sup>.

268. Une analyse semblable a été retenue dans l'affaire *Saluka Investments BV c. République Tchèque*. En l'espèce, il a été conclu qu'un investisseur ne pouvait raisonnablement compter sur une assurance du ministre des Finances tchèque au motif que ce dernier ne pouvait engager son gouvernement pour l'avenir<sup>307</sup>.

269. C'est pourquoi, dans la majorité des droits en vigueur, qu'il s'agisse de droits nationaux ou bien du droit international, l'exigence de publication des actes est indispensable à la protection effective des attentes légitimes qui en résultent. Ainsi, en droit anglais, la doctrine estime qu'une personne ne peut invoquer l'existence d'une attente légitime à l'égard d'une politique adoptée par l'administration si cette dernière n'a jamais fait l'objet d'une publication, car une politique inconnue du particulier ne peut créer des attentes à son bénéfice.

270. Le juge doit donc toujours vérifier si le caractère objectif et le caractère légitime des attentes invoquées sont réunis. Il doit également rechercher si les attentes en question sont raisonnables et tenir compte de la proportionnalité entre les attentes légitimes et les obligations qui en résultent pour son émetteur<sup>308</sup>. Il s'agit de critères utiles pour évaluer la légitimité de toute attente revendiquée, notamment en droit international<sup>309</sup>.

271. Une fois ces éléments réunis, les attentes sont reconnues comme légitimes. Le sujet actif qui les estime déçues en raison d'un changement arbitraire et soudain venant du sujet passif peut alors demander leur protection afin de remédier à la situation qui lui est préjudiciable.

---

<sup>306</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §§148-149,164.

<sup>307</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §351.

<sup>308</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §340.

<sup>309</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 43.

272. Au cours de notre étude, nous avons pu identifier plusieurs et diverses sources créatrices d'attentes légitimes remplissant les critères précédemment étudiés.

## Section 2. Sources créatrices et types d'attentes légitimes

273. La présente section s'intéresse à la fois aux droits nationaux et à la pratique internationale afin de mieux cerner chaque type d'attentes légitimes. Une telle approche se justifie par le développement croissant de cette notion au sein de plusieurs droits étatiques, une évolution qui influence inévitablement la pratique internationale et qui pourrait nous aider à répondre à la question de savoir si la notion est un principe ou un standard. Ainsi, il s'agira, tout d'abord, de déterminer les sources créatrices d'attentes légitimes (A), avant d'identifier et de définir les différents types d'attentes légitimes (B).

### A. Les sources créatrices d'attentes légitimes

274. Nos recherches nous ont permis de relever plusieurs sources créatrices d'attentes légitimes dans des règles coutumières et conventionnelles<sup>310</sup>. D'une part, nous pouvons mentionner les actes unilatéraux, car c'est à travers ces derniers que l'émetteur va s'engager à faire ou à ne pas faire quelque chose, ce qui va créer des attentes légitimes dans l'esprit du destinataire ; que cela soit en droit national<sup>311</sup>, en droit européen<sup>312</sup> ou même en droit international. Ce lien étroit entre les attentes légitimes et les actes unilatéraux rend indispensable l'étude de leur état actuel. D'autre part, nous allons aborder les rapports juridiques qui peuvent également donner naissance à des attentes légitimes.

275. Il ressort de l'affaire *Azurix c. Argentine* que les attentes légitimes sont effectivement susceptibles de naître de plusieurs événements : elles peuvent se baser

---

<sup>310</sup> J. CHAISSE, R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, n° 1, 2018, pp. 86-87.

<sup>311</sup> Voir : Section 1 du Chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>312</sup> Voir : Section 2 du Chapitre introductif de la présente thèse.

sur un contrat, des assurances implicites ou explicites ou bien des représentations « *made by the State which the investor took into account in making the investment* »<sup>313</sup>.

276. Il en résulte que l'émergence d'attentes légitimes peut résulter soit d'un concours de volontés (1) - exprimé sous la forme d'un rapport conventionnel (A), d'un rapport coutumier (B) ou bien d'un rapport contractuel (C) -, soit d'une volonté unilatérale de l'État exprimé sous la forme d'un acte unilatéral (2).

### **1. Un concours de volontés**

277. Un rapport juridique peut être de diverses natures : il peut s'agir d'un rapport conventionnel, d'un rapport coutumier ou d'un rapport contractuel. Ces trois cas de figure sont des sources créatrices d'attentes légitimes. Nous allons ainsi les étudier tout en gardant à l'esprit qu'en droit international, ces rapports peuvent, selon leur objet, avoir lieu entre différents sujets de droit.

278. Il convient, par ailleurs, de noter que l'analyse du rapport conventionnel comprend également l'étude des effets des traités dans le sens où un ressortissant d'un État partie peut avoir des attentes légitimes concernant un traité régulant sa situation dans un État tiers. Cela est notamment le cas des TBI ou encore des conventions fiscales.

279. Il ne s'agira ici que de présenter de manière succincte les rapports juridiques qui peuvent donner naissance à des attentes légitimes. Compte tenu de l'importance des attentes légitimes en droit international économique, une analyse plus approfondie de leur application au sein de chaque domaine qui le compose s'avère en outre indispensable<sup>314</sup>.

280. Il existe plusieurs types de rapports donnant lieu à des attentes légitimes : d'une part, les rapports interétatiques, y compris les effets des traités<sup>315</sup> ; d'autre part, les rapports entre une personne physique ou morale et un État, notamment le contrat d'État. Il convient, par ailleurs, de rappeler que la bonne foi et la licéité de ces rapports

---

<sup>313</sup> *Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §318.

<sup>314</sup> Voir : Partie 2 de la présente thèse.

<sup>315</sup> Voir : Partie 1, Titre 1 de la présente thèse.

jouent aussi un rôle important dans la reconnaissance d'attentes légitimes étant donné qu'une attente naissant d'un dol ou d'une situation contraire à la loi ne peut être protégée.

281. Nous allons ainsi nous consacrer dans un premier temps à l'étude des deux premiers cas de figure, avant d'aborder les rapports contractuels susceptibles de donner naissance à des attentes légitimes.

### ***1.1 Le rapport conventionnel : le droit des traités***

282. Le rapport conventionnel en droit international se forme à travers des traités régis par la Convention de Vienne qui définit ce type d'acte comme « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »<sup>316</sup>.

283. Les parties désirant conclure un traité sur un sujet déterminé entament des négociations. Une fois le texte définitif rédigé, ce dernier est adopté pendant une phase d'approbation ou de ratification, les parties sont tenues de s'abstenir d'actes qui priveraient le traité de son objet et de son but, conformément à l'article 18 de la Convention précitée<sup>317</sup>. Nous constatons ainsi que tout comme le droit privé vise à protéger les parties durant la phase précontractuelle, le droit des traités protège les États lors de la phase de négociation du traité et jusqu'à son entrée en vigueur.

284. Cependant, les traités ne se limitent pas à un pur rapport interétatique ; ils peuvent également être conclus avec ou entre d'autres entités juridiques comme les organisations internationales, les organisations non-gouvernementales, des entreprises, etc.<sup>318</sup>. Toutefois, ils doivent être négociés et conclus par une autorité compétente pour qu'ils puissent engager les États<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, signée à Vienne le 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155, vol. 18232, article 2.

<sup>317</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *ibidem*, article 18.

<sup>318</sup> O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 21.

<sup>319</sup> E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *Oslo Law Review*, vol. 5, n° 3, 2018, p. 133 : « *For a unilateral act to be legally binding, it must be authored by a competent State organ or representative* ». Voir également : CPIJ, *Statut juridique du Groënland Oriental*, arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53, §73.

285. Selon le juge Robinson dans son opinion dissidente sur l'affaire *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique*, l'élément le plus important d'un traité est l'intention des parties de créer des droits et des obligations, ce même si la Convention de Vienne n'en fait aucune référence expresse. Cet élément se dégage des travaux préparatoires à ce texte international qui précisaient que « *the expression "governed by international law" in the definition "covered the element of the intention to create obligations and rights in international law" »*<sup>320</sup>. Par conséquent, une fois conclus, les traités créent des attentes légitimes à l'égard de toutes les parties.

286. La notion d'attentes légitimes est inévitablement liée aux principes de bonne foi et de *pacta sunt servanda*<sup>321</sup> qui lui sont complémentaires. Ces principes sont expressément codifiés aux articles 26 et 31 de la Convention de Vienne. Ainsi, « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »<sup>322</sup>, raison pour laquelle les parties peuvent s'attendre à ce que le traité qu'elles ont conclu soit dûment respecté et appliqué.

287. Les attentes légitimes portent principalement sur la bonne exécution du traité. Il s'agit d'une protection implicite créant des obligations à l'égard des États parties. Cela est notamment le cas lorsque le comportement ou les assurances d'une partie viennent renforcer les attentes légitimes de l'autre. Ainsi, les conventions fiscales créent des attentes légitimes à l'égard des États parties qui supposent que ces dispositions seront dûment respectées au sein de leur juridiction et, par conséquent, qu'il n'y aura pas d'évasion fiscale ni de double imposition.

288. Le système qui identifie et traite le mieux la notion d'attentes légitimes est celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). En effet, les attentes légitimes des Accords de l'OMC naissent d'un rapport conventionnel entre États. Ainsi, dans l'affaire *Inde-Brevets*, l'Organe d'appel a précisé que « les attentes légitimes des

---

<sup>320</sup> CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, fond, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2018, *Recueil CIJ*, 2018, opinion dissidente du juge Robinson, p. 3, §11. Voir également : CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt du 1<sup>er</sup> janvier 1994, *Recueil CIJ*, 1994, p. 121, §25.

<sup>321</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, Oxford, HART Publishing, 2006, p. 99.

<sup>322</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 26.

parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même »<sup>323</sup>, car elles résultent de l'intention des parties. Pour qu'une attente soit légitime, il est donc nécessaire que sa protection découle du contenu du traité en question. C'était notamment le cas en l'espèce, les attentes légitimes ayant émergé d'un « avantage résultant du GATT »<sup>324</sup>.

289. Le Groupe spécial doit ainsi se focaliser sur l'objet et le but des Accords de l'OMC ainsi que sur l'équilibre des droits et des obligations qui en découlent. Toutefois, il doit également vérifier si cette dernière est raisonnable, c'est-à-dire si « *it was logical and based on sound judgement. This requires a factual inquiry into the circumstances prevailing at the time of the negotiation of the tariff concession* »<sup>325</sup>.

290. Les attentes légitimes et raisonnables d'un État membre à l'égard d'une mesure déterminée reposent généralement sur l'espérance que cette dernière n'annule ni ne compromet la valeur d'un avantage accordé et surtout qu'il s'agit d'une situation imprévisible. Cela est notamment le cas d'une concession tarifaire au sens de l'article XXIII : 1 b) du GATT<sup>326</sup>, qui a principalement pour finalité de protéger les attentes légitimes nées pendant des négociations de concessions tarifaires<sup>327</sup>.

291. Consacrons-nous à présent à l'analyse des attentes légitimes qui peuvent naître à l'égard des nationaux des États parties à un traité.

### *1.1.1. Les effets des traités sur les nationaux des États parties*

292. Les traités produisent des effets sur l'ensemble du territoire des parties<sup>328</sup> mais aussi à l'égard de leurs nationaux à l'étranger. Il en découle que les personnes physiques et morales sont « soumises à l'application d'obligations conventionnelles en fonction de leur sujétion à l'ordre juridique interne dans lequel le traité est incorporé. Elles peuvent également bénéficier sur sa base de certains droits »<sup>329</sup>.

---

<sup>323</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §45.

<sup>324</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, op. cit., p. 264.

<sup>325</sup> *Ibidem*

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>327</sup> *Ibid.*

<sup>328</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 29.

<sup>329</sup> J. COMBACAU, S. SUR. *Droit international public*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 13<sup>e</sup> éd., 2019, p. 155.

293. Des attentes légitimes peuvent ainsi naître d'un rapport interétatique, notamment dans le cadre d'une convention fiscale qui a pour objectif de supprimer les obstacles aux échanges internationaux de biens et de services ainsi qu'aux mouvements transfrontaliers de capitaux, de technologie et de personnes. Ce type de convention sert à garantir un certain degré de sécurité juridique et de prévisibilité aux contribuables<sup>330</sup>.

294. Ces dispositions fiscales font donc naître des attentes légitimes à l'égard de toute personne physique ou morale. Il est tout d'abord attendu que le cadre juridique prévu par la convention fiscale applicable soit clair, transparent et dûment respecté par les États signataires mais également que les contribuables ne seront pas victimes d'une double imposition. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'application de lois fiscales en tenant compte des attentes légitimes des contribuables<sup>331</sup>.

295. Cela est également le cas en droit international des investissements avec le développement des TBI qui peuvent se définir comme des accords internationaux conclus entre deux États portant sur les conditions d'investissements des ressortissants d'un État dans un autre État (État d'accueil). À titre d'exemple, nous pouvons citer le préambule du TBI signé entre les États-Unis et le Honduras qui, selon nous, illustre bien la finalité de ce type de traité, à savoir attirer et protéger les investissements sur les territoires des États parties :

*« Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties; Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards (...) »<sup>332</sup>.*

296. Des attentes légitimes à l'égard des investisseurs des États parties peuvent donc naître de ce type de rapport conventionnel. Une attente légitime peut dériver du comportement d'une partie ou des circonstances qui entourent la décision d'investir, notamment les dispositions du TBI en question, mais aussi des mesures prises par l'État

---

<sup>330</sup> Voir : Partie 1 de la présente thèse

<sup>331</sup> M. DISANT, « Une petite rétroactivité fiscale peut en cacher une grande. L'effectivité de la protection constitutionnelle de l'attente légitime », *La Gazette du Palais*, n° 178, 2015, p. 19. Voir aussi : Conseil constitutionnel, QPC n° 2014-435 du 5 décembre 2014, *Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus*, §5.

<sup>332</sup> *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*, signé à Denver le 1<sup>er</sup> juillet 1995, entré en vigueur le 11 juillet 2001, approuvé par le décret n° 207-98, publié dans le *Journal officiel de la République du Honduras "La Gaceta"* n° 29339 du 28 novembre 2011, préambule.

d'accueil pour attirer les investisseurs. Comme en témoigne l'affaire *AMCO c. Indonésie*, « *the party who has undertaken obligations is bound to perform them, except for cases established by law* »<sup>333</sup>.

297. Cet engagement spécifique de l'État d'accueil - prenant la forme d'une promesse, d'une représentation ou bien d'un comportement - consolide, selon les circonstances de l'espèce, les attentes légitimes de l'investisseur<sup>334</sup>.

### ***1.2 Le rapport coutumier***

298. La coutume internationale se définit comme « le produit d'une pratique généralisée des membres de la communauté internationale (élément objectif) révélant une intention de créer du droit (élément subjectif) »<sup>335</sup>. Il est donc plausible qu'un rapport coutumier puisse créer des attentes légitimes, car il s'agit d'une pratique constante appliquée depuis plusieurs années qui génère dans l'esprit des parties un sentiment d'obligatorité.

299. Ainsi, dans l'affaire relative au *droit de passage sur le territoire indien*, le Portugal demandait un droit de passage afin d'accéder à deux enclaves se trouvant dans la péninsule indienne et la CIJ a constaté l'existence d'une pratique constante et uniforme de libre passage entre Damao et les enclaves qui a été « maintenue sur une période de plus d'un siècle un quart, sans être affectée par le changement de régime survenu dans le territoire intermédiaire lorsque l'Inde eut acquis son indépendance »<sup>336</sup>. Sur cette base, la Cour a conclu que le Portugal détenait effectivement un droit de passage entre Damao et les enclaves dans la mesure du nécessaire, pour l'exercice de sa souveraineté sur ces dernières. Le Portugal avait donc des attentes légitimes quant à l'accès aux enclaves à travers le territoire indien, car ce passage avait été régulièrement permis pendant une période prolongée. Cette situation avait donc naturellement établi

---

<sup>333</sup> *Amco c. Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984, §248.

<sup>334</sup> J. CAZALA, « Protection des attentes légitimes de l'investisseur : l'exigence d'un engagement spécifique », *Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of Arbitration*, n° 4, 2012, p. 942. Voir également : *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §118.

<sup>335</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, op. cit., p. 17.

<sup>336</sup> CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt du 12 avril 1960, *Recueil CIJ*, 1960, p. 38 (C'est nous qui soulignons).

une coutume qui a ensuite acquis le statut de droit dont la protection pouvait être invocable devant la CIJ.

300. La coutume en tant que source créatrice d'obligations et de droits peut être opposable à l'ensemble de la communauté internationale, notamment lorsqu'il s'agit d'une pratique internationale. De ce fait, l'État qui souhaite éviter qu'elle lui soit opposable doit objecter en la refusant immédiatement et constamment. Autrement, il risque de se voir appliquer une pratique qui peut lui porter préjudice.

301. En ce sens, dans l'*affaire des Pêcheries* concernant la délimitation de la zone de pêche réservée aux pêcheurs norvégiens, la Cour a statué qu'« à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves. La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »<sup>337</sup>. Autrement dit, il a été considéré que le système de délimitation proposé par la Norvège était issu d'une pratique constante et suffisamment longue à laquelle le Royaume-Uni ne pouvait s'opposer.

302. Dès lors, il est reconnu qu'une pratique prolongée portant sur une situation déterminée peut effectivement créer une attente légitime dans l'esprit du bénéficiaire, notamment que la situation sera respectée et appliquée sans qu'un changement soudain intervienne par la suite. Si les États tolèrent une pratique continue ou ne s'y opposent pas, cette dernière leur sera opposable même si elle leur porte atteinte. L'analyse des sources des attentes légitimes dérivant d'un concours de volontés ne peut s'achever sans l'étude des rapports contractuels.

---

<sup>337</sup> CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, *Recueil CIJ*, 1951, p. 139.

### **1.3 Le rapport contractuel**

303. Dans le cadre des rapports contractuels, les attentes légitimes émergent et s'appliquent en lien avec le principe de bonne foi sachant que ce dernier suppose une conformité des parties aux « *"justified expectations" arising from the contract* »<sup>338</sup> en raison du comportement et des décisions prises par les parties tant durant la phase précontractuelle qu'une fois le contrat conclu<sup>339</sup>. Ces attentes doivent être comprises comme celles pouvant naître dans l'esprit d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation analogue.

304. Les contrats comportent deux phases, à savoir la phase précontractuelle et la phase contractuelle. Or, il est impératif de protéger les parties dès la phase précontractuelle, car c'est à ce moment où elles sont le plus vulnérables, notamment en raison de l'absence d'accord écrit. Dans cette situation, lorsque le comportement de l'une des parties est contradictoire et porte atteinte à l'autre partie, cette dernière peut demander l'allocation de dommages-intérêts, notamment lorsqu'elle a engagé des frais basés sur l'attente légitime de conclure le contrat conformément à ce qui avait été discuté et accordé entre elles.

305. Cependant, il convient également de tenir compte de certains éléments tel le comportement du contractant fautif, notamment lorsqu'il agit de manière constante puis modifie soudainement son comportement ; une attitude qui peut être qualifiée de mauvaise foi. D'autre part, il importe aussi de prendre en compte les promesses ou les assurances faites pendant cette phase de négociation. Par exemple, le droit français cherche à protéger les parties pendant les pourparlers. Toutefois, démontrer les conséquences de la déception d'attentes légitimes pendant cette phase peut parfois s'avérer compliqué.

306. Une fois le contrat conclu, les attentes raisonnables et légitimes des parties créées pendant la phase précontractuelle se concrétisent et peuvent évoluer durant son exécution<sup>340</sup>. Concernant cette phase contractuelle, l'étude du droit international des investissements nous paraît intéressant. Selon Suzy Nikiema, qu'il s'agisse d'un

---

<sup>338</sup> J. FEINMAN, « Good Faith and Reasonable Expectations », *Arkansas Law Review*, vol.67, n° 3, 2014, p. 527.

<sup>339</sup> *Ibidem*

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 534.

contrat d'investissement, de l'octroi d'un permis, ou d'une autre situation analogue, « l'État est tenu de respecter ce à quoi il s'est souverainement obligé ; sous réserve que les termes du contrat ou les conditions d'octroi du permis ne prévoient pas d'exceptions. L'investisseur détient alors un droit à l'encontre de l'État ; droit qui, s'il est en relation avec un investissement, bénéficie de la protection du TBI applicable »<sup>341</sup>.

307. La logique derrière la notion d'attentes légitimes est ainsi d'éviter l'ingérence des pouvoirs publics dans l'équilibre contractuel atteint entre un investisseur et un État. L'attente légitime naît du comportement d'une partie, de l'assurance qu'il donne ou bien des circonstances qui entourent la conclusion d'un contrat, plus spécifiquement le contrat d'État.

308. Le contrat d'État est l'instrument juridique qui sert de support à l'investissement. Il se définit comme « un contrat conclu par l'État avec une personne privée étrangère pour une opération économique internationale (le plus souvent un investissement mais pas nécessairement) »<sup>342</sup> et résulte de la volonté d'établir un rapport dans lequel les deux parties se trouvent sur un pied d'égalité<sup>343</sup>.

309. En outre, il convient de tenir compte d'un équilibre entre les attentes légitimes de l'investisseur et « le droit qu'a un pays hôte de surveiller l'évolution de la relation qui en résulte d'une manière qui soit en harmonie avec ses politiques nationales de développement »<sup>344</sup>. L'équilibre doit préférablement s'opérer dans l'intérêt des deux parties contractantes. Pour l'État, cela suppose de limiter la portée des attentes légitimes de l'investisseur afin qu'il puisse exercer son pouvoir normatif.

310. Pour l'investisseur, en revanche, cet équilibre suppose la protection de ses attentes légitimes et une garantie de bonne exécution du contrat. En effet, l'État ne peut remettre arbitrairement en cause le contrat, notamment en invoquant son droit interne<sup>345</sup>. Il en résulte que lorsque ce dernier ne respecte pas sa promesse ou ses

---

<sup>341</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>342</sup> C. LEBEN, « Les contrats d'État comme contrats rattachés à l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 302, 2003, p. 212.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>344</sup> CNUCED, « Contrats d'État », *Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement*, doc. n° UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, Genève, Nations-Unies, 2004, pp. 51-52.

<sup>345</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 27.

assurances, l'investisseur peut saisir le tribunal arbitral « pour que celui-ci tire les conséquences de ce manquement à la parole donnée (...) »<sup>346</sup>.

311. Cependant, le maintien de l'équilibre contractuel peut parfois compromettre les attentes légitimes de la personne physique ou morale partie au contrat, notamment celles qui ont motivé la conclusion de celui-ci. C'est ce risque commercial « qui a incité à formuler des règles de droit coutumier international sur la responsabilité des États en cas de manquement à des contrats avec eux »<sup>347</sup>.

312. Au vu de l'importance des contrats en droit international économique, il nous paraît indispensable d'étudier brièvement les principes de l'UNIDROIT sur les contrats du commerce international<sup>348</sup> qui s'appliquent lorsque les parties l'ont ainsi convenu ou encore lorsqu'elles acceptent « que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire »<sup>349</sup>.

313. Selon ces principes, les contrats se composent d'obligations expresses mais aussi d'obligations implicites<sup>350</sup>. Les obligations implicites découlent « a) de la nature et du but du contrat ; b) des pratiques établies entre les parties et des usages ; c) de la bonne foi ; d) de ce qui est raisonnable »<sup>351</sup>. Nous en déduisons que les parties, lors de la conclusion du contrat, doivent agir de bonne foi afin de garantir sa bonne exécution et s'en tenir aux pratiques existantes entre elles même si ces obligations ne sont aucunement stipulées. Leurs comportements et assurances pendant la durée du contrat peuvent également être pris en compte.

314. Les attentes légitimes prennent la forme de garanties individuelles et lorsqu'elles se fondent sur une assurance explicite telle qu'une clause de stabilisation, elles peuvent créer une obligation objective à l'égard de l'investisseur. Ainsi, selon Julien Cazala, « il est évident que l'attente de stabilité est sans aucun doute légitime si

---

<sup>346</sup> C. LEBEN, « Les contrats d'État comme contrats rattachés à l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 261.

<sup>347</sup> CNUCED, « Contrats d'État », *op. cit.*, p. 6.

<sup>348</sup> P. BERNARDINI, « Private law and general principles of public international law », *Uniform Law Review*, vol. 21, n° 2-3, 2016, p. 189.

<sup>349</sup> *Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, Rome, 2016, p.1, Préambule.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 157, article 5.1.1.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 158, article 5.1.2.

l'État a explicitement accepté une obligation juridique pour le futur sous la forme de contrats ou de clauses de stabilisation sur lesquelles l'investisseur peut se fonder »<sup>352</sup>.

315. Toutefois, l'invocation d'une violation d'un contrat devant une juridiction internationale n'est généralement possible qu'en présence d'une « clause parapluie » qui établit une obligation conventionnelle à l'égard de l'État de respecter ses obligations contractuelles, ce qui consolide les attentes légitimes de l'investisseur lors de l'exécution du contrat dans la mesure où l'engagement est alors non seulement protégé par le contrat lui-même mais également par le TBI applicable.

316. Cependant, dans la seconde partie de la présente thèse, nous verrons qu'il n'est pas toujours certain qu'un manquement à un contrat engendre une violation du standard de traitement juste et équitable (TJE)<sup>353</sup> et, conséquemment, des attentes légitimes des parties.

317. Les actes unilatéraux peuvent également être une source d'attentes légitimes.

## 2. *L'acte unilatéral*

318. Les attentes légitimes peuvent aussi naître d'actes unilatéraux, ces derniers pouvant effectivement être « *subsumed within the broader principle of legitimate expectations* »<sup>354</sup>.

319. Les actes unilatéraux constituent « des droits ou des obligations pour leurs auteurs, c'est en application de la compétence, conférée à chaque sujet de l'ordre juridique international de créer, [en créant] par l'expression unilatérale de sa volonté, certaines situations juridiques opposables aux tiers à certaines conditions, définies par cet ordre »<sup>355</sup>.

320. De ce fait, la notion d'attentes légitimes peut également trouver un fondement en droit international dans des actes ou des comportements unilatéraux des États.

---

<sup>352</sup> J. CAZALA, « Protection des attentes légitimes de l'investisseur : l'exigence d'un engagement spécifique », *op. cit.*, p. 942. Voir également : *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §117.

<sup>353</sup> CNUCED, « Contrats d'État », *op. cit.*, p. 45.

<sup>354</sup> J. CHAISSE, R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>355</sup> P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 147.

Cependant, les sujets de droit concernés peuvent différer selon le domaine du droit international économique dans lequel nous nous plaçons. À titre d'exemple, en droit du commerce international, les rapports ont lieu entre États tandis que dans d'autres domaines comme le droit international des investissements, les rapports peuvent avoir lieu entre particuliers et États.

321. Ce second type de rapports est caractérisé par l'inégalité étant donné que la personne physique ou morale qui entretient une relation avec un État ne dispose pas de la puissance publique uniquement inhérente à ce dernier. Ainsi, l'objectif principal des attentes dans cette relation est la protection de la partie faible, en l'occurrence, du particulier. *A contrario*, les rapports interétatiques se fondent sur une égalité entre les parties.

322. Selon la CDI, les actes unilatéraux revêtent la forme d'une affirmation formelle énoncée par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international. Ces actes peuvent être des déclarations, des promesses ou encore le comportement d'un État<sup>356</sup>. En effet, selon le rapporteur spécial Victor Rodriguez Cedeño, les principes directeurs relatifs aux actes unilatéraux s'appliquent également aux comportements unilatéraux des États.

323. Les actes unilatéraux ont fait l'objet d'une jurisprudence constante de la CIJ<sup>357</sup> qui a pu établir une relation étroite entre ces derniers et les attentes légitimes. C'est ainsi que dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a précisé :

« Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration

---

<sup>356</sup> Les travaux de la CDI sur les actes unilatéraux concernent plutôt sur les rapports interétatiques mais nous considérons que ces travaux peuvent s'appliquer aux rapports entre États et particuliers. Voir également : J. CAZALA, « Protection des attentes légitimes de l'investisseur : l'exigence d'un engagement spécifique », *op. cit.*, p. 943.

<sup>357</sup> E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *op. cit.*, p. 128 : « *Unilateral acts gained legal significance during the years of the Permanent Court of International Justice (PCIJ). The first case to confirm the existence of obligations arising out of a unilateral act was the case of the Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway). In the judgment, the PCIJ accepted an oral (although later transcribed) unilateral declaration by the Norwegian Foreign Minister M. Ihlen as binding upon the Norwegian State: 'The court considers it beyond all dispute that a [declaration] given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of his government ... in regard to a question falling within his province is binding upon the country to which the Minister belongs'.* ».

prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé »<sup>358</sup>.

324. La Cour a donc dégagé plusieurs éléments qui sont essentiels pour reconnaître l'existence d'attentes légitimes, à savoir l'intentionnalité et la publicité de l'acte. En effet, pour qu'un acte unilatéral soit considéré comme un engagement juridique, il est requis que l'État ait eu l'intention de se lier ainsi que cet engagement soit connu du public ou à tout le moins du bénéficiaire, sans qu'une contrepartie ne soit nécessaire pour que l'engagement prenne effet. À ce stade, la seule volonté de l'État peut l'engager mais, comme nous l'avons précédemment noté, ce sont les attentes légitimes nées de son comportement ou de déclarations faites à l'égard du destinataire qui renforceront l'engagement juridique créé entre les parties. De ce fait, il est nécessaire de vérifier toutes les circonstances dans lesquelles l'acte a été formulé<sup>359</sup> afin de déterminer les intentions de son auteur sachant que celles-ci sont susceptibles de créer des attentes légitimes à l'égard du bénéficiaire de l'acte.

325. Il en résulte que des attentes légitimes vont naturellement naître lorsque l'acte en question commence à produire des effets ou lorsqu'il est porté à la connaissance des intéressés qui vont prendre acte de la déclaration et compter sur son application et son effectivité. Autrement dit, il est indispensable qu'il soit public ou, à tout le moins, connu du bénéficiaire<sup>360</sup>. La bonne foi, quant à elle, garantit la bonne exécution de l'acte ainsi que la sécurité des relations internationales et la confiance mutuelle indispensable aux rapports juridiques, qu'ils soient interétatiques ou mixtes<sup>361</sup>.

326. Ce n'est que dans l'*affaire du Temple de Préah-Vihéar* que la CIJ a confirmé que le comportement d'un État pouvait l'engager. En l'espèce, elle a précisé que les comportements et conduites des autorités thaïlandaises envers la zone où le Temple se trouvait constituait un acquiescement de la délimitation de cette zone, car la Thaïlande n'avait jamais contesté la carte désignant la frontière entre ces deux États se trouvant

---

<sup>358</sup> CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1974, *Recueil CIJ*, 1974, §43.

<sup>359</sup> CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, fond, arrêt du 22 décembre 1986, *Recueil CIJ*, 1986, §40.

<sup>360</sup> E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *op. cit.*, p. 136.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 133.

à l'annexe I et paraissait donc avoir toujours accepté cette zone comme appartenant au Cambodge.

327. Cependant, dans l'affaire sur l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique opposant la Bolivie au Chili, la Bolivie a soutenu que « les positions prises par le Chili à travers ses multiples déclarations au fil des années ont suscité de sa part "l'attente de recouvrer" son accès souverain à la mer ; le fait que le défendeur ait nié son obligation de négocier et refusé de mener de nouvelles négociations avec elle "déçoit [s]es attentes légitimes" »<sup>362</sup>.

328. La Cour n'a toutefois pas accepté cet argument en indiquant que « le Chili est d'avis que la Bolivie n'a pas démontré qu'il existait, en droit international, un principe d'attentes légitimes. Il affirme qu'"[il] n'existe aucune règle de droit international engageant la responsabilité juridique de l'État au motif qu'il n'a pas été satisfait aux attentes d'un autre État" »<sup>363</sup>. Nous pensons que le terme même d'attentes légitimes et les conséquences de son acceptation empêchent la Cour de la reconnaître en tant que telle. En effet, dans ce même arrêt, elle a tenu à rappeler les critères servant à identifier si une déclaration peut effectivement engager un État, ce qui à notre avis crée inévitablement des attentes à l'égard de son bénéficiaire. Nous aurons également l'occasion de constater qu'elle semble préférer l'application de l'estoppel, une figure juridique issue du droit privé équivalente à la notion d'attentes légitimes. On peut alors se demander si c'est cette forme que les attentes légitimes prennent afin de s'appliquer au sein du droit international général. Cette situation n'est pas nouvelle, par exemple le principe *pacta sunt servanda* prend la forme du principe de bonne foi en droit international économique.

329. Il ressort de la jurisprudence précitée ainsi que de la doctrine que l'acte unilatéral doit réunir certains critères afin de pouvoir créer des attentes légitimes.

---

<sup>362</sup> CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, fond, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2018, *Recueil CIJ*, 2018, §160.

<sup>363</sup> *Ibidem*, §161.

## 2.1 Les éléments indispensables des actes unilatéraux

330. Tout d'abord, il doit émaner d'une autorité ayant la capacité d'engager l'État<sup>364</sup>. L'acte peut être écrit ou oral mais doit impérativement avoir un objet clair et précis<sup>365</sup>. Il peut produire des effets à l'égard d'un ou plusieurs destinataires ou *erga omnes*. Le caractère obligatoire de l'acte unilatéral repose sur l'intention de l'auteur de s'engager<sup>366</sup> ainsi que sur le principe de bonne foi qui renvoie à « la sincérité du déclarant ou aux espérances qui fait naître chez des tiers l'accomplissement de l'acte dont il s'agit »<sup>367</sup>.

331. Tout comme les traités sont régis par le principe *pacta sunt servanda* consacré à l'article 26 de la Convention de Vienne, les actes unilatéraux sont régis par le principe *acta sunt servanda* qui, selon la doctrine, relève entièrement du droit coutumier<sup>368</sup>. Ainsi, les attentes légitimes peuvent naître d'un acte unilatéral, qu'il soit écrit ou oral, entre États ou entre un État et un particulier, sans que ne soit requise aucune contreprestation du destinataire. Le comportement de l'État, qui relève des actes unilatéraux, joue un rôle important dans la naissance d'attentes légitimes, notamment lorsque le comportement en question est resté pendant longtemps inchangé et a ainsi créé dans l'esprit de son bénéficiaire une attente de stabilité de la situation.

332. La notion d'attentes légitimes émerge donc d'actes unilatéraux ou de rapports juridiques, qu'il s'agisse de la coutume ou de rapports conventionnels ou contractuels. Il est à présent indispensable d'étudier les différents types d'attentes légitimes qui résultent des sources précédemment étudiées.

---

<sup>364</sup> E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *op. cit.*, p. 133 : « For a unilateral act to be legally binding, it must be authored by a competent State organ or representative ». Voir également : CPIJ, *Statut juridique du Groënland Oriental*, arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53, §73.

<sup>365</sup> CDI, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques », doc. n° A/61/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2006 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, *Recueil CIJ*, 2006, §52.

<sup>366</sup> C. GOODMAN, « Acta Sunt Servanda - A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 25, n° 1, 2006, pp. 68-72.

<sup>367</sup> V. RODRIGUEZ CEDEÑO, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », doc. n° A/CN.4/569 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, p. 157.

<sup>368</sup> CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, doc. n° A/51/10, vol. II, 1996, p. 155 : « a) Caractère obligatoire des actes unilatéraux pour l'État auteur : i) Le principe des "Essais nucléaires" ; ii) Conséquences juridiques : a. Application de bonne foi (*acta sunt servanda*) ; b. Création de droits pour les autres États (*acta tertiis prosunt*) ; c. Conditions auxquelles est soumise la possibilité pour les autres États d'invoquer des actes unilatéraux ». Voir également : E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *op. cit.*, p. 131.

## B. Types d'attentes légitimes

333. Comme en témoigne l'affaire *URBASER c. Argentine*, il n'existe pas qu'un seul type d'attentes légitimes. En effet, le tribunal précise que « *some kind of expectations* » de l'investisseur font l'objet de protection ; supposer le contraire reviendrait à conclure que « *the investor's legitimate expectation would be equal to its own understanding of the rights as they are protected on the basis of the contract governing its investment* »<sup>369</sup>.

334. En ce sens, nous avons retenu l'étude des attentes élémentaires ou « *basic expectations* », les attentes spécifiques ou « *specific expectations* », les attentes contractuelles ou conventionnelles, les attentes substantielles, les attentes procédurales et les *investment-backed expectations*. Bien que la doctrine propose d'autres catégories, nous avons décidé de les écarter soit en raison d'une évidente absence de consensus à leur égard, soit en raison d'une insuffisance avérée de jurisprudence ou d'autres sources<sup>370</sup>.

335. La pratique internationale semble dégager deux catégories d'attentes légitimes, à savoir les « *attentes légitimes* » et les « *attentes raisonnables* ». Cependant, comme nous l'avons précédemment relevé, il s'agit de deux caractères indispensables à l'existence même des attentes. Aussi avons-nous décidé de ne pas retenir cette distinction puisqu'en fait il ne s'agit que d'une seule et même catégorie d'attentes<sup>371</sup>. Notre raisonnement est clairement illustré par l'affaire *Japon-Film* dans le cadre de laquelle le Groupe spécial saisi a fait un lien entre ces deux éléments<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §616.

<sup>370</sup> Le professeur Cazala propose une distinction entre attentes juridiques et attentes économiques. Cependant, nous considérons que les attentes légitimes recouvrent les deux et faire la distinction ne semble donc pas forcément utile étant donné que les tribunaux arbitraux ne paraissent pas non plus la retenir. Nous n'écarterons pas la possibilité que cette distinction puisse être utile à l'avenir mais actuellement elle n'est pas indispensable (J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, Tome XXIII, n° 1, 2009/1, p. 22).

<sup>371</sup> T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *Trade Law and Development*, vol. 8, n° 1, 2016, p. 65.

<sup>372</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.76.

## 1. *Les attentes élémentaires ou « basic expectations »*

336. Les attentes élémentaires ou « *basic expectations* » font référence au degré minimal d'attentes légitimes qui peuvent émerger dans le cadre d'un rapport juridique. Dans ce cas, les parties peuvent légitimement s'attendre à une protection minimale de leurs attentes légitimes.

337. Yves Nouvel définit les attentes élémentaires comme celles qui « posent en quelque sorte les "canons de la bonne gouvernance" qui caractérisent la dimension proactive du standard que les tribunaux ont dégagé sur la base d'une appréciation de cette norme comme source autonome de droit »<sup>373</sup>.

338. Cela permet à l'individu de comprendre et d'anticiper le cadre juridique de l'État dans lequel il souhaite investir, en déterminant s'il s'agit d'un cadre juridique cohérent qui lui permet de légitimement s'attendre « à ce que l'État organise son action selon les règles qu'il s'est données »<sup>374</sup>.

339. Cette notion a également fait l'objet d'une analyse en tant qu'élément du standard de traitement juste et équitable (TJE) pour la première fois à l'occasion de l'affaire *TECMED c. Mexique*<sup>375</sup>. En effet, le tribunal arbitral a ici fait référence au fait que le traitement des investisseurs engendrait une obligation de ne pas décevoir les attentes élémentaires qui ont motivé l'investissement au sein de l'État d'accueil, en dressant une liste non-exhaustive de ce type d'attentes. Parmi celles-ci, nous pouvons notamment citer un comportement constant, transparent et non-ambigu de l'État d'accueil, ou encore un cadre juridique clair afin de bien connaître le droit qui lui est applicable, etc.<sup>376</sup>.

340. Par ailleurs, comme en témoigne l'affaire *Micula c. Roumanie*, les notions de transparence, de stabilité et de protection des attentes légitimes jouent un rôle essentiel

---

<sup>373</sup> Y. NOUVEL, « Les Standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 335.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>375</sup> T. WESCOTT, « Recent Practice on Fair and Equitable Treatment », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 3, 2007, p. 414.

<sup>376</sup> *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §154. Voir également : *LESI, S.p.A. et Astaldi, S.p.A. c. Algérie*, affaire CIRDI n° ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008, §151 ; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §§330-31 ; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, opinion dissidente de Steven A. Hammond, §103 ; *Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, affaire CPA n° 2017-33, sentence finale du 3 février 2020, §219.

dans la détermination du contenu du TJE<sup>377</sup> que nous étudierons dans la seconde partie de la thèse<sup>378</sup>. Pareille analyse a été récemment retenue dans l'affaire *Ortiz c. Algérie*<sup>379</sup>. Nous constatons que dans ce cas, la notion d'attentes légitimes joue également un rôle interprétatif du TJE dont les individus peuvent aussi réclamer le bénéfice.

341. *Prima facie*, les attentes élémentaires sont les attentes légitimes qui naissent au moment même où la personne a décidé d'agir sur la base du comportement, des représentations, ou des assurances de l'autre partie. En droit international des investissements, elles naissent au moment où l'investisseur a décidé d'investir<sup>380</sup>.

342. Au demeurant, il semble que les tribunaux arbitraux font indistinctement référence aux attentes élémentaires et aux attentes raisonnables de l'investisseur pour désigner les attentes qui émergent lorsque ce dernier décide d'investir. Ce constat ressort notamment de l'affaire *National Grid c. Argentine* à l'occasion de laquelle le tribunal a mentionné les deux notions en renvoyant toujours à l'idée qu'il s'agit d'attentes qui naissent au moment où l'investissement a été fait<sup>381</sup>. En outre, nous constatons que ces attentes découlent d'une analyse des risques et des avantages d'un potentiel investissement qui influencent inévitablement la décision de l'investisseur<sup>382</sup>. Il est essentiel que ces attentes dérivent des conditions offertes par l'État d'accueil qui ont poussé l'investisseur à investir<sup>383</sup>.

---

<sup>377</sup> Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I), affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §519. Voir également : S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *op. cit.*, pp. 108-109.

<sup>378</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse.

<sup>379</sup> *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. c. Algérie*, affaire CIRDI n° ARB/17/1, sentence du 29 avril 2020, §279.

<sup>380</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, p. 398. Voir également : *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati et Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazakhstan*, affaire SCC n° 116/2010, sentence du 19 décembre 2013, §895 ; *Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §152

<sup>381</sup> *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §173. Voir également : *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §532 ; Y. NOUVEL, « Les Standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 405.

<sup>382</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 253-254. Voir également : *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §532 ; *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §183.

<sup>383</sup> *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §262. Voir également : *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, opinion dissidente de Steven A. Hammond, §84.

343. Il en résulte qu'en outre d'être élémentaires, elles doivent être raisonnables. L'investisseur ne doit pas, par exemple, s'attendre à ce que l'ordre juridique de l'État d'accueil reste inchangé mais plutôt prévoir son évolution raisonnable<sup>384</sup>.

344. Les attentes élémentaires sont donc celles qui naissent au tout début du rapport juridique. Elles permettent un seuil minimum de protection, car les parties ne sont pas encore liées par une relation de confiance suffisamment établie. Le droit international des investissements offre de bons exemples de ce type d'attentes, puisque l'investisseur peut avoir des attentes élémentaires au regard du comportement de l'État d'accueil à son égard ou du cadre juridique d'attraction et de promotion des investissements en vigueur qui l'a décidé à investir dans ce pays.

345. Un autre type d'attentes sont les *investment-backed expectations* qui font aussi l'objet d'une application en droit international des investissements, plus spécifiquement en matière de contentieux de l'expropriation.

## 2. Les *investment-backed expectations*

346. Cette notion semble trouver son origine dans le droit américain mais elle est également utilisée dans le cadre du contentieux de l'expropriation d'autres droits étatiques. Les tribunaux américains ont qualifié cette notion de « *relevant consideration* », par exemple pour déterminer si les autorités ont privé un individu de ses biens en violation du cinquième amendement de la Constitution américaine<sup>385</sup>.

347. Il est possible de remonter jusqu'à l'arrêt *Pensylvania Coal* de 1922 pour trouver une trace de cette notion<sup>386</sup> mais c'est surtout l'arrêt *Penn Central Transportation* de 1978<sup>387</sup> qui est central en la matière. Elle y est mentionnée parmi les facteurs déterminant l'existence d'une expropriation indirecte de la manière suivante :

« 1. *The economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;* 2. *The*

---

<sup>384</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, op. cit., p. 255.

<sup>385</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », op. cit., p. 380.

<sup>386</sup> *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon et al.*, 260 U.S. 393 (1922), p. 161.

<sup>387</sup> *Penn Central Transportation Company et al. v. New York City et al.*, 438 U.S. 104 (1978), p. 124.

*extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and, 3. The character of the government action »<sup>388</sup>.*

348. Il s'agissait ainsi d'attentes naissant à l'égard d'un investisseur à partir d'une assurance donnée par l'État dans le cadre de réclamations relatives à une expropriation. Ce type d'attentes trouve une application plus concrète dans le cadre du contentieux de l'ALENA et, plus récemment, du contentieux des investissements. Elles servent à déterminer si les mesures prises par un État constituent une privation de biens équivalente à une expropriation<sup>389</sup>. Dans cette hypothèse, nous sommes face à une expropriation indirecte, c'est-à-dire une mesure qui compromet substantiellement la rentabilité d'un investissement pouvant ainsi priver l'investisseur de son contrôle ou d'une partie de sa propriété, même s'il ne subit aucune atteinte formelle.

349. Selon Suzy Nikiema, ce type d'attentes légitimes jouent un rôle indispensable, raison pour laquelle elles sont envisagées « presque systématiquement (...) comme relevant de la protection offerte par la clause d'expropriation, au même titre que l'investissement lui-même »<sup>390</sup>. Cependant, comme en témoigne l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis*, la déception de ce type d'attentes ne peut constituer une violation de l'article 1105 de l'ALENA que s'il y a au moins une relation quasi-contractuelle entre l'État et l'investisseur dans laquelle l'État a intentionnellement et spécifiquement induit ou motivé la décision d'investissement<sup>391</sup>.

350. Puis, dans l'affaire *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou* une distinction a été faite entre les attentes élémentaires et les « *investment-backed expectations* ». En effet, comme l'a admis en l'espèce le Pérou, le TJE comprend « *an obligation not to frustrate legitimate, investment-backed expectations and protects only "the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment" »*<sup>392</sup>. Nous en déduisons que le degré de protection due dans ce cas est plus élevé que pour les attentes élémentaires. Si nous nous en tenons à cette formulation, le respect des « *investment-backed expectations* » crée une obligation à la charge de l'État de ne pas

---

<sup>388</sup> Y. FORTIER, S. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor », *Asia Pacific Law Review*, vol. 13, n° 1, 2005, p. 101.

<sup>389</sup> *Windstream Energy LLC c. Canada*, affaire CPA n° 2013-22, sentence du 27 septembre 2016, §276.

<sup>390</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>391</sup> *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009, §766.

<sup>392</sup> *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §186.

les décevoir alors que la protection des attentes élémentaires dépend directement d'autres critères tels que la raisonnable et l'objectivité et doivent notamment avoir influencé la décision d'investissement de l'investisseur.

351. Les *investment-backed expectations*, comme tous les autres types d'attentes légitimes, dérivent généralement d'actes, de déclarations, de représentations, ou bien de comportements d'un État d'accueil directement liés à l'investissement. Elles surgissent généralement dans le cadre du contentieux de l'expropriation alors que les attentes élémentaires représentent un seuil minimal de protection et naissent de l'analyse du cadre juridique de l'État d'accueil réalisée par l'investisseur.

352. Ce type d'attentes semblent être protégé mais surtout encadré par la grande majorité des TBI en tant qu'élément indispensable pour la détermination d'une expropriation indirecte<sup>393</sup>. Comme en témoigne, par exemple, le TBI conclu entre l'Australie et le Hong Kong, « *for greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends, to the extent relevant, on factors such as whether the government provided the investor with binding written assurances and the nature and extent of governmental regulation or the potential for government regulation in the relevant sector* »<sup>394</sup>. Nous constatons ainsi que cette disposition permet, d'une part, de limiter le rôle d'interprétation du tribunal arbitral éventuellement saisi en encadrant l'application de ce type d'attentes et, d'autre part, de garantir le respect de la volonté des États partie au traité.

353. En ce sens, l'évaluation de l'ingérence gouvernementale dans un investissement déterminé se fait généralement à la lumière de la modalité et de la nature de ce dernier, du cadre juridique applicable en vigueur au moment d'investir ainsi que

---

<sup>393</sup> *Agreement Between Canada and the Republic of Cameroon for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Toronto le 3 avril 2014, entré en vigueur le 16 décembre 2016, Oxford University Press, ref. IC-BT 1717 (2014), annexe B ; *Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Belgrade le 1<sup>er</sup> septembre 2014, entré en vigueur le 27 avril 2015, Oxford University Press, ref. IC-BT 1731 (2014), annexe B.10 ; *Agreement on Investment under the Framework Agreement establishing a Free Trade Area between the Republic of Turkey and the Republic of Korea*, signé à Seoul le 26 février 2015, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, en ligne, site du ministère du Commerce turque, annexe B ; *Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, signé à Téhéran le 19 janvier 2016, entré en vigueur le 30 août 2017, Oxford University Press, ref. IC-BT 1868 (2016), article 6.

<sup>394</sup> *Investment agreement between the government of Australia and the government of the Hong Kong special administrative region of the People's republic of China*, signé à Sydney le 26 mars 2019, entré en vigueur le 17 janvier 2020, annexe II sur l'expropriation, note de bas de page 42. Voir également : *Cargill, Incorporated c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, §325.

des attentes légitimes qui en résultent<sup>395</sup>. Toutefois, comme en témoigne l'affaire *Waste Managements c. Mexique*, ce type d'attentes ne sera pas pris en compte si celles-ci s'avèrent « *over-optimistic or presumptuous* » au regard des risques commerciaux normaux liés à tout investissement<sup>396</sup>.

354. La notion d'*investment-backed expectations* est également codifiée à l'annexe B.13 (1) du TBI conclu entre le Canada et le Pérou qui dispose que pour déterminer si des mesures étatiques constituent une expropriation indirecte, le tribunal doit les examiner au cas par cas et en tenant compte des circonstances de chaque affaire « (...) (ii) *the extent to which the measure or series of measures interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; (...)* »<sup>397</sup>.

355. Cette notion est aussi présente dans la définition même d'investissement mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> de ce TBI aux termes duquel celui-ci comprend « *real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes* »<sup>398</sup>. Nous pouvons donc conclure que les *investment-backed expectations* correspondent à toutes les attentes qui naissent une fois que l'investissement est en cours d'exécution. Ainsi, la formule « *investment-backed* » signifie que « l'attente doit reposer sur un réel investissement, c'est-à-dire sur une volonté de faire fructifier le bien acquis, et non sur une simple spéculation »<sup>399</sup>. Elles se basent sur des actes plus précis que les attentes élémentaires et naissent une fois que l'investissement a eu lieu. C'est à partir de ce moment-là que l'investisseur peut valablement prétendre mener à bien son projet et s'attendre à ne pas être privé de sa propriété ou du contrôle de son investissement. En outre, elles ne sont généralement applicables que dans le cadre du contentieux de l'expropriation.

---

<sup>395</sup> Y. FORTIER, S. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor », *op. cit.*, §624. Voir également : *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/02/1, sentence du 17 juillet 2006, §176.

<sup>396</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 383.

<sup>397</sup> *Agreement between Canada and the republic of Peru for the promotion and protection of investments*, signé à Hanoi le 14 novembre 2006, entré en vigueur le 20 juin 2007, Oxford University Press, ref. IC-BT 014 (2006), annexe B.13 (1). C'est nous qui remarquons. Voir également : *Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Belgrade le 1<sup>er</sup> septembre 2014, entré en vigueur le 27 avril 2015, Oxford University Press, ref. IC-BT 1731 (2014), annexe B.

<sup>398</sup> *Agreement between Canada and the republic of Peru for the promotion and protection of investments*, signé à Hanoi le 14 novembre 2006, entré en vigueur le 20 juin 2007, Oxford University Press, ref. IC-BT 014 (2006), article 1.VIII.

<sup>399</sup> F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, *op. cit.*, p. 276.

356. Par ailleurs, dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou* portant sur la promulgation du « décret suprême » 032 qui révoqua la concession du demandeur lui permettant d'exploiter le projet minier de Santa Ana au motif qu'elle ne correspondait plus à l'intérêt général, entraînant ainsi l'arrêt complet des activités d'exploitation et occasionnant de grosses pertes financières pour le demandeur, le tribunal arbitral a considéré qu'au vu de l'ampleur de l'investissement que ce projet supposait, le demandeur pouvait légitimement s'attendre à ce que l'État « *would not interfere with Claimant's right to engage in mining activity for economic benefit arbitrarily, discriminatorily, and without due process of law. Claimant reasonably expected that the authorization granted in Supreme Decree 083 would last as long as Claimant did not pose an external threat to Respondent's national security* »<sup>400</sup>. Il a également indiqué que le décret 032 non seulement avait eu un impact négatif sur la valeur de l'investissement mais surtout qu'il n'avait pas été adopté conformément à la procédure établie pour l'adoption des actes administratifs, donc en violation du droit à un procès équitable de l'investisseur<sup>401</sup>.

357. Outre ces deux types d'attentes, nous avons également identifié les catégories suivantes : les attentes spécifiques, les attentes conventionnelles et les attentes contractuelles qui ont comme particularité d'être destinées à un seul individu ou à un groupe restreint de bénéficiaires. Cette caractéristique permet de démontrer plus facilement leur existence devant un tribunal, ce qui garantit un degré de protection plus élevé.

### ***3. Les attentes légitimes dérivées d'un acte ou comportement destiné à un individu***

358. Les attentes légitimes spécifiques ou « *specific expectations* » ainsi que les attentes légitimes contractuelles et conventionnelles dérivent de garanties, d'assurances et/ou de promesses faites à une personne déterminée ou bien à un groupe restreint de personnes. Elles peuvent également découler explicitement ou

---

<sup>400</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, §343.

<sup>401</sup> *Ibidem*, §344.

implicitement d'un engagement contractuel ou conventionnel<sup>402</sup>. C'est pour cette raison que nous avons décidé de les étudier ensemble.

359. Ce type d'attentes vise à encourager l'individu à agir d'une certaine manière. En droit international des investissements, le but de l'État d'accueil est d'inciter l'investisseur à investir sur son territoire. Cela peut se faire à travers des déclarations exprimées sous forme de publicité, à travers des « *promotional 'road shows'* » ou lors de négociations directes avec l'investisseur<sup>403</sup>. Le comportement ou l'assurance de l'État doit être directement destinée à un investissement ou à un groupe d'investisseurs, par exemple d'un même secteur de production ou bien d'un projet déterminé<sup>404</sup>.

### 3.1 Les attentes spécifiques

360. Les attentes spécifiques naissent « quand une conduite déterminée de l'État d'accueil peut être légitimement escomptée par un investisseur »<sup>405</sup>. Il doit s'agir d'une position prise à son égard ou d'une décision concernant le régime juridique et réglementaire qui lui est applicable<sup>406</sup> et qui a pu motiver sa décision d'investir<sup>407</sup>. L'investisseur doit ici démontrer l'existence d'une attente légitime. Dès lors, un acte spécifiquement adopté en faveur de l'investisseur peut lui permettre de le faire plus facilement comme l'illustre notamment l'affaire *David Minnotte c. Pologne*<sup>408</sup>.

361. *A contrario*, le seuil probatoire des attentes légitimes dérivant de représentations générales est bien plus élevé et ne peut être présumé. Autrement dit, les attentes spécifiques permettent au juge de constater plus facilement leur déception, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'attentes reposant sur des actes généraux<sup>409</sup>. En effet, il est difficile de dégager un engagement spécifique de l'État à partir d'un acte de portée générale, à moins qu'il s'agisse d'une assurance réitérée à travers

---

<sup>402</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 205.

<sup>403</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 339.

<sup>404</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>405</sup> Y. NOUVEL, « Les Standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 339.

<sup>406</sup> *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §98. Voir également : *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §141.

<sup>407</sup> *Watkins Holdings S.a r.l. et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/44, sentence du 21 janvier 2020, §533.

<sup>408</sup> *David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014, § 193.

<sup>409</sup> Y. NOUVEL, « Les Standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 340.

plusieurs actes généraux ; une situation qui fait supposer que « *the object and purpose is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely* »<sup>410</sup>.

362. Cette distinction est notamment à établir lorsqu'il s'agit d'attentes portant sur la stabilité de l'environnement juridique en vigueur de l'État d'accueil. Comme en témoigne l'affaire *Teco c. Guatemala*, il est en effet indispensable de déterminer l'existence d'une attente spécifique portant sur une assurance de stabilité et une attente générale que le droit étatique ne lui sera pas appliqué arbitrairement<sup>411</sup>.

363. Il en résulte que l'État doit s'abstenir dans cette hypothèse d'adopter une conduite contradictoire à celle qui a permis l'émergence d'attentes spécifiques. Nos constatations ont été mise en évidence par l'arbitre Thomas Wälde dans son opinion séparée sur l'affaire *Thunderbird c. Mexique* dans laquelle il a considéré que ce type d'attentes légitimes sont présumées et démontrées plus facilement dans la mesure où elles reposent sur des assurances spécifiques et officielles de l'autorité étatique<sup>412</sup>. Ce type d'attentes se concrétise notamment lorsque celles-ci se basent sur un comportement ou une action supplémentaire se rattachant au message initial que l'investisseur a reçu, par exemple une « *interpretative assurance or "comfort letter"* »<sup>413</sup>.

364. La portée des attentes spécifiques s'établit au cas par cas. Ainsi, dans certaines affaires, les tribunaux adoptent une approche large comme dans l'affaire *AES c. Kazakhstan*. En l'espèce, il a été décidé que la promulgation d'une loi spécifique « *in place at the time of the investment* »<sup>414</sup> peut créer des attentes légitimes que l'État est responsable de protéger. Cela a également été admis dans l'affaire *LG&E Energy Corp. c. Argentine* à l'occasion de laquelle le tribunal a conclu que la mise en place d'un cadre juridique attractif pour les investisseurs étrangers avait inévitablement créé des attentes spécifiques dans leur esprit<sup>415</sup>.

---

<sup>410</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §377.

<sup>411</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/10/23, sentence du 19 décembre 2013, §617.

<sup>412</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §32.

<sup>413</sup> *Ibidem*

<sup>414</sup> *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §221.

<sup>415</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §133.

365. Le terme « *spécifique* » individualise la promesse ou l’assurance en limitant son effet à un seul individu ou à un groupe limité de personnes<sup>416</sup>. Dans cette hypothèse, le but est de responsabiliser l’État auteur des actes qui ont permis la naissance d’attentes, notamment lorsque cela se fait à travers des actes précis qui lui sont spécifiquement destinés. La nature de ces actes garantit la possibilité de recourir à des instances juridictionnelles en cas de violation<sup>417</sup>.

366. Démontrer l’existence d’attentes légitimes spécifiques est plus simple étant donné qu’elles reposent sur un comportement, une assurance ou une déclaration écrite constante et non-équivoque d’un État destiné à un individu ou un groupe d’individus en particulier qui peut/veut l’invoquer. C’est d’ailleurs ce qui justifie que l’État soit tenu plus sévèrement responsable en cas d’atteinte de ces attentes, car son intention de privilégier l’individu en question est incontestable. Autrement dit, l’intentionnalité de l’État ne peut dans ce cas être remise en cause.

367. Le second type d’attentes légitimes spécifiques est encore plus encadré dans la mesure où celles-ci naissent d’un rapport juridique dérivant de la volonté des parties.

### ***3.2 Les attentes dérivant d’un rapport juridique : la convention et le contrat***

368. Parmi les sources d’attentes légitimes figure le rapport juridique, c’est-à-dire un rapport conventionnel ou un rapport contractuel. Des attentes spécifiques peuvent effectivement directement dériver de ces rapports. On parle alors d’attentes conventionnelles et d’attentes contractuelles.

369. Les premières ont une application concrète en droit international alors que les secondes dépendent des parties au contrat et, si besoin, de l’existence d’une « clause parapluie » leur permettant d’invoquer la protection d’un TBI.

370. Une autre particularité distinguant ces deux situations a été relevée par Thomas Wälde dans son opinion séparée sur l’affaire *Thunderbird c. Mexique* qui a mis en

---

<sup>416</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 105. Voir également : *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §375-377 ; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §331.

<sup>417</sup> *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §221.

évidence que lorsque les parties se trouvent sur un pied d'égalité, les ambiguïtés issues de leur rapport peuvent être réduites grâce à leur expertise alors que lorsqu'il s'agit d'une situation d'inégalité entre les parties, celui qui est en désavantage est plus vulnérable et dispose de moins de moyens pour équilibrer le rapport, ce qui mérite de lui accorder davantage de protection<sup>418</sup>. Le premier cas de figure a généralement lieu dans un contexte interétatique ou dans le cadre d'un rapport entre un particulier et un État lorsque ce dernier n'agit pas en tant que puissance publique mais comme entité commerciale tandis que la seconde situation prend généralement la forme d'un rapport mixte, par exemple entre un investisseur et l'État d'accueil. Nous étudierons en premier lieu les attentes conventionnelles avant d'analyser les attentes contractuelles.

### **Les attentes conventionnelles**

371. Les attentes conventionnelles naissent dans le cadre d'un rapport interétatique. Nous retrouvons concrètement ce type d'attentes en droit international public mais également dans le cadre de l'OMC. Cette notion a également une place au sein des droits régionaux tel le droit de l'Union européenne où il prend la dénomination de « principe de protection de la confiance légitime »<sup>419</sup>.

372. Notre sujet se focalisant sur le droit international économique, il est indispensable d'aborder le droit du commerce international. Pour autant, notre but ici n'est pas l'exhaustivité sachant que l'analyse de la place des attentes légitimes dans le cadre de ce droit se fera de manière détaillée dans la seconde partie de la présente étude. À cet égard, il est intéressant de noter que depuis la naissance du commerce international tel que nous le connaissons aujourd'hui, les groupes spéciaux garantissent la protection des attentes légitimes des États membres, notamment celles portant sur l'égalité des conditions de concurrence en application du GATT de 1947.

373. Cette pratique s'est consolidée au fur et à mesure des rapports qu'ils ont rédigés, jusqu'à devenir une notion jurisprudentielle. C'est à travers les Accords de l'OMC que la notion d'attentes légitimes a officiellement intégré le droit du commerce

---

<sup>418</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §33.

<sup>419</sup> Voir : Chapitre introductif de la présente thèse.

international. Depuis, elle fait partie des acquis du GATT sous la forme d'un principe général du droit. Cependant, selon Yves Nouvel, les attentes « traduisent l'emploi de mécanismes du droit international général relatifs aux actes unilatéraux qui ne sont pas propres au droit de l'OMC »<sup>420</sup>.

374. Les attentes légitimes ont alors pour objectif de garantir l'égalité des conditions de concurrence et de rendre inopposable un comportement contraire à celui qui est attendu<sup>421</sup>. Elles peuvent reposer sur un comportement ou une déclaration d'un autre État membre, pouvant même avoir le statut d'engagement unilatéral<sup>422</sup>. Elles contribuent à garantir un traitement non-discriminatoire dans le cadre des échanges commerciaux, en toute circonstance. Nous pouvons notamment citer à ce sujet l'article XX sur les exceptions générales du GATT<sup>423</sup> qui autorise un Membre à prendre une mesure de protection - pour garantir l'intérêt général, la santé, entre autres raisons valables - dès lorsqu'elle n'est pas discriminatoire<sup>424</sup>.

375. Une attente légitime portant sur une concession tarifaire est généralement protégée sous l'empire de l'article XXIII :1 (b) du GATT. La fonction principale de cette disposition est de protéger les attentes légitimes portant sur d'éventuels avantages issus de concessions tarifaires négociées par les Membres de l'OMC. Elle sert également à protéger les concessions tarifaires réciproques<sup>425</sup> et à maintenir un équilibre dans les rapports entre États membres. Si un Membre se retrouve dans une situation où les avantages peuvent être annulés ou compromis à cause de la mesure prise par un autre Membre, il pourra retirer les concessions ou encore demander une compensation. Les parties peuvent également procéder à la renégociation des concessions afin de rééquilibrer leurs rapports commerciaux. Ces mesures doivent toutefois être imprévisibles pour que l'attente soit légitime.

---

<sup>420</sup> Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international*, vol. 47, 2001, p. 462.

<sup>421</sup> *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217, rapport du Groupe spécial, 16 septembre 2002, §§7.63-7.64.

<sup>422</sup> Voir : Chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>423</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XX.

<sup>424</sup> *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §§8.222-8.223.

<sup>425</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §41.

376. Les attentes légitimes conventionnelles émergent donc d'un rapport interétatique. Elles sont liées au principe de bonne foi<sup>426</sup> étant donné que leur objectif ne se limite pas au respect des engagements conventionnels des parties mais s'étend également au maintien des concessions négociées et à la stabilité des échanges commerciaux.

377. Ce type d'attentes légitimes a aussi vocation à contribuer à l'interprétation d'un traité dans la mesure où elles dérivent du contenu même des Accords de l'OMC. Comme a pu l'énoncer l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *Inde-Brevets*, « le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties »<sup>427</sup>. Cela suppose de prendre en compte les attentes légitimes des États membres lorsqu'il procède à une interprétation, notamment lorsque la mesure qui leur porte atteinte n'était pas raisonnablement prévisible.

378. Le second type d'attentes légitimes dérivant d'un rapport juridique est l'attente contractuelle qui peut se baser sur un rapport interétatique, un rapport entre particuliers ou bien un rapport mixte.

### **Les attentes contractuelles**

379. Les attentes contractuelles émergent à l'occasion de la conclusion d'un contrat. Nous nous plaçons donc ici dans le cadre d'un rapport contractuel faisant naître des attentes légitimes dans l'esprit de l'une des parties contractantes. Elles peuvent naître d'une situation explicite ou implicite, reposant sur un document écrit, un comportement ou une assurance de l'une des parties<sup>428</sup>.

380. Les contrats permettant une stabilité et prévisibilité du rapport juridique, en principe les attentes naissant de ceux-ci bénéficient de plus de protection<sup>429</sup> comme l'illustre notamment l'affaire *Continental Casualty c. Argentine* à l'occasion de

---

<sup>426</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 51. Voir également : *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, *ibidem*, §45.

<sup>427</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, *ibid.*, §45.

<sup>428</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 205.

<sup>429</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 101.

laquelle il a été retenu que toute modification unilatérale de l'État du contrat requiert « (...) *more scrutiny, in the light of the context, reasons, effects, since they generate as a rule legal rights and therefore expectations of compliance* »<sup>430</sup>. Ce type d'attentes peut toutefois être perçu comme une limitation du pouvoir réglementaire de l'État dans la mesure où celles-ci peuvent parfois supposer que ce dernier s'abstienne d'adopter une nouvelle réglementation en raison des garanties qu'il aurait pu donner à un investisseur étranger par le biais d'engagements contractuels spécifiques<sup>431</sup>.

381. Sur l'application de ce type d'attentes, nous pouvons notamment citer à titre d'exemple l'affaire *MTD c. Chili* concernant l'impossibilité d'exécuter un contrat d'investissement portant sur un projet de développement urbain en raison du refus du Chili d'octroyer les permis nécessaires pour des motifs d'infaisabilité. Le tribunal a, en l'espèce, conclu que le Chili, à travers son comportement et ses actes, avait induit l'investisseur en erreur dès la conclusion du contrat. De ce fait, les attentes légitimes de l'investisseur avaient bien été déçues<sup>432</sup>.

382. En règle générale, les contrats reflètent un équilibre des obligations et des droits soigneusement négociés par les parties ce qui permet une cristallisation de leurs attentes légitimes<sup>433</sup>. L'identification de ces attentes suppose une lecture attentive de chaque clause d'un contrat. Toutefois, James Crawford met en garde contre une application abusive des attentes légitimes permettant aux tribunaux de réécrire les clauses du contrat d'investissement librement négociées<sup>434</sup>, raison pour laquelle les parties doivent chercher à rédiger les clauses de la manière la plus claire possible ou d'interpréter d'un commun accord les clauses qui peuvent nécessiter plus de

---

<sup>430</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261.

<sup>431</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>432</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §127. Voir également : *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §127.

<sup>433</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 103.

<sup>434</sup> J. CRAWFORD, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351,373. Voir également : M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ibidem*

précisions<sup>435</sup>. Les clauses ambiguës sont analysées et interprétées par le juge en considérant l'intention et les attentes contractuelles des parties<sup>436</sup>.

383. Il convient toutefois de distinguer les attentes légitimes protégées par les traités et celles issues d'un rapport contractuel. Un engagement contractuel ne constitue pas une assurance pouvant donner naissance à des attentes légitimes protégées sous le volet du TJE, comme en témoigne l'affaire *Arif c. Moldavie*<sup>437</sup>. Il en résulte qu'en droit contractuel, il est plutôt d'usage de saisir les tribunaux de l'État partie au contrat, le droit applicable étant celui établi par les parties d'un commun accord. Cela est clairement mis en évidence dans l'affaire *Parkerings-Compagniet c. Lituanie* dans le cadre de laquelle le tribunal a, en effet, précisé que les contrats « *involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law* »<sup>438</sup> ; raison pour laquelle en cas de déception, la réparation doit être demandée devant les instances nationales. Un tel raisonnement a également été suivi dans les affaires *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*<sup>439</sup> et *Impregilo c. Argentine*<sup>440</sup>.

384. Il découle de la pratique arbitrale que la requête de protection des attentes contractuelles doit généralement se faire devant les tribunaux de l'État d'accueil, le droit applicable étant celui stipulé dans le contrat. Cette situation se justifie par le fait que le traité ne doit pas être interprété afin de permettre une saisine automatique du juge international à chaque fois que l'État ne se conforme pas à ses obligations. L'investisseur doit faire valoir ses droits et ses intérêts devant les tribunaux étatiques lorsque cela est stipulé dans le contrat<sup>441</sup>.

---

<sup>435</sup> Voir : Titre 2, Chapitre 1, Section 3 de la présente thèse.

<sup>436</sup> S. GRAMMOND, « Reasonable Expectations and the Interpretation of Contracts across Legal Traditions », *Canadian Business Law Journal*, vol. 48, n° 3, 2009, p. 348.

<sup>437</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §242.

<sup>438</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §344. Voir également : *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §335 ; *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §292.

<sup>439</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §335.

<sup>440</sup> *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §292.

<sup>441</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §442. Voir également : *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §297 ; *Glencore International A.G. et C.I. Prodec S.A. c. Colombie*, affaire CIRDI n° ARB/16/6, sentence du 27 août 2019, §1378.

385. Toutes ces considérations nous permettent de constater que les attentes contractuelles trouvent une place plus concrète au sein du droit national choisi par les parties au contrat<sup>442</sup>. Les attentes contractuelles ont comme objectif d'éviter les comportements abusifs des parties lors de l'exécution d'un contrat. Ayant déjà eu l'occasion d'étudier cette notion au sein du droit des contrats de plusieurs États dans le chapitre introductif de la thèse, nous n'allons pas nous attarder sur ce sujet et davantage nous focaliser à présent sur les attentes légitimes contractuelles susceptibles de bénéficier d'une protection du juge international.

### **L'invocation des attentes contractuelles devant le juge international**

386. Un mécanisme peut permettre de protéger effectivement les attentes contractuelles devant un juge international : la « clause parapluie ». Indiquée dans un TBI, elle permet l'internationalisation du contrat afin que l'investisseur puisse saisir les tribunaux internationaux sur la base d'une violation de leur contrat et du traité. Cependant, comme nous l'avons précédemment constaté, les tribunaux arbitraux abordent avec prudence les questions relatives à l'exécution des contrats<sup>443</sup>, car lorsque l'État conclut un contrat avec un particulier, il n'agit pas en tant que souverain mais en tant qu'entité privée<sup>444</sup>. Ce n'est que lorsqu'il agit en tant que puissance publique que son comportement peut créer des attentes légitimes protégées par un TBI<sup>445</sup> ou, par exemple, par l'article 10 du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)<sup>446</sup>.

387. La protection des attentes légitimes contractuelles peut également être invoquée à travers un autre mécanisme, plus rare, celui du TJE, lorsque l'exécution du contrat devient impossible ou plus onéreuse parce que l'État d'accueil refuse d'octroyer les permis nécessaires ou qu'interviennent d'autres circonstances pouvant porter atteinte à l'investissement<sup>447</sup>. Le tribunal arbitral doit analyser au cas par cas si les attentes contractuelles déçues peuvent effectivement être invoquées sur ce fondement.

---

<sup>442</sup> S. GRAMMOND, « Reasonable Expectations and the Interpretation of Contracts across Legal Traditions », *op. cit.*, p. 347.

<sup>443</sup> *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §297.

<sup>444</sup> D. ALLAND, *Manuel de droit international*, Paris, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2020.

<sup>445</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, p. 34.

<sup>446</sup> *Traité sur la Charte de l'énergie*, signé à Lisbonne le 17 décembre 1994, RTNU, vol. 2080. Voir notamment : *CEF Energia BV c. Italie*, affaire SCC n° 2015/158, sentence du 16 janvier 2019, §255 ; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC n° V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, §5.

<sup>447</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *op. cit.*, p. 34.

Cela est particulièrement le cas lorsque l'État, à la suite d'un appel d'offres, a conclu un contrat avec l'investisseur à qui le projet envisagé a été attribué<sup>448</sup>.

388. À titre de conclusion sur cette question, nous pouvons relever que les attentes contractuelles disposent d'une place plus concrète au sein du droit étatique. Afin de protéger l'investisseur étranger du pouvoir discrétionnaire de l'État d'accueil, une clause parapluie a été insérée dans la grande majorité des TBI. En effet, il est généralement admis que l'investisseur ne se trouve pas sur un pied d'égalité par rapport à l'État, notamment devant les instances nationales où il peut être amené à faire valoir ses droits. Cependant, les effets de l'internationalisation des contrats sont limités par l'esprit de leurs dispositions ainsi que par la volonté des parties.

389. Sachant que les attentes légitimes visent toujours à protéger une situation juridique de toute modification soudaine et arbitraire, il est indispensable d'examiner deux derniers types d'attentes légitimes originaires de la *Common Law*, notamment du droit anglais : les attentes substantielles et les attentes procédurales.

#### ***4. Les attentes substantielles***

390. Les attentes substantielles ont pour objectif la protection des particuliers face à des modifications soudaines et arbitraires des politiques publiques ou des assurances de l'autorité étatique<sup>449</sup>. Leur but n'est cependant pas d'interdire les modifications législatives et le degré de leur protection varie selon la source d'où elles émergent. Leur protection est plus élevée lorsqu'elles dérivent d'une assurance ou d'un comportement destiné à un individu ou à un groupe limité de personnes<sup>450</sup>.

391. Dans l'affaire *Niazi*, un juge anglais a précisé qu'aux fins de protéger des attentes substantielles, il peut notamment décider « *to enforce the continued enjoyment*

---

<sup>448</sup> *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §185.

<sup>449</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 3.

<sup>450</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, 2006, p. 377.

*of the content – the substance – of an existing practice or policy, in the face of the decision-maker’s ambition to change or abolish it »<sup>451</sup>.*

392. Nous constatons que deux situations peuvent résulter de la décision du juge à l’égard de la protection d’attentes substantielles : soit la décision est définitivement écartée au profit de l’individu afin de préserver le *statu quo* ; soit elle est maintenue auquel cas l’individu aura droit à des dommages-intérêts afin de compenser le préjudice subi<sup>452</sup>. Autrement dit, la déception d’attentes légitimes substantielles peut avoir plusieurs conséquences : soit la politique est maintenue ; soit le bénéficiaire de l’attente déçue sera indemnisé compte tenu du préjudice subi. Selon Michele Potestà, c’est la seconde hypothèse qui sera le plus souvent retenue par l’arbitre international dans le cadre du contentieux des investissements<sup>453</sup>.

393. L’affaire *Coughlan* constitue l’un des meilleurs exemple d’attentes substantielles en droit anglais. Toutefois, nous n’allons pas l’analyser ici et renvoyons au chapitre introductif de la thèse qui en propose une étude détaillée.

394. Les attentes substantielles permettent une analyse plus approfondie de la situation dans la mesure où lorsqu’il les considère, le juge doit déterminer si frustrer les attentes légitimes est tellement injuste que maintenir la nouvelle situation constituerait un abus de pouvoir<sup>454</sup> ou si, au contraire, il est préférable d’indemniser la victime en raison de la déception de ses attentes et maintenir l’acte au nom de l’intérêt général. Cela suppose de trouver un équilibre entre, d’une part, la justice et l’équité, et d’autre part, les motivations de la modification de l’acte administratif afin de prendre la décision qui porte le moins atteinte à l’intérêt général<sup>455</sup>.

395. Ce type d’attentes peut ainsi compter sur un degré de protection plus important que celui accordé aux attentes procédurales. Par ailleurs, sa reconnaissance au sein de

---

<sup>451</sup> *R (Niazi) c. Secretary of State for the Home Department; R (Bhatt Murphy (A Firm) and Others c. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ 755, §32.

<sup>452</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 95.

<sup>453</sup> *Ibidem*

<sup>454</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>455</sup> *Ibidem*. Voir également : S. SCHONBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, §§108-114. Voir également : H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *op. cit.*, p. 31 ; A. PANDYA, *Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration*, these de doctorat, London School of Economics, 2011, p. 49.

plusieurs droits étatiques de *Common Law* peut contribuer à son développement en droit international des investissements en tant qu'élément indispensable du TJE<sup>456</sup> mais aussi en tant que principe général de droit.

396. Cependant, en droit international économique, notamment en droit international des investissements, cette notion ne fait pas l'unanimité. En effet, plusieurs auteurs considèrent que reconnaître l'existence de ce type d'attentes reviendrait à accorder aux tribunaux un pouvoir de révision des actes administratifs de l'État au lieu d'uniquement vérifier que la procédure d'adoption a bien été menée<sup>457</sup>. Selon ce courant doctrinal, ce type d'attentes légitimes peut donc représenter une menace réelle à la souveraineté étatique étant donné que cela suppose une possible ingérence d'un tribunal arbitral dans les affaires internes d'un État<sup>458</sup>.

397. Nous pensons, en effet, qu'accorder un pouvoir aussi vaste au juge international peut éventuellement porter atteinte à la souveraineté étatique. Cependant, les attentes légitimes substantielles permettent de protéger l'investisseur du pouvoir discrétionnaire de l'État ainsi que de maintenir l'équilibre indispensable à tout rapport juridique ; raison pour laquelle le juge doit apprécier ces éléments lorsqu'il analyse l'affaire dont il est saisi en application du principe de proportionnalité afin de rétablir, le cas échéant, cet équilibre. Toutefois, s'agissant du droit international, le juge ne pourra que constater la violation et accorder une indemnisation à l'individu.

398. Consacrons-nous à présent à l'analyse des attentes procédurales, seconde catégorie d'attentes légitimes principalement applicables dans les pays de *Common Law*.

---

<sup>456</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *ibidem*

<sup>457</sup> D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence », *Human Rights Law Review*, vol. 12, n° 3, 2012, p. 435, citant A. PANDYA, A. MOODY, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future », *Tilburg Law Review*, vol. 15, n° 1, 2010, §3.

<sup>458</sup> G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 5.

## 5. *Les attentes procédurales*

399. Les attentes procédurales visent à garantir un procès équitable ainsi qu'une procédure régulière dans le respect des droits des parties. Elles garantissent ainsi le respect de principes inhérents à la justice naturelle<sup>459</sup>, notamment l'équité des parties à la procédure, les droits indispensables à un procès équitable et le respect de la procédure prévue pour l'adoption d'une décision administrative<sup>460</sup>.

400. Selon Stephen Fietta, cela garantit que « *where such expectations have been created, the decision maker is not free simply to ignore the procedures which have been indicated* »<sup>461</sup>. Autrement dit, elles assurent un procès équitable et régulier pour celui qui les invoque, en permettant la participation des individus « *to improve standards of administration and outcomes* »<sup>462</sup>.

401. En droit anglais, la protection des attentes légitimes procédurales permet la suspension d'une décision afin que la personne bénéficiaire de celle-ci ait l'opportunité de présenter sa situation et ses arguments sur son maintien ou abrogation en bénéficiant d'une audience<sup>463</sup>. Cela est notamment illustré par l'affaire *US Tobacco International Inc* dans laquelle Lord Taylor LJ a décidé de protéger uniquement les attentes procédurales de l'entreprise en indiquant que les autorités auraient dû lui permettre de faire des commentaires à propos de la preuve scientifique sur laquelle reposait l'interdiction de commercialiser le tabac à priser<sup>464</sup>. La différence entre ces attentes et les attentes substantielles réside dans le fait que ces dernières peuvent, par exemple, permettre soit de changer la décision d'interdire le tabac, soit d'accorder une indemnisation à l'entreprise pour les préjudices causés lorsque la modification législative contestée est motivée par l'intérêt général.

---

<sup>459</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 3.

<sup>460</sup> *Ibidem*

<sup>461</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, 2006, p. 377. Voir également : H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *op. cit.*, p. 30.

<sup>462</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *ibidem*, p. 31.

<sup>463</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 95.

<sup>464</sup> *R c. Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc*, [1992] QB 353, p. 376.

402. Les attentes procédurales visent donc à garantir le respect des droits et des garanties indispensables à un procès équitable. Elles ont une application plus concrète en droit étatique, notamment dans les pays de *Common Law*. Quant à leur mise en œuvre en droit international, il convient de préciser que le juge prend en compte toutes les circonstances entourant l'investissement, y compris les attentes légitimes de l'investisseur, lorsqu'il analyse le cas qui lui est soumis. Dès lors, il est parfois amené à examiner, voire à constater, les effets des actes gouvernementaux pris de manière irrégulière en déterminant s'il s'agit ou non d'une violation du TJE.

403. Nous pouvons donc conclure que les attentes procédurales ont actuellement un rôle plutôt subsidiaire, c'est-à-dire uniquement dans le cadre de l'analyse des circonstances de l'affaire. Étant donné que ce type d'attentes tend à permettre une participation effective des parties à la procédure, nous considérons que son application n'évoluera pas au sein du contentieux international. En effet, contrairement aux tribunaux internes, le juge international détient des pouvoirs limités. Il peut accorder une indemnisation correspondant au préjudice subi mais il ne peut s'immiscer dans le droit interne de l'État concerné en demandant la régularisation d'une procédure ou bien l'octroi d'un droit procédural à l'investisseur.

## **Conclusion du Chapitre 1**

404. La notion d'attentes légitimes a un caractère psychologique du fait que celles-ci résultent de la conscience de s'attendre à un acte déterminé conformément au comportement d'autrui mais elles produisent des effets juridiques uniquement lorsque sont remplis les différents éléments que nous avons relevés.

405. Pour être reconnue et protégée, une attente doit être légitime et raisonnable. Elle naît dans l'esprit d'une personne (sujet actif) à partir d'un comportement, une représentation ou bien une assurance d'une autre personne (sujet passif). Sur la base de cette attente, son bénéficiaire prend une décision en prévoyant un comportement futur du sujet actif ou le déroulement d'une situation déterminée. Il y aura déception de son attente si le comportement de celui qui l'a fait naître change brusquement que la situation est modifiée.

406. La mise en évidence d'une liste non-exhaustive de types d'attentes légitimes nous a permis de dégager des éléments spécifiques les caractérisant ainsi que de déterminer le moment où elles naissent. La plupart trouvent une application concrète dans le cadre du contentieux arbitral.

407. Nous pensons que compte tenu du développement croissant de la notion d'attentes légitimes, cette liste est susceptible de s'allonger. Des attentes légitimes naissent dans d'autres domaines du droit international économique. Par ailleurs, il est important de rappeler que peu importe leurs particularités, chaque type d'attentes légitimes a un objectif commun : garantir un rapport juridique clair, stable et prévisible. Elles visent toutes également à prévenir les actes arbitraires ou déraisonnables des parties engendrant non seulement une déception de leurs attentes légitimes mais aussi une altération de l'équilibre contractuel ou conventionnel ayant pour conséquence de faire reposer davantage d'obligations sur l'une des parties ou de réduire ses droits.

408. Après ces réflexions générales sur les diverses catégories d'attentes légitimes, il convient à présent d'étudier leur statut ainsi que leur portée. En droit étatique, nous avons noté que la notion prend la forme d'un principe général. Nous allons désormais déterminer si cela est également le cas en droit international économique.

## **CHAPITRE 2. QUALIFICATION ET PORTEE DE LA NOTION D'ATTENTES LEGITIMES**

409. La notion d'attentes légitimes, en tant que telle, a fait sa première apparition au début du XX<sup>e</sup> siècle au sein de la pratique arbitrale et, un peu avant, dans la doctrine<sup>465</sup>. Cependant, elle n'a jamais été qualifiée ni sa portée concrètement déterminée.

410. C'est pour cela qu'il est indispensable d'identifier la notion dans chacun des domaines du droit international économique d'autant plus que sa portée, son statut et sa dénomination peuvent changer selon l'évolution de la branche en question. Cette

---

<sup>465</sup> Voir le chapitre introductif à propos de l'origine de la notion d'attentes légitimes.

notion est connue sous différentes dénominations - telles qu'espérance légitime, confiance légitime, ou encore expectative légitime - mais il s'agit toujours de la même.

411. À ce stade, notre analyse requiert d'établir, dans un premier temps, si la notion revêt la forme d'un principe général du droit ou d'un standard (Section 1). Pour ce faire, nous commencerons tout d'abord par définir le standard et le principe général du droit en tant que notions bien établies du droit international (A), pour ensuite les analyser concrètement au regard de la notion d'attentes légitimes afin de déterminer le statut de ces dernières (B).

412. Nous ne réfutons pas l'hypothèse selon laquelle la notion peut prendre la forme tantôt d'un standard, tantôt d'un principe général du droit selon le domaine du droit international économique auquel elle s'applique sachant que nos recherches nous ont permis de constater un statut légèrement différent selon son domaine d'application.

413. Puis, nous analyserons les effets de la notion (Section 2). À ce sujet, nous étudierons en particulier les recours disponibles en cas de déception des attentes légitimes (A), avant d'examiner cette atteinte et ses conséquences (B).

## **Section 1. La notion d'attentes légitimes : un principe général du droit**

414. Notre hypothèse de base est que la notion d'attentes légitimes prend la forme d'un principe général du droit au sein du droit international. Ce postulat résulte de l'étude de plusieurs droits étatiques dans lesquels cette notion a déjà atteint ce statut. Tous ces systèmes retiennent les mêmes conditions pour reconnaître une protection des attentes légitimes. En effet, il est généralement admis que les attentes légitimes des administrés produisent des conséquences juridiques protégées par le juge dès lors qu'elles remplissent certains critères, notamment ceux de la raisonnable et de la légitimité.

415. Cependant, avant de vérifier cette hypothèse, il convient de se demander à titre liminaire ce qu'est exactement un principe général du droit et ce qu'est un standard ?

416. Ce sont des questions que nous devons traiter avant de déterminer le statut de la notion d'attentes légitimes. Cela dit, nous n'écartons pas la possibilité que la notion puisse prendre la forme de l'un ou de l'autre selon la branche du droit international économique où elle trouve application.

417. La principale différence entre les principes et les standards réside dans le fait que les principes se suffisent à eux-mêmes et ne spécifient pas de critères de conduite tandis que les normes décrivent un critère qui doit être rempli au regard de la discrétion judiciaire caractérisée par des points de vue acquis *in vivo* concernant les valeurs, les devoirs et les considérations de prudence<sup>466</sup>.

418. La jurisprudence n'est pas unanime quant à la qualification de la notion d'attentes légitimes. En effet, les tribunaux peuvent soit conclure à une notion constitutive du TJE, soit à un principe autonome<sup>467</sup>. Nous commencerons par l'analyse de chacune de ces notions en droit international avant de les considérer *in concreto* au regard de la notion d'attentes légitimes afin de déterminer la nature de ces dernières.

### **A. Définition du standard et du principe général du droit**

419. La notion d'attentes légitimes est appliquée par le juge international depuis plus d'un siècle. En effet, une analyse de la pratique arbitrale du début du XX<sup>e</sup> siècle nous a permis de dégager plusieurs éléments faisant référence aux attentes légitimes<sup>468</sup>, mais il est nécessaire d'identifier la manière dont le juge les applique au regard des formes juridiques qu'elle peut prendre. Tout d'abord, nous constatons qu'aussi bien les standards que les principes généraux du droit régissent des situations qui ne font pas l'objet d'accords conventionnels ou coutumiers « contenant des dispositions spéciales »<sup>469</sup>. Ils contribuent ainsi à l'interprétation de règles ambiguës afin de combler les lacunes du droit international<sup>470</sup>.

---

<sup>466</sup> R. POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », allocution lors de la rencontre de l'American Bar Association, Boston, 2 novembre 1919, p. 12.

<sup>467</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §13-§44.

<sup>468</sup> Voir le chapitre introductif.

<sup>469</sup> A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, vol.37, 1931, p. 337.

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 353.

420. Plus précisément, la définition de ces deux notions suppose la détermination de leurs caractéristiques essentielles afin de pouvoir les distinguer l'une de l'autre. À cette fin, nous nous baserons principalement sur la doctrine mais nous examinerons également la jurisprudence. Nous aurons également recours au droit international général. Commençons par définir ce qu'est un standard (1), avant d'analyser la notion de principe général du droit (2).

### *1. Le standard*

421. La notion de standard ne semble pas faire l'objet d'une définition stable, ce qui ne facilite pas notre analyse. Cela est dû à plusieurs désaccords doctrinaux quant à son contenu et son origine. En effet, il n'est pas toujours facile de déterminer si un standard est uniquement celui issu d'un organisme de normalisation ou, au contraire, si un standard est tout simplement celui qui est amplement accepté et appliqué par la communauté internationale<sup>471</sup>. Il est également possible que les deux hypothèses précédemment citées correspondent à différents types de standard.

#### **Les caractères généraux du standard**

422. L'annexe 1.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) précise qu'un standard ou norme est un « document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire (...) »<sup>472</sup>.

423. Cette définition est toutefois incomplète dans la mesure où elle ne précise pas ce qu'est un « organisme reconnu » pouvant créer des standards. De la lecture de ce texte et compte tenu de son application, nous pouvons conclure qu'il se réfère notamment à l'Organisation internationale de normalisation (ISO), entre autres organismes<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> H. DICKERSON, « Minimum Standards », in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1223-1224.

<sup>472</sup> OMC, *Guide des règles et pratiques du GATT - Index analytique sur l'Annexe 1.2, Accord sur les obstacles techniques au commerce*, édition en ligne, Genève, OMC, p. 2.

<sup>473</sup> H. DICKERSON, « Minimum Standards », *op. cit.*, p.1225

424. Ce constat est conforme à la note explicative de l'OMC sur la notion de standard dans laquelle il est précisé : « Les termes définis dans le Guide ISO/CEI 2 visent les produits, procédés et services. Le présent accord traite seulement des règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité se rapportant à des produits ou à des procédés et à des méthodes de production »<sup>474</sup>. Ces propos ont été repris par l'Organe d'appel dans l'affaire *EC-Sardines*<sup>475</sup>.

425. Les organisations émettrices de standards peuvent varier selon le domaine du droit international économique concerné et la technicité requise. Ce constat nous permet de conclure que l'origine du standard n'est en réalité pas une question qui mérite une analyse approfondie étant donné que cela n'impacte aucunement ses effets juridiques.

426. Leur rôle est plus important dans ce cadre, car ce dernier est issu d'institutions intergouvernementales qui opèrent sur la base d'un consensus et de règles dont le respect n'est juridiquement pas obligatoire<sup>476</sup>. Une coordination et une coopération entre les autorités nationales spécialisées dans le domaine concerné est alors nécessaire ; par exemple, entre les ministres des Finances, les banques centrales, les agences de régulation, les superviseurs bancaires, etc.

427. Cela est notamment le cas en droit international monétaire et en droit financier international caractérisés par des « *Standard-Setting Bodies* » qui se coordonnent avec les autorités étatiques afin de garantir la création et la bonne application de standards appropriés au regard des besoins de la communauté internationale. Les standards permettent également de s'adapter facilement à la réalité internationale grâce à leur souplesse ; un caractère essentiel sachant que ces deux branches juridiques évoluent constamment.

428. La souplesse et l'imprécision du standard permettent aussi une plus grande liberté d'appréciation pour celui qui l'applique - par exemple, une organisation

---

<sup>474</sup> OMC, *Guide des règles et pratiques du GATT - Index analytique sur l'Annexe 1.2, Accord sur les obstacles techniques au commerce*, op. cit., p. 2.

<sup>475</sup> *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231, rapport de l'Organe d'appel AB-2002-3, 26 septembre 2002, §227.

<sup>476</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2012, p. 98.

internationale ou un juge international - mais il doit tout de même correspondre « à l'idéal en vigueur à un moment donné »<sup>477</sup>. Le juge doit, si besoin, recourir à son pouvoir normatif complémentaire. Les outils d'interprétation viennent ainsi combler l'absence de précision du standard. Cependant, sa nature souple rend plus difficile sa fonction coercitive. En effet, à moins d'être un standard expressément prévu dans un traité, comme le TJE ou le standard de sécurité pleine et entière (SPE), l'application de sanctions en cas de violation, notamment dans les domaines informels du droit international économique, est plus problématique.

429. Le standard juridique se définit comme une norme abstraite qui comprend « *a broad array of forms of some types of behaviour* »<sup>478</sup> dont le sens concret sera donné par celui qui l'applique compte tenu des particularités de la situation. Ainsi, les standards sont des notions juridiques issues « des règles de droit car ils apparaissent dans l'énoncé juridique normatif même »<sup>479</sup>.

430. Les standards se divisent en plusieurs catégories. On peut notamment distinguer les standards dits « *non-contingent, absolute or objective* » et les standards dits « *contingent, relative or subjective* » que sont, par exemple, le traitement national ou la clause de la nation la plus favorisée. Les premiers supposent un comportement objectif conformément aux critères du droit international, sans aucune obligation d'opérer un test de comparaison avec le traitement réservé aux autres individus se trouvant dans une situation analogue<sup>480</sup>, tandis que les seconds imposent à l'État une obligation d'agir en fonction du traitement réservé aux autres individus afin d'éviter un traitement discriminatoire<sup>481</sup>.

---

<sup>477</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, Université Nice - Sophia-Antipolis, 2012, p. 41.

<sup>478</sup> D. MUHVIC, « Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaties and General International Law », in M. BOŽINA BEROŠ, N. RECKER, M. KOZINA (eds.), *Economic and Social Development (Book of Proceedings)*, Varazdin, Development and Entrepreneurship Agency, 2018, p. 34.

<sup>479</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, op. cit., p. 11.

<sup>480</sup> E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 41, n° 2, 2015, p. 329.

<sup>481</sup> *Ibidem*

431. Les standards tels que le TJE<sup>482</sup> sont donc des standards absolus, « *non-contingent* », c'est-à-dire non dépendant des circonstances spécifiques de chaque situation<sup>483</sup>. Cela est également le cas du SPE qui, en tant que standard absolu, ne dépend pas du traitement réservé aux autres investisseurs se trouvant dans une situation similaire<sup>484</sup>.

432. D'autres catégories de standards juridiques peuvent intéresser notre étude, en particulier les standards qualifiés de systématiques, souvent chargés de valeur positive, et les standards concourant à la qualification de l'action normative des États. D'une part, la mise en œuvre des premiers « résulte d'un choix délibéré et leur validité est réputée indiscutable ; ils paraissent évidents en soi puisqu'il est jugé favorable d'avoir de tels comportements »<sup>485</sup>. Parmi ces standards, nous pouvons mentionner ceux du raisonnable et de bonne foi.

433. D'autre part, les standards concourant à la qualification de l'action normative des États imposent une obligation d'harmoniser leur législation interne<sup>486</sup>. Autrement dit, ils guident le comportement étatique dans une direction déterminée en mettant en évidence le besoin de comportements uniformes au niveau international afin notamment de garantir le bon fonctionnement de l'économie mondiale. Ces standards constituent donc des règles de référence créées par une majorité afin d'être appliquées par toute la société internationale ; ce sont « des étalons de mesure du degré de conformité du droit interne au droit international »<sup>487</sup>.

434. Aux fins de la présente étude, nous avons décidé de retenir la définition suivante : les standards sont ceux appliqués par les différents acteurs du droit international économique visant à créer une obligation de comportement et ils peuvent

---

<sup>482</sup> D. PEAT, « International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, n° 4, 2018, p. 670.

<sup>483</sup> A. MISHRA, A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-a-Vis Public International Law », *Korea University Law Review*, vol. 11, 2012, p. 108.

<sup>484</sup> O. MILJENIC, « Full Protection and Security Standard in International Investment Law », *Pravni Vjesnik (Journal of Law, Social Sciences and Humanities)*, vol. 35, n° 3-4, 2019, p. 36.

<sup>485</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, op. cit., p. 159.

<sup>486</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>487</sup> P. PROTOPSALTIS, « Les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger. Conclusion d'une étude », *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n° 4, 2007, p. 184.

faire l'objet d'une sanction en cas de non-respect<sup>488</sup>. Ce type de standard a été inséré dans plusieurs instruments internationaux tels que des conventions, des traités bilatéraux, des codes de bonne conduite, entre autres.

435. Le standard est donc une « notion délibérément indéterminée »<sup>489</sup> afin de mesurer un comportement selon un barème préétabli entre ce qui est normal et acceptable et ce qui ne l'est pas compte tenu des circonstances. Cette absence de précision permet de faciliter la transition vers un droit plus strict mais aussi de s'adapter à chaque situation. La définition de son contenu se fait au regard du contexte de l'affaire à laquelle il est appliqué mais peut également être différée dans le temps afin de prendre également en compte les éventuelles « variabilités des circonstances »<sup>490</sup> que le standard pourra régir.

436. L'application effective des standards dépend cependant de l'adhésion de leurs destinataires. Ils relèvent du droit négocié, car « la concertation pratiquée au niveau de l'élaboration implique le consentement des destinataires »<sup>491</sup>. En d'autres termes, les standards reposent sur l'accord et la volonté des parties.

437. Les standards permettent ainsi la concrétisation d'« engagements réciproques et prestations équilibrées de deux ou plusieurs partenaires »<sup>492</sup>. L'application des standards crée dans l'esprit de leurs destinataires une impression d'obligatorité, ce qui permet une application généralisée même par ceux qui, dans un premier temps, n'étaient pas d'accord avec son contenu. Selon Daniel Peat, les standards sont monnaie courante au sein du droit international, notamment en raison de leur application par le juge international<sup>493</sup>.

438. Le standard vise donc à créer un barème de comportement permettant d'établir le respect de son contenu selon ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. N'ayant pas de nature contraignante, son respect repose sur un sentiment d'obligatorité chez la

---

<sup>488</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>492</sup> *Ibid.*

<sup>493</sup> D. PEAT, « International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method », *op. cit.*, p. 671.

personne censée l'appliquer. Cependant, il peut acquérir une nature contraignante s'il fait l'objet d'une codification au sein d'un traité, notamment en droit international des investissements.

439. Intéressons-nous à présent au principe général du droit.

## ***2. Le principe général du droit***

440. Dans le chapitre introductif, nous avons analysé la notion d'attentes légitimes au sein de plusieurs droits étatiques et du droit européen où elle prenait la forme d'un principe général. Nous partons ainsi de l'hypothèse que cette notion est également un principe général du droit dans le cadre du droit international.

441. Selon Alfred Verdross, les principes généraux du droit sont, en général, ceux qui sont reconnus par les nations civilisées et « qui peuvent être appliqués aussi dans la sphère internationale, étant donné que ces principes ne sont que la manifestation d'exigences élémentaires de la justice »<sup>494</sup>.

442. le juge international a déjà appliqué la notion d'attentes légitimes suivant une approche comparative en tant que « *part of the general principles of law and as providing substantive protections* »<sup>495</sup>, sans pour autant prendre en compte les différentes limitations que cette notion trouve au sein de chaque droit étatique. La structure des principes généraux du droit permet de protéger une situation juridique tout en encadrant le développement de la notion en tant que norme juridique<sup>496</sup>.

443. En ce sens, les travaux préparatoires du Statut de la CPIJ précisaient déjà que « *the 'general principles' were considered as law, not just maxims for ethical and moral orientation* »<sup>497</sup>. Il en résulte que l'article 38 du Statut de la CIJ, qui énumère les sources de droit international public, dispose à l'alinéa 1.c que « les principes généraux

---

<sup>494</sup> A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, p. 334.

<sup>495</sup> N. TEGGI, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of Its Life Cycle », *Indian Journal of Arbitration Law*, vol.5, n° 1, 2016, p. 70.

<sup>496</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 1, 2006, p. 3.

<sup>497</sup> P. BERNARDINI, « Private law and general principles of public international law », *Uniform Law Review*, vol. 21, no° 2-3, 2016, p. 185.

de droit reconnu par les nations civilisées »<sup>498</sup>. Cet alinéa fait néanmoins l'objet d'un débat doctrinal depuis plusieurs années<sup>499</sup> du fait de son ambiguïté<sup>500</sup> mais il est généralement admis qu'il comprend aussi bien les principes généralement reconnus dans le droit interne des États<sup>501</sup> que les principes généraux de l'ordre juridique international.

444. Jacob Stone soutient que cette disposition n'est pas limitée aux principes généraux du droit issus du *foro domestico*<sup>502</sup> mais qu'elle inclut également les principes internationaux. La Cour a toutefois tenu à préciser dans l'affaire *Lotus* que « le sens des mots "principes du droit international" ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »<sup>503</sup>. Nous constatons donc qu'en réalité, il est fait référence au droit international lui-même<sup>504</sup>. Cette distinction ne semble donc pas d'actualité.

445. Néanmoins, la possibilité de voir émerger des principes d'origine internationale à travers la jurisprudence internationale, la pratique étatique et les décisions des organisations internationales n'est pas exclue<sup>505</sup>. En effet, « *the international legal system is but the system of international relations based upon respect for this general conception of law* »<sup>506</sup>. De ce fait, les principes généraux sont une source de droit international public, peu importe leur origine ; raison pour laquelle nous avons décidé de ne pas retenir cette distinction.

---

<sup>498</sup> *Statut de la Cour Internationale de Justice*, signé à San Francisco le 24 octobre 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, article 38. Voir également : G. HERCZEGH, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *Acta Juridica*, vol. 6, n° 1-2, 1964, p. 1.

<sup>499</sup> G. HERCZEGH, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *ibidem*

<sup>500</sup> B. CHENG, « General Principles of Law as a Subject for International Codification », *Current Legal Problems*, vol. 4, n° 1, 1951, p. 37

<sup>501</sup> A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-a-Vis Public International Law », *op. cit.*, p. 118.

<sup>502</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 2012, p. 86. Voir également : C. DE VISSCHER, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton, Princeton University Press, 3<sup>e</sup> éd., 1957, p. 400.

<sup>503</sup> CPIJ, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 Septembre 1927, *Séries A*, n° 10, p. 16.

<sup>504</sup> G. HERCZEGH, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *op. cit.*, p. 15.

<sup>505</sup> M. VAZQUEZ-BERMEDEZ, « Premier rapport sur les principes généraux du droit », Doc. n° A/CN.4/732, Soixante et onzième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2019, §188-235. Voir également : P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, n° 2, 2020, p. 9.

<sup>506</sup> B. CHENG, « General Principles of Law as a Subject for International Codification », *op. cit.*, p. 38.

446. L'autonomie des principes généraux du droit en tant que source formelle du droit international a fait l'objet de plusieurs analyses<sup>507</sup>. Par exemple, se prononçant sur l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, le juge Cançado Trindade a précisé que leur importance au sein du droit international se vérifie grâce à leur invocation « dans différentes manifestations ou sources formelles du droit international (...). Mais, même si tel n'était pas le cas, les principes généraux conserveraient tout de même leur place, aux origines et aux fondements de tout système juridique »<sup>508</sup>. Les principes généraux du droit constituent ainsi une source formelle du droit international<sup>509</sup>, au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, autonome et distincte du droit international coutumier ou du droit international conventionnel auxquels « le juge peut avoir recours, compte tenu des circonstances de l'affaire concernée. (...) Et c'est ainsi qu'ils ont (...) été appliqués par la Cour et par sa devancière dans une jurisprudence constante »<sup>510</sup>.

447. En ce sens, ils sont créateurs de droits et peuvent directement être appliqués par le juge ou par l'arbitre amené à analyser une question portant sur le droit international<sup>511</sup>.

448. Il semble, par ailleurs, généralement admis que ces principes peuvent « *crystallize into customary law* »<sup>512</sup> grâce à leur utilisation répétée en droit international. Benoît Jeanneau est également de cet avis, car selon lui la plupart de ces principes sont le résultat de « *latent rules emerging from social life, (...) from the*

---

<sup>507</sup> P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>508</sup> CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010, opinion séparée du juge Cançado Trindade, p. 147, §18.

<sup>509</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 33, §5.

<sup>510</sup> CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010, opinion séparée du juge Cançado Trindade, p. 147, §19.

<sup>511</sup> P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *op. cit.*, p. 4. Voir également : E. DE BRABANDERE, « Judicial and Arbitral Decisions as a Source of Rights and Obligations », in T. GAZZINI, E. DE BRABANDERE (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 248 ; H. ASCENSIO, *Droit international économique, op. cit.*, p. 17 : « Les principes généraux sont des principes communs à l'ensemble des traditions juridiques et, de ce fait, également applicables en droit international. (...) De plus, les principes émergent progressivement de ces deux sources [coutume et principes] sont susceptibles d'inspirer des régimes conventionnels plus précis, servant alors d'objectifs de politique publique internationale ».

<sup>512</sup> P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *ibidem*. Voir également : P. PALCHETTI, « The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules », in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE *et al.* (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019, p. 49.

*repetition of fragmentary text, which at one point in time, the judge promoted them as more or less general principles* »<sup>513</sup>.

449. Parmi leurs fonctions principales, les principes généraux facilitent la négociation des traités<sup>514</sup>, complètent le droit international conventionnel et le droit international coutumier et servent d'outil d'interprétation de ces règles en contribuant également à leur modification, ce qui permet un droit international plus flexible et adaptable<sup>515</sup>.

450. Ils contribuent, en outre, à la bonne application des normes primaires comme les dispositions d'un traité<sup>516</sup> en comblant « les lacunes du droit international général [et en interprétant] les règles douteuses de celui-ci »<sup>517</sup> afin de prévenir les conflits entre plusieurs règles juridiques<sup>518</sup> et de garantir la cohérence du droit international<sup>519</sup>.

451. Les principes généraux du droit comblent des lacunes<sup>520</sup> de deux manières : d'une part, en tant que règle primaire en l'absence d'un traité ou d'une norme coutumière applicable ; d'autre part, en tant que règle secondaire en complétant un traité ou une règle coutumière<sup>521</sup>. Nous avons généralement affaire à la seconde configuration, car il est rare de se retrouver dans une situation dans laquelle la seule source du droit international applicable soit un principe général du droit.

---

<sup>513</sup> E. ANGHEL, « General Principles of Law », *Lex et Scientia International Journal*, vol. 23, n° 2, 2016, p. 125. Voir également : B. JEANNEAU, « Allocution », in P. AVRIL, M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, p. 12.

<sup>514</sup> U. LINDERFALK, « General Principles as Principles of International Legal Pragmatics: The Relevance of Good Faith for the Application of Treaty Law », in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE *et al.* (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 101. Voir également : C. BASSIOUNI, « A Functional Approach to "General Principles of International Law" » *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 3, 1990, pp. 778-779 ; G. GAJA, « General Principles of Law », in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 374.

<sup>516</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 14. Voir également : U. LINDERFALK, « General Principles as Principles of International Legal Pragmatics: The Relevance of Good Faith for the Application of Treaty Law », *op. cit.*, p. 101.

<sup>517</sup> A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, p. 353.

<sup>518</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 3.

<sup>519</sup> CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010, opinion séparée du juge Cançado Trindade, p. 147, §191-92, p. 200, p. 217. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ibidem*, p. 11.

<sup>520</sup> CIJ, *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *Recueil CIJ*, 1966, opinion dissidente du juge Tanaka, pp. 298-299. Voir également : H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>521</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 12. Voir également : P. BERNARDINI, « Private law and general principles of public international law », *op. cit.*, p. 187.

452. Ils servent d'outil d'interprétation, en particulier lorsque la source du droit international à appliquer est particulièrement générale<sup>522</sup> ou en cas de conflit de normes. À titre d'exemple, mentionnons l'opinion individuelle du juge Koo et l'opinion dissidente du juge Fernandes à propos de l'affaire du *droit de passage sur le territoire indien* qui se basent sur l'application au cas d'espèce de principes généraux du droit en considérant la nécessité pratique et la logique<sup>523</sup>.

453. Ces principes trouvent plutôt application dans le cadre du contentieux international<sup>524</sup> comme en témoigne notamment leur codification à l'article 38 alinéa 1.c du Statut de la CIJ qui constitue un réservoir de principes à la disposition du juge international applicables aux différends lorsqu'ils sont pertinents et appropriés à la situation ou cas d'espèce<sup>525</sup>.

454. De manière générale, nous constatons que l'application des principes généraux du droit est essentielle, au moins pour deux raisons : d'une part, le bon déroulement des procédures de règlement des différends repose sur l'application de plusieurs principes tels que ceux du contradictoire, d'impartialité, de célérité, d'indépendance, etc.<sup>526</sup> ; d'autre part, ils permettent de rétablir l'équilibre entre les parties lors d'un différend en garantissant une égalité des droits et des obligations, notamment en droit international des investissements au regard duquel les tribunaux sont perçus comme favorisant l'investisseur<sup>527</sup>.

---

<sup>522</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ibidem*, p. 14. Voir également : B. CHENG, « General Principles of Law as a Subject for International Codification », *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>523</sup> CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt du 12 avril 1960, Recueil CIJ, 1960, opinion dissidente de M. V. K. Wellington Koo, pp. 66-67 et opinion individuelle de M. Fernandes, pp. 136-140. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ibid.*, p. 16.

<sup>524</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ibid.*, p. 24.

<sup>525</sup> H. WALDOCK, « General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 106, 1962, pp. 5-55. Voir également : M. MOROSIN, « Double Jeopardy and International Law: Obstacles to Formulating a General Principle », *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, n° 2, 1995, pp. 261-262 ; H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *op. cit.*, pp. 17-33.

<sup>526</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *ibidem*, p. 35.

<sup>527</sup> P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *ibidem*, p. 23.

455. Il convient à présent d'examiner ces deux institutions juridiques *in concreto* afin de déterminer si la notion d'attentes légitimes est un principe général de droit ou bien un standard.

## **B. La notion d'attentes légitimes : un principe ou un standard ?**

456. La notion d'attentes légitimes peut prendre différentes formes selon le domaine du droit international économique auquel elle s'applique. *Prima facie*, elle semble remplir les critères des deux concepts juridiques précédemment étudiés. C'est en partant de ce constat initial que nous allons déterminer si cette notion est finalement un principe, un standard ou bien les deux. Cette analyse se fera à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence développées sur le sujet.

457. La principale différence entre les principes généraux du droit et les standards est que les premiers « ont pour fonction de compléter un ordre juridique et de favoriser sa cohérence »<sup>528</sup> alors que les seconds « servent à assouplir la rigidité des règles traditionnelles, à les rendre adaptables aux différents lieux dans lesquels elles s'appliquent en fonction des époques et des circonstances ou à emporter l'approbation de tous lors de la formulation de la règle »<sup>529</sup>. Cela dit, peu importe leur statut, les attentes légitimes seront toujours un outil indispensable au juge international.

458. Nous allons, tout d'abord, vérifier si la notion d'attentes légitimes remplit les critères permettant de la considérer comme un standard (1), avant de l'étudier au regard des caractéristiques d'un principe général du droit (2), en vue *in fine* de déterminer son statut et sa nature.

---

<sup>528</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, op. cit., p. 15.

<sup>529</sup> *Ibidem*

## 1. *Un possible standard*

459. Les standards sont des mesures de conformité d'une conduite juridiquement définie avec ce qui est jugé « normal », au cas par cas, par le juge international compte tenu des faits précis de l'affaire<sup>530</sup>. Ils créent une obligation de comportement dont le non-respect entraînera une sanction.

460. Selon Florian Dupuy, la protection des attentes légitimes semble « remplir les principales conditions qui lui permettront de devenir un standard »<sup>531</sup>. Il revient au juge de déterminer son sens concret, son contenu et sa portée à l'aide de critères objectifs<sup>532</sup>.

461. La notion d'attentes légitimes a déjà fait l'objet d'une application en tant qu'outil de mesure, notamment en droit financier international et en droit international monétaire. Son rôle est alors d'établir le seuil minimum de comportement acceptable auquel les États doivent se conformer afin de garantir le bon fonctionnement du système monétaire et financier international. Dans le cas du droit informel, cela permet une grande adaptabilité pour « régir des rapports sociaux divers et constamment changeants »<sup>533</sup>.

462. Les standards permettent donc d'apprécier le comportement d'un individu sur la base d'un modèle-type. Ainsi, certaines notions telles que la bonne foi ou la *due diligence* agissent parfois en tant que standards, « soit en raison d'une transformation du concept après une certaine période de temps, soit en raison de la diversité des situations de fait que la notion peut couvrir »<sup>534</sup>. Nous déduisons que le but de cette souplesse est de permettre l'adoption d'instruments internationaux sans être tenu de respecter les formalités du droit des traités, ce qui permet leur évolution rapide lorsque les besoins de la communauté internationale changent.

---

<sup>530</sup> A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation. La normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 26, n° 1, 2014, p. 159. Voir également : R. POUND, « The Administrative Application of Legal Standard », *op. cit.*, p. 12.

<sup>531</sup> F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, thèse en cotutelle, Universités Paris II et Humboldt-Universität zu Berlin, 30 novembre 2007, p. 387.

<sup>532</sup> A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation. La normativité variable en droit international », *op. cit.*, p. 161.

<sup>533</sup> *Ibidem*, pp. 159-160.

<sup>534</sup> *Ibidem*.

463. Selon Joost Pawelyn, les standards peuvent être considérés comme des faits juridiques capables de produire des effets juridiques indirects ou dépendants dans la mesure où ils permettent l'application d'actes juridiques qui produisent également des effets juridiques<sup>535</sup>. Parmi ces faits juridiques figurent les attentes légitimes alors perçues en tant qu'élément permettant l'évaluation des faits d'un différend<sup>536</sup>.

464. Nous constatons ainsi que les attentes légitimes jouent un rôle indispensable en tant que référence lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité d'un comportement par rapport à une situation déterminée. Cette notion peut également inciter le respect de leurs droits et obligations par les parties sachant que le respect des engagements par l'une des parties encourage l'autre à agir de manière semblable. À l'inverse, le non-respect des dispositions peut non seulement décevoir les attentes légitimes de ceux qui les appliquent mais aussi entraîner leur méconnaissance.

465. Cette notion contribue également à consolider la légitimité et l'effectivité des champs informels du droit international économique en permettant au juge de « *weigh competing interests* »<sup>537</sup>. S'agissant de domaines en pleine évolution, la notion d'attentes légitimes reste intentionnellement indéterminée afin de s'adapter<sup>538</sup> aux différentes situations auxquelles elle peut s'appliquer, ce qui est cohérent avec la souplesse inhérente au droit informel.

466. Reprenant les mots de Awalou Ouedraogo, on peut ainsi considérer que « la standardisation est un phénomène qui correspond à la complexité croissante des relations internationales et à l'insuffisance évidente des règles rigides pour tout prévoir et tout régir »<sup>539</sup>. De ce fait, il est possible de conclure que les attentes légitimes se présentent sous la forme de standards dans les champs du droit international

---

<sup>535</sup> E. MILANO, N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 2, 2019, p. 163.

<sup>536</sup> E. MILANO, N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *ibidem*, p. 169.

<sup>537</sup> S. BOUTILLON, « The Precautionary Principle: Development of an International Standard », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2002, p. 447.

<sup>538</sup> *Ibidem*

<sup>539</sup> A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : La normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de Droit International*, *op. cit.*, p. 167.

économique relevant du droit souple en permettant de s'adapter aux besoins variables de la société internationale et d'édifier un système économique cohérent.

467. Nous allons à présent étudier les attentes légitimes à la lumière de la notion de principe général du droit.

## ***2. Un possible principe général***

468. Les principes généraux du droit ont une grande importance tant en droit étatique qu'en droit international. Dès 1964, Géza Herczegh soutenait qu'ils se trouvent « *in the closest connection with the social and economic order* »<sup>540</sup>. À cet égard, la CIJ a eu l'occasion de se prononcer sur les différences entre les termes « règles » et « principes » dans l'affaire de la *délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* à propos de laquelle elle a précisé qu'il s'agit « d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par principe, des principes du droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de principes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fondamental »<sup>541</sup>.

469. Nous considérons que cette position est toujours d'actualité, car les principes généraux du droit sont créés conformément aux besoins de chaque société et notamment de la société internationale. Or, la globalisation permet actuellement une certaine uniformité dans la création des principes applicables en droit international.

470. La notion d'attentes légitimes est un principe général du droit reconnu au sein d'une grande majorité de droits étatiques<sup>542</sup>. Toutefois, plusieurs auteurs dont Arwel Davies affirment que cette application répandue à l'échelle mondiale n'est pas un critère suffisant pour conclure que les attentes légitimes disposent de ce statut, car les

---

<sup>540</sup> G. HERCZEGH, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *op. cit.*, p. 18.

<sup>541</sup> CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 12 octobre 1984, Recueil CIJ, 1984, §73.

<sup>542</sup> Voir le chapitre introductif. Voir également : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §28.

différences « *in 'points of detail' or 'routes of legal reasoning' should not be fatal to recognition to the extent that similar cases have similar outcomes* »<sup>543</sup>.

471. Nous sommes cependant de l'avis que cette notion est également un principe général du droit au sens de l'article 38 alinéa 1.c du Statut de la CIJ. En effet, elle a déjà été appliquée en tant que tel en droit international, soit pour combler des lacunes et prévenir des conflits de normes, soit en tant qu'élément inhérent au TJE ou en tant qu'outil d'interprétation afin de compléter son contenu<sup>544</sup>.

472. Les attentes légitimes peuvent, par exemple, contribuer à la recherche d'une proportionnalité entre le respect des droits privés et la nécessité d'une mesure gouvernementale prise au nom de l'intérêt général. Comme en témoigne l'affaire *TECMED c. Mexique*, cela suppose concrètement de rechercher un équilibre entre « *the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure* »<sup>545</sup> afin de rétablir l'équilibre entre les parties<sup>546</sup> ou d'interpréter les dispositions d'un traité notamment le TJE<sup>547</sup>.

473. Cela est également le cas dans le cadre de l'OMC où la notion d'attentes légitimes s'applique en tant qu'outil d'interprétation des Accords afin de contribuer à la résolution de différends commerciaux<sup>548</sup>. Ces fonctions sont similaires à celles que remplissent les principes généraux du droit.

474. La notion d'attentes légitimes, prenant la forme d'un principe général du droit, permet d'interpréter<sup>549</sup> les dispositions des traités en vigueur. Pour autant, elle ne peut

---

<sup>543</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 3, 2018, pp. 330-331.

<sup>544</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 54.

<sup>545</sup> *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §122.

<sup>546</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>547</sup> A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, mars 2009, p. 31.

<sup>548</sup> T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *Trade Law and Development*, vol. 8, n° 1, 2016, p. 65.

<sup>549</sup> Voir notamment : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §28 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.20 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §§43-45 ; *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §8.25 ; *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152, rapport du Groupe spécial, 22 décembre

faire l'objet d'une invocation automatique pour garantir la stabilité de l'ordre juridique en vigueur<sup>550</sup>. En effet, cela n'est pas possible lorsqu'il s'agit d'une attente légitime dérivée d'un acte illicite ou contraire à la loi.

475. Nous avons également constaté que son application devient plus évidente lorsque les États parties reconnaissent ce principe au sein de leur juridiction<sup>551</sup>. En effet, il s'agit d'un principe du droit administratif reconnu dans les principaux systèmes juridiques des nations civilisées<sup>552</sup>. Il est aussi admis par la pratique arbitrale<sup>553</sup> et trouve son fondement à l'article 54 du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

476. Selon le tribunal arbitral qui s'est prononcé sur l'affaire *Gold Reserve c. Venezuela*, cette disposition « *may be considered to include the "general principles of law recognized by civilized nations" referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice* »<sup>554</sup>. Dès lors, la notion d'attentes légitimes en tant que principe général du droit reconnu dans la majorité des droits étatiques ainsi qu'en droit de l'Union européenne ne peut qu'être reconnue qu'en tant que tel en droit international<sup>555</sup>. Pour autant, le tribunal saisi d'une affaire doit être particulièrement

---

1999, §7.67 ; *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, L/833 -7S/60, rapport du Groupe spécial, 23 octobre 1958, §5.12, « *provide equal conditions of competition* » ; *Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139, rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, §10.76, 10.77, 10.80 ; *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990, §§147-148,152. Voir également : M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, Oxford, HART Publishing, 2006, p. 97.

<sup>550</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>551</sup> Dimitri Filip avance une hypothèse sur la base de l'article 38(1) du Statut de la CIJ selon laquelle la déception des attentes légitimes en tant que notion amplement reconnue par le droit étatique peut constituer une violation d'un principe général de droit (D. FILIP, « The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in International Investment Law », *Manchester Review of Law, Crime & Ethics*, vol. 5, 2016, p. 56).

<sup>552</sup> De ce fait, il s'agit d'une notion issue de l'application des TBI empruntée par le droit de la fiscalité internationale. Voir notamment : T. WÄLDE, A. KOLO, « Investor-State Disputes: The Interface between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty », *Intertax Law Journal*, vol. 35, n° 8-9, 2007, p. 448.

<sup>553</sup> *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §576 ; *Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §166 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §§11,128. Voir également : F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, thèse en cotutelle, Universités Paris II et Humboldt-Universität zu Berlin, 30 novembre 2007, pp. 71-102.

<sup>554</sup> *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §575. Voir également : D. PEAT, « International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method », *op. cit.*, p. 664.

<sup>555</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §28. Voir également : *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.20.

prudent lorsque ce principe n'est pas reconnu au sein du droit de l'État partie au différend<sup>556</sup>.

477. Il est également possible de constater l'existence d'un principe bien établi de protection des attentes légitimes<sup>557</sup>, notamment en droit international des investissements où il constitue le fondement de la grande majorité des réclamations portant sur la violation du TJE<sup>558</sup>.

478. Selon Josef Ostránský, les tribunaux arbitraux ont reconnu le principe de protection des attentes légitimes afin de lui accorder un fondement juridique plus solide<sup>559</sup>. À notre avis, c'est tout le contraire qui s'est produit. Les attentes légitimes ont toujours été un principe général du droit au regard des fonctions qu'elles remplissent depuis plusieurs années et seule leur qualification est le résultat d'une pratique arbitrale récente se précisant au cas par cas<sup>560</sup>.

479. À l'appui de nos propos, ce même auteur précise d'ailleurs que les TBI « *are said to promote the rule of law, therefore it may be apposite to apply a principle that alleges to foster trust and confidence in the law and the public apparatus as its important element* »<sup>561</sup>. Cela témoigne de l'importance des attentes légitimes tant au sein des traités que dans le cadre du contentieux international.

480. Néanmoins, nos recherches mettent en évidence que la notion d'attentes légitimes est qualifiée différemment selon la branche du droit international économique à laquelle elle s'applique, raison pour laquelle nous sommes dans l'impossibilité de conclure de manière définitive quant à sa qualification juridique.

---

<sup>556</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 332.

<sup>557</sup> Selon Michele Potestà, il est réaliste de conclure à l'existence de ce principe ou du moins à l'existence d'un « *emerging general principle of protection of legitimate expectations* » (M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n° 1, 2013, p. 98).

<sup>558</sup> T. WESCOTT, « Recent Practice on Fair and Equitable Treatment », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 3, 2007, p. 425.

<sup>559</sup> J. OSTŘANSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018, p. 350.

<sup>560</sup> *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil, §4.

<sup>561</sup> J. OSTŘANSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, pp. 353-354.

481. Nous pouvons parler de principe de protection des attentes légitimes s'agissant des branches du droit international économique dans lesquelles celles-ci existent depuis plusieurs décennies et évoluent de manière cohérente, c'est-à-dire le droit international des investissements et le droit du commerce international. Il s'agit néanmoins davantage d'un standard de protection des attentes légitimes dans les champs qui sont encore en évolution, dans lesquels la notion en est encore à un stade émergent, à savoir le droit financier international, le droit international monétaire et le droit de la fiscalité internationale.

482. Ce constat n'empêche toutefois aucunement de considérer que la notion d'attentes légitimes puisse atteindre le statut de principe général du droit dans l'ensemble des branches du droit international économique. Cette hypothèse repose sur le fait que le principe de protection des attentes légitimes s'applique en tant que tel depuis plusieurs années en droit du commerce international ainsi que dans une grande majorité des droits étatiques et le droit européen<sup>562</sup> ; une réalité qui va inévitablement accélérer sa reconnaissance dans d'autres branches du droit international économique.

483. C'est pour cela que nous avons décidé de retenir la notion de « principe de protection des attentes légitimes » dans nos prochains développements et de centrer prioritairement notre analyse sur les branches du droit international économique dans lesquelles elle semble déjà consolidée. Un tel choix se justifie également par l'absence de jurisprudence dans les autres domaines du droit international économique.

## **Section 2. Les effets du principe de protection des attentes légitimes**

484. Le principe de protection des attentes légitimes se retrouve dans la pratique arbitrale relative aux investissements, notamment depuis l'affaire *Aminoil c. Kuwait* à l'occasion de laquelle elle a fait sa première apparition. Puis, son affirmation progressive a permis de dégager des éléments indispensables afin de mieux préciser son contenu. Comme nous l'avons déjà relevé, les attentes légitimes ont connu différentes étapes d'évolution selon le domaine du droit international économique

---

<sup>562</sup> C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, 2009, pp. 6-7.

concerné. La notion ayant davantage évolué en droit international des investissements et en droit du commerce international, nous avons décidé d'aborder principalement ces deux matières.

485. À cet égard, on relève que la pratique arbitrale est source d'attentes légitimes liées à l'application de différents principes et standards issus du droit international des investissements, ce même en l'absence d'une règle du précédent<sup>563</sup>. Autrement dit, l'application constante du principe de protection des attentes légitimes crée à son tour des attentes légitimes quant à la cohérence des décisions arbitrales.

486. Originellement, c'est un principe général de droit qui constitue ainsi une source du droit international conformément à l'article 38 alinéa c du Statut de la CIJ<sup>564</sup> mais il s'applique également en lien avec le TJE. Plusieurs traités admettent l'application de principes généraux du droit issus de droits étatiques<sup>565</sup>. C'est notamment le cas des TBI conclus depuis 2004 par les États-Unis qui disposent que les principes généraux du droit peuvent s'appliquer dans le but de compléter le TJE. À titre d'exemple, nous pouvons citer le TBI conclu entre les États-Unis et l'Uruguay, notamment son article 5.2. (a) portant sur le standard minimum de traitement<sup>566</sup>, ou encore l'article 143 (2) de l'Accord de libre-échange conclu entre la Chine et la Nouvelle-Zélande qui dispose que « *fair and equitable treatment includes the obligation to ensure that, having regard to general principles of law, investors are not denied justice or treated unfairly or inequitably in any legal or administrative proceeding affecting the investments of the investor* »<sup>567</sup>.

487. Il convient toutefois de rappeler que le principe de protection des attentes légitimes peut voir son champ d'application limité, notamment lorsqu'il s'agit

---

<sup>563</sup> S. SCHILL, « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 156-57. Voir également : M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 91.

<sup>564</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ibidem*, p. 92.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>566</sup> *Treaty between the United States of America and the oriental republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment*, signé à Mar del Plata le 4 novembre 2005, entré en vigueur le 31 octobre 2006, article 5.

<sup>567</sup> *New Zealand-China Free Trade Agreement*, signé à Beijing le 7 avril 2008, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2008, Chapitre 11 « Investment », article 143.

d'attentes dérivant d'un contrat<sup>568</sup>. Cette limitation est le résultat de la volonté des États d'éviter son invocation abusive. Seule une clause parapluie peut permettre l'invocation d'attentes contractuelles devant un juge international. Autrement, le recours à ce principe reviendrait à convertir le TJE en clause parapluie, ce qui n'est pas la volonté des États parties aux TBI<sup>569</sup>.

488. Il convient dès lors d'examiner de manière plus approfondie les recours disponibles afin de garantir le respect des attentes légitimes (A), avant de procéder à une analyse de l'atteinte au principe de protection des attentes légitimes et de ses conséquences (B).

### **A. Les circonstances permettant le recours à la justice en cas d'atteinte au principe de protection des attentes légitimes**

489. Tout d'abord, relevons que la protection des attentes légitimes n'est possible que lorsque celles-ci remplissent les critères et les éléments constitutifs précédemment analysés<sup>570</sup>. En outre, cette protection est due *a posteriori*, c'est-à-dire lorsque la victime entame une procédure à l'encontre de l'infracteur afin de rétablir la situation préexistante qui lui bénéficiait.

490. Nous allons identifier quelles sont les circonstances permettant de recourir à la justice en cas de déception des attentes légitimes ainsi que les limites de cette protection. Pour ce faire, nous nous intéresserons plus spécifiquement à la pratique arbitrale, notamment en matière d'investissements (1), ainsi qu'à la jurisprudence résultant du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (2).

#### ***1. En droit international des investissements***

491. On a pu relever différents types d'attentes légitimes en droit international économique, cependant toutes dérivent des mêmes sources<sup>571</sup>. En effet, les représentations et/ou les assurances orales ou écrites d'un État peuvent définitivement

---

<sup>568</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 101.

<sup>569</sup> *Ibidem*

<sup>570</sup> Voir Titre 1, Chapitre 1 de la présente thèse

<sup>571</sup> D. COLLINS, *An introduction to International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 130.

l'engager à l'égard d'un investisseur. En ce sens, « qu'il s'agisse d'un contrat d'investissement ou de l'octroi d'un permis, l'État est tenu de respecter ce à quoi il s'est souverainement obligé (...) »<sup>572</sup>. Cela est clairement illustré par l'affaire *Azurix c. Argentine* à l'occasion de laquelle il a été précisé que les attentes légitimes sont généralement basées « *on assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment* »<sup>573</sup>. Ce n'est qu'en présence d'une clause parapluie que l'investisseur peut avoir recours aux tribunaux arbitraux par le biais du TBI signé entre l'État de sa nationalité et l'État d'accueil, pour violation du contrat<sup>574</sup>. Cette clause renforce la protection des investissements et, selon Lone Wandahl Mouyal, constitue un élément qui consolide objectivement les attentes légitimes de l'investisseur<sup>575</sup>.

492. Nous constatons qu'un investisseur peut donc saisir un tribunal arbitral pour deux raisons : soit en cas de déception d'attentes légitimes à la suite de la modification d'une assurance ou d'une représentation de l'État ; soit en cas de déception d'attentes contractuelles, lorsqu'il existe une clause parapluie insérée dans le TBI applicable. Cependant, l'application du principe de protection des attentes légitimes ne semble pas pouvoir se faire de manière autonome. En effet, l'investisseur doit saisir le tribunal sur la base d'une violation d'une disposition du TBI en invoquant conjointement ou à titre subsidiaire la déception de ses attentes légitimes. Cette condition se justifie par la volonté d'éviter, d'une part, que l'investisseur invoque la protection d'attentes légitimes pour n'importe quelle raison, y compris les profits qu'il envisage d'obtenir de son investissement et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir normatif de l'État soit limité au regard du risque de devoir indemniser l'investisseur pour tout changement qui pourrait le nuire<sup>576</sup>.

---

<sup>572</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, PUF, 2012, p. 306.

<sup>573</sup> *Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §318. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2017, p. 316.

<sup>574</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, London, Routledge, 2016, p. 203.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>576</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 429.

493. Nous en déduisons que la saisine des tribunaux arbitraux se fait généralement sur la base d'une violation du TJE ou d'une expropriation indirecte en lien avec la déception d'attentes légitimes<sup>577</sup>.

### L'invocation d'attentes légitimes en lien avec le TJE

494. L'examen du TJE suppose une analyse des attentes légitimes de l'investisseur lorsqu'il réalise son investissement sur la base des protections promises par l'État d'accueil<sup>578</sup>. Ce lien est admis par la jurisprudence. Dans l'affaire *Charanne c. Espagne*, l'arbitre Guido Santiago Tawil a ainsi souligné dans son opinion dissidente que « *if the modification of the benefit granted to parties that had already invested as a result of this special regime (...) caused harm without providing adequate compensation, this would violate the legitimate expectations created, and thus, the fair and equitable treatment* »<sup>579</sup>. Cela a aussi été mis en évidence dans une affaire plus récente, *9REN Holding c. Espagne*, au sujet de laquelle le tribunal arbitral a rappelé que l'invocation par un investisseur de la déception de ses attentes légitimes suppose également de démontrer une violation du TJE<sup>580</sup>. Les attentes légitimes sont donc un élément à prendre en compte pour la détermination d'une violation du TJE<sup>581</sup>.

495. Par ailleurs, il ressort de l'affaire *URBASER c. Argentine* que le rôle du principe de protection des attentes légitimes a été élargi afin d'inclure également l'interprétation de tous les actes et omissions de l'État d'accueil relevant du TJE<sup>582</sup>. Nous en déduisons que les attentes légitimes sont indispensables à mentionner lors de l'invocation d'une violation du TJE devant les tribunaux arbitraux. Cela semble aussi être le cas s'agissant du contentieux de l'expropriation indirecte.

---

<sup>577</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2015, p. 193.

<sup>578</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §127.

<sup>579</sup> *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil, §12.

<sup>580</sup> *9REN Holding S.a.r.l c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/15, sentence du 31 mai 2019, §308.

<sup>581</sup> *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §319.

<sup>582</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §615.

## L'invocation d'attentes légitimes en lien avec l'expropriation indirecte

496. Suzy Nikiema a pu noter que « plusieurs sentences arbitrales récentes, essentiellement celles rendues sur le fondement de l'ALENA, introduisent presque systématiquement les attentes légitimes ou raisonnables fondées sur l'investissement comme relevant de la protection offerte par la clause d'expropriation, au même titre que l'investissement lui-même »<sup>583</sup>.

497. Il résulte effectivement de notre analyse de la pratique arbitrale que les attentes légitimes sont également un élément à examiner lors de la détermination d'une expropriation pouvant donner droit à une indemnisation. En effet, plusieurs éléments ont été dégagés afin de faire une distinction entre l'expropriation indirecte indemnisable et les mesures réglementaires non indemnisables. Cette distinction se fait au cas par cas en tenant compte de plusieurs éléments parmi lesquels figurent la déception des attentes légitimes de l'investisseur, l'objectif et le degré d'ingérence de la mesure au regard de la propriété de l'investisseur, la proportionnalité, le respect de la procédure pour l'adoption de la mesure en question, etc.<sup>584</sup>

498. La question qui se pose ici est celle de savoir si l'investisseur pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la valeur économique de son bien disparaisse en tout ou partie en raison des mesures réglementaires adoptées par l'État<sup>585</sup>. C'est de cette manière que les attentes légitimes participent à la recherche des éléments pouvant permettre au juge de conclure à l'existence ou non d'une expropriation indirecte.

499. Autrement dit, la détermination d'une expropriation requiert, d'une part, que la mesure prétendument expropriatrice porte atteinte aux attentes légitimes et raisonnables de l'investisseur relatives aux avantages économiques de l'investissement et, d'autre part, que son degré d'ingérence soit substantiel<sup>586</sup>, c'est-à-

---

<sup>583</sup> S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 299.

<sup>584</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>585</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 206. Voir également : *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §122.

<sup>586</sup> *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §251.

dire que l'investisseur perde le contrôle de l'investissement et qu'il ne puisse plus produire et commercialiser son produit.

500. La pratique arbitrale semble donc exiger une violation principale en lien avec les attentes légitimes du demandeur. Cela est cohérent avec leur statut de principe visant à garantir un rapport de confiance entre les parties. En effet, permettre la saisine automatique des tribunaux arbitraux pour la seule violation du principe de protection des attentes légitimes semble trop prématuré étant donné qu'à l'heure actuelle, son contenu et sa qualification ne sont pas établis de manière suffisamment précise et claire. D'autre part, en l'absence de définition unanime, il existe un risque que la protection reconnue à l'investisseur soit trop importante. Cela limiterait considérablement l'exercice de la souveraineté de l'État et entraînerait inévitablement un déséquilibre des droits et obligations des parties.

501. Nous allons à présent nous consacrer à l'étude des recours disponibles en cas de violation du principe de protection des attentes légitimes en droit du commerce international, plus précisément dans le cadre de l'OMC.

## ***2. En droit du commerce international***

502. Contrairement au droit international des investissements, il est possible de saisir l'Organe de règlements des différends (ORD) au motif d'une violation du principe de protection des attentes légitimes sur la base d'une plainte en situation de non-violation se fondant sur la privation d'un avantage ou la violation d'un principe, sans donc qu'il y ait une violation à une obligation juridique positive<sup>587</sup>. Néanmoins, il a fallu encadrer cette procédure afin d'éviter son invocation abusive qui pourrait créer de l'insécurité juridique. Dans cette hypothèse, il est exigé de présenter une justification détaillée de la situation conformément à l'article 26 a) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord)<sup>588</sup>. Ce principe de protection des attentes légitimes sert

---

<sup>587</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 154.

<sup>588</sup> *Ibidem*, p. 141.

également à garantir un traitement non-discriminatoire dans le cadre des échanges commerciaux.

503. Si les attentes légitimes d'un Membre ont été déçues, il peut formuler une plainte en situation de non-violation ou adopter une mesure de sauvegarde. Ces deux recours visent à rééquilibrer les rapports entre les parties en leur permettant d'entamer de nouvelles négociations. Le recours à ce type de plainte se fait donc dans le but de prévenir la déception des objectifs des concessions tarifaires<sup>589</sup> mais surtout de tenir l'État membre responsable des attentes légitimes qu'il a pu créer dans l'esprit des autres membres<sup>590</sup>.

504. En outre, le Membre dont les attentes ont été déçues peut prendre des mesures de sauvegarde en réaction à une situation de non-violation des Accords de l'OMC. Il s'agit d'une situation imprévisible mais pas forcément interdite qui a provoqué une modification du rapport entre les Membres ; par exemple des importations massives d'un produit déterminé qui causent un préjudice aux producteurs nationaux.

505. Il est également possible pour les Membres d'invoquer la protection d'attentes légitimes<sup>591</sup> dans le cadre de plaintes en situation de violation mais non à titre principal. En effet, il est tout d'abord nécessaire de démontrer que le Membre a manqué à ses obligations découlant des Accords de l'OMC. Ainsi, une fois que la violation d'un article du GATT entraînant une annulation ou une réduction d'avantages<sup>592</sup> a été constatée, le Groupe spécial pourra également analyser « les attentes des Membres concernant les conditions de concurrence »<sup>593</sup>.

---

<sup>589</sup> A. QURESHI, X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, Londres, Routledge, 1<sup>re</sup> éd., 2001, p. 260.

<sup>590</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., pp. 157-158.

<sup>591</sup> *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §77.

<sup>592</sup> Voir notamment : *Les taxes intérieures brésiliennes*, GATT/CP.3/42 - II/181, premier rapport du Groupe spécial, 30 juin 1949, §16 ; *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 - 34S/136, rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987, §5.1.9 ; *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L/5504 - 30S/140, rapport du Groupe spécial, 7 février 1984, §§5.6-5.9 ; *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, L/5623 - 31S/94, rapport du Groupe spécial, 16 mai 1984, §55.

<sup>593</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §40.

506. Les recours font l'objet de l'analyse d'un juge international qui déterminera les conséquences de la violation du principe de protection des attentes légitimes.

### **B. L'analyse de la violation des attentes légitimes et ses conséquences**

507. Dès lors que la partie lésée a entamé une procédure à l'encontre de celui qui a déçu ses attentes légitimes, il revient au tribunal d'examiner l'affaire. Le juge doit procéder à une analyse en tenant compte des circonstances entourant le litige mais aussi de plusieurs principes, notamment de proportionnalité, du raisonnable, de bonne foi, etc.

508. Le principe de protection des attentes légitimes est un outil d'interprétation à disposition des tribunaux. En vérifiant les intentions réelles des parties, ils examinent leurs attentes légitimes à la lumière de l'engagement en question considéré dans son ensemble<sup>594</sup>. Autrement dit, leur interprétation doit tenir compte des conséquences que les parties doivent avoir raisonnablement et légitimement envisagées comme résultant de leur engagement<sup>595</sup>. L'importance des attentes légitimes pour l'interprétation des conventions d'arbitrage semble être mise en évidence dans l'affaire *SOABI c. Sénégal*<sup>596</sup>. Cette approche est conforme à l'article 33 (3) alinéas b et c de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux termes duquel :

« 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 ; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ; (...) »<sup>597</sup>.

509. En ce sens, le rôle des attentes légitimes en tant que base indispensable pour déterminer si un État a accordé un traitement juste et équitable à un investisseur déterminé est un élément bien établi de l'arbitrage des investissements<sup>598</sup>. Cela résulte, d'une part, de la pratique des États démontrant l'existence d'un accord concernant

---

<sup>594</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §132.

<sup>595</sup> *Ibidem*

<sup>596</sup> *SOABI c. Sénégal*, affaire CIRDI n° ARB/82/1, sentence du 25 février 1988, §4.10.

<sup>597</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, signé à Vienne le 23 mai 1969, *RTNU*, vol. 1155, vol. 18232, article 33.

<sup>598</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §533.

l'interprétation d'un traité, un phénomène qui découle notamment d'une interprétation commune et répétée « *advanced by non-disputing, and respondent states in successive disputes under the same treaty* »<sup>599</sup> ; d'autre part, de la reconnaissance des principes généraux du droit en tant que sources de droit international applicables dans le cadre du contentieux arbitral<sup>600</sup>.

510. Le juge a tendance à protéger les attentes légitimes qui sont nées au moment où l'investisseur a décidé d'investir mais cela peut parfois se révéler difficile, notamment lorsque l'investissement s'étale dans le temps ou s'exécute en plusieurs étapes. Cette dernière hypothèse a été analysée dans les affaires *CMS v. Argentine*<sup>601</sup>, *Crystallex c. Venezuela*<sup>602</sup>, *Frontier c. République Tchèque*<sup>603</sup>, *NovEnergia c. Espagne*<sup>604</sup>, entre autres. Il résulte de ces cas qu'un investissement suppose la naissance de nouvelles attentes légitimes tout au long de son exécution qui peuvent influencer les choix de l'investisseur. Le juge doit ainsi identifier les attentes qui relèvent de chaque décision de ce dernier sachant que les investissements sont composés de plusieurs transactions et activités différentes mais qui doivent être traitées comme un ensemble ayant une existence juridique et visent un seul et même objectif économique, à savoir la bonne exécution du projet d'investissement<sup>605</sup>. Cela est notamment mis en avant par l'affaire *Frontier c. République Tchèque* à l'occasion de laquelle il a été précisé que lorsqu'un d'investissement s'effectue en plusieurs étapes ou s'étale dans le temps, les attentes légitimes qui en résultent doivent être examinées à chaque moment où est prise une décision essentielle pour la « *creation, expansion, development, or reorganisation of the investment* »<sup>606</sup>.

511. Dans l'affaire *Nagel c. République Tchèque*, il s'agissait de déterminer si un accord de coopération conclu entre un investisseur et une entreprise publique de l'État

---

<sup>599</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 343.

<sup>600</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>601</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §273

<sup>602</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §557.

<sup>603</sup> *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §287.

<sup>604</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §§538-539.

<sup>605</sup> C. SCHREUER, U. KRIEBAUM, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? », in J. WERNER, A. HYDER ALI (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing Ltd, 2009, p. 270.

<sup>606</sup> *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §287.

d'accueil pouvait constituer un investissement au sens du TBI applicable. Le tribunal a statué que même si l'investisseur « *may have been encouraged by various remarks from Ministers (...) or by the general interest they demonstrated in his plans, [but] this was not sufficient... to raise his prospects based on the Cooperation Agreement to the level of a 'legitimate expectation with financial value'* »<sup>607</sup>. En ce sens, il est toujours indispensable de distinguer les simples espoirs des attentes légitimes mais aussi les attentes qui sont raisonnables et légitimes de celles qui ne le sont pas<sup>608</sup>.

512. Cependant, en raison de l'absence de reconnaissance du principe du précédent dans le cadre de l'arbitrage international, le test visant à déterminer l'existence d'attentes légitimes susceptibles d'être protégées, notamment à l'occasion de modifications législatives, peut varier significativement. Il peut porter sur l'ampleur du changement<sup>609</sup> et la manière dont il a eu lieu<sup>610</sup>, ou encore sur les effets discriminatoires qu'une mesure étatique peut produire<sup>611</sup> et sa nature déraisonnable<sup>612</sup>. Cela permet aux États de s'adapter à la jurisprudence afin d'éviter d'être tenus responsables à chaque fois qu'un changement significatif doit intervenir dans leur législation ou bien lorsque les attentes légitimes d'un investisseur sont déçues<sup>613</sup>.

513. Le tribunal examine les circonstances du litige en allant du cadre juridique de l'État à sa situation socio-politique au moment où l'investisseur a décidé d'investir. Il tiendra également compte de toute autre circonstance que l'investisseur aurait dû connaître avant de prendre sa décision<sup>614</sup>. Tel a été le cas pour l'affaire *MTD c. Chili* dans le cadre de laquelle le tribunal a rappelé que l'État n'est pas responsable pour les conséquences des « *unwise business decisions or for the lack of diligence of the investor* »<sup>615</sup>. Nous en déduisons que tout investisseur doit être en mesure de prévoir

---

<sup>607</sup> *William Nagel c. République Tchèque*, affaire SCC n° 049/2002, sentence finale du 9 septembre 2003, §§326.338. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 10.

<sup>608</sup> *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §291.

<sup>609</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §363.

<sup>610</sup> *PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §186.

<sup>611</sup> *Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §200-§244. Voir également : *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §441.

<sup>612</sup> *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §291.

<sup>613</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 107.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>615</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §167.

des modifications législatives raisonnables de la part de l'État d'accueil sachant qu'il est uniquement interdit que ce dernier agisse de manière injuste ou déraisonnable dans l'exercice de son pouvoir normatif<sup>616</sup>.

514. Si une violation du principe de protection des attentes légitimes est finalement avérée, le tribunal peut octroyer une indemnisation ou « *in-kind, injunctive or specific relief* »<sup>617</sup>.

515. En droit du commerce international, qu'il s'agisse de plaintes en situation de non-violation prévues à l'Article XXIII :1.b) du GATT<sup>618</sup> ou bien de plaintes en situation de violation, le groupe spécial saisi cherchera toujours à vérifier la légitimité des attentes en réalisant une analyse normative de l'objet et du but des Accords de l'OMC ainsi que l'équilibre des droits et obligations qu'ils prévoient<sup>619</sup>.

516. La partie qui estime qu'un « avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée »<sup>620</sup> en conséquence de l'application d'une mesure d'un État membre susceptible d'être contraire ou conforme aux Accords de l'OMC peut demander de nouvelles négociations. Le but de cette possibilité offerte est de rétablir l'équilibre des droits et des obligations entre les Membres.

517. Les attentes légitimes remplissent plusieurs fonctions<sup>621</sup>. En toute hypothèse, elles permettent de combler les lacunes des Accords de l'OMC au moment d'interpréter leurs dispositions<sup>622</sup>. Elles servent également à garantir le maintien des concessions tarifaires telles qu'elles ont été négociées par les parties<sup>623</sup> et que les possibilités de

---

<sup>616</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §§332-335-338 ; M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 119.

<sup>617</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 48.

<sup>618</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §34.

<sup>619</sup> A. QURESHI, X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, *op. cit.*, p. 264.

<sup>620</sup> GATT, Article XXIII:1b).

<sup>621</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>622</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.72.

<sup>623</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.329.

concurrence ne soient pas annulées ou compromises par une mesure étatique conforme aux Accords de l'OMC<sup>624</sup>. Nous étudierons cette question plus en détail dans la seconde partie de la thèse<sup>625</sup>.

518. Le cas échéant, le tribunal doit tirer les conséquences d'une violation du principe de protection des attentes légitimes.

### **La réparation en conséquence de la violation d'attentes légitimes**

519. Les conséquences d'une atteinte à des attentes légitimes varient selon les droits étatiques. En droit anglais, les attentes légitimes sont généralement invoquées afin d'annuler une mesure jugée incompatible avec celles-ci<sup>626</sup>. Le but est donc de mettre fin à la mesure qui porte atteinte aux attentes légitimes d'un individu.

520. En droit français, la réparation se fait différemment, selon le type d'acte objet du différend. Précisément, lorsqu'il s'agit d'un acte qui prend la forme d'une décision administrative individuelle, il est maintenu dans la mesure du possible alors que lorsqu'il s'agit d'un acte de portée générale, une réparation du préjudice causé en conséquence d'une atteinte à des attentes légitimes est réalisée à travers une indemnisation<sup>627</sup>. Aux États-Unis, les réclamations portant sur les attentes légitimes font généralement l'objet de demandes de mesures injonctives, bien qu'il soit aussi possible que le refus d'une procédure régulière sur le fond puisse donner lieu à une demande de dommages-intérêts afin d'obtenir une indemnisation<sup>628</sup>.

521. Les juridictions internationales ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur les différents types de réparation possibles. Dans le cadre de l'affaire portant sur *l'usine*

---

<sup>624</sup> CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §§146-148 ; Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 3 avril 1950, §12 ; Régime des importations de sardines en Allemagne, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992, §16.

<sup>625</sup> Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 de la présente étude.

<sup>626</sup> R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Asif Mahmood Khan* [1984] 1 WLR 1337, p. 1343. Voir également : R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* [1987] 1 WLR 1482, p. 1485 ; E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>627</sup> S. SCHONBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, §114 ; Conseil d'État, 18 octobre 1957, *Bouveret*, Recueil 542.

<sup>628</sup> *Constitution des États-Unis d'Amérique*, adoptée par la Convention du 17 septembre 1787, entrée en vigueur le 4 mars 1789, article 5. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 50.

de *Chorzow*, la CPIJ a indiqué que l'objectif principal d'une réparation est d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »<sup>629</sup>.

522. Par ailleurs, la CIJ a procédé à une distinction entre les dommages causés à l'État et ceux causés à des particuliers en indiquant que « les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'État auxquels le même acte peut également porter atteinte »<sup>630</sup>. Le droit international reconnaît ainsi différents degrés de réparation, notamment au regard des sujets victimes du dommage en question.

523. Selon l'article 34 des Articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites, « la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement »<sup>631</sup>. Selon l'arbitre unique chargé de résoudre l'affaire *Texaco c. Libye*, la restitution constitue « la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles et elle ne pourrait être écartée que dans la mesure où le rétablissement du *statu quo* se heurterait à une impossibilité absolue »<sup>632</sup>.

524. Il semble généralement admis qu'en droit international, les attentes légitimes peuvent être protégées de plusieurs manières<sup>633</sup>. Toutefois, une analyse de la pratique arbitrale démontre que toutes les formes de réparation ne sont pas mises en œuvre. La satisfaction et la restitution trouvent une meilleure application dans un rapport exclusivement interétatique. Dans ce cas, elles ne peuvent être octroyées que par une juridiction internationale compétente pour connaître les différends qui naissent entre des États telle la CIJ.

---

<sup>629</sup> CPIJ, *Affaire de l'Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 47. Voir également : P. SAGANEK, « General Principles of Law in Public International Law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 37, 2017, p. 251.

<sup>630</sup> CPIJ, *Affaire de l'Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 28.

<sup>631</sup> *Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, doc. n° 4/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2001, article 34.

<sup>632</sup> *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Company c. Libye*, affaire ad hoc, sentence du 19 janvier 1977, §109.

<sup>633</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 51.

525. De plus, nous constatons que d'une manière générale, tous les types de réparation ne sont pas applicables à toutes les branches du droit international économique. Ainsi, en droit international des investissements, la satisfaction semble impossible et la *restitutio in integrum* est rarement octroyée par les tribunaux arbitraux. La protection des attentes légitimes se fait donc alors généralement par le biais d'une indemnisation<sup>634</sup> qui, selon l'article 36 des articles précités, vise à « indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution »<sup>635</sup> couvrant « tout dommage susceptible d'évaluation financière y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi »<sup>636</sup>. Elle est ainsi la mieux adaptée pour ce type de contentieux.

526. Cela a notamment été reconnu par le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Aminoil c. Kuwait* qui a statué qu'il était tout à fait possible de conclure un engagement spécifique visant à ne pas modifier une loi mais que son exécution restera toujours à la discrétion de l'État, ce qui justifie l'octroi d'une indemnisation en cas de violation du principe de protection des attentes légitimes<sup>637</sup>. En effet, il se dégage d'une analyse de la pratique arbitrale que l'indemnisation est la forme de réparation la plus demandée par les investisseurs et la plus accordée par les tribunaux d'arbitrage internationaux<sup>638</sup>.

527. Cela n'empêche pas l'octroi exceptionnel d'autres types de réparation. Dans l'affaire *OEPC c. Équateur I*, la partie demanderesse sollicitait l'octroi d'une réparation sous la forme d'une restitution afin que l'État reconnaisse à travers une déclaration qu'elle avait payé ses impôts et qu'elle détenait un droit au remboursement, ce qui a été accordé par le tribunal<sup>639</sup>. Cependant, il s'agit d'une exception. En effet, la règle générale sera toujours l'octroi d'une indemnisation afin de garantir que la souveraineté de l'État reste intacte. De plus, compte tenu de l'imprécision du contenu

---

<sup>634</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 27, n° 2, 2012, p. 440.

<sup>635</sup> *Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, précit.

<sup>636</sup> *Ibidem*

<sup>637</sup> *The American Independent Oil (AMINOIL) Company c. Kuwait*, affaire ad hoc, sentence finale du 24 mars 1982, §95, §148.

<sup>638</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 440. Voir également : *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §§99,103 ; *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §§167-238 ; *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §174.

<sup>639</sup> *Occidental Exploration & Production Company c. Équateur (I)*, affaire LCIA n° UN3467, sentence du 1<sup>er</sup> juillet 2004, §205. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, pp. 51-52.

des attentes légitimes, il serait dangereux pour les États de voir les tribunaux arbitraux accorder une protection plus importante susceptible d'empiéter plus directement sur l'exercice de leurs pouvoirs souverains<sup>640</sup>.

528. Dans le cadre de l'OMC, le principe de protection des attentes légitimes vise à protéger le commerce actuel ainsi que la prévisibilité des échanges futurs<sup>641</sup>, donc aussi à garantir l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les produits importés de différents pays et que l'égalité entre les produits importés et nationaux soit maintenue<sup>642</sup>.

529. Les attentes légitimes sont dûment prises en compte afin de protéger la partie victime d'un préjudice résultant d'une violation des Accords de l'OMC ou d'une mesure qui, bien que licite, crée un déséquilibre entre les obligations et les droits des États membres de l'OMC<sup>643</sup>. L'octroi de différentes types de réparation est possible, néanmoins nous constatons que la satisfaction est un moyen de réparation rarement retenu dans le cadre de ce contentieux.

## Conclusion du Chapitre 2

530. La notion d'attentes légitimes peut prendre la forme aussi bien d'un standard que d'un principe général du droit. Les attentes légitimes prennent la forme d'un standard au sein des domaines du droit international économique essentiellement régis par du droit informel, ce qui permet leur évolution rapide au regard des besoins changeants de la société internationale.

---

<sup>640</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ibidem*

<sup>641</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.30.

<sup>642</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.86 ; *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §36.

<sup>643</sup> *CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §77 ; *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.232 : « Normalement, pour que le rapport de concurrence soit bouleversé, il devrait y avoir une évolution défavorable de la situation qui existait au moment où les concessions tarifaires ont été accordées. Dans le cas de subventions, par exemple, un Membre s'attend raisonnablement que les subventions ne seront pas majorées, non qu'elles seront diminuées ».

531. Cependant, nous pouvons parler de principe de protection des attentes légitimes s'agissant des branches du droit international économique dans lesquelles il a connu une évolution plus rapide - c'est-à-dire le droit international des investissements, le droit du commerce international ainsi que le droit de la fiscalité internationale -, même s'il ne s'agit encore que d'une notion émergente. Toutefois, elle ne peut être invoquée qu'à titre subsidiaire ou conjointement avec une autre violation du droit international économique, à l'exception des plaintes en situation de non-violation qui permettent un accès direct à l'Organe de règlement des différends de l'OMC sur cette base.

532. Par ailleurs, un tribunal peut utiliser la notion en tant qu'outil d'interprétation et en tenir compte lorsqu'il s'agit de déterminer la réalité d'une prétendue violation de droits. La plupart du temps, la déception d'attentes légitimes peut donner lieu à une réparation prenant la forme d'une indemnisation et sera également prise en compte pour la quantification d'indemnisations résultant d'autres violations. Exceptionnellement, le juge peut octroyer d'autres types de réparation.

533. L'absence de juridiction bien établie ou bien d'une base de données d'accès public ne nous permettent pas de conclure avec certitude à la possibilité d'une réparation en cas de déception d'attentes légitimes dans les autres domaines du droit international économique. Toutefois, il nous semble pertinent d'émettre l'hypothèse de la possibilité d'envisager la réparation de la déception du standard de protection des attentes légitimes dans le cadre du droit financier international et du droit international monétaire.

## **TITRE 2. LA DÉLIMITATION DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES ET SA RELATION AVEC D'AUTRES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT**

---

534. Le principe de protection des attentes légitimes résulte du besoin de protéger les sujets parties à un rapport juridique. La globalisation a accéléré son développement dans l'ensemble du droit international économique, même si son application reste encore hétérogène.

535. Pour autant, ce principe n'est pas absolu. Au cours de notre analyse, nous avons effectivement relevé plusieurs mécanismes visant à limiter sa portée qui se justifient par l'imprécision de son contenu. De ce fait, les attentes légitimes peuvent s'appliquer conjointement avec d'autres notions qu'elles complètent en contribuant à une meilleure appréciation de chaque affaire.

536. Ce second titre vise ainsi, dans un premier temps, à préciser les mécanismes qui limitent inévitablement la portée du principe de protection des attentes légitimes (Chapitre 1), puis à analyser d'autres notions en lien avec ce principe (Chapitre 2) afin de mieux le cerner et préciser son étendue.

## CHAPITRE 1. LES MECANISMES LIMITANT LA PORTEE DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES LEGITIMES

537. Le principe de protection des attentes légitimes n'est pas une notion absolue. En effet, sa mise en œuvre doit se faire en tenant compte de toutes les circonstances entourant la situation en question ainsi que les droits et les intérêts de l'autre partie. Pour rappel, cette notion tend à maintenir une égalité au sein de tout rapport juridique en veillant, d'une part, à éviter que l'une des parties se retrouve en position de désavantage par rapport à l'autre et, d'autre part, à garantir qu'elles puissent exercer leurs prérogatives, raison pour laquelle d'aucuns soutiennent que les attentes légitimes doivent être reconnues et développées avec prudence<sup>644</sup>.

538. Il est indispensable de prendre en considération la manière dont ce principe est abordé dans chaque juridiction ainsi que les limitations qui lui sont apportées afin de déterminer celles que la notion va inévitablement rencontrer lors de son application en droit international. Au cours de notre recherche, nous avons pu identifier quatre mécanismes limitatifs que nous allons étudier en détail : l'obligation de *due diligence* de l'investisseur (Section 1), l'exercice du pouvoir normatif des États (Section 2), l'interprétation des parties ou du juge et/ou arbitre (Section 3) ; les clauses prévoyant des exceptions générales (Section 4) .

### Section 1. L'obligation de *due diligence* et la reconnaissance des attentes légitimes

539. Le respect de l'obligation de *due diligence* conditionne la reconnaissance de l'existence d'attentes légitimes. En effet, les attentes ne seront reconnues et protégées que si l'investisseur a pris sa décision d'investir avec *due diligence*. Il s'agit d'une condition pour que soient remplis les critères de légitimité et de raisonabilité des attentes<sup>645</sup>. Il doit notamment être en mesure de prévoir un éventuel changement de

---

<sup>644</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 347.

<sup>645</sup> I. FADLALLAH, C. LEBEN *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. n° 4, 2018, p. 726.

circonstances. De manière générale, l'obligation de *due diligence* se définit comme une obligation de comportement d'un sujet de droit qui suppose d'agir de manière responsable avant de prendre une décision déterminée<sup>646</sup>.

540. Autrement dit, lorsque la protection des attentes légitimes est invoquée, celle-ci ne peut être reconnue si le critère de la *due diligence* n'est pas rempli<sup>647</sup>. Le tribunal doit alors s'assurer que le comportement ou la position de l'État en question correspond vraiment à quelque chose qu'il comptait tenir à l'avenir ; cela doit être suffisamment clair et objectif<sup>648</sup>.

541. Dès lors que le sujet actif n'a pas agi avec *due diligence* et qu'il était prévisible que la situation sur laquelle reposait ses attentes était susceptible de changer, les tribunaux peuvent refuser la protection de ses attentes. Il est nécessaire que l'investisseur vérifie les conditions politiques, socio-économiques, culturelles et historiques de l'État d'accueil avant d'investir<sup>649</sup>. Ce critère additionnel vise à éviter que les attentes légitimes soient utilisées comme des « *insurance policies against bad judgment* »<sup>650</sup>.

542. Comme en témoigne l'affaire *Oscar Chinn*, tout investisseur doit prendre en compte les conditions de l'État d'accueil au moment d'analyser la possibilité d'y investir. Autrement dit, il ne peut engager une procédure à l'encontre de ce dernier si son investissement échoue en raison de lois ou de politiques existantes au moment où il a pris sa décision. L'exigence de *due diligence* est consacrée dans plusieurs droits nationaux<sup>651</sup>, notamment en droit français, en droit anglais, en droit colombien et en droit vénézuélien<sup>652</sup>, pour n'en citer que quelques-uns.

---

<sup>646</sup> T. KOIVUROVA, « Due Diligence », in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>647</sup> Z. MEYERS, « Adapting Legitimate Expectations to International Investment Law: A Defence of Arbitral Tribunals' Approach », *Transnational Dispute Management*, vol. 11, n° 3, 2014, pp. 1-40, p. 29.

<sup>648</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 341.

<sup>649</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §101. Voir également : *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §192 ; S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 44, n° 2, 2019, p. 329.

<sup>650</sup> *Bewater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §567

<sup>651</sup> Voir chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>652</sup> *Código Civil*, publié dans la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* n° 2990 du 26 juillet 1982, article 1271 : « Le débiteur sera condamné au paiement des dommages-intérêts, tant pour la non-exécution de l'obligation comme pour le retard

543. Cette obligation d'adopter un comportement prévoyant est donc indispensable et conditionne la protection des attentes légitimes. Ainsi, dans l'affaire *Parkerings-Compagniet c. Lituanie*, le tribunal a précisé que l'investisseur a droit à ce que ses attentes légitimes soient protégées dans la mesure où il a pris sa décision avec *due diligence* et que ses attentes sont non seulement légitimes mais aussi raisonnables au regard des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire qu'il a pu prévoir d'éventuels changements de la situation afin de s'adapter<sup>653</sup>. Autrement dit, la protection des investissements doit être déterminée par rapport à ce qui peut être raisonnablement attendu de l'État d'accueil conformément à sa situation et à ses capacités<sup>654</sup>. Cela suppose que l'État soit au courant de la situation en question afin de pouvoir mettre en œuvre des mesures de protection si cela s'avérait nécessaire<sup>655</sup>.

544. Dans cette hypothèse, il serait souhaitable que l'investisseur demande des mesures de protection à l'État afin de constituer une preuve que ce dernier était informé de la situation mais également pour caractériser sa mauvaise foi s'il n'a pris aucune mesure pour le protéger. Il en est de même pour les rapports interétatiques<sup>656</sup>. Un éventuel différend à ce sujet se résout sur le terrain de la responsabilité internationale en application des Articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites.

545. À cet égard, il est intéressant de mentionner l'affaire *Saluka c. République Tchèque* relative à un différend né lors de la réorganisation et de la privatisation du secteur bancaire en République Tchèque qui a conduit à la privatisation de l'une des plus grandes banques du pays et à la vente de ses actions à une société du groupe Nomura qui a ensuite décidé de les transférer à l'une de ses filiales, Saluka Investments BV. Cette dernière alléguait avoir été privée de son investissement par la République Tchèque mais le Tribunal a précisé que cette possibilité devait être prévue par le groupe Nomura lorsqu'il a décidé d'investir, car des attentes reposant sur l'idée que « *such shortcomings would quickly be fixed by the Czech legislature would have been*

---

dans l'exécution, s'il ne prouve pas que la non-exécution ou le retard proviennent d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable, même s'il n'a pas agi de mauvaise foi » [c'est nous qui traduisons].

<sup>653</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §333.

<sup>654</sup> E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *op. cit.*, p. 357.

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>656</sup> *Ibid.*, p. 321.

*unfounded. Consequently, even though the lack of adequate protection of creditors' rights will most certainly have contributed to the aggravation of the bad debt problem* »<sup>657</sup>. Dès lors, l'obligation de *due diligence* n'ayant pas été respectée, les attentes légitimes alléguées n'ont pu être reconnues donc protégées.

546. Il s'agit semble-t-il de la position de la plupart des tribunaux arbitraux en matière d'investissements<sup>658</sup>. En l'absence de comportement respectueux de l'obligation de *due diligence*, l'invocation de la protection des attentes légitimes échoue<sup>659</sup>. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Continental Casualty c. Argentine*, le tribunal arbitral a conclu que les représentations portant sur des actes législatifs généraux ne peuvent donner naissance qu'à des attentes réduites notamment à l'égard de « *competent major international investors in a context where the political risk is high* »<sup>660</sup>.

547. L'examen du comportement du sujet actif est ainsi déterminant au moment de reconnaître la légitimité et la raisonnable de son attente, donc sa protection, car un traitement équitable ne peut être attendu que lorsque l'on agit correctement<sup>661</sup>. Ainsi, un investisseur ne peut invoquer des attentes légitimes basées sur des situations provoquées par lui-même, par exemple lorsqu'il n'a pas bien cerné le risque d'investir<sup>662</sup>. En ce sens, Maja Stanivukovic estime que la légitimité des attentes dépend effectivement de l'analyse de *due diligence* menée par l'investisseur quant au cadre juridique et commercial de l'État d'accueil<sup>663</sup>.

548. Le degré d'exigence de cette obligation peut donc varier selon le type de rapport et les sujets qui y prennent part. Cela a notamment été mis en évidence par

---

<sup>657</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §360.

<sup>658</sup> *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §567.

<sup>659</sup> *Churchill Mining et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/12/40 et 12/14, sentence du 6 décembre 2016, §171. Voir aussi : « one would expect an investor aware of the risks of investing in a certain environment to be particularly diligent in investigating the circumstances of its investment. Yet, the Claimants did not engage in proper due diligence in their dealings with their partners » (§518).

<sup>660</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261. Voir également : *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §187.

<sup>661</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law & Business, Collection International Arbitration Law Library, 2012, p. 413.

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 415.

<sup>663</sup> M. STANIVUKOVIC, « Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania », *Transnational Dispute Management*, vol. 14, n° 1, 2017, p. 32. Voir également : *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010, §9.3.25.

l'arbitre Thomas Wälde dans son opinion séparée sur l'affaire *International Thunderbird c. Mexique* dans laquelle il a précisé :

« *If the parties are in an equal position, a much higher degree of due diligence is justified, as for example in Inter-state relations (...). Strong parties in an equal position can be expected to deploy more expertise and due diligence to minimize ambiguity in their dealings with each other. Nor can the same requirements as in national judicial review of administrative actions be applied as the foreign Investor is in a much more vulnerable, exposed position than a national citizen confronting his administration before national courts* »<sup>664</sup>.

549. Nous pouvons donc conclure que l'obligation de *due diligence* de l'investisseur vient inévitablement limiter la portée du principe de protection des attentes légitimes<sup>665</sup>. Comme en témoigne l'affaire *Stadtwerke c. Espagne*, l'argument de la protection des attentes légitimes du demandeur ne peut notamment être retenu s'il est considéré qu'un investisseur prudent ayant mené une analyse de *due diligence* n'aurait jamais dû avoir des attentes légitimes sur la stabilité des revenus issus de son investissement<sup>666</sup>. Nous en déduisons que la décision d'investir suppose de bien prendre en compte tous les risques qui lui sont associés<sup>667</sup>.

550. Une analyse *in concreto* est ainsi nécessaire pour déterminer si l'obligation de *due diligence* a été remplie, peu importe la source des attentes légitimes<sup>668</sup>. En outre, la protection des attentes légitimes ne peut avoir pour conséquence de limiter le pouvoir normatif des États qui peuvent, en toute hypothèse, prendre des mesures visant à protéger l'intérêt général même en présence d'attentes légitimes d'un groupe restreint de personnes. Il est admis que l'intérêt général l'emporte toujours sur les intérêts des particuliers.

---

<sup>664</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §33.

<sup>665</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC n° V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, §6. Voir également : *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, §507 ; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/12, sentence du 2 août 2019, §363 ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §340.

<sup>666</sup> *Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/1, sentence du 2 décembre 2019, §308

<sup>667</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>668</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, pp. 119-120.

551. Cette obligation est également présente en droit international général ainsi que dans l'ensemble du droit international économique afin de limiter la portée du principe de protection des attentes légitimes et surtout éviter une invocation abusive et infondée dans le but d'obtenir une protection illimitée.

552. Par conséquent, nous constatons que toute mesure prévisible n'est pas protégée. De même, toute offre ambiguë ne doit pouvoir créer des attentes légitimes protégées étant donné qu'il est possible de demander des précisions ou même un éclaircissement sur la disposition en question. Cela relève de l'obligation de *due diligence* qui exclut également la possibilité d'invoquer l'erreur si jamais un accord est conclu sur une base imprécise<sup>669</sup>. Autrement dit, l'investisseur peut demander la protection d'attentes légitimes à la condition qu'il ait rempli son obligation de *due diligence* et que ses attentes soient raisonnables compte tenu des circonstances<sup>670</sup>.

553. À titre de conclusion, nous pouvons relever que tout investisseur souhaitant se prévaloir d'attentes légitimes doit avoir mené en amont des recherches suffisantes afin de se faire une idée précise des circonstances de l'investissement envisagé au moment de prendre une décision.

554. Un autre mécanisme de limitation du principe de protection des attentes légitimes est la souveraineté étatique.

## **Section 2. La souveraineté de l'État : l'exercice de son pouvoir normatif**

555. Nous partons de la prémisse que les investisseurs ont droit à un certain degré de stabilité de l'ordre juridique de l'État sans que cela ne conduise cependant à une limitation de l'exercice du pouvoir normatif de ce dernier<sup>671</sup>. Ce pouvoir est donc susceptible de limiter la portée du principe de protection des attentes légitimes dans la

---

<sup>669</sup> Corée - Mesures affectant les marchés publics, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, 1<sup>er</sup> mai 2000, §7.125. Voir également : *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018, §494.

<sup>670</sup> *South American Silver Limited (Bermudes) c. Bolivie*, affaire CPA n° 2013-15, sentence du 22 novembre 2018, §648. Voir également : *Saluka Investments BV (Pays-Bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §304.

<sup>671</sup> S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op. cit.*, p. 330.

mesure où un État doit toujours pouvoir agir au nom de l'intérêt général en s'adaptant aux évolutions propres à sa population. Cette limitation se fonde donc sur l'idée que l'intérêt général peut justifier la déception d'attentes légitimes.

556. D'une manière générale, à travers leur ordre juridique et leurs actions, les États cherchent à promouvoir les investissements étrangers sur leur territoire en créant « *an expectation of profit* » dans l'esprit des investisseurs qui vont les pousser à investir<sup>672</sup>. Toute modification soudaine de l'environnement juridique en place au moment de l'investissement peut ainsi être considérée comme injuste et susceptible de décevoir les attentes légitimes de l'investisseur. La recherche d'un équilibre s'impose donc entre les attentes légitimes et le droit de produire des normes<sup>673</sup>, car l'État doit pouvoir adapter sa réglementation et sa législation aux besoins évolutifs de sa société.

557. Autrement dit, le principe de protection des attentes légitimes n'est pas absolu, car rien ne peut ni ne doit empêcher l'exercice de la souveraineté étatique. Dès lors, il est plutôt recherché un équilibre entre le pouvoir souverain de l'État et la protection des attentes légitimes d'un particulier ou bien d'un autre État<sup>674</sup>. Cela suppose la reconnaissance de la souveraineté étatique tout en lui dérogeant partiellement<sup>675</sup>, notamment lorsque l'existence d'attentes légitimes est avérée<sup>676</sup>.

558. Ainsi, le droit de produire des normes et la protection des attentes légitimes sont « *two sides of the same coin* » ; un caractère qui met en évidence l'importance de la stabilité juridique mais aussi de la flexibilité nécessaire pour s'adapter aux besoins évolutifs de la société. Il en résulte que l'exercice du pouvoir normatif par un État ne l'autorise pas à décevoir les attentes légitimes de ses administrés. De plus, leur

---

<sup>672</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, pp. 253-254.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 255. Voir également : F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 441.

<sup>674</sup> *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil, §5. Voir également : CNUCED, *Fair and Equitable treatment: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, Genève, Nations Unies, 2012, p. 69.

<sup>675</sup> J. CHAISSE, R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, n° 1, 2018, pp. 101-102.

<sup>676</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 214. Voir également : F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 432.

déception ne confère pas automatiquement un droit à réparation<sup>677</sup>, car plusieurs critères doivent être remplis<sup>678</sup>.

559. La jurisprudence américaine en témoigne. Il a, en effet, été considéré que « *legislation readjusting rights and burdens is not unlawful solely because it upsets otherwise settled expectations* »<sup>679</sup>, notamment lorsque l'individu se retrouve dans une situation où l'application rétroactive d'une loi est prévisible. De plus, en droit anglais, les tribunaux vérifient toujours si la déception des attentes légitimes des administrés n'est pas justifiée par l'intérêt général<sup>680</sup>.

560. La délimitation du principe de protection des attentes légitimes se fait à travers un « *balancing test* »<sup>681</sup> visant à déterminer si les actions ou mesures prises sont proportionnées au regard de l'intérêt général et de la protection juridiquement accordée aux investissements<sup>682</sup>. Il est donc indispensable d'évaluer les intérêts privés des administrés face aux intérêts publics afin de déterminer si la protection des attentes légitimes peut l'emporter ou si, au contraire, l'intérêt général doit primer<sup>683</sup>.

561. La pratique arbitrale semble unanime sur ce point. À titre d'exemple, dans l'affaire *Fleming Dutyfree c. Pologne*, le tribunal a précisé que « *the investor's legitimate and reasonable expectations should be weighed against the host State's*

---

<sup>677</sup> S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op. cit.*, p. 341. Voir également : UNION EUROPÉENNE, *Text proposal for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) on trade in services, investment and e-commerce*, soumis à discussion avec les États-Unis lors des cycles de négociation des 12-17 juin 2015, article 2(2) ; *Investment Agreement Between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile*, signé à Lima le 18 novembre 2016, entré en vigueur le 17 juin 2019, article 6 ; *Accord économique et commercial global*, signé à Bruxelles, le 30 octobre 2016, adopté par décret (Implementation Act) [S.C. 2017 c. 6] du 16 mai 2017, application provisoire le 21 septembre 2017, article 8.9 ; *Agreement to Amend the Singapore-Australia Free Trade Agreement*, signé à Canberra le 13 octobre 2016, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2017, article 2.36.

<sup>678</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>679</sup> *Fleming c. Rhodes*, 331 U. S. 100 (1947) ; *Carpenter c. Wabash R. Co.*, 309 U. S. 23 (1940) ; *Norman c. Baltimore & Ohio R. Co.*, 294 U. S. 240 (1935) ; *Home Bldg. & Loan Assn. c. Blaisdell*, 290 U. S. 398 (1934) ; *Louisville & Nashville R. Co. c. Mottley*, 219 U. S. 467 (1911).

<sup>680</sup> E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 45. Voir également le chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>681</sup> *Ibidem*, p. 47. Voir également : F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 441.

<sup>682</sup> *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §122. Voir également : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §30.

<sup>683</sup> F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *op. cit.*, p. 439. Voir également : E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *op. cit.*, p. 47 ; J. CHAÏSSE, R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, pp. 101-102.

*legitimate regulatory interests* »<sup>684</sup>. Ce test semble également indispensable en présence d'une demande portant sur la protection d'attentes légitimes étant donné que « *the level of expectations from developing countries and developed countries is not the same, since there is a difference on socioeconomic, cultural and historical conditions* »<sup>685</sup>.

562. Ce mécanisme de limitation de la portée des attentes légitimes tend donc à protéger les deux parties. Le but est de permettre que l'exercice de leurs droits et obligations respectifs ne perturbe pas l'équilibre indispensable au bon déroulement des relations juridiques. Cette limitation est analysée au cas par cas par le tribunal qui doit déterminer si les mesures étatiques sont susceptibles d'être justifiées par l'intérêt général.

563. Les parties peuvent cependant parfois chercher à encadrer le rôle du juge et/ou arbitre sachant que son interprétation peut dépasser l'accord déterminé par la volonté des parties. Le troisième mécanisme visant à limiter les attentes légitimes est ainsi l'interprétation des dispositions issues d'un rapport juridique.

### **Section 3. L'interprétation des dispositions d'un rapport juridique par le juge et/ou arbitre et les parties**

564. L'interprétation des dispositions d'un rapport juridique, qui peut prendre la forme d'un contrat ou d'un traité, constitue également un mécanisme visant à limiter la portée du principe de protection des attentes légitimes.

---

<sup>684</sup> *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. Pologne*, affaire CPA n° 2014-11, sentence du 12 août 2016, §551. Voir également : *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §340 ; *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §306 ; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 novembre 2018, §466 ; *Novenergia (CL-243)*, §657, citing *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, sentence du 25 novembre 2015, §§165,180 ; *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §537.

<sup>685</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, 2017, p. 37.

565. Le traité permet aux parties d'établir des règles claires et précises qui vont régir leur rapport à propos d'un sujet spécifique ou général. Il arrive, toutefois, que les dispositions d'un traité requièrent une interprétation au moment de les appliquer.

566. L'interprétation peut ainsi intervenir à deux étapes différentes. D'une part, lorsque les parties souhaitent éclaircir les dispositions du traité en précisant clairement et précisément le sens qu'ils souhaitent donner à chaque disposition dans le but d'éviter toute lacune ou ambiguïté.

567. D'autre part, lorsqu'un différend intervient lors de l'exécution d'un traité, il revient au juge et/ou arbitre d'analyser et d'interpréter ses dispositions conformément à la volonté des parties et en tenant compte tenu d'autres éléments lui permettant de rester fidèle au texte.

568. Le principe de protection des attentes légitimes peut ainsi contribuer à une meilleure analyse de chaque affaire par le juge et/ou arbitre dont la marge d'appréciation peut, toutefois, être limitée par l'interprétation *ex ante* des parties.

569. Il s'agit ainsi d'analyser l'interprétation des parties (A), qui peut avoir pour finalité d'établir clairement leur volonté afin d'éviter que les dispositions soient ultérieurement plus largement appliquées, avant de poursuivre notre étude en examinant l'interprétation que le juge est amené à réaliser en cas de différend en tenant compte de la volonté des parties (B).

## **A. L'interprétation des parties**

570. L'interprétation des dispositions d'un contrat ou d'un traité est un élément essentiel de la bonne exécution de tout rapport juridique. Dans la première hypothèse, elle repose entièrement sur la volonté des cocontractants ; dans la seconde, elle se fait conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit « une opération interprétative riche de possibilités »<sup>686</sup> sachant que l'interprète

---

<sup>686</sup> M. KAMIL YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976, p. 19.

doit prendre en compte la totalité du traité en évitant de se focaliser uniquement sur la disposition à interpréter<sup>687</sup>.

571. Les parties peuvent également conclure un accord interprétatif afin de clarifier le contenu du traité ou même de limiter sa portée<sup>688</sup>. L'avantage de ce type d'accord est qu'il a une portée générale applicable à « tous les cas concrets visés par la norme dont elle précise le sens et détermine la portée »<sup>689</sup>, ce qui représente un atout par rapport à l'interprétation du juge qui s'applique uniquement à une situation concrète et déterminée.

572. L'objet et le but du traité, ainsi que sa pratique ultérieure concordante, commune et constante, sont également à prendre en compte lors de son interprétation. Cette pratique ne pourrait-elle pas nous permettre d'interpréter les différents TBI de telle manière à inclure la protection des attentes légitimes dans les dispositions concernant le TJE ? Cette hypothèse sera analysée en détail dans la seconde partie de la thèse<sup>690</sup>.

573. Les États peuvent également contribuer à donner une meilleure clarté à une disposition ou bien à la totalité d'un traité à travers un mécanisme d'interprétation consistant à confier cette tâche à un organisme spécialisé comme, par exemple, la Commission de libre-échange au sein de l'ALENA dont l'interprétation de l'Accord, conformément à son article 1131(2), « sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section »<sup>691</sup>.

574. Dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives, cette Commission a notamment émis une note interprétative<sup>692</sup> portant sur plusieurs dispositions du chapitre 11, notamment l'article 1105 relatif à l'application du TJE<sup>693</sup>, visant à « éclaircir et à

---

<sup>687</sup> CIJ, *Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4)*, avis consultatif du 28 mai 1948, *Recueil CIJ*, 1948, opinion dissidente des juges MM. Basdevant, Winiarski, Sir Arnold McNair et M. Read, p. 84. Voir également : *ibidem*, p. 34.

<sup>688</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>689</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>690</sup> Voir la deuxième partie de la présente thèse : Titre 1, Chapitre 1 sur les attentes légitimes en droit international des investissements.

<sup>691</sup> *Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, 32 I.L.M 289 (1993), article 1131.

<sup>692</sup> ALENA, Commission de libre-échange, *note interprétative sur certaines dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA*, 31 juillet 2001.

<sup>693</sup> M. MARCEDDU, « The EU Dispute Settlement: Towards Legal Certainty in an Uneven International Investment System », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n° 1, 2016, p. 66.

réaffirmer la signification de certaines dispositions de l'Accord »<sup>694</sup>. Il en est résulté une limitation de la portée de ce standard mais également du SPE, car il a été mentionné que ces deux concepts « ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers »<sup>695</sup>.

575. Cette note interprétative est également venue limiter les pouvoirs normatifs du juge quant à l'application du principe de protection des attentes légitimes. En effet, elle prévoit que le standard minimum de traitement doit uniquement être complété par la coutume<sup>696</sup>.

576. Dès lors, si les parties le souhaitent, elles peuvent préciser le contenu des dispositions d'un accord afin de limiter la marge d'appréciation du juge. En revanche, plus le contenu et l'application du principe sont vagues, plus le juge disposera d'une marge d'appréciation importante pour combler cette lacune.

577. L'application d'un traité ou bien d'un contrat par le juge se fait donc au cas par cas en tenant compte de chaque situation, notamment de toute interprétation complémentaire des parties visant à préciser le contenu d'une disposition telle que celle consacrant un TJE ou encore le rôle précis du principe de protection des attentes légitimes<sup>697</sup>.

## **B. L'interprétation du juge et/ou arbitre**

578. L'analyse de l'application du principe de protection des attentes légitimes en tant qu'outil d'interprétation pour le règlement des différends<sup>698</sup> contribue à la

---

<sup>694</sup> ALENA, Commission de libre-échange, *note interprétative sur certaines dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA*, 31 juillet 2001.

<sup>695</sup> *Ibidem*

<sup>696</sup> P. DUMBERRY, « The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 », *op. cit.*, p. 59.

<sup>697</sup> Voir par exemple l'affaire *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §662. Voir également : A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 321.

<sup>698</sup> A. RAJPUT, S. MALHOTRA, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective », in M. SINGH, N. KUMAR (eds), *Indian Yearbook of Comparative Law*, Singapour, Springer, 2019, p. 1.

définition de son contenu. Il revient au juge de délimiter sa portée au cas par cas compte tenu des circonstances de chaque affaire.

579. La difficulté de l'application des principes généraux du droit réside dans la variabilité de leur contenu. En effet, « *interpretive drift is a consequence of the difficulty associated with laying down concrete, enforceable outer limits to obligations founded upon general principles of law* »<sup>699</sup>. La meilleure manière de faire face à cette situation est de les appliquer concrètement pour l'analyse d'une notion juridique spécifique. Il est ainsi d'usage d'appliquer le principe de protection des attentes légitimes en tant qu'outil d'analyse des obligations issues du TJE<sup>700</sup> afin de contribuer à l'interprétation de dispositions imprécises<sup>701</sup>.

580. Nous constatons cependant que cette fonction reste limitée étant donné que les règles juridiques ne devraient pas, sans raison valable, se développer au-delà de ce qui est admis au sein des droits étatiques ou de l'ordre juridique international<sup>702</sup>.

581. En outre, en l'absence de principe du précédent, on relève une interprétation différente selon chaque affaire<sup>703</sup>. Ainsi, nous pouvons dégager un barème qui permet d'identifier différentes circonstances permettant de conclure à l'émergence d'attentes légitimes. Celui-ci comprend, de plus précis au plus général, des promesses ou assurances spécifiques et précises<sup>704</sup>, une conduite ou un comportement constant<sup>705</sup>, des représentations générales pouvant prendre la forme d'une politique publique ou bien

---

<sup>699</sup> S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op. cit.*, p. 326.

<sup>700</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 329.

<sup>701</sup> Voir : Partie I, Titre 1, Chapitre I de la présente thèse.

<sup>702</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 316.

<sup>703</sup> Il convient de préciser que les tribunaux arbitraux semblent tenir compte des affaires ayant des situations similaires et la plupart du temps appuient leur analyse sur la pratique arbitrale existante.

<sup>704</sup> EDF (Services) Limited c. Roumanie, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §304.

<sup>705</sup> Gold Reserve Inc. c. Venezuela, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §662. Voir également : International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147 ; PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §240 ; Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §302 ; Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §§ 339-340.

d'une loi<sup>706</sup>. Plus le degré de précision des comportements et actes initiaux est important, plus il sera facile de démontrer la déception d'attentes légitimes.

582. Le degré de protection des attentes légitimes peut donc varier selon le cas d'espèce en raison de l'interprétation de chaque situation par le juge international. En règle générale, la protection accordée est plus élevée lorsque les attentes légitimes sont nées d'une situation spécifique et précise<sup>707</sup>. Nous constatons *a contrario* que moins les attentes sont spécifiques et précises, plus la marge d'appréciation du tribunal augmente.

583. Un autre facteur à prendre en compte est la reconnaissance de ce principe au sein du droit de l'État des parties. Si un État les reconnaît dans son ordre juridique, les attentes légitimes seront davantage protégées que si cela n'était pas le cas<sup>708</sup>.

584. Il est bien évidemment dans l'intérêt de chaque État d'être le plus précis possible sur le contenu des droits et des obligations qu'ils s'engagent à respecter et à faire respecter<sup>709</sup>. Pour autant, la marge d'interprétation et d'appréciation du principe de protection des attentes légitimes peut se voir limité par la situation politique et socio-économique de l'État concerné. En effet, il n'est pas possible d'exiger la stabilité de l'ordre juridique d'un État lorsque sa situation politique n'est pas stable ou que les modifications qui ont été réalisées en portant atteinte à des attentes légitimes se justifient par une situation de transition politique<sup>710</sup>.

585. De plus, la demande de protection des attentes légitimes doit être précise. En effet, à l'occasion de l'affaire *Arif c. Moldavie*, le tribunal a précisé que le demandeur doit établir l'origine exacte de l'attente légitime alléguée afin que sa portée puisse être formulée avec précision<sup>711</sup>. Ce besoin se justifie par le fait que « *the multiplication of legitimate expectations may create a 'moving target' for a respondent that in an extreme*

---

<sup>706</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §531. Voir également : *Occidental Exploration & Production Company c. Équateur (I)*, affaire LCIA n° UN3467, sentence du 1<sup>er</sup> juillet 2004, §183 ; A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 322.

<sup>707</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §547.

<sup>708</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 352.

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 340.

<sup>710</sup> *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §571. Voir également : A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *ibid.*, p. 324.

<sup>711</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §535

*case might raise issues of due process* »<sup>712</sup>. Le but est de garantir l'égalité des parties au litige. Nous en déduisons que dans le cadre de son rôle d'interprétation et d'application du droit, le juge doit également tenir compte des prétentions de chaque partie au différend, ce qui peut entraîner une limitation de la portée des attentes légitimes.

586. On peut relever deux types d'interprétation du juge : une interprétation générale et une interprétation restrictive. La première se rattache à l'obligation de l'État de protéger les attentes légitimes des individus en agissant de manière prévisible et en assurant la stabilité de son système juridique afin d'éviter des changements soudains qui puissent les décevoir<sup>713</sup>. La seconde, en revanche, est plus restreinte et vise à éviter que la protection des attentes légitimes puisse limiter le pouvoir normatif de l'État en introduisant un équilibre entre le besoin de flexibilité dans la prise de mesures étatiques et les attentes légitimes des particuliers<sup>714</sup>.

587. Consacrons-nous à présent à l'analyse des exceptions générales qui permettent de décevoir des attentes légitimes sans mettre en cause la responsabilité des parties.

#### **Section 4. Les exceptions générales justifiant la déception des attentes légitimes**

588. Ce dernier mécanisme limite la portée des attentes légitimes en permettant de déroger complètement à leur reconnaissance sans mise en cause d'aucune responsabilité des parties. Il s'agit de situations stipulées par ces dernières, dans un traité ou dans un contrat, visant à exclure leur responsabilité lorsque des situations imprévues risquant de déséquilibrer le rapport juridique se produisent. Il est également applicable lorsqu'un État s'est engagé unilatéralement mais se retrouve dans l'impossibilité de respecter ses obligations.

---

<sup>712</sup> *Ibidem*, §534.

<sup>713</sup> H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>714</sup> *Ibidem*, p. 37.

589. Nous sommes donc face à des dispositions portant sur la survenance d'une situation rendant l'exécution des obligations prévues impossible tels la force majeure ou encore le changement fondamental de circonstances aussi connu comme clause *rebus sic stantibus*. Ces situations ont pour conséquence de limiter la responsabilité générale des parties en cas d'inexécution de leurs engagements ; soit parce qu'elles ont prévu ces situations dans leur accord, soit parce qu'il s'agit d'une situation indépendante de leur volonté qui justifie d'appliquer des dispositions générales.

590. Ces configurations peuvent naître soit de la volonté des parties d'établir les conditions permettant de mettre fin à leurs engagements, soit de situations complètement imprévisibles et donc qui ne peuvent être raisonnablement attendues par les parties. La survenance de l'une des hypothèses citées implique non seulement la déception des attentes légitimes de l'une des parties mais également une violation de leurs engagements.

591. En ce sens, il s'agit d'une sorte de « *shield against an otherwise well-founded claim for the breach of an international obligation* »<sup>715</sup> ayant pour conséquence la modification ou l'extinction des actes unilatéraux ou bien des rapports juridiques (rapports conventionnels ou contractuels) qui sont des sources créatrices d'attentes légitimes.

592. L'acte issu d'un concours de volontés présente plusieurs avantages : d'une part, les contrats contiennent généralement des clauses portant sur leur modification et leur extinction qui doivent être analysées au cas par cas par le juge ou l'arbitre ; d'autre part, la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit des procédures d'extinction et de modification des traités qui sont également applicables aux actes unilatéraux.

593. Cependant, afin que des attentes légitimes découlant d'un rapport juridique puissent être protégées, elles doivent remplir plusieurs conditions. En effet, la protection des attentes légitimes requiert non seulement un acte ou un rapport juridique en tant que source génératrice mais également le concours de plusieurs éléments afin

---

<sup>715</sup> C.-E. CÔTE, « Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, n° 3, 2011, p. 324.

de pouvoir être demandée par le sujet actif lorsqu'il considère que ses attentes ont été déçues. Pour rappel, il convient de démontrer l'existence d'une relation entre au moins deux personnes qui se connaissent suffisamment pour créer un rapport de confiance les menant à croire aux assurances ou aux représentations de l'une et de l'autre ou une relation dans laquelle la confiance est présumée. C'est cela qui crée des attentes légitimes dans leur esprit.

594. Ces mécanismes visent à écarter la responsabilité des parties qui violeraient leurs obligations conventionnelles ou contractuelles, cependant une règle générale persiste : une fois le contrat conclu ou le traité en vigueur, aucune des parties ne peut se désengager arbitrairement. En effet, l'invocation de ce mécanisme suppose qu'elles suivent les dispositions de la Convention de Vienne lorsqu'il s'agit d'un traité et des stipulations contractuelles s'agissant d'un contrat. Il convient, par ailleurs, de préciser que le contenu du traité ou du contrat ainsi que le comportement des parties pendant son exécution doivent aussi être pris en considération pour la détermination de la validité des exceptions invoquées.

595. L'évaluation du comportement des parties se fait au regard de la bonne foi qui permet en principe de garantir la bonne exécution des engagements. Elle tend, en effet, à éviter que les parties agissent de manière abusive ou arbitraire<sup>716</sup>. De plus, ces mécanismes d'exclusion de la responsabilité sont uniquement valables lorsque la situation survenue n'est pas le résultat d'une action ou d'une inaction de la partie qui l'invoque.

596. S'agissant des actes unilatéraux, leur émetteur peut prévoir les circonstances lui permettant de mettre fin à son engagement sans que sa responsabilité ne soit mise en cause. En effet, il existe plusieurs situations qui constituent des motifs valables permettant à l'État de se retirer, ce qui aura pour conséquence de frustrer des attentes légitimes. Il est toutefois exempt de toute responsabilité du fait que le maintien de la situation créée par l'acte unilatéral devient impossible ou trop onéreux.

---

<sup>716</sup> A. POCH DE CAVIEDES, « De la clause "rebus sic stantibus" à la clause de révision dans les conventions internationales », *RCADI*, vol. 118, 1966, pp. 165-169.

597. Afin d'approfondir cette question, nous allons tout d'abord analyser les mécanismes limitant la portée du principe de protection des attentes légitimes en conséquence de la modification ou de l'extinction d'un acte unilatéral (A), puis nous poursuivrons notre étude avec une analyse d'une notion juridique commune aux rapports conventionnels et aux actes unilatéraux, à savoir le changement fondamental de circonstances (B).

598. Nous achèverons cette section en examinant les exceptions générales qui peuvent limiter l'invocation d'attentes légitimes dans le cadre de rapports juridiques conventionnels (C) et contractuels (D).

599. Il convient cependant de préciser que même si les rapports juridiques désignent aussi bien les rapports conventionnels que les rapports contractuels en droit international, il est important de garder cette distinction pour étudier en détail ces notions. Notre choix se justifie par le fait que celles-ci s'appliquent différemment selon le droit applicable et les sujets parties à l'engagement.

600. En effet, le rapport conventionnel concerne exclusivement les États alors que le rapport contractuel se tisse soit entre un État et un particulier, soit uniquement entre des particuliers.

601. Nous analyserons des situations dans lesquelles la déception d'attentes légitimes est justifiée par l'application d'une clause ou par des circonstances permettant le non-respect des droits et obligations dérivant d'un rapport juridique, sans mise en cause de la responsabilité des parties. Pour ce faire, nous aurons principalement recours au droit international général qui constitue la source principale des rapports conventionnels, des actes unilatéraux ainsi que de la notion de changement fondamental de circonstances.

## **A. La modification ou l'extinction d'actes unilatéraux justifiant la déception d'attentes légitimes**

602. Lorsqu'ils sont une source créatrice d'attentes légitimes, les actes unilatéraux permettent à leur bénéficiaire de s'attendre avec raison à ce que leur émetteur respecte son engagement. L'émetteur de ce type d'acte étant généralement un État, nous ferons référence au droit international général.

603. L'État auteur d'un acte unilatéral peut assujettir celui-ci « à la survenance d'une échéance, le suspendre ou le modifier, pour autant que cette volonté ait été exprimée clairement, tout comme l'acte en question, au moment où celui-ci a été formulé »<sup>717</sup>. La formulation qui prévoit la survenance d'une échéance ou la suspension de l'acte doit être clairement énoncée afin d'éviter toute ambiguïté et il convient également de prévoir une période durant laquelle « l'acte ne s'appliquerait pas, pour sortir ultérieurement ses effets »<sup>718</sup>.

604. Selon Denys-Sacha Robin, il existe trois hypothèses de retrait des actes unilatéraux : soit cela est expressément prévu par l'acte ou est accepté par ses bénéficiaires ; soit un délai raisonnable est prévu pour que son retrait soit effectif ; soit, en l'absence de toute précision, l'État ne pourra en principe pas le retirer notamment lorsqu'il a créé des droits à l'égard de tiers, à moins que ces derniers y consentent ou qu'un motif légitime justifie le retrait<sup>719</sup>.

605. Selon la Commission du droit international (CDI), une fois que l'acte unilatéral a créé des obligations juridiques à l'endroit de l'État qui en est l'auteur, celui-ci ne peut arbitrairement se rétracter. Pour apprécier si cela est le cas, il convient de prendre en compte : « i) Les termes précis de la déclaration qui se rapporteraient à la rétractation ; ii) La mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations ; iii) La mesure dans laquelle il y a eu un

---

<sup>717</sup> V. RODRIGUEZ CEDEÑO, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », Document n° A/CN.4/569 et Add.1, CDI, cinquante-huitième session, 2006, §95.

<sup>718</sup> *Ibidem*, §96.

<sup>719</sup> D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, thèse, Université Paris I, 2018, p. 337.

changement fondamental des circonstances »<sup>720</sup>. Nous constatons ainsi que le but de cette limitation est de protéger les attentes légitimes du bénéficiaire de l'acte compte tenu des circonstances qui peuvent amener son émetteur à se rétracter sans que cela puisse être qualifié d'arbitraire.

606. Dès lors qu'un acte unilatéral prévoit la survenance d'une échéance ou sa suspension, aucune attente légitime ne peut naître en dehors de ces dispositions, car son bénéficiaire connaissait dès le début les conditions de son application. Cependant, lorsque l'acte est silencieux quant à son extinction ou sa modification, cela devient problématique étant donné que son bénéficiaire n'a aucun moyen de prévoir ni de s'attendre à la survenance d'une telle situation. Dans cette hypothèse, le retrait d'un acte n'est généralement pas sans responsabilité pour l'État qui en est l'auteur. Ce dernier doit alors invoquer un motif légitime pour le retirer valablement sans que le bénéficiaire puisse éventuellement demander une réparation.

607. L'étude des conséquences du retrait ou de la modification d'un acte unilatéral étatique est indispensable pour l'analyse de la mise en œuvre du principe de protection des attentes légitimes en droit international des investissements, raison pour laquelle nous avons décidé de nous consacrer plus précisément à ce sujet dans la seconde partie de la présente thèse.

608. Nous pouvons toutefois dès à présent préciser que lorsqu'il s'agit de la survenance d'une situation imprévisible, l'État peut également invoquer le changement fondamental de circonstances en tant que motif valable pour prétendre au retrait de l'acte unilatéral. La déception des attentes légitimes nées de cet acte se trouve alors justifiée et son auteur libéré de toute responsabilité étant donné que le maintien de la situation créée par l'acte devient impossible ou trop onéreuse. La notion de changement fondamental de circonstances concerne toutes les sources créatrices d'attentes légitimes.

---

<sup>720</sup> CDI, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques », doc. n° A/61/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2006, principe 10.

## B. Le changement fondamental de circonstances

609. L'intérêt principal de recourir à l'argument du changement fondamental de circonstances est qu'il permet aux parties de modifier leurs rapports juridiques sans que ne soit mise en cause leur responsabilité dans la mesure où il a lieu sans qu'aucune des parties aient pu le prévoir ou contribuer à sa survenance. Il est applicable tant s'agissant des rapports juridiques que des actes unilatéraux.

610. Dans cette hypothèse, la question qui se pose est celle de savoir si un changement fondamental de circonstances peut également justifier la déception d'attentes légitimes sachant que la modification ou l'extinction d'un traité ou d'un acte unilatéral peut être justifiée par ce type de changement. L'élément de raisonnabilité joue ici dans les deux sens : d'une part, pour le sujet actif qui souhaite se prévaloir d'une attente légitime et raisonnable ; d'autre part, pour le sujet passif qui souhaite justifier la modification ou l'extinction de l'acte.

611. Selon Dominique Carreau, « le droit international reconnaît bien cette règle du changement fondamental de circonstances comme un principe coutumier »<sup>721</sup>. Son origine remonte aux romains antiques et, plus spécifiquement, à la maxime « *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus* »<sup>722</sup> selon laquelle l'analyse de tout accord suppose également de prendre en compte les conditions qui ont présidé à sa conclusion. En conséquence, si les circonstances changent, le contenu des obligations doit également changer. Ce principe général du droit est également connu sous la dénomination « *rebus sic stantibus* ».

612. Le changement fondamental de circonstances désigne donc une modification « objective et substantielle des paramètres – économiques, politiques, stratégiques – ayant présidé à la conclusion du traité »<sup>723</sup> rendant plus onéreuse, compliquée, voire impossible, l'exécution des obligations qui en découlent pour l'une des parties. Il en résulte un inévitable déséquilibre de la charge des obligations assumées par les parties.

---

<sup>721</sup> D. CARREAU, « Changement fondamental de circonstances (la clause *rebus sic stantibus*) », in D. CARREAU, P. LAGARDE, H. SYNVEIT, *Répertoire de droit international / Traité international*, Paris, Dalloz, 2010, §188.

<sup>722</sup> *Ibidem*, §187.

<sup>723</sup> M. SALEM, « Validité Temporelle des Traités : Extinction et Suspension », *JurisClasseur LexisNexis de Droit international*, Paris, LexisNexis, 2009, §220.

613. En outre, dans ses commentaires sur les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, la CDI a précisé que la révocation d'un acte unilatéral en conséquence d'un changement fondamental de circonstances est possible « dans le sens et dans les strictes limites de la règle coutumière consacrée à l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »<sup>724</sup> ; raison pour laquelle cet article est non seulement applicable aux traités mais également aux actes unilatéraux<sup>725</sup>.

614. En ce sens, dans l'affaire sur la *compétence en matière de pêcheries*, la CIJ a reconnu l'importance de cette règle en indiquant qu'elle est admise en droit international notamment lorsqu'elle « transforme radicalement la portée des obligations imposées par [le traité], la partie lésée de ce fait peut, à certaines conditions, en prendre argument pour invoquer la caducité ou la suspension du traité »<sup>726</sup>. Dans cette même affaire, la Cour s'est également prononcée sur les conditions d'invocabilité de cette notion en précisant :

« Pour que l'on puisse invoquer un changement de circonstances en vue de mettre fin à un traité, ce changement doit avoir entraîné **une transformation radicale de la portée des obligations qui restent à exécuter**. Il doit avoir rendu plus lourdes ces obligations, de sorte que leur exécution devienne essentiellement différente de celle à laquelle on s'était engagé primitivement »<sup>727</sup>.

615. Dès lors, nous constatons que l'application de ces dispositions ainsi que le raisonnement de la CIJ sur les actes unilatéraux supposent que pour se rétracter, l'État auteur doit avoir été victime d'un changement imprévisible d'une telle ampleur qu'il ait résulté en une modification substantielle de la portée de ses obligations, rendant impossible l'exécution de l'acte en question.

616. La garantie d'une stabilité des rapports internationaux est d'une telle importance que dès 1951, en matière de commerce international, en application de

---

<sup>724</sup> CDI, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques », précit., principe 10 (commentaires). Voir également : CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt du 2 février 1973, *Recueil CIJ*, 1973, §36.

<sup>725</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 62.

<sup>726</sup> CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt du 2 février 1973, *Recueil CIJ*, 1973, §36.

<sup>727</sup> *Ibidem*. C'est nous qui soulignons.

l'article XIX du GATT, un groupe de travail a précisé que l'invocation d'un changement fondamental de circonstances devait être une « évolution postérieure à la négociation et dont il ne serait pas raisonnable de prétendre que les négociateurs (...) auraient pu et auraient dû la prévoir à l'époque »<sup>728</sup>.

617. Comme en témoigne également l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, le fait que l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités « soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels »<sup>729</sup>. Il est possible de dégager une volonté concrète des juridictions internationales de limiter la portée de cette disposition afin d'éviter qu'une invocation abusive puisse permettre de déstabiliser les relations conventionnelles existantes. De ce fait, un nouveau critère a été établi, selon lequel les circonstances modifiées doivent avoir constitué la base du consentement des parties à l'engagement.

618. La notion de changement fondamental de circonstances n'autorise donc pas la rupture immédiate du rapport conventionnel, ce qui est également le cas pour les actes unilatéraux. Le retrait d'un acte doit donc effectivement respecter la procédure prévue à cet effet aux articles 65 et 67 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, si un tiers intéressé a eu connaissance du retrait de l'acte mais n'a pas objecté dans un délai raisonnable, cela peut être considéré comme une acceptation tacite<sup>730</sup>. Il s'agit de la meilleure manière d'assurer la sécurité et la stabilité non seulement des rapports juridiques mais aussi des droits acquis de l'État (ou d'un particulier) en vertu de l'acte unilatéral émis<sup>731</sup>.

619. Les actes unilatéraux peuvent donc, d'une part, engager l'État qui en est l'auteur et, d'autre part, créer des attentes légitimes à l'égard de leurs destinataires.

---

<sup>728</sup> Rapport du Groupe de travail d'intersession, *Réclamation de la Tchécoslovaquie concernant un retrait de concession effectué par les États-Unis d'Amérique en application de l'article XIX, Code pénal /106*, 1951.

<sup>729</sup> CIJ, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 Septembre 1997, *Recueil CIJ*, 1997, §104.

<sup>730</sup> D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>731</sup> M. SALEM, « Validité Temporelle des Traités : Extinction et Suspension », *op. cit.*, §156. Voir également : *Mobil Oil Iran Inc. et Mobil Sales and Supply Corporation c. Iran & National Iranian Oil Company*, affaire n° 74, sentence partielle n° 311-74/76/81/150-3, 14 juillet 1987, IUSCT, §110.

Dès lors, une fois que l'acte est connu par son bénéficiaire ou par des tiers intéressés, l'État émetteur ne peut plus se rétracter arbitrairement. S'il décide d'invoquer un changement fondamental de circonstances, il devra veiller au bien-fondé de son retrait et suivre la procédure prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

620. La clause *rebus sic stantibus* est régie par un droit applicable tant aux actes unilatéraux qu'aux traités. De ce fait, et en complément de ce qui a été précédemment indiqué, la seule possibilité de pouvoir invoquer cette exception est la survenue de circonstances affectant la base même de l'accord et de nature extraordinaire « en ce sens qu'elles transcendent ou dépasseront les changements ordinaires qu'il est normal et habituel d'escompter dans l'établissement des contrats privés ou des traités internationaux »<sup>732</sup>. Ces changements doivent donc constituer des éléments perturbateurs du traité venant déséquilibrer la charge des obligations entre les parties, en alourdissant celles de l'une d'elles.

621. Nous allons à présent étudier les exceptions générales pouvant découler des rapports conventionnels visant à exclure la responsabilité des parties en cas de violation de leurs engagements engendrant la déception d'attentes légitimes.

### **C. Les circonstances conduisant à la déception d'attentes légitimes dans le cadre des rapports conventionnels**

622. Les exceptions générales dans les rapports conventionnels, qui n'engendrent aucune responsabilité pour les parties, peuvent survenir de deux manières : soit lorsque les États négocient des exceptions à leurs engagements afin de concilier des « *potentially competing interests* »<sup>733</sup> ; soit lorsque des situations imprévisibles surviennent et sont susceptibles d'empêcher la bonne exécution du traité sachant que, dans cette hypothèse, les parties doivent s'en tenir aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>734</sup>.

---

<sup>732</sup> A. POCH DE CAVIEDES, « De la clause "rebus sic stantibus" à la clause de révision dans les conventions internationales », *op. cit.*, p. 170.

<sup>733</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>734</sup> *Ibidem*

623. Le premier cas d'exception générale se justifie par le fait que personne ne peut s'attendre à ce que le droit d'un État n'évolue pas, notamment lorsqu'il s'agit de sujets qui intéressent l'ensemble de la communauté internationale, tels que les droits de l'Homme ou le droit de l'environnement, et qui requièrent que l'État se soumette aux dispositions et aux standards internationaux prévus pour garantir leur respect dès lors qu'ils sont appliqués de bonne foi et sur une base non-discriminatoire<sup>735</sup>. Il s'agit donc d'une démarche des États consistant à prévoir des situations pouvant exclure leur responsabilité sur la base d'un intérêt général, ce qui crée un déséquilibre conventionnel entre les intérêts étatiques et les intérêts particuliers. De ce fait, la règle générale est que l'émergence d'attentes légitimes dépend non seulement du motif réel qui a motivé la mesure prise par l'État mais également de l'obligation de *due diligence* de son bénéficiaire qui doit permettre à ce dernier de la prévoir.

624. Le second cas d'exception est quant à lui régi par la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit des exceptions générales pouvant exclure la responsabilité des parties dans certains cas de non-respect de leurs engagements.

625. Le changement fondamental de circonstances, ou *rebus sic stantibus*, ne fera pas l'objet dans les lignes qui suivent d'une analyse détaillée étant donné que nous l'avons déjà précédemment étudié en tant que notion applicable tant aux actes unilatéraux qu'aux rapports conventionnels.

626. Nous allons donc plutôt nous consacrer à une étude des situations rendant impossible l'exécution de certaines dispositions ou bien de la totalité d'un traité. À cet égard, la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose dans son article 61 qu' :

« 1. Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité.

« 2. L'impossibilité d'exécution ne peut être invoquée par une partie comme motif pour mettre fin au traité, pour s'en retirer ou pour en suspendre l'application si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation

---

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 255.

du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité »<sup>736</sup>.

627. En outre, la CDI a pu préciser la différence entre cette notion et la force majeure : la dernière justifie la non-exécution temporaire d'une obligation conventionnelle alors que la circonstance à l'origine subsiste tandis que « la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible justifie qu'il soit mis fin au traité ou que l'application de ce dernier soit suspendue »<sup>737</sup>. La force majeure viendrait donc excuser une non-exécution momentanée alors que la survenance d'une situation qui rend impossible son exécution pourrait mettre fin à un traité pourvu que la décision soit prise par au moins l'une des parties.

628. Lorsque le motif principal d'impossibilité d'exécution repose sur l'absence de ressources financières suffisantes en raison d'un désastre naturel ou d'une autre situation imprévisible, elle ne sera réputée avérée que lorsque l'État ne parvient pas à obtenir d'autres ressources. Dans cette hypothèse, il est indispensable que l'État démontre que l'exécution d'une obligation conventionnelle mettrait en péril son existence même ou rendrait impossible l'accomplissement des fonctions gouvernementales essentielles<sup>738</sup>. L'exécution impossible des obligations et la force majeure sont des notions voisines, les deux renvoyant à l'impossibilité imprévue et incontrôlable d'exécuter une certaine obligation juridique internationale sans pour autant que cela n'engage la responsabilité des États<sup>739</sup>. Cependant, ces deux notions ne sont ni interchangeables ni équivalentes, car elles interviennent dans des situations différentes<sup>740</sup>.

629. Il convient, par ailleurs, de préciser que la force majeure en tant que justificatif de non-exécution temporaire d'une obligation est applicable tant pour les rapports conventionnels que pour les rapports contractuels. Nous nous focaliserons dans un premier temps sur la jurisprudence issue de différends interétatiques, avant ultérieurement de considérer également des différends mixtes.

---

<sup>736</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 61.

<sup>737</sup> *Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, précit., pp.181-182.

<sup>738</sup> O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlin, Springer, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 1133.

<sup>739</sup> *Ibidem*, p. 1141.

<sup>740</sup> *Ibid.*

630. L'hypothèse de la force majeure est prévue à l'article 23 des Articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites<sup>741</sup>. Conformément à cette disposition, la force majeure dérive d'une situation qui ne peut être contrôlée par l'État. Elle requiert la réunion de trois critères : « a) le fait en question doit résulter d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu, b) qui échappe au contrôle de l'État considéré, et c) fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation »<sup>742</sup>. Il est également nécessaire que l'État invoquant la force majeure n'ait pas contribué à la survenance de la situation en question ou qu'il n'ait pas été en mesure de l'éviter<sup>743</sup>. Une fois ces éléments réunis, le comportement de l'État n'est pas considéré comme illicite pendant que la situation de force majeure persiste<sup>744</sup>.

631. Cependant, il convient de constater que l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et la notion de force majeure n'ont pas fréquemment été invoqués dans le cadre du contentieux interétatique, ce qui rend l'évolution pratique de cette notion difficile à prévoir. On peut notamment se demander si, à l'issue de la crise engendrée par la pandémie de la Covid-19 depuis le début de l'année 2020, les juges internationaux ne seront pas enfin enclins à analyser et à appliquer ces dispositions.

### **Dispositions prévoyant des exceptions dans le cadre de l'OMC**

632. Le principe de protection des attentes légitimes fait partie des principes reconnus par les Accords de l'OMC tendant, entre autres, à garantir une égalité des conditions de concurrence entre les États afin de les protéger contre toute modification unilatérale pouvant leur porter atteinte. Les États membres ont, toutefois, voulu établir des situations spécifiques permettant l'invocation d'exceptions générales justifiant la

---

<sup>741</sup> *Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, précit., pp. 195-196.

<sup>742</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>743</sup> Commission mixte des réclamations anglo-mexicaines, *John Gill (Royaume-Uni) c. Mexique*, sentence du 19 mai 1931, RSA, vol. V, pp. 157-162, p. 159, §5 : « (...) *The majority fully realise that there may be a number of cases, in which absence of action is not due to negligence or omission but to the impossibility of taking immediate and decisive measures, in which every Government may temporarily find themselves, when confronted with a situation of a very sudden nature. They are also aware that authorities cannot be blamed for omission or negligence, when the action taken by them has not resulted in the entire suppression of the insurrections, risings, riots or acts of brigandage, or has not led to the punishment of all the individuals responsible. In those cases no responsibility will be admitted. But in this case nothing of the kind has been alleged. The highest authorities in the country were officially acquainted with what had occurred* ».

<sup>744</sup> *Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, précit., p. 196.

violation des Accords ; une possibilité qui a fait l'objet d'une codification, notamment aux articles XX et XXI du GATT.

633. Le premier article prévoit les exceptions générales permettant aux parties de prendre des mesures 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 une restriction déguisée au commerce international »<sup>745</sup>. Ces mesures concernent notamment des questions de moralité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la protection des trésors nationaux, la conservation des ressources naturelles, etc. L'article XXI prévoit quant à lui des exceptions plus précises portant uniquement sur la sécurité nationale.

634. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel s'est prononcé sur l'application de l'article XX en précisant :

« il ressort clairement du texte introductif que chacune des exceptions prévues aux paragraphes a) à j) de l'article XX constitue une exception limitée et conditionnelle aux obligations de fond contenues dans les autres dispositions du GATT de 1994, en ce sens que, en définitive, la possibilité de se prévaloir de l'exception est subordonnée à l'observation par le Membre en question des prescriptions énoncées dans le texte introductif »<sup>746</sup>.

635. Dès lors, afin que l'article XX puisse justifier la mesure en cause, cette dernière doit remplir les critères établis dans les paragraphes a) à j) mais aussi dans les clauses introductives de cet article<sup>747</sup>. Par ailleurs, il ressort de l'affaire *Colombie – Textiles* une double analyse consistant à examiner si la mesure est « conçue » pour protéger l'une des hypothèses prévues à l'article XX et si elle est nécessaire pour atteindre ce but<sup>748</sup>.

---

<sup>745</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XX.

<sup>746</sup> *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-4, 12 octobre 1998, §§156-157-159.

<sup>747</sup> *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, 29 avril 1996, p. 24. Voir également : *Brésil - Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332, rapport de l'Organe d'appel, AB-2007-4, 3 décembre 2007, §139.

<sup>748</sup> *Colombie - Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461, rapport de l'Organe d'appel, AB-2016-1, 7 juin 2016, §5.67.

636. La nécessité de la mesure requiert « "un soupesage et une mise en balance" d'un certain nombre de facteurs distincts concernant à la fois la mesure que l'on cherchait à justifier comme étant "nécessaire" et les mesures de rechange possibles dont le Membre défendeur pouvait raisonnablement disposer pour atteindre l'objectif souhaité »<sup>749</sup>. Comme en témoigne l'affaire *Brésil – pneumatiques rechapés*, le critère de la nécessité ne suppose pas qu'elle soit indispensable mais « sa contribution à la réalisation de l'objectif doit être importante, pas seulement marginale ou insignifiante (...) »<sup>750</sup>.

637. Les États membres peuvent donc invoquer cette disposition afin de justifier des mesures contraires aux Accords de l'OMC, pourvu que celles-ci remplissent les critères indiqués à l'article XX et qu'elles tiennent également compte de la jurisprudence de l'Organe d'appel.

638. Quant à l'article XXI visant l'exception de sécurité nationale, son application semble être moins restrictive dans la mesure où elle prévoit moins de critères à respecter. En effet, le Canada a soutenu lors d'une réunion portant sur *les restrictions commerciales touchant l'Argentine appliquées pour des raisons autres qu'économiques*<sup>751</sup> que la nature politique d'un différend doit exclure tout contrôle et toute appréciation de la mesure adoptée par l'État au titre de l'exception de sécurité.

639. La sécurité nationale relevant directement de la souveraineté étatique, il est accordé à l'État une liberté totale et discrétionnaire en la matière qui lui permet d'invoquer des intérêts essentiels pour agir sans que sa responsabilité ne soit mise en cause. Cela se justifie par le fait que seul l'État concerné par une situation délicate peut être en mesure de déterminer s'il se trouve dans un cas requérant la prise de mesures urgentes afin de préserver sa sécurité nationale.

---

<sup>749</sup> *Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-8, 11 décembre 2000, §23. Voir également : *Chine - Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363, rapport de l'Organe d'appel, AB-2009-3, 21 décembre 2009, §239 ; *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285, rapport de l'Organe d'appel, AB-2005-1, 7 avril 2005, §307

<sup>750</sup> *Brésil - Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332, rapport de l'Organe d'appel, AB-2007-4, 3 décembre 2007, §210.

<sup>751</sup> CONSEIL GENERAL, *Procès-verbal de la Réunion*, Doc. N° C/M/157, Genève, OMC, 1982, p. 10.

640. Dans *l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la CIJ a mis en évidence ce pouvoir discrétionnaire accordé aux États sur la base de l'article XXI-b) du GATT pour déterminer la nécessité d'une mesure visant à protéger les intérêts essentiels de sécurité nationale, en opérant une comparaison entre l'énoncé de l'article XXI-b) et celui de l'article XXI du traité concerné<sup>752</sup>. Elle a ainsi estimé que l'article XXI du traité de 1956, applicable à l'affaire d'espèce, ne faisait pas échapper à sa compétence l'appréciation de la nécessité de la mesure, précisément parce que contrairement à l'article XXI du GATT, il ne contenait aucune formule dans son énoncé laissant suggérer que cette appréciation revenait exclusivement à l'État auteur de la mesure.

641. Cependant, dans l'affaire sur *les plates-formes pétrolières*, la CIJ a semblé revenir sur sa position en confirmant le besoin de contrôler la nécessité de ce type de mesures, car cela « recoupe en partie celle de leur validité en tant qu'actes de légitime défense. Ainsi (...) les critères de nécessité et de proportionnalité doivent être respectés pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'acte de légitime défense (...) »<sup>753</sup>.

642. Cette exception n'a pas souvent été invoquée en pratique mais un groupe spécial a eu récemment l'occasion de l'analyser dans l'affaire *Russie – Traffic en transit* de 2019. Précisément, il a dû se prononcer sur le caractère discrétionnaire d'une mesure en précisant que cet article XXI « confère aux groupes spéciaux le pouvoir d'examiner s'il est satisfait aux prescriptions des sous-alinéas énumérés, et ne laisse pas cette question à la discrétion absolue du Membre invoquant la disposition, que l'article XXI b) iii) du GATT de 1994 n'est pas totalement "fondé sur une autonomie de jugement" comme l'affirme la Russie »<sup>754</sup>.

643. Selon cette décision, l'exception de sécurité, bien qu'invocable par l'État concerné, doit faire l'objet d'un examen afin de garantir qu'elle ne soit pas invoquée abusivement. En effet, « le pouvoir discrétionnaire dont dispose un Membre pour désigner des préoccupations particulières comme "intérêts essentiels de sécurité" est

---

<sup>752</sup> 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, *Recueil CIJ*, 1984, §222. Voir aussi : CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 6 novembre 2003, *Recueil CIJ*, 2003, §43.

<sup>753</sup> CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *ibidem*.

<sup>754</sup> *Russie - Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512, rapport du Groupe spécial, 5 avril 2019, §7.102.

limité par son obligation d'interpréter et d'appliquer de bonne foi l'article XXI b) iii) du GATT de 1994 »<sup>755</sup>.

644. Cette exception sera certainement de nouveau analysée par les groupes spéciaux saisis de différends étant donné que d'autres restrictions ont été mises en œuvre par les États sur la base de celle-ci. Cela a notamment été le cas du Japon en 2009 qui a restreint l'exportation de certains produits chimiques indispensables pour l'industrie électronique vers la Corée du Sud. Nous pouvons également mentionner les questions soulevées à propos de la technologie 5G proposée par l'entreprise chinoise Huawei, ou encore les mesures de surtaxe des États-Unis sur l'acier et l'aluminium<sup>756</sup>.

645. Les exceptions générales visent donc à permettre aux États d'échapper aux conséquences du non-respect de leurs obligations conventionnelles mais aussi de l'application du principe de protection des attentes légitimes. Cela se justifie par la survenance d'une situation imprévisible qui les oblige à agir d'une manière contraire à leurs engagements ou encore par le besoin de protéger des intérêts essentiels à la préservation de leur territoire ou de leur population.

646. Ces situations sont néanmoins sujettes au respect de plusieurs critères visant à bien encadrer leur application et à éviter une invocation abusive des États qui puisse leur permettre d'écarter leurs obligations selon leur bon vouloir.

647. Nous achevons notre analyse des exceptions générales en examinant celles invocables par les parties à un rapport contractuel.

#### **D. La déception autorisée des attentes contractuelles**

648. Les rapports contractuels qui nous intéressent ici sont ceux qui relèvent du droit international des investissements mais nous ferons également référence à des droits étatiques.

---

<sup>755</sup> *Ibidem*, §7.132.

<sup>756</sup> M. PINCHIS-PAULSEN, « Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions », *Michigan Journal of International Law*, vol. 41, n° 1, 2020, pp. 112-113.

649. Les attentes contractuelles sont un type d'attentes légitimes visant à protéger les parties à un contrat. Elles peuvent naître pendant la phase précontractuelle ainsi que lors de l'exécution du contrat. En toute hypothèse, les parties sont contraintes d'agir de manière cohérente avec les attentes qu'elles ont pu faire naître dans l'esprit de leur cocontractant.

650. Cependant, il est possible que l'une des parties se retrouve dans l'impossibilité d'exécuter le contrat. C'est cette situation qui nous intéresse particulièrement ici, car elle entraîne incontestablement la déception des attentes légitimes de l'autre partie mais aussi la violation des obligations contractuelles mais sans mettre en cause la responsabilité de l'infracteur étant donné qu'il s'agit d'une situation qu'il n'a pas provoquée et qu'il n'est pas en mesure de contrôler.

651. En droit français, la confiance entre les cocontractants est essentielle dans le rapport contractuel. De ce fait, « les conséquences des actes réalisés constituent des éléments déterminants pour apprécier la loyauté de leur auteur »<sup>757</sup>. En effet, lorsqu'une partie fait croire à son cocontractant qu'elle comptait agir ou prendre une position précise, ce dernier aura confiance dans la situation et croira légitimement que celle-ci agira bien de cette manière. Dès lors, « si celui-ci décide d'agir autrement, la confiance du cocontractant est trompée, sa mauvaise foi est caractérisée »<sup>758</sup>.

652. Ainsi, la notion d'attentes légitimes a rapidement été liée à la force obligatoire du contrat, considérée comme constituant l'un de ses fondements. Selon le doyen Jean Carbonnier, la base de la force obligatoire est, en effet, « (...) tout autant que l'engagement du débiteur, que l'on met sans cesse en avant, les attentes raisonnables du créancier : l'engagement de l'un doit se combiner avec, se mesurer sur les attentes de l'autre »<sup>759</sup>.

653. L'inexécution même du contrat déçoit inévitablement les attentes légitimes des parties. Nous nous focaliserons plus précisément dans ces développements sur les

---

<sup>757</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix en Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p. 129.

<sup>758</sup> *Ibidem*

<sup>759</sup> J. CARBONNIER, « Introduction », in L. CADIET (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 34.

événements qui excluent la responsabilité contractuelle de la partie ayant déçu les attentes légitimes de son cocontractant.

654. Dans l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, cette entreprise cherchait à ce que la ville de Bordeaux supporte le surcoût résultant de l'augmentation du prix de charbon depuis la conclusion du contrat. Le Conseil d'État français s'est prononcé en concluant qu'au contraire cela constituait un aléa du marché. Toutefois, s'agissant d'événements imprévisibles par les parties, comme en l'espèce la survenance de la guerre, il n'était pas possible de s'attendre à ce que le concessionnaire assure le bon fonctionnement du service tel que prévu dans le contrat. La haute juridiction administrative a conclu qu'étant donné que cette situation d'imprévision excédait l'aléa économique normal, la partie demanderesse avait le droit à une indemnisation en raison des préjudices subis en conséquence de cet événement, résultant notamment en une surcharge d'obligations au détriment de celle-ci dans le cadre de l'exécution du contrat<sup>760</sup>. Deux choix se présentaient alors aux parties : soit régler cette situation en cherchant à rétablir l'équilibre du contrat ; soit, si cela s'avérait impossible, demander la caractérisation de la force majeure afin de leur permettre de mettre fin au contrat.

655. La principale hypothèse permettant l'exclusion de la mise en cause de la responsabilité de la partie qui non seulement déçoit les attentes légitimes de l'autre mais n'arrive pas non plus à respecter ses engagements est la force majeure.

656. Les rapports contractuels sont généralement régis par le droit décidé d'un commun accord par les parties dans une clause qui détermine les conséquences de toute situation imprévue tels que les désastres naturels ou autres événements soudains<sup>761</sup>.

657. Les parties prévoient généralement une clause portant sur l'éventuelle survenance d'un cas de force majeure afin d'anticiper la survenue d'une situation rendant l'exécution du contrat impossible ; que cela soit pour des raisons juridiques,

---

<sup>760</sup> Conseil d'État, contentieux, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Recueil Lebon, §3.

<sup>761</sup> C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *Business Law International*, vol. 2003, n° 3, 2003, p. 234. Voir, par exemple, le *Mineral Sharing Agreement* conclu le 28 septembre 2009 entre Leyte Ironsand Corporation – MPSA et les Philippines, MPSA n° 290-2009-VIII, 2009, §16.3 : « *Governing Law. This Agreement and the relation between the parties hereto shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of the Philippines. The Contractor hereby agrees and obliges itself to comply with the provisions of the Act, its implementing rules and regulations and other relevant laws and regulations* ».

commerciales ou physiques<sup>762</sup>. Le but de ce type de clause est d'encadrer cette figure juridique et d'en établir les critères d'invocation par les parties.

658. La définition de la force majeure peut être précisée dans les contrats. Cela est notamment le cas dans le *Mineral Sharing Agreement* conclu entre les Philippines et Leyte Ironsand Corporation dans lequel il est indiqué qu'il s'agit d' :

« *acts or circumstances beyond the reasonable control of the Contractor including, but not limited to war, rebellion, insurrection, riots, civil disturbances, blockade, sabotage, embargo, strike, lockout, any dispute with surface owners and other labor disputes, epidemics, earthquake, storm, flood or other adverse weather conditions, explosion, fire, adverse action by the Government or by any of its instrumentality or subdivision thereof, act of God or any public enemy and any cause as herein described over which the affected party has no reasonable control* »<sup>763</sup>.

Ce contrat prévoit également la suspension d'obligations lorsque l'une des situations indiquées dans la clause 16.4 surgit sur la base de la force majeure<sup>764</sup>.

659. Les situations de force majeure peuvent bien évidemment changer d'un contrat à l'autre, car ce sont les parties qui les définissent d'un commun accord en tenant compte du secteur d'activité, des risques prévisibles, de la situation politique de l'État où le contrat sera exécuté, entre autres éléments. En toute hypothèse, elles vont s'efforcer d'établir avec précision les événements couverts par la clause ; les effets que ces événements doivent produire afin d'empêcher valablement l'une des parties d'exécuter le contrat ; le délai de notification lorsque la situation survient ; ou encore la manière dont la force majeure peut affecter le contrat, c'est-à-dire sa suspension ou sa résiliation<sup>765</sup>.

660. Dans l'affaire *Sempra c. Argentine*, le tribunal saisi a eu l'occasion de déterminer le contenu de la notion de force majeure en précisant qu'il s'agit d'une

---

<sup>762</sup> C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *ibidem*

<sup>763</sup> *Mineral Sharing Agreement conclu le 28 septembre 2009 entre Leyte Ironsand Corporation – MPSA et les Philippines*, précit., §2.20.

<sup>764</sup> *Ibidem*, §16.4.

<sup>765</sup> C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *Business Law International*, *op. cit.*, p. 238.

situation « *involv[ing] the occurrence of an irresistible force, beyond the control of the State, making it materially impossible under the circumstances to perform the obligation* »<sup>766</sup>. Cependant, cela n'inclut pas les circonstances rendant l'exécution d'une obligation plus « *difficult* » ; par exemple une crise économique ou bien politique au sein de l'État d'accueil<sup>767</sup>. Le tribunal a, en outre, précisé que ce mécanisme sert à rééquilibrer et à renégocier les obligations contractuelles lorsqu'une situation de force majeure rend l'exécution du contrat plus onéreuse pour l'une des parties<sup>768</sup>.

661. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*, en s'appuyant sur un grand arrêt du Conseil d'État français, à savoir l'affaire de la *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* précédemment étudiée, le tribunal amené à se prononcer a expliqué que l'application de la théorie de l'imprévision implique « *that the event in question had to be unforeseeable and external to the parties, exceed all reasonable expectations, and result in a profound unbalancing of the contract* »<sup>769</sup>. Il en découle que les attentes raisonnables des parties doivent également être prises en compte.

662. L'affaire *RSM Production Corporation c. RCA* a quant à elle mis en évidence les trois caractéristiques principales de la force majeure : l'occurrence d'un événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté de la partie qui l'invoque<sup>770</sup>. Le tribunal arbitral a également rappelé que cette définition correspond à une pratique arbitrale constante<sup>771</sup>. Enfin, il a reconnu la possibilité d'une suspension du contrat pendant toute la durée des événements constitutifs d'une situation de force majeure<sup>772</sup>.

663. Par ailleurs, saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 6, alinéa 2 du règlement 136/64/CEE aux termes duquel « l'obligation d'importer tombe lorsque l'importation ne peut être effectuée pendant la durée de validité du certificat par suite d'un cas de force majeure », la CJCE a précisé que la force majeure doit être déterminée en fonction du système juridique dans lequel elle

---

<sup>766</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §246.

<sup>767</sup> *Ibidem*

<sup>768</sup> *Ibid.*, §243.

<sup>769</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §224.

<sup>770</sup> *RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, affaire CIRDI n° ARB/07/2, décision sur la compétence et la responsabilité du 7 décembre 2010, §147.

<sup>771</sup> *Ibidem*

<sup>772</sup> *Ibid.*, §231.

produira des effets et que « l'importateur qui a exercé toutes les diligences utiles est libéré de l'obligation d'importer (...), lorsque des circonstances étrangères lui rendent impossible la réalisation de l'importation dans les délais, (...) en ce sens qu'il aurait dû être considéré comme improbable par un commerçant prudent et diligent ». De ce fait, il est indispensable qu'il existe un lien suffisant « de cause à effet entre la circonstance invoquée comme cas de force majeure et l'inexécution de l'importation (...), lorsque l'exécution, par le fournisseur de l'importateur, de sa livraison dans les délais, est devenue impossible dans le sens ci-dessus défini, et lorsque l'importateur ne peut se procurer ailleurs la marchandise qu'au prix d'un sacrifice excessif »<sup>773</sup>.

664. La notion de force majeure, qu'elle trouve application au sein d'un rapport conventionnel ou contractuel, semble ainsi produire les mêmes effets, à la condition que les critères requis pour sa reconnaissance soient remplis.

665. Les exceptions générales, peu importe la source juridique dont elles dérivent, visent à permettre à la partie qui les invoque de suspendre l'exécution de ses obligations et à décevoir les attentes légitimes des autres parties sans que sa responsabilité ne soit mise en cause. En ce sens, il est nécessaire que la partie les invoquant agisse de bonne foi et se trouve dans une situation qui échappe à son pouvoir et contrôle ou que, malgré ses efforts, elle ne puisse agir autrement qu'en violation de ses engagements et des attentes légitimes de l'autre partie. L'imposition de critères pour l'invocation de ces exceptions semble indispensable pour éviter tout comportement arbitraire et tout abus de l'infracteur.

666. Nous sommes au regret de ne pas pouvoir analyser l'impact de la pandémie actuelle en tant que cas de force majeure au sein des différents rapports juridiques, car nous savons dès à présent qu'elle produira des effets économiques négatifs au niveau mondial qui engendreront, d'une part, la suspension ou la résiliation de plusieurs

---

<sup>773</sup> CJCE, *Firma Schwarzwaldmilch GmbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*, affaire C-4/68, arrêt du 11 juillet 1968, *Rec. 1968 00549*, p. 563 ; CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire C-11/70, arrêt du 17 décembre 1970, *Rec. 1970 -01125*, §4 ; C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *Business Law International*, *op. cit.*, p. 237.

contrats en cours et, d'autre part, la prise de mesures étatiques d'urgence qui impacteront inévitablement les investissements en cours dans différents pays.

## Conclusion du Chapitre 1

667. Le principe de protection des attentes légitimes requiert une délimitation précise afin de cantonner sa portée mais aussi d'établir les mécanismes pouvant exclure la responsabilité de celui qui a déçu les attentes légitimes d'autrui.

668. La portée de ce principe peut être limité par plusieurs mécanismes. Tout d'abord, le bénéficiaire de l'attente doit remplir une obligation de *due diligence* afin que l'attente soit considérée comme légitime et raisonnable. Le but des attentes légitimes étant de garantir l'équilibre conventionnel ou contractuel des parties, il convient également de tenir compte du pouvoir normatif de l'État, qui ne doit pas être trop limité.

669. Les parties peuvent également décider d'interpréter des dispositions ambiguës afin de limiter la portée de l'acte en encadrant bien les situations qui peuvent permettre son application. Autrement, il reviendra au juge international éventuellement saisi d'interpréter les dispositions imprécises.

670. En outre, les mécanismes se présentant sous la forme d'exceptions générales se basent soit sur la volonté des parties de prévoir les circonstances leur permettant de ne pas respecter leurs engagements sans mise en cause de leur responsabilité, soit sur la survenance d'une situation imprévisible rendant la préservation du *statu quo* impossible ce qui entraîne une violation des engagements ainsi que la déception des attentes légitimes de l'autre partie.

671. Les parties se retrouvant dans une telle situation peuvent, s'agissant d'un rapport conventionnel ou d'engagements unilatéraux, invoquer le changement fondamental de circonstances, l'exécution impossible de ces obligations ou bien la force majeure. Cette dernière est également invocable dans le cadre des rapports contractuels et peut entraîner la suspension ou la résiliation du contrat.

672. De plus, le principe de protection des attentes légitimes peut s'appliquer conjointement avec d'autres principes généraux du droit, comme nous le verrons plus précisément dans le prochain chapitre.

## CHAPITRE 2. LES ATTENTES LEGITIMES ET LES AUTRES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

673. Le principe de protection des attentes légitimes est souvent appliqué en lien avec d'autres principes généraux du droit. Cette relation inévitable trouve son origine au sein même des rapports juridiques. En effet, les principes généraux contribuent à garantir un cadre juridique clair ainsi qu'un comportement constant et précis des parties et, en conséquence, la bonne exécution des engagements.

674. Plusieurs principes contribuent à délimiter la portée du principe de protection des attentes légitimes tels que la bonne foi, la transparence, la non-discrimination, l'estoppel et le principe ou théorie des droits acquis.

675. Nous avons cependant décidé de ne pas consacrer de développements approfondis à une analyse du principe *pacta sunt servanda* dans la mesure où, d'après nos recherches, il s'agit d'un principe trouvant une application plus concrète au sein du droit international général alors que notre étude porte sur le droit international économique. De plus, nous avons pu constater que dans ce domaine, ce principe s'applique conjointement avec la bonne foi ou s'assimile à cette dernière.

676. En effet, dans le répertoire des rapports de l'Organe d'appel de l'OMC, dans la partie sur les principes et les concepts du droit international général, ce dernier place le principe de bonne foi et le principe *pacta sunt servanda* dans une seule et même section. Le principe *pacta sunt servanda* est conçu comme un « *equitable principle* » du principe de bonne foi<sup>774</sup>. En droit international économique, ces deux notions semblent donc être appliquées indistinctement, ce qui renforce notre décision

---

<sup>774</sup> A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2015, p. 27 : « (...) *Pacta Sunt Servanda, abuse of rights and rebuc sic stantibus are sometimes considered equitable principles* ».

d'analyser uniquement le principe de bonne foi, notamment parce que notre objectif est d'analyser des notions qui sont en lien avec le principe de protection des attentes légitimes.

677. Anaïs Lagelle est également de cet avis. En effet selon elle, « en droit international général, le principe de bonne foi s'exprime par la célèbre maxime "*pacta sunt servanda*". C'est en droit international économique que la bonne foi trouve un retentissement certain, notamment parce qu'elle constitue l'une des bases fondamentales de la *Lex Mercatoria*. Ainsi, à l'instar de la notion de raisonnable, la notion de bonne foi connaît une utilisation systématique dans les conventions du droit international économique »<sup>775</sup>. C'est pour cette raison que nous allons uniquement présenter quelques éléments du principe *pacta sunt servanda* à l'occasion de notre étude du principe de bonne foi.

678. Tout comme les attentes légitimes, la plupart de ces notions existent sous la forme d'un principe général du droit dans une grande majorité des droits étatiques et connaissent donc une application homogène. Leur but est généralement d'éviter que les actions ou les omissions d'une partie puissent causer un préjudice à l'autre partie<sup>776</sup> tout en garantissant une sécurité juridique indispensable dans un État de droit<sup>777</sup>.

679. Avant de débiter notre analyse, en examinant un principe à la fois, il convient de préciser que ce chapitre vise uniquement à établir leurs caractéristiques générales ainsi que leur relation avec notre principal objet d'étudier, à savoir le principe de protection des attentes légitimes.

680. Il convient, en outre, de préciser que le principe de bonne foi fera l'objet d'une analyse plus exhaustive que les autres principes en raison de son lien historique fort avec le principe de protection des attentes légitimes<sup>778</sup>.

---

<sup>775</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, *op. cit.*, p. 166.

<sup>776</sup> L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>777</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 340.

<sup>778</sup> H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, *op. cit.*, p. 415.

## **Section 1. La bonne foi, un principe facilitant la protection des attentes légitimes**

681. Il résulte de nos recherches sur l'origine historique des attentes légitimes que le principe de bonne foi faisait déjà l'objet d'une application constante au sein des différents rapports juridiques avant la reconnaissance explicite des attentes légitimes. Nous avons également relevé plusieurs éléments constitutifs des attentes légitimes sans pour autant être en mesure de pouvoir conclure de manière définitive à leur existence précoce faute de jurisprudence le confirmant de manière explicite.

682. La notion de bonne foi semble avoir été au fondement des échanges ainsi que des relations internationales commerciales et politiques tout au long de l'histoire du droit international. Ainsi, nous pouvons d'ores et déjà conclure que la bonne foi et les attentes légitimes sont deux principes qui coexistent depuis longtemps. La bonne foi est, en effet, essentielle à l'émergence d'attentes légitimes étant donné qu'elle est à la base de tout rapport juridique.

683. Nous allons donc commencer par présenter les résultats de nos recherches historiques sur ce sujet, avant d'analyser le principe de bonne foi tel que nous le connaissons actuellement.

### **A. Une approche historique du rapport entre le principe de bonne foi et les attentes légitimes**

684. Selon Hugo Grotius, « l'écriture sainte, nous enseigne que Dieu même, qui ne peut être soumis à aucune loi imposée par autrui, agirait contre sa propre nature, s'il ne tenait à ce qu'il a promis »<sup>779</sup>. Historiquement, les individus ont toujours eu une obligation morale d'agir de bonne foi, notamment lorsqu'ils font la promesse de faire ou de ne pas faire quelque chose. Une fois la promesse faite, il ne s'agit plus uniquement d'une obligation morale découlant de la bonne foi mais également d'une

---

<sup>779</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome I, traduit par J. BARBEYRAC, Amsterdam, chez Pierre de Coup. M. DCCXXIX, 1724, Livre II, Chapitre XI sur les promesses, IV.1.

obligation de ne pas décevoir les attentes légitimes qui ont pu naître en conséquence de cet accord.

685. Cela a ensuite été retenu par la plupart des communautés politiquement organisées<sup>780</sup> sous la forme d'un serment, une pratique qui démontre à quel point la bonne foi et le respect des attentes légitimes émergeant d'un rapport juridique étaient importants<sup>781</sup>. Le serment suppose, en outre, l'intervention d'un dieu garant qui agira contre la partie qui n'a pas tenu sa parole<sup>782</sup>.

686. Même en l'absence d'un système conventionnel, les communautés politiquement organisées prévoyaient déjà des sanctions intimement liées à leurs croyances et à leur religion pour garantir le respect des engagements<sup>783</sup>. Ainsi, tout accord ou traité, qu'il soit d'alliance ou de paix, ne pouvait être conclu sans un serment solennel des parties qui avait pour objectif d'engager « la bonne foi de leurs dieux protecteurs réciproques, parfois même, envisageant aussi les malédictions dont serait l'objet celui qui ne respecte pas la parole donnée. Cette parole donnée était même divinisée, tant chez les Grecs, avec la Pistis, dont Zeus Pistios était le garant, que chez les Romains avec la Fides »<sup>784</sup>.

687. Ce type de sanction se basait sur la bonne foi mais aussi sur les croyances des parties contractantes et leur rapport de confiance. Ainsi, nous pouvons, d'une part,

---

<sup>780</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 52. Voir également : P. WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, vol. 151, 1976, p. 281.

<sup>781</sup> Nous pouvons notamment citer le cas de l'accord conclu entre les Hébreux et les Gabaonites, ces derniers faisant partie des Amorites que Josué avait reçu l'ordre d'exterminer. Afin d'éviter cela, ils prétendirent venir d'un pays lointain et sollicitèrent une alliance avec les Hébreux. Une fois l'alliance signée, les Hébreux se rendirent compte qu'en fait les Gabaonites étaient des Amorites. Face à cela, les responsables des Hébreux soutinrent : *Nous leur avons prêté serment par le seigneur Dieu d'Israël, désormais, nous ne pouvons plus leur faire de mal. Voici ce que nous leur ferons : nous leur laisserons la vie pour que le courroux ne nous atteigne pas à cause du serment que nous leur avons prêté*. Le serment a été respecté à tel point que les Hébreux non seulement se sont abstenus de participer aux attaques organisées contre les Gabaonites mais les ont même protégés lorsqu'ils demandèrent de l'aide. Cet exemple nous démontre l'importance de la parole des parties ainsi que l'existence d'un accord d'alliance entièrement basé sur la confiance. Cependant, nous pouvons considérer qu'ici, s'il y avait eu une quelconque attente des Gabaonites que ledit accord serait respecté, l'attente n'aurait pu être légitime étant donné que le rapport conventionnel se basait uniquement sur une tromperie de leur part.

Pour plus d'informations sur ce sujet, voir également : D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, PUR, 2014, p. 53. Voir également : K. JAMES, *The Bible*, San Francisco, Otbebookpublishing, 2015, Joshua 9:3 15-27 ; 9:17-19 et 10,1-10; 2 Salomon 21 :1-9 ; P. WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *op. cit.*, p. 279 ; A. GENTILI, *Il diritto di guerra (De Jure Belli Libri III, 1598)*, traduit par P. NENCINI, Milan, Giuffrè, 2008 ; H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix, Tome I, op. cit.*, Chapitre XIII.4.

<sup>782</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity, op. cit.*, p. 61.

<sup>783</sup> H. WHEATON, *Histoire du progrès du droit des gens en Europe depuis la paix de Westphalie jusqu'au congrès de Vienne. Tome I*, Leipzig, FA Brockhaus, 4<sup>e</sup> éd., 1865, p. 1. Voir également : M. ROSTOVTSSEFF, « International relations in the Ancient World, in The History and Nature of International Relations », in E. WALSH (ed.), *The history and nature of international relations*. Walsh, Edward. New York, Macmillan Co., 1922, p. 47.

<sup>784</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU, op. cit.*, p. 37.

constater un lien entre la bonne foi et les attentes légitimes étant donné que leur déception a comme conséquence une sanction divine<sup>785</sup> et, d'autre part, conclure à l'importance accordée à la parole des cocontractants en tant qu'élément indispensable à la reconnaissance des attentes légitimes<sup>786</sup>.

688. Deux éléments semblaient ainsi prédominer à l'époque : les conceptions morales et les principes fondamentaux que l'on retrouve encore aujourd'hui, notamment le principe de bonne foi et le recours à une procédure arbitrale lors d'un litige entre les parties<sup>787</sup>. De ce fait, une grande importance était accordée au serment des rois lors de la conclusion d'un traité, notamment parce que cette promesse créait, sans aucune doute, des attentes légitimes quant à la bonne exécution de cet accord<sup>788</sup>.

689. Le serment suppose que la partie qui respecte et exécute ses obligations conformément au traité puisse non seulement légitimement s'attendre à ce que l'autre partie respecte également ses obligations mais aussi à ne pas être maudite par les dieux et à conserver sa prospérité ainsi que celle de sa communauté et de son territoire. La bonne foi est souvent mentionnée dans le texte même des traités afin de garantir leur bonne exécution mais aussi en tant qu'outil d'interprétation.

690. Le serment, la bonne foi et les attentes légitimes des parties venaient donc garantir la bonne exécution du traité, notamment en indiquant les mécanismes qui pouvaient justifier sa non-exécution, à savoir l'accord exprès de l'autre partie ou une décision prise d'un commun accord

691. Il en résulte qu'à l'époque, le respect des traités reposait largement sur la valeur de la parole et des promesses des parties mais aussi sur une attente quant à la

---

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 46 : « tout traité, tout accord a une contrepartie dans une sanction religieuse qui vient frapper celui qui ne se tient pas à la parole souscrite par lui ».

<sup>786</sup> Voir : Partie 1, Titre 1 de la présente thèse.

<sup>787</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, *op. cit.*, p. 46 : « à cet égard, le traité conclu entre le pharaon Ramsès II et le roi hittite Hattusil III à l'issue d'une bataille fameuse dont les textes égyptiens se sont emparés attribuant une victoire glorieuse au souverain égyptien, la bataille de Qadesh ».

<sup>788</sup> À titre d'exemple, le traité souscrit entre le pharaon Ramsès II et le roi hittite Hattusil III prévoyait que : « Les paroles qui sont gravées sur cette tablette d'argent de la terre de Khatti et de la terre d'Égypte, les mille formes divines de la terre du Khatti et les mille formes divines de la terre d'Égypte détruiront la maison, la terre et les serviteurs de celui qui ne les respecterait pas. Quant à celui qui respectera ces paroles inscrites sur cette tablette d'argent, Hittite ou Égyptien, et qui en tiendra compte, les mille formes divines de la terre de Khatti et les mille formes divines de la terre d'Égypte lui assureront prospérité et vie, à sa maison, à son pays et à ses serviteurs ». Voir : D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, *op. cit.*, p. 48. Voir également : A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*. New York, McMillan & Co., 1954, p. 2.

sécurité juridique et la stabilité des relations politiques et diplomatiques<sup>789</sup>. Cela semble également faire référence aux attentes légitimes qui, selon nos recherches, semblent coexister depuis l'Antiquité avec la bonne foi en tant que critère essentiel des promesses et des traités de l'époque.

692. Durant l'époque médiévale, cette pratique a été renforcée et le serment est devenu une garantie de l'exécution des contrats et des traités<sup>790</sup>. Hugo Grotius nous rappelle alors les paroles attribuées à Sophocle sur le serment, à savoir : « quand on jure, on est plus attentif à ce qu'on fait, et plus soigneux de sa parole, pour éviter deux grands maux, qu'on s'attirerait en se parjurant ; l'indignation de ses amis et la colère des Dieux »<sup>791</sup>. Nous en déduisons que la foi constituait un élément important à l'époque, notamment au sein des rapports conventionnels et contractuels dans le cadre desquels les parties, souhaitant éviter la colère des dieux, s'assuraient de respecter leurs engagements. Ainsi, peu importe si la foi était expresse ou tacite, elle suffisait à rendre obligatoire un engagement.

693. À titre d'exemple de cette pratique, nous pouvons citer le traité d'amitié de 921 conclu entre Henri I<sup>er</sup> d'Allemagne et Charles III de France dont la bonne exécution était garantie par un serment. Certains auteurs considèrent ce traité comme le premier traité franco-allemand au regard du droit international<sup>792</sup>. Les traités peuvent être assimilés à des contrats conclus entre particuliers qui contiennent une obligation de respecter non seulement ce qui a été convenu mais également leur parole respective. Il est donc possible de dégager un « impératif moral de civilité »<sup>793</sup> ainsi qu'une

---

<sup>789</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, op. cit., p. 203.

<sup>790</sup> Le serment devait être prêté sur des reliques ou des Livres Sacrés, ce qui permettait un droit de regard de l'Église qui pouvait appliquer les plus graves sanctions à l'égard du pécheur ; cela constituait également une violation du sacrement. Voir : A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*, op. cit., p. 18 ; D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., p. 93.

<sup>791</sup> H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix, Tome I*, op. cit., p. 442, §I.1.

<sup>792</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., p. 315 : « La période médiévale témoigne donc, dès sa haute époque, d'une pratique des traités : ainsi, on peut considérer comme le premier traité franco-allemand au sens du droit international, celui qui a été passé entre Henri I<sup>er</sup> d'Allemagne, en tant que 'roi des Francs orientaux', avec le Carolingien Charles III, en tant que 'roi des Francs occidentaux', près de Bonn sur le Rhin en 921. Ce traité d'amitié était garanti par un serment. On peut ainsi trouver toutes les formes de traités, traités d'amitié, traités d'alliance, traités commerciaux. Les méthodes selon lesquelles ils étaient conclus prolongeaient celles de l'Antiquité : en principe, ce sont, quant à leur forme des accords déclarés de façon orale, garantis par le serment solennel des co-contractants. Reste que très tôt, ces accords furent également consignés dans un écrit ».

Voir également : D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *Harvard International Law Journal*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 44 ; F. SUAREZ, « On Laws and God the Lawgiver », in T. PINK (ed.), *Natural Law and Enlightenment classics: Selections from three works*, Indianapolis, Liberty Fund, 2015, p. 345.

<sup>793</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., p. 336.

obligation de clarté du texte reposant sur les parties afin que rien ne puisse empêcher leur bonne exécution.

694. En application des principes de protection des attentes légitimes et de bonne foi, toutes les parties contractantes ont l'obligation, bien que tacite, d'une part, de respecter et d'exécuter leurs obligations contenues dans l'accord et, d'autre part, de s'en tenir à leurs assurances et à leurs comportements exprimés avant la conclusion de l'accord et pendant son exécution<sup>794</sup>.

695. Ce devoir de « remplir ses engagements » fait inévitablement naître dans l'esprit des parties une attente légitime que tout va se dérouler comme prévu et accordé entre elles. Selon Pasquale Fiore, cela constitue une obligation purement naturelle qui découle du sentiment de justice mais aussi de la bonne foi en tant qu'obligation morale qui contraint à respecter ses engagements<sup>795</sup>.

696. L'existence d'un lien entre le principe de protection des attentes légitimes et le principe de bonne foi est encore plus évident si nous considérons qu'à l'époque, les traités internationaux étaient considérés comme « des contrats de bonne foi [qui] doivent être exécutés comme tels ; les parties obligées doivent dès lors non seulement faire ce qui a été expressément stipulé, mais ce qui doit se présumer avoir été dans leur intention commune, eu égard à la matière et à la nature du traité »<sup>796</sup>.

697. Durant les temps modernes, le serment est venu renforcer l'obligation de respecter une promesse en faisant intervenir le nom de Dieu<sup>797</sup>. Autrement dit, le serment ne crée pas une nouvelle obligation mais vient consolider le respect des obligations convenues lors de la conclusion d'un traité. C'était notamment le cas des

---

<sup>794</sup> Cela semble être cohérent avec la pensée de Pasquale Fiore qui indiquera que : « L'obligation de respecter les traités a son fondement dans les principes de la morale et de la justice. La morale commande d'être fidèle à ses propres engagements même quand ils ne sont pas avantageux, et la justice exige de ne pas violer le droit d'autrui. Or, il est évident, que lorsqu'on conclut un traité, la commune volonté des parties, déclarée dans le but de déterminer certains rapports juridiques, fait naître d'une part une obligation parfaite, et d'une autre un droit parfait, et que la violation du traité équivaut à la violation du droit parfait volontairement créé, et à une offense et à une injure envers l'autre partie contractante » (P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Tome II, traduit par C. ANTOINE, Paris, Pedone, 2<sup>e</sup> éd., 1885, §1014).

<sup>795</sup> *Ibidem*, §1015; Voir également : D. SERRIGNY, *Traité du droit public des Français*, Tome I, Paris, Joubert, 1846, p. 94.

<sup>796</sup> P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, *op. cit.*, §1015.

<sup>797</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, traduit par P. ROYER-COLLARD, Paris, Guillaumin, 1835, p. 472, §225.

*asseverazioni*<sup>798</sup>, c'est-à-dire des expressions utilisées par les gouvernants lors de la conclusion d'un traité qui avaient comme objectif de réaffirmer leurs promesses en indiquant qu'elles garantissaient « saintement, de bonne foi, solennellement, irrévocablement, qu'ils engagent leur parole royale »<sup>799</sup> et que l'engagement s'était conclu de manière réfléchie et en toute connaissance de cause.

698. Nous constatons à ce stade que le serment et l'*asseverazione*<sup>800</sup> poursuivaient un objectif similaire à celui des attentes légitimes, à savoir renforcer les engagements des parties lors de la conclusion d'un traité en raison d'une présomption de bonne foi du bénéficiaire de l'attente vis-à-vis de son cocontractant.

## B. Un lien réaffirmé à travers le temps

699. Le principe de bonne foi a été codifié à plusieurs reprises dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les États sont obligés d'exécuter les traités de bonne foi<sup>801</sup> mais aussi de les interpréter de bonne foi<sup>802</sup>. Cela est particulièrement le cas lorsqu'un traité contient des dispositions imprécises rendant son exécution plus difficile. De ce fait, la bonne foi porte avant tout un objectif moral qui gouverne l'ensemble des rapports étatiques<sup>803</sup>, à chacune de leurs étapes, allant de la négociation à la conclusion des traités jusqu'à leur extinction ; raison pour laquelle elle constitue également un critère d'appréciation « des conditions dans lesquelles [l'État] s'acquitte de ses obligations »<sup>804</sup>.

700. Le principe de bonne foi garantit que les parties sont honnêtes et sincères lorsqu'elles décident d'établir une relation juridique qui doit reposer sur des objectifs

---

<sup>798</sup> Ce terme a été traduit par « assévérations » (E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *ibidem*, §230).

<sup>799</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, *ibidem*, p. 477, §229.

<sup>800</sup> Notion reprise telle que traduite par Monsieur P. Royer-Collard. Voir : E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, *ibidem*, 1835, §230.

<sup>801</sup> En tant que partie intégrante du principe *Pacta Sunt Servanda*. Voir : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 26. Voir également : *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (The North-Atlantic Coast Fisheries Case)*, *Grande Bretagne c. États-Unis d'Amérique*, affaire CPA n° 1909-01, sentence du 7 septembre 1910, p. 14.

<sup>802</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 31.

<sup>803</sup> M. KAMIL YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 20. Voir également : Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (A/8082)*, 24 octobre 1970, article 2.

<sup>804</sup> P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297, 2002, pp. 126-127.

clairs et licites<sup>805</sup>. La bonne foi est ainsi « la base de toute loi et de toute convention »<sup>806</sup> qui prend la forme d'un principe général du droit dans plusieurs droits étatiques et que l'on retrouve également au sein du droit international économique, à savoir dans les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, ainsi que dans d'autres instruments internationaux<sup>807</sup>.

701. Il convient à présent de préciser les différences entre le principe de *pacta sunt servanda* et la bonne foi. Le premier est généralement compris comme engendrant une obligation de respecter et d'exécuter les traités conclus<sup>808</sup> alors que le principe de bonne foi sert à délimiter le contenu de cette obligation<sup>809</sup>.

702. Dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, la CIJ a eu l'occasion de se référer à ces deux principes en indiquant que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités « implique qu'au cas particulier c'est le but du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, qui doivent prévaloir sur son application littérale. Le principe de bonne foi oblige les Parties à l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint »<sup>810</sup>.

703. Concernant plus spécifiquement les actes unilatéraux, la Cour a également précisé que ces derniers sont régis par la bonne foi. Il en résulte que « la confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale (...) le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tableur sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit

---

<sup>805</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 545.

<sup>806</sup> Tribunal arbitral mixte turco-grec, *Aristotelis A. Megalidis c. Turquie*, sentence du 26 juillet 1928, Recueil des décisions des tribunaux mixtes, vol. VII, §31. Voir également : *Venezuelan Preferential Claims* (1904), 22 février 1904, RIAA, Vol. IX, p. 110 : « *the good faith (...) ought to govern international relations* ».

<sup>807</sup> D. HENRIQUES, « Pathological arbitration clauses, good faith and the protection of legitimate expectations », *Journal of Arbitration International*, vol. 31, n° 2, juin 2015, p. 358.

<sup>808</sup> C. GOODMAN, « Acta Sunt Servanda - A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 25, n° 1, 2006, p. 65.

<sup>809</sup> *Ibidem*

<sup>810</sup> CIJ, *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *Recueil CIJ*, 1997, §142.

respectée »<sup>811</sup>. Nous constatons donc que dans cette affaire, la Cour semble retenir l'existence d'un lien entre la bonne foi et les attentes légitimes.

704. Le principe de bonne foi est également reconnu en droit financier international<sup>812</sup>, notamment par le Fonds monétaire international (FMI) qui, lorsqu'il adopte une politique d'assistance financière pour les États « *in financial distress* », peut conditionner leur accès aux prêts internationaux à l'obligation de collaborer avec leurs créanciers et de négocier de bonne foi tout accord sur la dette<sup>813</sup>.

705. L'application conjointe des principes de bonne foi et de protection des attentes légitimes est également une pratique courante en droit de la fiscalité internationale. En effet, tout individu peut légitimement s'attendre à ce que les autorités n'agissent pas de mauvaise foi en appliquant arbitrairement ou de manière discriminatoire les lois fiscales et les procédures en la matière<sup>814</sup>. En outre, elles peuvent espérer que les pratiques administratives ne changent pas soudainement, notamment si cela implique un surcoût économique ou une procédure longue et compliquée. Il en résulte qu'un comportement de l'administration peut en soi constituer un fondement à des attentes légitimes garantissant à l'individu qui en est destinataire qu'il sera traité dans les mêmes conditions que celles qu'il a jusqu'alors connues<sup>815</sup>. En revanche, les modifications législatives ou celles qui résultent des tribunaux nationaux ne sont pas concernées, car elles sont considérées comme prévisibles.

---

<sup>811</sup> CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1974, *Recueil CIJ*, 1974, §49. Voir également : CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1988, *Recueil CIJ*, 1988, §105.

<sup>812</sup> M. SUDREAU, « Bilateral investment treaties and the principles on responsible sovereign lending and borrowing: Working together towards the provision of an international legal framework addressing debt issues? », in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2017, p. 176.

<sup>813</sup> C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN, « International investment law and the global financial architecture: Identifying linkages, mapping interactions », in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, *ibidem*, p. 39. Voir également : M. GOLDMANN, « International investment law and financial regulation: Towards a deliberative approach », in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, *ibid.*, p. 79.

<sup>814</sup> P. STEPHAN, « Comparative Taxation Procedure and Tax Enforcement », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, *op. cit.*, p. 601.

<sup>815</sup> *Ibidem*

## La bonne foi en droit international des investissements

706. Dans les TBI, le principe de bonne foi est un outil d'interprétation pour l'application du TJE mais aussi du principe de protection des attentes légitimes<sup>816</sup>. En effet, la doctrine semble s'accorder sur le fait que le principe de bonne foi suppose également une obligation de respecter les attentes légitimes créées dans l'esprit des sujets de droit<sup>817</sup> ; ce qui met inévitablement en évidence le lien entre ces deux principes. En effet, la bonne foi ne s'applique jamais toute seule, car « elle n'a de réalité juridique que quand des éléments extérieurs au droit font appel à elle »<sup>818</sup>. Ce lien a notamment été retenu dans les affaires *Saluka c. République Tchèque*<sup>819</sup> et *Total c. Argentine*<sup>820</sup>. Il s'ensuit que toute attente légitime basée sur la bonne foi permet leur examen et garantit leur protection.

707. Dans l'affaire *EDF c. Roumanie*, le tribunal arbitral a, par ailleurs, identifié les principes qui, selon la pratique arbitrale, constituent la substance du TJE parmi lesquels nous retrouvons de nouveau le principe de bonne foi ainsi que celui de protection des attentes légitimes<sup>821</sup>.

708. Dans le cadre de l'ALENA, amené à se prononcer sur l'affaire *Thunderbird c. Mexique*, un tribunal a précisé que la notion d'attentes légitimes fait référence à une situation dans laquelle le comportement ou la conduite des parties contractantes crée des attentes raisonnables et justifie à l'égard des investisseur « *to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages* »<sup>822</sup>. Le rôle du principe de

---

<sup>816</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 352. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 315 ; A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>817</sup> H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC*, vol. 57, n° 3, 2005, p. 640. Voir également : A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, *ibidem*, p. 12.

<sup>818</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 168. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 315.

<sup>819</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §303. Voir également : *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010, §9.3.10 ; A. VITERBO, *International Economic Law and Monetary Measures: Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, pp. 279-280.

<sup>820</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §128.

<sup>821</sup> *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §104. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 315.

<sup>822</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147.

bonne foi est ici de contribuer à déterminer si cela constitue une violation de l'article 1105 de l'ALENA<sup>823</sup>.

709. La bonne foi, en tant que principe général du droit, est alors le corollaire en droit international du principe de protection de la confiance légitime du droit de l'Union européenne<sup>824</sup> en vertu duquel l'État ne peut adopter un comportement contradictoire avec celui « qu'il a fait escompter et frustrer les attentes particulières qu'il a ainsi fait naître »<sup>825</sup>.

710. Inversement, celui qui se prévaut d'une attente légitime doit aussi le faire de bonne foi<sup>826</sup>. Cette obligation exclut l'invocation de toute attente naissant de situations contestables ; à savoir, une fraude, la corruption, un fait illicite, ou encore lorsqu'il s'agit d'un avantage dont le bénéficiaire sait qu'il ne remplit pas les « conditions de l'octroi (...) qui lui a été néanmoins accordé, ou s'il est clairement prévu que l'avantage peut être retiré discrétionnairement »<sup>827</sup>.

711. Nous retrouvons notamment ces deux principes en droit du commerce international depuis le GATT de 1947<sup>828</sup>. Ainsi, les attentes légitimes ne peuvent être appréciées dans ce domaine sans prendre en compte la bonne foi des États membres<sup>829</sup>.

712. Le principe de bonne foi remplit donc plusieurs fonctions au sein du droit international économique, notamment celle d'identifier et de contribuer à combler des lacunes du régime applicable ainsi qu'à définir des critères de légitimité et de raisonnablement indispensables à la protection des attentes légitimes<sup>830</sup>. Ainsi, en droit financier international, le TJE peut être invoqué conjointement avec ces deux principes, notamment dans la situation suivante :

---

<sup>823</sup> P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2013, p. 268.

<sup>824</sup> TPICE, *Opel Austria c. Conseil de l'Union européenne*, affaire T-115/94, arrêt du 22 janvier 1997, *Rec. 1997 II-00039*, §93

<sup>825</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 339. Voir également : S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>826</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>827</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>828</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 127. Voir également : A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 364.

<sup>829</sup> *Ibidem*, p. 545.

<sup>830</sup> *Ibid.*

« *if lenders perceived the sovereign borrower's actions as altering their legitimate expectations (including non-compliance with the debt contract between a lender and a borrower). (...) In the context of a debt restructuring, creditors who do not agree with a restructuring offer may claim that the FET standard has been breached on the grounds that the debt negotiation process lacked transparency and due process or that the debt exchange was imposed unilaterally and was not proposed in good faith* »<sup>831</sup>.

713. Il en résulte que dès lors qu'une situation ou un comportement d'une partie a permis l'émergence d'attentes légitimes, une modification soudaine et non justifiée porterait atteinte non seulement au principe de protection des attentes légitimes mais également au principe de bonne foi, car la bonne foi suppose aussi de protéger les attentes légitimes<sup>832</sup>.

714. L'application du principe de bonne foi ne diffère pas vraiment selon la branche du droit international économique en question, nous allons cependant nous focaliser sur une étude de son application concrète au sein de l'OMC.

### **La bonne foi en droit de l'OMC**

715. La bonne foi a également fait l'objet d'une application constante par l'Organe de règlement de différends de l'OMC étant donné que les Accords de l'OMC, en tant que traités, lient les parties et doivent être exécutés de bonne foi<sup>833</sup>. L'Organe d'appel, à l'occasion de l'affaire *CE – Sardines*, a rappelé ce point en indiquant que l'obligation conventionnelle de bonne foi est codifiée à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>834</sup>.

716. Par ailleurs, le groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – loi sur la compensation* a procédé à l'analyse du lien entre la bonne foi et le principe *pacta sunt servanda* en précisant que le premier fait « partie intégrante » du second selon lequel « les traités lient les parties. (...) ». Ainsi, en ne s'acquittant pas de bonne foi d'une

---

<sup>831</sup> M. SUDREAU, « Bilateral investment treaties and the principles on responsible sovereign lending and borrowing: Working together towards the provision of an international legal framework addressing debt issues? », *op. cit.*, p. 186.

<sup>832</sup> D. HENRIQUES, « Pathological arbitration clauses, good faith and the protection of legitimate expectations », *op. cit.*, pp. 356-357.

<sup>833</sup> P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op. cit.*, p. 455.

<sup>834</sup> *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231, rapport de l'Organe d'appel AB-2002-3, 26 septembre 2002, §278.

obligation conventionnelle, une partie manque à cette obligation. Cela vaut également pour les obligations imposées par l'Accord sur l'OMC »<sup>835</sup>. Le groupe spécial a ensuite précisé que « le principe général *pacta sunt servanda* impose aux Membres l'obligation d'exécuter les Accords de l'OMC de bonne foi. C'est une obligation qui incombe aux Membres, pas à des acteurs privés »<sup>836</sup>.

717. Il en résulte que le principe de bonne foi est caractérisé par une application plus significative au sein du contentieux international où il contribue à la prévisibilité et à la raisonnable du comportement de l'État et sert d'outil d'interprétation au juge international<sup>837</sup>. En ce sens, le principe de protection des attentes légitimes peut parfois s'appliquer dans le cadre d'une interprétation de bonne foi<sup>838</sup>, conformément à l'article 3.2 du Mémoire d'accord aux termes duquel :

« Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »<sup>839</sup>.

718. Nous constatons donc qu'il existe un lien bien établi entre le principe de bonne foi et le principe de protection des attentes légitimes au sein de l'OMC grâce à une application et une interprétation harmonieuses et cohérentes des Accords par l'ORD.

719. D'autre part, dans l'affaire des *pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a précisé que « chaque État a à exécuter les obligations assumées par le traité *bona fide* »<sup>840</sup>. Il s'agit donc de respecter non seulement les obligations expressément établies dans le traité mais aussi celles que

---

<sup>835</sup> États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, WT/DS217, rapport du Groupe spécial, 16 septembre 2002, §§4.700-4.701.

<sup>836</sup> *Ibidem*, §4.1001.

<sup>837</sup> A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>838</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 99-195.

<sup>839</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article 3.2.

<sup>840</sup> *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord (The North-Atlantic Coast Fisheries Case)*, Grande Bretagne c. États-Unis d'Amérique, affaire CPA n° 1909-01, sentence du 7 septembre 1910, p. 14.

l'on peut raisonnablement déduire de l'intention commune des parties ainsi que de leur comportement<sup>841</sup>.

720. L'État doit aussi exercer ses droits de bonne foi, ce qui implique en particulier l'obligation de ne pas abuser de ses prérogatives publiques<sup>842</sup>, notamment lorsque cela entraîne une incompatibilité avec l'objet d'une règle déterminée ou l'ordre étatique dont elle fait partie<sup>843</sup>. Cette doctrine de l'abus de droit limitant l'action étatique se fonde sur l'hypothèse d'un risque de violation des attentes légitimes<sup>844</sup> basé sur la maxime « *neminem laedit qui suo jure utitur* » selon laquelle personne ne doit porter atteinte aux droits d'autrui dans l'exercice de ses propres droits<sup>845</sup>.

### C. L'abus de droit

721. Le versant négatif du principe de bonne foi est l'abus de droit, une notion qui a fait l'objet d'une analyse par la CIJ ainsi que dans la jurisprudence de l'OMC et le contentieux arbitral. En toute hypothèse, la détermination d'un abus de droit se fait au cas par cas en tenant compte des circonstances de l'espèce<sup>846</sup>.

722. Selon la CIJ, l'invocation de l'abus de droit requiert que chacune des parties établisse « les faits ainsi que les moyens de droit qu'elle entend faire prévaloir au stade du fond de l'affaire »<sup>847</sup>.

723. Dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel s'est aussi prononcé sur l'abus de droit en le considérant comme une application du principe de bonne foi qui tend à interdire l'exercice abusif de ses droits par un Membre susceptible de constituer une violation des droits conventionnels des autres États membres<sup>848</sup>. Il est à cet égard

---

<sup>841</sup> B. CHENG, « General Principles of Law as a Subject for International Codification », *op. cit.*, p. 40.

<sup>842</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>843</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 34, §58.

<sup>844</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>845</sup> *Ibidem*

<sup>846</sup> *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §186, Voir également : *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et al. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010, §177.

<sup>847</sup> Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2018, §151.

<sup>848</sup> *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-4, 12 octobre 1998, §158. Voir également : *Russie - Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R/Add.1, rapport du Groupe spécial, 5 avril 2019, §22 ; *États-Unis - Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192, rapport de l'Organe d'appel, AB-2001-3, 8 octobre 2001, §81.

généralement admis qu'« un droit sera exercé de manière abusive lorsque la revendication de ce droit empiètera de manière déraisonnable sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle »<sup>849</sup>, ce « sans qu'il soit dûment tenu compte des attentes légitimes de l'autre État »<sup>850</sup>.

724. Cependant, la simple violation d'une disposition des Accords de l'OMC n'est pas suffisante pour caractériser la mauvaise foi d'un État membre<sup>851</sup>. Il est nécessaire de tenir compte d'autres éléments telles les attentes légitimes des Membres. Précisément, la bonne foi s'extériorise et « se révèle par des indices qui peuvent être appréciés d'après certains standards juridiques »<sup>852</sup> et permettent donc de caractériser ou non la mauvaise foi d'un sujet de droit.

725. De plus, conformément à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, agir de bonne foi implique de ne pas aller à l'encontre de l'objet et du but d'un traité même lorsque ce dernier n'est pas encore entré en vigueur<sup>853</sup>. De l'application conjointe de cette disposition avec les Accords de l'OMC, particulièrement « l'article 3:7 et 3:10 du Mémoire d'accord, [il ressort] qu'une allégation qui n'est pas compatible avec la bonne foi ne peut pas être maintenue »<sup>854</sup>.

726. Par ailleurs, dans l'affaire *Corée – Marchés publics*, le groupe spécial saisi a rappelé que les recours en situation de non-violation doivent être considérés conjointement avec d'autres principes généraux du droit, car les États membres ne doivent pas prendre de mesures qui, même si elles sont compatibles avec les Accords de l'OMC, « pourraient avoir pour effet de porter atteinte aux attentes raisonnables des partenaires de négociation »<sup>855</sup>.

---

<sup>849</sup> Pérou - Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles, WT/DS457, rapport du Groupe spécial, 27 novembre 2014, §7.95.

<sup>850</sup> Russie - Mesures concernant le trafic en transit, WT/DS512/R/Add.1, rapport du Groupe spécial, 5 avril 2019, §21.

<sup>851</sup> États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, WT/DS217, rapport de l'Organe d'appel, AB-2002-7, 16 janvier 2003, §298.

<sup>852</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, op. cit., p. 169.

<sup>853</sup> Pérou - Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles, WT/DS457, rapport du Groupe spécial, 27 novembre 2014, §3.7.

<sup>854</sup> *Ibidem*

<sup>855</sup> Corée - Mesures affectant les marchés publics, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, 1<sup>er</sup> mai 2000, §7.93.

727. Dans le contentieux arbitral, un tribunal peut légitimement se déclarer incompétent pour connaître une affaire s'il s'avère que l'investisseur a agi de mauvaise foi en créant de « manière frauduleuse les conditions qui pourraient l'autoriser à poursuivre un État sur le fondement de violations alléguées de ses obligations internationales relatives aux investissements »<sup>856</sup>. Cela est notamment le cas lorsqu'un investisseur constitue une entité sur le territoire d'un État déterminé afin de créer un rattachement territorial indispensable pour invoquer un traité particulier, comme dans l'affaire *Phoenix c. République Tchèque*. En l'espèce, un investisseur avait créé une société israélienne détenant deux sociétés tchèques afin de bénéficier de la protection du TBI conclu entre ces deux États. Le tribunal a jugé qu'il s'agissait d'un abus de droit au motif que « *the ICSID Convention/BIT system is not deemed to protect economic transactions undertaken and performed with the sole purpose of taking advantage of the rights contained in such instruments, without any significant economic activity, which is the fundamental prerequisite of any investor's protection* »<sup>857</sup>. En effet, personne ne doit pouvoir abuser des droits accordés par un traité sachant que chaque règle comprend une obligation implicite de ne pas le faire<sup>858</sup>.

728. D'autre part, l'affaire *Ryan c. Pologne* a mis en évidence la méthode à suivre pour déterminer l'existence d'un abus de droit en analysant si des mesures étatiques ont été prises de bonne foi et dans le cadre de l'exercice légitime du pouvoir normatif étatique. Si tel est le cas, les mesures ne peuvent constituer un abus de droit et une expropriation ne saurait être caractérisée<sup>859</sup>.

729. Il est donc possible de conclure que l'application du principe de bonne foi est élargi par le principe de protection des attentes légitimes puisqu'il n'est plus uniquement question de veiller au respect des engagements des parties mais aussi à garantir le maintien des concessions négociées et la stabilité des échanges commerciaux. Ce principe joue également un rôle essentiel en tant qu'outil

---

<sup>856</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, affaire CIRDI n° ARB/15/18, sentence du 22 juin 2017, §360.

<sup>857</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, affaire CIRDI n° ARB/06/5, arrêt du 15 avril 2009, §93. Voir également : *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §185.

<sup>858</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, *ibidem*, §107.

<sup>859</sup> *Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, et Atlantic Investment Partners LLC c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/3, sentence du 24 novembre 2015, §473.

d'interprétation conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>860</sup>.

730. La bonne foi est la base de tout engagement et de tout acte ou comportement des parties. C'est la bonne foi qui permet la création d'un rapport de confiance et l'émergence d'attentes légitimes. Lorsque l'une des parties agit de mauvaise foi, elle perd automatiquement le droit de demander la protection de ses droits et de ses attentes légitimes. De plus, lorsque cette mauvaise foi porte atteinte aux droits d'autrui, elle devient un abus de droit allant à l'encontre de la sécurité juridique indispensable dans tout rapport juridique ; une notion que nous allons à présent étudier au regard des attentes légitimes.

## Section 2. Les attentes légitimes et le principe de sécurité juridique

731. Toute société requiert un système juridique basé sur la sécurité et la prévisibilité qui permettent à chaque individu d'agir conformément à l'attente résultant des comportements des autres « qui, normaux, ou exigibles dans un certain contexte, lui permettent d'ajuster ses propres actes en conséquence »<sup>861</sup>. La sécurité juridique est donc importante pour la protection des attentes légitimes. Selon Robert Kolb, même si pour l'essentiel la sécurité est objective, « elle peut toujours se traduire en une confiance ou en des attentes individualisées auxquelles elle donne lieu »<sup>862</sup>. Cette remarque met en évidence le lien entre ce principe et les principes de bonne foi et de protection des attentes légitimes ; le premier constituant le fondement de la bonne foi qui, à son tour, suppose le respect des attentes légitimes.

732. La sécurité juridique comprend ainsi deux volets importants : la sécurité juridique objective garantie avant tout par l'existence d'un système juridique visant à protéger *erga omnes* l'ordre dans la société, aussi connue comme la sécurité par le droit ; la sécurité juridique subjective qui trouve sa place au sein des rapports interpersonnels, aussi connue comme la sécurité dans le droit. Cette dernière a donc un

---

<sup>860</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §45.

<sup>861</sup> R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, vol. 10, 2002, p. 105.

<sup>862</sup> *Ibidem*, p. 108.

effet uniquement *inter partes* nécessitant « le respect de la confiance, des attentes et des apparences librement créées par un sujet, et sur lesquels un autre pouvait légitimement se fonder »<sup>863</sup>. Cela suppose une certaine cohérence dans les comportements des parties sachant que ceux-ci affectent des tiers et suscitent des attentes ainsi que des intérêts légitimes portant sur « la constance et la continuité de ces comportements ou des promesses tenus »<sup>864</sup>.

733. Dans la présente étude, nous allons nous placer sur le terrain de la sécurité juridique subjective ou *inter partes* en considération des caractéristiques inhérentes au droit international s'édifiant sur des rapports juridiques, bilatéraux ou multilatéraux, reposant sur la bonne foi ainsi que sur « la confiance et l'apparence »<sup>865</sup>.

734. Le principe de sécurité juridique est ainsi souvent lié au principe de protection des attentes légitimes, car le respect du premier crée inévitablement des attentes légitimes à l'égard des individus. La sécurité juridique est également associée à d'autres principes que nous allons à présent analyser, notamment au regard de la théorie des droits acquis étant donné que la sécurité juridique procure une protection des droits dans le temps grâce à sa dimension diachronique qui « implique, si ce n'est l'absence de changement, au moins une évolution progressive et anticipée du droit »<sup>866</sup>.

735. Comme en témoigne l'affaire *RWE Innogy GmbH c. Espagne*, le principe de sécurité juridique et le principe de protection des attentes légitimes ne peuvent être construits « *on insurmountable obstacles to the innovation of a body of law, nor can they be used as instruments to petrify current Law at any moment (...)* »<sup>867</sup>.

736. La sécurité juridique doit exister dans tout rapport juridique, qu'ils soient étatiques ou bien mixtes, car les parties cherchent toujours à s'assurer de la bonne exécution et du respect des obligations décidées lors de la conclusion d'un accord<sup>868</sup>. De ce fait, la sécurité juridique objective visant à garantir la prévisibilité de l'ordre

---

<sup>863</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>864</sup> *Ibid.*

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>866</sup> M. LEGENDRE LE CLOAREC, *L'interprétation par l'organe d'appel de l'OMC à l'aune de l'objectif de sécurité juridique*, thèse, Université Paris I, 2013, p. 28.

<sup>867</sup> *RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 30 décembre 2019, §540.

<sup>868</sup> P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, *op. cit.*, pp. 129-130.

juridique peut empêcher, sauf exceptions, la rétroactivité de la loi dans la mesure où il est inconcevable d'exiger le respect de lois inconnues de l'individu parce qu'elles n'existaient pas au moment où il devait les respecter<sup>869</sup> ; raison pour laquelle il est toujours conseillé de prévoir une période de transition permettant que les individus connaissent le contenu d'une nouvelle loi avant son entrée en vigueur<sup>870</sup>.

737. Le principe de protection des attentes légitimes est parfois considéré comme dérivant du principe de sécurité juridique<sup>871</sup>, notamment en droit communautaire. Cette corrélation est due au fait que les deux principes sont étroitement liés à la notion de stabilité du droit et visent à protéger les particuliers contre tout comportement arbitraire, comme l'illustre notamment l'affaire *Mulder et autres c. Conseil et Commission*<sup>872</sup>.

738. Plusieurs distinctions doivent toutefois être soulignées. En effet, alors que le principe de sécurité juridique a une nature objective, le principe de protection de la confiance légitime est plutôt empreint d'une nature subjective. Selon Delphine Dero-Bugny, ce dernier « est ainsi souvent présenté comme le versant subjectif du principe de sécurité juridique »<sup>873</sup>, car il protège « l'intérêt des particuliers à la fiabilité du droit et notamment à sa prévisibilité »<sup>874</sup>. Cela est mis en évidence dans l'affaire *Plantanol GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt* à propos de laquelle la CJUE a indiqué que « le principe de sécurité juridique, qui a pour corollaire le principe de protection de la confiance légitime, exige, d'une part, que les règles de droit soient claires et précises et, d'autre part, que leur application soit prévisible pour les justiciables »<sup>875</sup>.

739. Cependant, à l'occasion de l'affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni*, la CEDH a nuancé ces propos en précisant que « la certitude, bien que hautement souhaitable,

---

<sup>869</sup> D. POPOVIC, S. KOSTIC, « Legal Certainty and Taxation: the Problem of Retroactive Interpretation », *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, n° 4, 2018, pp. 39-40.

<sup>870</sup> *Ibidem*

<sup>871</sup> H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations », *op. cit.*, p. 416.

<sup>872</sup> CJCE, *J. M. Mulder et autres et Otto Heinemann c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C 104/89 et C 37/90, arrêt du 27 janvier 2000, *Rec. 2000 I-00203*, §15.

<sup>873</sup> D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, E. CHEVALIER, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 655.

<sup>874</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>875</sup> CJUE, *Plantanol GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, affaire n° C-201/08, arrêt du 10 septembre 2009, *Rec. ECR I-8343*, §46.

s'accompagne parfois d'une rigidité excessive »<sup>876</sup>. Nous constatons donc que la sécurité juridique ne doit pas constituer un obstacle à l'évolution du droit qui doit s'adapter à toute circonstance et évolution de la société.

740. Nous en déduisons que le principe de sécurité juridique suppose le respect de plusieurs éléments tels que la non-rétroactivité de la loi ou la mise en place d'une période de transition avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, la stabilité dans la mesure du possible des lois, la clarté des dispositions, la promulgation des lois ainsi que les attentes légitimes qu'elles peuvent créer dans l'esprit des particuliers<sup>877</sup>. Ces éléments constituent également la base de tout État de droit.

741. Néanmoins, comme en témoigne l'affaire relative à la *compétence en matière de pêcheries*, certaines circonstances peuvent supposer de laisser de côté la sécurité juridique afin de trouver une meilleure solution pour les parties. En effet, dans son opinion individuelle sur ce cas d'espèce, le juge De Castro a précisé que « le droit a aussi des "règles soupapes" qui donnent de la flexibilité aux règles juridiques, et permettent de trouver aux dépens de la sécurité juridique des solutions plus justes aux cas en question »<sup>878</sup>.

742. Le sentiment de sécurité juridique peut dériver de plusieurs actes, notamment de la loi, des rapports juridiques et de la jurisprudence<sup>879</sup>. Trois acteurs clés peut ainsi intervenir : « le législateur, le justiciable, le juge »<sup>880</sup>. On pourrait également mentionner les sujets de droit parties à un rapport juridique qui, en respectant leurs engagements, instaurent également un environnement empreint de sécurité juridique<sup>881</sup>.

743. En droit international des investissements, la sécurité juridique n'est pas uniquement garantie dans l'intérêt de l'investisseur qui, sur la base d'un environnement juridique, stable et prévisible, décidera d'investir ; elle l'est aussi dans l'intérêt de

---

<sup>876</sup> CEDH, ass. pl., *The Sunday Times c. Royaume Uni*, affaire n° 6538/74, 26 avril 1979, §49.

<sup>877</sup> D. POPOVIC, S. KOSTIC, « Legal Certainty and Taxation: the Problem of Retroactive Interpretation », *op. cit.*, p. 41.

<sup>878</sup> CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt du 25 juillet 1974, *Recueil CIJ*, 1974, opinion Individuelle du juge De Castro, p. 96. Voir également : A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 169.

<sup>879</sup> M. LEGENDRE LE CLOAREC, *L'interprétation par l'organe d'appel de l'OMC à l'aune de l'objectif de sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>880</sup> *Ibidem*

<sup>881</sup> *Ibid.*, p. 28.

l'État dans la mesure où elle lui permettra de négocier des accords qui reflètent mieux l'étendue de son consentement et la portée de son engagement en évitant ce faisant une limitation de son pouvoir normatif<sup>882</sup>. Ainsi, comme il ressort de l'affaire *Consultel c. Algérie*, la sécurité juridique est un élément du SPE qui se réfère « à la sécurité physique et à la sécurité juridique et implique (...) un devoir de diligence raisonnable pour prévenir ou limiter les dommages pouvant être subis par l'investissement »<sup>883</sup>. De ce fait, les investisseurs peuvent compter sur les avantages prescrits dans les TBI ou bien d'autres traités, à l'exception de ceux explicitement refusés par l'État d'accueil<sup>884</sup>.

744. Par conséquent, même en l'absence de principe du précédent, les tribunaux doivent tenir compte des décisions précédemment rendues sur des affaires similaires. Cela est clairement illustré par l'affaire *Churchill c. Indonésie* dans le cadre de laquelle le tribunal arbitral a précisé : « *it has a duty to contribute to the harmonious development of international investment law, with a view to meeting the legitimate expectations of the community of States and investors towards legal certainty and the rule of law* »<sup>885</sup>. Nous en déduisons que les principes généraux du droit sont constamment appliqués en matière d'investissements compte tenu des attentes légitimes de l'ensemble de la communauté internationale quant à la garantie d'une sécurité juridique.

745. En droit financier international, notamment s'agissant des marchés financiers, l'application du principe de sécurité juridique suppose que les investisseurs aient accès à une « *clear, reliable, standardized, and sufficient information* »<sup>886</sup> afin de garantir le bon fonctionnement des marchés pendant toutes les étapes de « *trading in, and post-trading of financial instruments* »<sup>887</sup>.

---

<sup>882</sup> M. MARCEDDU, « The EU Dispute Settlement: Towards Legal Certainty in an Uneven International Investment System », *op. cit.*, p. 37.

<sup>883</sup> *Consultel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, affaire CPA n° 2017-33, sentence finale du 3 février 2020, §332. Voir également : *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, §164.

<sup>884</sup> *Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/07/14, sentence du 22 juin 2010, §225.

<sup>885</sup> *Churchill Mining et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/12/40 et 12/14, sentence du 6 décembre 2016, §253.

<sup>886</sup> M. BAQUERO-HERRERA, « Legal Certainty and Financial Markets Integration: The MILA case », *Law and Business Review of the Americas*, vol. 19, n° 4, 2013, p. 494.

<sup>887</sup> *Ibidem*, p. 495.

746. On retrouve la même logique en droit de la fiscalité internationale, domaine dans lequel la conclusion de conventions fiscales vise, d'une part, à éviter une double imposition et l'évasion fiscale et, d'autre part, à éliminer tout obstacle aux échanges commerciaux et aux transferts de capital en vue d'assurer une sécurité juridique et une prévisibilité de l'ordre juridique fiscal pour les contribuables<sup>888</sup>.

747. Au sein du droit du commerce international, la sécurité juridique est codifiée à l'article 3.2 du Mémoire d'accord qui stipule que « le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »<sup>889</sup>. Nous le retrouvons également au sein de la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. En ce sens, un groupe spécial a précisé qu'il est très important de « créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs »<sup>890</sup>, car « la protection des attentes légitimes est essentielle pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »<sup>891</sup>. Cela est assuré tant par les plaintes en situation de violation que par les plaintes en situation de non-violation qui constituent le terrain principal d'allégation des attentes légitimes<sup>892</sup>.

748. Il est ainsi possible de constater que la sécurité juridique vise à protéger l'individu qui, ayant agi de bonne foi, s'est fié à la régularité et la stabilité du comportement d'autrui<sup>893</sup>. Celui qui, par son comportement, a créé des attentes légitimes ne peut donc pas opposer à leurs bénéficiaires « les aléas de sa volonté réelle, restée cachée, ou les titres juridiques formels, contredits par sa conduite effective »<sup>894</sup>.

---

<sup>888</sup> T. COTTIER, R. LASTRA, C. TIETJE (eds.), *The Rule of Law in Monetary Affairs: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 274.

<sup>889</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article 3.

<sup>890</sup> États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, L/6175 - 34S/136, rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987, §5.1.9.

<sup>891</sup> Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.21 ; A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, op. cit., pp. 365-366.

<sup>892</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., pp. 179-180.

<sup>893</sup> R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », op. cit., p. 115.

<sup>894</sup> *Ibidem*

749. Nous constatons donc que les parties sont obligées de maintenir l'apparence et les comportements qu'elles ont librement créés et dont elles sont responsables mais elles doivent aussi chacune répondre à tous ceux qui s'y sont fiés en cas de changements soudains. Nous retrouvons donc de nouveau ce lien inévitable entre sécurité juridique, attentes légitimes, bonne foi, ainsi qu'estoppel. Il semblerait qu'appliquées ensemble, ces notions visent à protéger les individus agissant de bonne foi - sur la base d'un comportement ou d'une assurance ayant fait naître des attentes légitimes à leur égard - contre tout changement qui non seulement leur serait préjudiciable mais serait également susceptible de porter atteinte à leurs intérêts essentiels.

750. En somme, la sécurité juridique ne se limite pas à mettre à disposition les textes juridiques afin de garantir une bonne compréhension des droits et des obligations des individus ; elle suppose également la précision et la prévision de leur évolution. Le sentiment de sécurité juridique dérive donc d'un environnement juridique transparent ou d'un engagement souscrit de bonne foi, applicable en toute circonstance. À l'instar du principe de bonne foi, ce principe semble s'appliquer à tout le droit international économique. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la sécurité juridique crée inévitablement des attentes légitimes à l'égard des parties et, dans certains cas, des droits acquis ; une notion que nous allons à présent analyser.

### **Section 3. La théorie des droits acquis et la protection des attentes légitimes**

751. La théorie ou principe des droits acquis peut s'appliquer conjointement avec le principe de protection des attentes légitimes. Au cours de nos recherches, nous avons cependant pu relever l'absence de définition précise et uniforme de cette notion<sup>895</sup>. Nous avons donc décidé de nous inspirer de celle proposée par Stephen de Szazy qui correspond parfaitement aux éléments que nous allons approfondir.

---

<sup>895</sup> S. DE SZASZY, « The Protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol. 36, 1930, p. 485. Voir également : A. JAKSIC, « The Execution of Final Judgments and Vested Rights », *Russian Law Journal*, vol. 2, n° 3, 2014, pp. 62-79, p. 64.

752. Ainsi, nous entendons les droits acquis comme tous les droits subjectifs valablement acquis par un individu à travers un acte juridique dont les conditions ne peuvent ensuite être modifiées par le législateur<sup>896</sup>. Cette notion vise donc à protéger une situation juridique existante favorable à un individu afin d'éviter qu'un changement soudain puisse lui causer un préjudice.

### Les prémices de la notion de droits acquis

753. Au début des années 1900, les juristes européens et américains étaient unanimes quant à l'existence d'une norme minimale de justice dans le traitement des étrangers<sup>897</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Goldenberg* portant sur la réparation de dommages causés par l'Allemagne à des ressortissants d'États neutres en conséquence de la réquisition de biens pour l'armée d'occupation, l'arbitre unique Robert Fazy s'est prononcé en insistant sur le fait que « le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens »<sup>898</sup>.

754. Il s'agit donc d'un principe fondamental du droit interne et du droit international<sup>899</sup> se basant sur le « *legal individualism* » en tant que moyen de défense des individus contre toute ingérence de l'État dans leurs intérêts et droits<sup>900</sup>. Il en résulte que ce principe s'applique généralement en lien avec le droit de propriété. Selon la CDI, « *the right of (private) ownership of tangible goods is the typical expression of the "acquired rights"* »<sup>901</sup>.

---

<sup>896</sup> S. DE SZASZY, « The Protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *ibidem*, p. 485.

<sup>897</sup> A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009, p. 11.

<sup>898</sup> Commission des réparations du Traité de Versailles, *Affaire Goldenberg (Allemagne c. Roumanie)*, sentence du 27 septembre 1928, RSA, vol. II, p. 909.

<sup>899</sup> Cela est confirmé par une jurisprudence abondante : *Affaire relative au différend concernant la souveraineté sur l'île de Bulama, et sur une partie du territoire continental adjacent (Portugal c. Royaume-Uni)*, sentence du 21 avril 1870, RSA, vol. XXVIII, pp. 131-140 ; CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, Série A, n° 7 ; CPIJ, *Affaire sur certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, Série B, n° 6, p. 362 ; CPIJ, *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, arrêt du 16 décembre 1927, Série A, n° 13, p. 18.

<sup>900</sup> P. LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », in SYMPOSIUM ON THE RIGHTS AND DUTIES OF FOREIGNERS IN THE CONDUCT OF INDUSTRIAL AND COMMERCIAL OPERATIONS ABROAD ET AL., *Rights and Duties of Private Investors Abroad*, New York, M. Bender, 1965, p. 151.

<sup>901</sup> F. GARCIA-AMADOR, « Fourth report on State Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens – Mesures affecting acquired rights », Doc n° A/CN.4/119, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1959, p. 9.

755. De ce fait, les États sont obligés de respecter les droits de propriété de leurs ressortissants mais aussi des étrangers. En effet, les droits valablement acquis par ces derniers doivent être respectés, peu importe qu'ils aient été acquis à travers une loi de l'État d'accueil ou de celui de leur nationalité<sup>902</sup>. Cette théorie fait partie intégrante du droit international<sup>903</sup>. En conséquence, est constitutive d'une violation de ce dernier toute atteinte aux droits acquis d'un étranger, même si « de tels actes ne sont pas dirigés contre des personnes en raison de leur qualité d'étrangers, mais se fondent sur des lois générales, applicables aussi aux nationaux »<sup>904</sup>. Cette protection n'est toutefois pas absolue, car son objectif n'est pas d'éviter toute modification de l'ordre juridique en vigueur mais plutôt de prévenir tout comportement arbitraire de l'État.

756. Dans l'affaire *États-Unis c. Percheman* portant sur la question des droits acquis du demandeur au regard de la contestation de sa propriété située en Floride à la suite de la cession de cette région par l'Espagne aux États-Unis, le Chief Justice Marshall s'est prononcé en sa faveur sur la base de la théorie des droits acquis en précisant que la propriété privée ne peut être confisquée ou un titre de propriété annulé sur la base d'un changement de souveraineté du territoire en question<sup>905</sup>. Et le juge de conclure : « *a cession of territory is never understood to be a cession of the property belonging to its inhabitants. The King cedes that only which belonged to him; lands he had previously granted were not his to cede* »<sup>906</sup>.

757. Le principe du respect des droits acquis comprend la protection du droit de propriété au sens large, y compris les concessions. Dans l'affaire *Compagnie d'électricité de Varsovie*, l'arbitre unique Asser a ainsi conclu qu'une concession avait une double caractéristique, car elle relevait aussi bien du droit privé que du droit public<sup>907</sup>.

---

<sup>902</sup> A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, p. 354.

<sup>903</sup> CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7, p. 42.

<sup>904</sup> A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *op. cit.*, pp. 358-359.

<sup>905</sup> *United States c. Percheman*, 32 (7 Pet.) U.S. 51 (1832), p.32, §§86-87

<sup>906</sup> *Ibidem*

<sup>907</sup> *Compagnie d'électricité de Varsovie (France c. Pologne)*, affaire ad hoc, sentence sur le fond du 24 novembre 1932, *RSA*, vol. III, pp. 1679-1688, p. 1687. Voir également : CPIJ, *Affaire sur certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Séries B*, n° 6, p. 39.

758. De même, dans l'affaire *Norwegian Shipowners' Claims*, devant se prononcer sur une question portant sur les droits acquis des étrangers, le tribunal a jugé que « *no State can exercise towards the citizens of another civilized State 'the power of eminent domain' without respecting the property of such a foreign citizen or without paying just compensation as determined by an impartial tribunal, if necessary* »<sup>908</sup>.

759. Cependant, il convient de prendre en compte deux situations qui constituent des exceptions et permettent la privation ou la limitation de droits acquis : d'une part, lorsque cela est justifié par l'intérêt général mais moyennant une juste indemnisation<sup>909</sup> ; d'autre part, lorsque l'indemnisation n'est pas due parce que l'expropriation n'a causé aucune perte matérielle à l'étranger, que personne ne s'est enrichi avec cette mesure ou que l'État n'est pas en mesure d'indemniser l'étranger en raison de sa situation financière<sup>910</sup>.

760. Le droit acquis doit donc être « un droit concret possédé par un sujet déterminé, et il se distingue ainsi de simples libertés telles que la liberté d'industrie comme aussi de simples espérances, possibilités ou expectatives »<sup>911</sup>. Il en résulte que si une nouvelle loi vient régir une situation juridique préexistante, les droits acquis ne doivent pas être atteints par cette modification législative<sup>912</sup>. Le but est donc de protéger les droits individuels contre toute ingérence étatique, notamment une loi rétroactive<sup>913</sup>. Cependant, ce principe n'est pas absolu ni ne cherche à empêcher l'évolution du droit. En effet, sa finalité est de protéger une situation existante pendant une durée suffisante afin de permettre aux individus de s'y adapter<sup>914</sup>.

---

<sup>908</sup> *Norwegian Shipowners' Claims (Norvège c. États-Unis)*, sentence du Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du compromis signé le 30 juin 1921 entre les États-Unis et la Norvège, La Haye, 13 octobre 1922, *RSA*, vol. I, p. 338.

<sup>909</sup> S. DE SZASZY, « The Protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *op. cit.*, p. 486. Voir également : G. KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *RCADI*, vol. 59, 1937, pp. 359-360.

<sup>910</sup> S. DE SZASZY, « The Protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *ibidem*, p. 486.

<sup>911</sup> G. KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *op. cit.*, p. 406. Voir également : *Jablonsky c. Allemagne*, affaire du tribunal arbitral de Haute-Silésie n° C22/34, sentence du 24 juin 1936, vol. 6, n° 99 ; P. LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », *op. cit.*, p. 149.

<sup>912</sup> G. KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *ibidem*, p. 328.

<sup>913</sup> P. LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights », *op. cit.*, p. 153.

<sup>914</sup> *Ibidem*, p. 167. Voir également : F. GARCIA-AMADOR, « Fourth report on State Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens – Mesures affecting acquired rights », *op. cit.*, p. 5.

761. À ce titre, il permet de « mesurer la portée du principe de la non-rétroactivité des lois, en opposant (...) les simples expectatives qui ne survivent pas à la loi abrogée, aux droits acquis qui sont maintenus sous l'empire de la loi nouvelle »<sup>915</sup>.

### **Les droits acquis, indéniablement reconnus et protégés par le droit international**

762. Dans l'avis consultatif relatif à *certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, la CPIJ a estimé que « le fait, qu'il y a eu pour ce plan de colonisation des motifs politiques, ne peut porter atteinte aux droits privés acquis conformément à la loi ; il est même évident qu'aucune colonisation de ce genre ne pourrait réussir si les colons n'étaient pas assurés de leurs droits sur le bien-fonds pour lequel ils ont payé tant en argent qu'en nature »<sup>916</sup>. La protection des droits acquis est ainsi mise en évidence, car les colons semblaient ici avoir valablement acquis un droit à travers l'achat d'une propriété.

763. Puis, en 1925, dans *l'affaire concernant certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la CPIJ a confirmé que les droits acquis des ressortissants étrangers devaient être respectés<sup>917</sup> étant donné que la théorie des droits acquis est un principe selon lequel « les ressortissants étrangers et leurs biens continueraient à bénéficier sur une base coutumière, des droits conférés antérieurement par des traités conclus entre leur État de nationalité et l'État d'établissement, alors même que ces traités ne seraient plus en vigueur ou encore dans le contexte d'une succession d'États »<sup>918</sup>.

764. Deux implications en résultent : d'une part, un étranger ne peut être dépourvu de son droit ou voir son droit limité ou diminué ; d'autre part, si une limitation ou une violation de ce droit intervient, la personne lésée doit être indemnisée. Cette solution est également applicable lors d'une succession d'États<sup>919</sup>.

---

<sup>915</sup> P. ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI*, vol. 44, 1933, p. 5.

<sup>916</sup> CPIJ, *Affaire sur certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Séries B*, n° 6, p. 33. Voir également : A. MCNAIR, « The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations », *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p. 18.

<sup>917</sup> CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7, p. 22. Voir également : CIJ, *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, *Recueil CIJ*, 1963, p.42 ; CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 36 ; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>918</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, *op. cit.*, p. 29, §49.

<sup>919</sup> F. GARCIA-AMADOR, « Fourth report on State Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens – Measures affecting acquired rights », *op. cit.*, p. 4.

765. Ce principe vise à protéger les individus au sein d'un rapport contractuel<sup>920</sup> ou mixte, notamment lorsque leurs droits dérivent des pouvoirs normatifs de l'État, c'est-à-dire d'une politique publique ou d'autres mesures réglementaires. Cette protection est codifiée au sein de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à l'article 70(1)(b) aux termes duquel : « 1. À moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention : b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties, créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin »<sup>921</sup>.

766. Cette convention stipule également, à l'article 43, que l'extinction d'un traité n'affecte « en aucune manière le devoir d'un État de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il est soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité »<sup>922</sup>. À titre d'exemple, dans l'affaire *ABCI Investments c. Tunisie*, le tribunal arbitral a précisé que lorsque l'investisseur bénéficie d'un engagement législatif de stabilisation des lois, ses droits acquis sont protégés et il est interdit à l'État « d'apporter des modifications imposant aux investissements agréés des conditions moins avantageuses »<sup>923</sup>. De plus, il n'est pas possible d'aller à l'encontre de droits valablement acquis « avant la mise en œuvre de la modification ou de l'abrogation [de la loi] »<sup>924</sup>.

767. Par ailleurs, dans le cadre de l'affaire *Mobil c. Argentine*, le tribunal a précisé qu'une concession peut créer des droits acquis ainsi que des attentes légitimes lorsque les investisseurs comptent sur leur respect<sup>925</sup>. En effet, sur la base de la jurisprudence de la Cour suprême argentine, le tribunal a conclu :

*« when an individual has fulfilled all substantial acts, conditions, and formal requirements under the provisions of a specific regulation, that individual has a vested right that the*

---

<sup>920</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>921</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, précit., article 70.

<sup>922</sup> *Ibidem*, article 43.

<sup>923</sup> *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, affaire CIRDI n° ARB/04/12, décision sur la compétence du 18 février 2011, §87. Voir également : *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, §682.

<sup>924</sup> *ABCI Investments Limited c. Tunisie*, *ibidem*, §126.

<sup>925</sup> *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et al. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010, §721.

*Government cannot abrogate through new legislation without violating the protection of property recognized by Article 17 of the National Constitution »<sup>926</sup>.*

768. La protection des droits acquis suppose toutefois de démontrer leur existence ; condition pour pouvoir bénéficier d'un droit à indemnisation en cas d'atteinte. Ainsi, dans l'affaire *Thunderbird c. Mexique*, le tribunal arbitral a estimé que l'indemnisation n'était due que si l'investisseur pouvait démontrer qu'il avait un droit acquis « *in the business activity that was subsequently prohibited* »<sup>927</sup>.

769. Dès lors, les droits acquis se fondent sur l'idée que leur bénéficiaire, ayant rempli tous les critères, peuvent légitimement s'attendre à ce qu'ils leur soient reconnus et qu'ils soient respectés, notamment lorsque ces droits se basent sur la loi d'un ordre normatif facilement accessible grâce à un environnement juridique transparent et non-discriminatoire.

#### **Section 4. La transparence et la non-discrimination en tant que principes indispensables aux attentes légitimes**

770. La transparence et la non-discrimination seront analysées ensemble, car le respect de l'une entraîne le respect de l'autre. En effet, une législation ou réglementation claire et accessible permet de connaître les droits et les obligations de chaque individu. Cela permet également d'identifier et d'empêcher les situations constitutives de violations de droits comme les situations de discrimination.

771. Le principe de non-discrimination tend à garantir que le traitement accordé aux étrangers « soit égal à celui dont bénéficient les nationaux »<sup>928</sup> alors que le principe de transparence vise à ce que l'étranger qui souhaite s'installer dans un État autre que celui de sa nationalité puisse le faire en connaissant au préalable le cadre juridique en

---

<sup>926</sup> *Ibidem*, §722.

<sup>927</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §208.

<sup>928</sup> G. KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *ibidem*, p. 362.

vigueur. Ce sont deux éléments auxquels les parties peuvent *a minima* s'attendre au sein de leurs rapports juridiques.

772. L'application conjointe de ces principes se concrétise dans plusieurs champs du droit international économique tels que le droit international monétaire, le droit financier international et le droit de la fiscalité internationale où la coexistence de plusieurs ordres juridiques nationaux applicables est indispensable au bon fonctionnement du système économique international<sup>929</sup>.

### A. Le principe de transparence

773. La transparence crée des attentes légitimes dans la mesure où l'accès à l'information permet aux individus non seulement de mieux connaître le droit qui leur est applicable mais aussi de prévoir la manière dont l'État se comporte face à des situations précises<sup>930</sup>. Il s'agit d'une précondition pour établir une relation de confiance avec autrui ; cela constitue l'essence même de toute attente<sup>931</sup>. Ce principe tend ainsi à renforcer la légitimité de l'ordre<sup>932</sup> en promouvant l'État de droit, la bonne gouvernance, la régularité de la procédure et le droit d'accès à l'information.

774. Le terme « transparence » suppose la clarté des actions et des comportements d'un État qui se manifestent à travers des instruments juridiques, telles les lois, ou des conduites concrètes. Il implique également la cohérence et la stabilité des actes étatiques<sup>933</sup> afin que les parties puissent anticiper leurs effets. Effectivement, une législation ou réglementation claire « permet au justiciable de comprendre ses droits et ses obligations, aux fins d'ajuster sans hésitation sa conduite à la prescription »<sup>934</sup>. Son contenu doit être précis afin de garantir sa bonne application.

---

<sup>929</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>930</sup> Y. HUANG, « Transparency Creates Expectations », *International Financial Law Review*, vol. 28, n° 5, 2009, p. 21.

<sup>931</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>932</sup> M. ZHAO, « Transparency in International Commercial Arbitration: Adopting a Balanced Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 59, n° 2, 2019, p. 182.

<sup>933</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 335. Voir également : C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, n° 2, 2006, p. 584.

<sup>934</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *ibidem*, p. 336.

775. Un cadre juridique clair et cohérent permet ainsi l'émergence d'attentes légitimes, notamment à l'égard des investisseurs. En effet, ces derniers peuvent légitimement s'attendre « à ce que l'État organise son action selon les règles qu'il s'est données »<sup>935</sup>. Cela suppose également que les parties concernées puissent facilement acquérir toute information nécessaire et indispensable afin de prévoir et anticiper les actions de chacune<sup>936</sup>.

776. Selon Julien Cazala, ce principe crée donc à l'égard de l'État une obligation de précision « du sens de la loi et d'information en direction des investisseurs »<sup>937</sup>. Plus précisément, il engendre une obligation de publication des lois et politiques en vigueur, de notification aux intéressés des modifications législatives effectuées dans leur domaine d'activité et de s'en tenir aux représentations faites, entre autres<sup>938</sup>.

777. Ce principe est d'une importance particulière en droit international économique, car il est reconnu dans toutes les disciplines qui le composent<sup>939</sup> en tant qu'« *information-centric concept that relies on openness and access to information, viewed as a more accountable, more democratic, and more legitimate system of global governance* »<sup>940</sup>. Appliqué conjointement avec la bonne foi<sup>941</sup>, il fera sans doute naître des attentes légitimes<sup>942</sup>.

778. La transparence en tant que principe reconnu du droit financier international<sup>943</sup> trouve une application concrète au sein des marchés financiers<sup>944</sup>. D'une part, en permettant aux participants de mieux observer les niveaux actuels des activités du

---

<sup>935</sup> *Ibid.*, p. 337. Voir également : C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 586.

<sup>936</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *ibidem*, p. 684.

<sup>937</sup> J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, Tome XXIII, n° 1, 2009, p. 22.

<sup>938</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *op. cit.*, p. 84.

<sup>939</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 581.

<sup>940</sup> A. POOROOYE, R. FEEHILY, « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance », *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 22, n° 2, 2017, p. 282.

<sup>941</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *op. cit.*, p. 84.

<sup>942</sup> A. VITERBO, *International Economic Law and Monetary Measures: Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>943</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>944</sup> Voir : CPSS-OICV, *Principles for financial market infrastructures*, Madrid, OICV, 2012, pp. 136-149.

marché<sup>945</sup> ; d'autre part, en promouvant l'investissement tout en donnant un sentiment d'efficacité grâce à la clarté des procédures qui évite toute transaction inutile<sup>946</sup>. Un environnement transparent constitue ainsi un gage d'une meilleure performance économique et d'une stabilité financière<sup>947</sup>.

779. La publicité des actes est indispensable au respect et à la bonne exécution du principe de transparence, notamment parce qu'elle facilite le contrôle de conformité des lois et sert d'outil mesurant l'impact de ces dernières sur les campagnes publicitaires menées par les États en vue d'attirer de potentiels investisseurs<sup>948</sup>.

780. Ce principe a été expressément établi dans plusieurs traités internationaux, notamment dans la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en vigueur depuis le 18 octobre 2017<sup>949</sup>, ou encore au sein de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG) qui précise que le non-respect de l'obligation de transparence est considéré comme une violation du TJE<sup>950</sup>.

781. La transparence est également reconnue par l'OMC dans le cadre de laquelle elle se définit comme une « mesure dans laquelle les politiques et pratiques commerciales, ainsi que le processus qui conduit à leur mise en place, sont ouverts et prévisibles »<sup>951</sup>. À ce titre, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a précisé que le GATT contient des dispositions visant à établir des critères minimaux relatifs à « l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux »<sup>952</sup>. Par ailleurs, comme en témoigne l'affaire *États-Unis – vêtements de*

---

<sup>945</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 584.

<sup>946</sup> *Ibidem*, p. 587.

<sup>947</sup> A. QURESHI, X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume II International Monetary and Financial Law*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>948</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 590.

<sup>949</sup> Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, signée à New York le 10 décembre 2014, entrée en vigueur le 18 octobre 2017, RTNU, n° 54749. Voir également : S. SCHILL, « Five Times Transparency in International Investment Law », *op. cit.*, pp. 371-372 : « *transparency is widely recognized in governing public-private dispute settlement in domestic adjudicatory systems and increasingly also at the international level* ».

<sup>950</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, Département de presse, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, Communiqué de presse, Bruxelles, 29 février 2016.

<sup>951</sup> Extrait du glossaire de l'OMC, définition : transparence ; disponible sur : [https://www.wto.org/french/thewto/f/glossary/f/transparence\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto/f/glossary/f/transparence_f.htm).

<sup>952</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-4, 12 octobre 1998, §183. Voir également : C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 602.

*dessous*, la transparence est « un principe d'importance fondamentale - en ce sens qu'il prévoit la divulgation de tous les actes gouvernementaux affectant les Membres et les personnes et entreprises privées, nationales ou étrangères »<sup>953</sup>.

782. Nous trouvons également le principe de transparence dans l'ALENA, à l'article 102(1)<sup>954</sup>, ainsi que dans le préambule et le corps du nouvel accord entre les États-Unis, le Canada et le Mexique (USMCA) ou « ALENA 2.0 » qui dispose que ces États sont déterminés à « *establish a clear, transparent, and predictable legal and commercial framework for business planning, that supports further expansion of trade and investment* »<sup>955</sup>. Cette notion est aussi prévue dans plusieurs TBI<sup>956</sup>.

783. Le lien précis entre les attentes légitimes et la transparence a été dégagé par Thomas Wälde, à l'occasion de l'affaire *Thunderbird c. Mexique*, au sujet de laquelle il a été précisé que l'un des principaux objectifs de l'ALENA est la promotion des investissements, ce qui suppose la transparence, la clarté et la prévisibilité du texte et des décisions de la Commission afin de permettre une meilleure planification de l'investissement et de contribuer au processus de définition du principe de protection des attentes légitimes conformément à l'article 1105<sup>957</sup>. Nous constatons que la transparence est donc aussi un outil d'interprétation<sup>958</sup>.

784. Pareille analyse a été retenue dans l'affaire *TECMED c. Mexique*<sup>959</sup>. Le lien entre le principe de transparence et le principe de protection des attentes légitimes a ici de nouveau été rappelé, notamment dans le cadre du droit international des

---

<sup>953</sup> États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, WT/DS24/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-3, 10 février 1997, p. 22.

<sup>954</sup> Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994, 32 I.L.M. 289 (1993), article 102. Voir également l'article 1802 qui prévoit une obligation de publication de lois.

<sup>955</sup> Accord Canada-États-Unis-Mexique (USMCA), signé à Buenos Aires le 30 novembre 2018, adoptée par décret (Implementation Act) n° 116-113 [H.R.5430] du 9 janvier 2020, préambule.

<sup>956</sup> *Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the encouragement and reciprocal protection investment*, disponible sur : <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>, article 11. Voir également : E. SHIRLOW, « Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 8, n° 1, 2017, pp. 79-80.

<sup>957</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §36. Voir également : P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, op. cit., p. 163.

<sup>958</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », op. cit., p. 616.

<sup>959</sup> *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §154. Voir également : J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, op. cit., p. 260.

investissements<sup>960</sup> où ces deux notions peuvent aussi s'appliquer par le biais du recours au TJE<sup>961</sup>. Cela est également mis en évidence dans l'affaire *Ares International c. Géorgie*<sup>962</sup>.

785. De plus, il ressort de l'affaire *Frontier c. République Tchèque* que l'obligation de transparence suppose que le cadre juridique applicable à l'investissement soit clairement établi et que toute décision de l'État d'accueil susceptible de lui porter atteinte soit prise conformément à ce cadre juridique<sup>963</sup>. Cela est aussi illustré dans l'affaire *Waste Management II c. Mexique* à l'occasion de laquelle le tribunal arbitral a conclu à la violation du TJE au motif d'une « *complete lack of transparency and candour in an administrative process* »<sup>964</sup>.

786. Une analyse de la pratique arbitrale de l'ALENA révèle que toutes les informations relatives aux exigences juridiques de l'État d'accueil pour la mise en œuvre et l'exécution d'un projet d'investissement doivent être facilement accessibles aux investisseurs<sup>965</sup>. La transparence permet également la participation de la société civile à la prise de décision de chaque État ainsi qu'au sein de la société internationale en offrant « *a greater degree of certainty to the state that must decide on available policy objectives* »<sup>966</sup>.

787. En droit international des investissements, cette notion se manifeste à trois moments : lors de la création du droit ; ensuite en garantissant la disponibilité de toute information possible sur les TBI et en permettant l'éventuelle participation des intéressés à la procédure d'élaboration de la loi ; puis la transparence devient un élément du contenu substantiel des obligations étatiques portant sur les

---

<sup>960</sup> Voir : Partie 2, Titre 1, Chapitre I sur les attentes légitimes et le droit international des investissements.

<sup>961</sup> S. SCHILL, « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », *op. cit.*, p. 159. Voir également : D. COLLINS, *An introduction to International Investment Law*, *op. cit.*, pp. 125-132 ; B. KINGSBURY, S. SCHILL. « Public Law Concepts to Balance Investors' Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of proportionality », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>962</sup> *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/23, sentence du 26 février 2008, §9.3.9.

<sup>963</sup> *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §285.

<sup>964</sup> *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §98. Voir également : *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §114.

<sup>965</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §76.

<sup>966</sup> C.-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *op. cit.*, p. 628. Voir également : S. SCHILL, « Five Times Transparency in International Investment Law », *op. cit.*, p. 370.

investissements, ce qui constitue aussi un critère procédural en contentieux international<sup>967</sup>.

788. En outre, la jurisprudence a dégagé deux obligations indispensables pour garantir le respect du principe de transparence : une obligation de publicité<sup>968</sup> et une obligation d'honnêteté ou franchise qui implique que l'État qui prend une décision indique clairement son étendue<sup>969</sup>.

789. La transparence est donc un instrument de facilitation de la participation à la vie sociale, politique et juridique d'un État ainsi que de garantie du respect du régime juridique en question<sup>970</sup>. Elle permet également l'émergence d'attentes légitimes dans la mesure où celles-ci reposent sur le cadre juridique de l'État d'accueil et sur toute conduite ou représentation de sa part destinées à l'investisseur<sup>971</sup>. Le but est d'éviter que l'une des parties puisse se servir de l'ambiguïté de ses propos afin de se contredire sans aucune responsabilité à assumer<sup>972</sup>. Le respect du principe de transparence constitue également une obligation des investisseurs étant donné que ces derniers doivent agir de manière transparente en ce qui concerne leur « *ownership structure and corporate agenda* »<sup>973</sup>.

790. Ce principe peut toutefois empêcher l'émergence d'attentes légitimes, notamment en matière fiscale. En effet, selon une étude de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), les États craignent qu'avec la mise en place « d'une obligation de communication d'informations, les contribuables soient amenés à penser que le fait de transmettre les informations aux autorités fiscales vaut validation implicite de la validité du montage, sauf réponse contraire des

---

<sup>967</sup> E. SHIRLOW, « Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures », *op. cit.*, p. 74.

<sup>968</sup> S. SCHILL, « Five Times Transparency in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, *op. cit.*, p. 373.

<sup>969</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, pp. 321-322. Voir également : *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §98 ; *Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case n° ARB/05/16, Award, 29 juillet 2008, §585.

<sup>970</sup> E. SHIRLOW, « Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures », *op. cit.*, pp.74-75. Voir également : A. POOROYE, R. FEEHILY, « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance », *op. cit.*, p. 285.

<sup>971</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 260. Voir également : A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 386 ; *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, §178.

<sup>972</sup> J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *ibidem*, p. 260.

<sup>973</sup> S. SCHILL, « Five Times Transparency in International Investment Law », *op. cit.*, p. 373.

autorités »<sup>974</sup>. Cette situation, susceptible de créer des attentes légitimes, peut empêcher l'administration fiscale de bien vérifier la conformité de l'opération et éventuellement de sanctionner une non-conformité au droit fiscal.

791. Dans cette hypothèse, la divulgation d'informations en vue de créer un environnement transparent requiert que les autorités fiscales soient claires en précisant que « le signalement des opérations soumises à déclaration ne préjuge en rien de la validité de ces opérations, et qu'il n'y a pas de lien automatique avec l'obtention d'une décision administrative relative à la validité de l'opération ou avec l'application de règles de lutte contre l'évasion »<sup>975</sup>, ce afin d'éviter l'émergence d'attentes légitimes. Cela a déjà été retenu par le droit anglais, du droit nord-américain ou encore du droit canadien qui prévoient que le fait de déclarer un montage fiscal ne suppose pas l'octroi d'un avantage.

792. En outre, le principe de transparence peut certes contribuer à l'émergence d'attentes légitimes mais il peut également agir en tant qu'outil de limitation de ces dernières. Par ailleurs, son but étant d'établir des règles claires et accessibles afin d'éviter un comportement arbitraire de l'État, ce principe peut contribuer à un traitement égalitaire ; une finalité également recherchée par le principe de non-discrimination.

## **B. Le principe de non-discrimination**

793. Le principe de non-discrimination est apparu avec l'essor des échanges commerciaux entre États. Il est possible de faire remonter son existence à 1778<sup>976</sup>, dans les premiers TACN qui visaient généralement à établir des relations commerciales et maritimes entre des États mais surtout à garantir une égalité de traitement entre les étrangers et les nationaux.

---

<sup>974</sup> OCDE, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015*, Paris, Éditions OCDE, 2016, §175.

<sup>975</sup> *Ibidem*, §176.

<sup>976</sup> K. VANDEVELDE, *The first bilateral investment treaties: US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 57. Voir également : P. PISTONE, C. MIGAI, « Entitlement to Protection against Discriminatory Taxation », in M. LANG, P. PISTONE *et al.* (eds.), *Tax Treaty Entitlement*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 229.

794. En effet, le droit d'établissement permettait l'accès au territoire et de s'installer librement (généralement sur une base non-discriminatoire) alors que les dispositions relatives à la protection de la propriété garantissaient un accès non-discriminatoire aux biens, la sécurité du droit de propriété et le respect de la procédure. À titre d'exemple, le TACN conclu entre les États-Unis et le Nicaragua stipulait à l'article 1<sup>er</sup> que « *each Party shall at all times accord equitable treatment to the persons, property, enterprises and other interests of nationals and companies of the other Party* »<sup>977</sup>.

795. Ce principe est devenu un pilier du droit international moderne. Les États doivent s'abstenir de traiter plus favorablement leurs nationaux ou de faire une distinction entre les nationaux et les étrangers<sup>978</sup>. Cette obligation de non-discrimination est présente dans l'ensemble du droit international économique<sup>979</sup> et implique la reconnaissance de l'égalité des États ainsi que de leurs ressortissants afin d'empêcher une application inégale de mesures étatiques pouvant favoriser ou bien porter atteinte à un groupe déterminé de personnes<sup>980</sup>.

796. L'obligation de ne pas recourir à des pratiques discriminatoires est notamment codifiée dans les Statuts du FMI, à l'article VIII (4) aux termes duquel « aucun État membre ne peut recourir ni permettre à l'un quelconque de ses organismes (...) de recourir à des mesures discriminatoires ou à des pratiques de taux de change multiples, (...) à moins d'y être autorisé par les présents Statuts ou d'avoir l'approbation du Fonds »<sup>981</sup>.

797. En matière fiscale internationale, ce principe a été repris par l'OCDE qui l'a incorporé à son modèle de convention fiscale en vue de protéger les individus contre toute discrimination<sup>982</sup> et d'accorder un traitement équitable à ceux se trouvant dans

---

<sup>977</sup> Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol) between the United States of America and Nicaragua, signé à Managua le 21 janvier 1956, *RTNU*, vol. 367, article 1<sup>er</sup>.

<sup>978</sup> N. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, n° 4, 2011, pp. 831-832.

<sup>979</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, op. cit., p. 95, p. 160.

<sup>980</sup> E. LAING, « Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 14, n° 2, 1996, pp. 252-253.

<sup>981</sup> Statuts du Fonds Monétaire International signé à Washington le 27 décembre 1945, entré en vigueur ce même jour, *RTNU*, vol. 2, n° 20(a), article VIII.

<sup>982</sup> G. ZORMAN, « The Non-Discrimination of Permanent Establishments under Tax Treaty Law », in H.-J. AIGNER, M. ZUGER, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vienne, Linde Verlag, 2003, p. 277. Voir également : R. AVI-YONAH (ed.), *International Tax Law: Volume 1*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 472.

une situation similaire<sup>983</sup>. La notion de non-discrimination est consacrée à l'article 24(1) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui prévoit une interdiction d'imposer « *other or more burdensome taxation (including administrative burdens) of nationals of another contracting state based solely on the fact of their nationality* »<sup>984</sup>.

798. Il en résulte qu'une loi fiscale peut être tenue pour discriminatoire si elle prévoit une quelconque inégalité sans justification objective et raisonnable, lorsqu'elle ne poursuit pas un but légitime, ou en l'absence d'un rapport de proportionnalité entre la mesure prise et le but recherché<sup>985</sup>. Nous en déduisons que dans cette hypothèse, l'État doit démontrer que l'application différente d'un droit résulte du fait qu'il concerne des situations différentes. Un traitement distinct est alors justifié.

799. Il est ainsi possible de dégager l'existence d'un élément comparatif indispensable pour vérifier le respect du principe de non-discrimination. Il s'agit, d'une part, d'évaluer la différenciation de traitement entre différents sujets de droit et, d'autre part, de vérifier si en effet l'un des sujets a reçu un traitement moins favorable<sup>986</sup>.

800. La non-discrimination s'évalue donc sur la base d'une comparaison, raison pour laquelle les traités font généralement référence à la comparabilité des produits. Ainsi, en droit du commerce international, nous la retrouvons dans le préambule de l'Accord instituant l'OMC<sup>987</sup>, au sein du GATT avec les mentions « produits similaires »<sup>988</sup> et « produits directement concurrents »<sup>989</sup>, ainsi que dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) sous la dénomination de « services similaires » et de « fournisseurs de services similaires »<sup>990</sup>. Ces notions sont également présentes au sein des TBI<sup>991</sup>. La comparaison peut se faire même en l'absence d'une

---

<sup>983</sup> P. PISTONE, C. MIGAI, « Entitlement to Protection against Discriminatory Taxation », *op. cit.*, p. 227.

<sup>984</sup> W. HASLEHNER, « Nationality Non-Discrimination and Article 24 OECD Model: Perennial Issues, Recent Trends and New Approaches », in P. PASQUALE, G. MAISTO, D. WEBER, *Non-discrimination in Tax Treaties: Selected Issues from a Global Perspective*, Amsterdam, IBFD, 2016, p. 12.

<sup>985</sup> R. ATTARD, « Discriminatory Taxation and the European Convention on Human Rights », in P. PASQUALE, G. MAISTO, D. WEBER, *ibidem*, p. 298.

<sup>986</sup> N. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, p. 834.

<sup>987</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, préambule.

<sup>988</sup> Voir notamment OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, articles I et III.

<sup>989</sup> *Ibidem*, articles III, XIX.

<sup>990</sup> *Ibid.*, articles II et XVII.

<sup>991</sup> *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation Between the United States of America and the Republic of Honduras* signé à Comayagua, le 4 juillet 1864, entré en vigueur le 30 mai 1865. Voir également : J. HASWELL, DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS, *Treaties And Conventions Concluded Between the United States of America And Other Powers Since July 4,*

clause expresse dans le traité en question, car il s'agit d'un élément inhérent à la structure même du principe de non-discrimination<sup>992</sup>.

801. La non-discrimination a donc comme finalité de garantir l'égalité de produits similaires en vue d'assurer des conditions de concurrence identiques pour les producteurs nationaux et étrangers<sup>993</sup>. Cela est applicable au sein de tous les domaines du droit international économique dans lesquels le principe vise à garantir un traitement égalitaire tant entre nationaux et étrangers qu'entre étrangers, car il est aussi discriminatoire qu'une mesure n'affecte qu'un produit ou un service étranger déterminé<sup>994</sup>. Il ressort de la pratique arbitrale de l'ALENA que « *non less favorable* » suppose « équivalent à », c'est-à-dire le meilleur traitement accordé à un produit, un service ou un individu se retrouvant dans une situation similaire<sup>995</sup>.

802. Dans l'affaire *Feldman c. Mexique*, un investisseur alléguait une expropriation qui avait eu lieu en conséquence d'une discrimination opérée par les autorités fiscales lui ayant refusé une concession pourtant accordée à un concurrent<sup>996</sup>. Le tribunal a ici reconnu que le traitement accordé aux investisseurs étrangers n'était effectivement pas identique à celui accordé aux investisseurs nationaux se trouvant dans des situations similaires et qu'ainsi il y avait atteinte à l'article 1102 de l'ALENA<sup>997</sup>. Pour autant,

---

1776, Washington, Government Print. Off., 1889, article II (1) ; *Treaty between the United States of America and the republic of Senegal concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, signé à Washington le 6 décembre 1983, entré en vigueur le 25 octobre 1990, DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS, *Treaties and other international acts series*, vol. 90-1025, 1990, article II(2) ; *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of Belize for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Belmopan le 30 avril 1982, entré en vigueur le 20 avril 1982, HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE, Treaty series: Belize, Vol. No.33, 1982

article 3(1) ; *Agreement on reciprocal promotion and protection of investment between the government of the People's republic of China and the government of the Islamic republic of Iran*, signé à Beijing le 22 juin 2000, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2005, Oxford University Press, ref. IC-BT 507 (2000), article 4(1) ; *Agreement between the republic of Turkey and the Federal democratic republic of Ethiopia concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, signé à Addis Abeba, le 16 novembre 2000, entré en vigueur le 10 mars 2005, publié dans le journal officiel turque "Gazette" n° 25749, article 3(1). Voir également : E. LAING, « Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, pp. 284-285.

<sup>992</sup> Voir également : *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, affaire SCC n° 118/2001, sentence du 16 décembre 2003, §34 sur l'article 10.1 de la Charte de l'Énergie ; *Consortium R.F.C.C. c. Maroc*, affaire CIRDI n° ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003, §53 sur le TBI ; OCDE, *Résolution du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, doc. n° OECD/LEGAL/0084, Paris, Éditions OCDE, 2020, article 1.

<sup>993</sup> N. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, p. 842.

<sup>994</sup> *Ibidem*, p. 844.

<sup>995</sup> *Pope & Talbot c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence sur le fond (phase 2) du 10 avril 2001, §42. Voir aussi : *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §205 ; *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, §140 ; *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI, sentence finale sur la compétence et sur le fond du 3 août 2005, §21 ; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §105.

<sup>996</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §169.

<sup>997</sup> *Ibidem*, §184.

l'expropriation n'a pas été reconnue étant donné que le demandeur n'a jamais perdu le contrôle de son investissement ni rempli les critères pour prétendre à cette concession<sup>998</sup>.

803. À l'instar des attentes légitimes, le tribunal arbitral va également prendre en compte le comportement de l'investisseur pour déterminer l'existence ou non d'une situation discriminatoire résultant de la conduite de l'État. Toutefois, le comportement de l'investisseur doit atteindre « *a threshold level of unconscionability to negate the improper conduct of the host authorities* »<sup>999</sup>.

### **Le principe de non-discrimination au sein de l'OMC**

804. L'article III du GATT prévoit une égalité des produits domestiques et des produits importés, notamment à l'alinéa 2 qui stipule que :

« Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier »<sup>1000</sup>.

805. Il convient alors de réaliser un « *two-tiered test* » qui se déroule en deux étapes : il est tout d'abord nécessaire de confirmer la similarité des produits en question, avant de déterminer si les produits importés sont excessivement taxés par rapport aux produits nationaux<sup>1001</sup>. Dans l'affaire *Canada – Périodiques*, l'Organe d'appel a rappelé que la détermination de produits similaires doit être établie au cas par cas en analysant les éléments suivants : « i) les utilisations finales du produit sur un

---

<sup>998</sup> *Ibid.*, §152.

<sup>999</sup> P. MUCHLINSKI, « Caveat Investor - The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n° 3, 2006, p. 539.

<sup>1000</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867-1869, article III.

<sup>1001</sup> *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/7, rapport de l'Organe d'appel, AB1997-2, 30 juin 1997, pp. 22-23. Voir également : *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-2, 4 octobre 1996, p. 6.

marché donné ; ii) les goûts et habitudes des consommateurs ; et iii) les propriétés, la nature et la qualité du produit »<sup>1002</sup>.

806. Cependant, le principe de non-discrimination peut être exceptionnellement mis à l'écart, en particulier lorsque l'État est obligé de prendre des mesures visant à protéger ses intérêts essentiels ou ceux de sa population. Dans cette hypothèse, une discrimination serait justifiée. Nous retrouvons un exemple de ce type de situation aux articles XX et XXI du GATT qui prévoient des exceptions permettant aux États d'appliquer des mesures même si elles sont contraires aux Accords de l'OMC s'il s'agit de préserver l'intérêt général, la sécurité nationale, la santé publique et l'environnement, entre autres<sup>1003</sup> ; à la condition toutefois 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 »<sup>1004</sup>. Le motif de la mesure doit donc être pris en compte afin d'évaluer l'existence ou non d'une discrimination justifiée<sup>1005</sup>. Cela suppose aussi d'analyser les effets concurrentiels de la mesure en question tant quantitativement que qualitativement et de déterminer les producteurs nationaux et étrangers affectés<sup>1006</sup>. L'analyse qualitative implique une identification des paramètres de concurrence mis à mal par la mesure prise comme le prix, les quantités de produit, l'interdiction de commercialiser le produit, etc., alors que l'effet quantitatif de la mesure s'établit en tenant compte de la relation de concurrence entre les produits<sup>1007</sup>.

807. En toute hypothèse, le juge international doit réaliser un test de proportionnalité afin de vérifier si la mesure prise justifie vraiment la discrimination causée au regard de la relation de concurrence entre les entités ou les produits concernés. L'analyse de la proportionnalité est ainsi une méthode d'interprétation

---

<sup>1002</sup> *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/7, rapport de l'Organe d'appel, AB1997-2, 30 juin 1997, pp. 22-23.

<sup>1003</sup> Voir GATT, articles XII, XIV, XVII, XX et XXI. Voir également la première partie, B.1 de la présente thèse ; E. LAING, « Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, p. 326.

<sup>1004</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XX.

<sup>1005</sup> E. LAING, « Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, p. 340.

Voir également : N. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », *op. cit.*, p. 848.

<sup>1006</sup> *Ibidem*, p. 856.

<sup>1007</sup> *Ibid.*, p. 857.

juridique « *in situations of collisions or conflicts of different principles and legitimate public policy objectives* »<sup>1008</sup>, applicable à tout type de rapport de droit.

## **Le principe de non-discrimination en droit des investissements**

808. Ce principe se manifeste dans ce domaine en accordant la possibilité à l'investisseur de régler ses différends devant une instance internationale indépendante afin que l'État mis en cause cesse de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre d'un ou plusieurs investisseurs étrangers<sup>1009</sup>.

809. Dans les TBI, deux mécanismes visent à prévenir la discrimination : d'une part, la clause de la notion la plus favorisée ; d'autre part, le traitement national<sup>1010</sup>. Ainsi, lorsque l'une de ces clauses est méconnue, nous sommes face à « un manquement à l'interdiction d'un traitement différentiel sur le fondement de la nationalité. (...) »<sup>1011</sup>. La violation du TJE est également avérée lorsqu'un traitement différentiel est dépourvu de cause raisonnable<sup>1012</sup>.

810. Cependant, il convient de noter que ce principe ne s'applique que lorsqu'il s'agit de produits similaires ou équivalents et dont le traitement diffère sans aucune raison justifiée<sup>1013</sup>. À cet égard, nous pouvons mentionner l'affaire *Elettronica Sicula* dont il ressort quatre éléments constitutifs d'une mesure discriminatoire : (1) un traitement intentionnel (2) au bénéfice d'un national et (3) au dépit d'un étranger (4) sans que la mesure n'ait été prise spécifiquement à l'égard d'une personne notamment d'un national<sup>1014</sup>.

811. De même, dans l'affaire *Toto c. Liban*, le tribunal arbitral a précisé qu'une mesure est considérée comme discriminatoire s'il s'agit d' :

---

<sup>1008</sup> B. KINGSBURY, S. SCHILL, « Public Law Concepts to Balance Investors' Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of proportionality », *op. cit.*, p. 79.

<sup>1009</sup> J. CHAISSE, « Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution », *Virginia Tax Review*, vol. 35, n° 2, 2016, p. 201.

<sup>1010</sup> *Ibidem*

<sup>1011</sup> Y. NOUVEL, « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », *op. cit.*, p. 323.

<sup>1012</sup> R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 144.

<sup>1013</sup> *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §162. Voir également : *Hydro Energy I S.à r.l. et Hydroxana Sweden AB c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/42, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 9 mars 2020, §577.

<sup>1014</sup> CIJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Recueil CIJ*, 1989, §122. Voir également : J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit.*, p. 263.

« (i) a measure that inflicts damages on the investor without serving any apparent legitimate purpose; (ii) a measure that is not based on legal standards but on discretion, prejudice or personal preference, (iii) a measure taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker, or (iv) a measure taken in wilful disregard of due process and proper procedure »<sup>1015</sup>.

812. Il résulte des considérations qui précèdent que l'État doit agir en évitant de prendre des mesures discrétionnaires visant à bénéficier à certains individus sans aucune justification valable et ainsi susceptibles d'impacter négativement une personne ou un groupe de personnes.

813. Les principes de transparence et de non-discrimination garantissent, d'une part, un accès indispensable à l'information afin de permettre de connaître le cadre juridique, économique et politique d'un État ; d'autre part, une égalité de traitement des personnes, que cela soit entre nationaux et étrangers ou entre étrangers et entre nationaux.

814. Des attentes légitimes vont inévitablement émerger de l'application de ces deux principes. En effet, un particulier peut avoir des attentes légitimes qui naissent sur la base d'un environnement juridique transparent et cohérent.

815. Un État disposant d'un ordre juridique transparent, clair, stable et qui a souscrit des conventions internationales et des traités visant à garantir la protection des droits de l'Homme ainsi qu'à promouvoir et à protéger les investissements, permettra plus facilement l'émergence d'attentes légitimes. Des attentes légitimes peuvent naître durant l'exécution de l'investissement au regard du comportement initial de l'État : les investisseurs peuvent s'attendre à ce que les procédures soient transparentes, que les décisions prises ne soient pas arbitraires, etc.

816. Nous achevons ce chapitre avec l'étude du principe de l'estoppel qui, relevant principalement du droit privé, vise à éviter qu'une personne puisse changer son comportement au détriment d'une autre.

---

<sup>1015</sup> *Toto Costruzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §157.

## Section 5. Les attentes légitimes et l'estoppel

817. L'estoppel est un principe qui, à l'instar de la bonne foi<sup>1016</sup>, est souvent invoqué conjointement avec le principe de protection des attentes légitimes<sup>1017</sup>. En effet, l'estoppel prend généralement la forme d'une mesure de protection des attentes légitimes d'une partie qui, agissant sur la base d'un comportement constant de l'autre, a subi un préjudice<sup>1018</sup>.

818. Ainsi, l'individu doit s'être fié aux assurances ou à la conduite d'une autre personne de telle sorte qu'elle subirait un préjudice si cette dernière modifiait ultérieurement sa position<sup>1019</sup>. Autrement dit, pour que l'estoppel puisse opérer, il est nécessaire d'avoir « créé une attente légitime chez autrui et que le rétablissement de la vérité porte préjudice à celui-ci »<sup>1020</sup>.

819. Il convient toutefois de préciser qu'alors que le principe de protection des attentes légitimes s'applique essentiellement en droit public, même si son application dans le cadre de rapports contractuels est également possible, l'estoppel s'applique exclusivement en droit privé<sup>1021</sup>.

820. En effet, bien que ces deux notions soient assez proches, elles opèrent différemment. Selon Chester Brown, l'estoppel s'applique à des rapports entre parties se trouvant sur un pied d'égalité, par exemple des contractants ou bien des États<sup>1022</sup>, tandis que les attentes légitimes émergent plutôt dans le cadre des rapports entre une autorité étatique et un particulier. En effet, le principe de protection des attentes légitimes trouve une application plus concrète dans les rapports juridiques mixtes

---

<sup>1016</sup> *Rupert Joseph Binder c. République Tchèque*, affaire ad hoc, sentence sur la compétence du 6 juin 2007, §34. Voir également : A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1017</sup> C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *op. cit.*, p. 1.

<sup>1018</sup> Voir également : C. GOODMAN, « Acta Sunt Servanda - A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *op. cit.*, p. 63.

<sup>1019</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1020</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel », *Colloque Droit privé comparé et européen*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 14.

<sup>1021</sup> J. OSTRÁNSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, p. 352.

<sup>1022</sup> C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *op. cit.*, p. 9. Voir également : N. TEGGI, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of Its Life Cycle », *op. cit.*, p. 67.

caractérisés par une inégalité des parties, car celles-ci supposent de rétablir un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés<sup>1023</sup>.

821. Cela n'empêche pas un lien entre ces deux principes. En effet, l'estoppel confirme la protection des attentes légitimes basées « *in the consistency of a conduct, if the party suffers by having relied on the conduct* »<sup>1024</sup>. Cependant, son application au sein du droit international n'est pas aussi claire, les TBI ne faisait aucune référence à ce principe. Les tribunaux internationaux sont néanmoins parfois amenés à l'appliquer<sup>1025</sup>.

822. L'estoppel tend ainsi à éviter que le comportement d'une personne à l'origine d'un acte ou d'une décision puisse être soudainement modifié au détriment de celui qui s'y est fié. On dit alors que la partie est « *estopped* » d'agir en contradiction avec son comportement initial<sup>1026</sup>. Originaire du droit étatique, ce principe a connu une évolution constante, notamment au sein des pays relevant de la *common law* où les juges ont pu dégager plusieurs types d'estoppel qui n'ont cependant pas encore été reconnus en droit international. Dans le cadre de l'affaire du *Temple Préah-Vihéar*, le vice-président de la CIJ Alfaro a notamment précisé que l'application du principe de l'estoppel rencontre « une différence très importante entre la règle simple et précise adoptée et appliquée dans le domaine international et les classifications, modalités, variantes et sous-variantes et les aspects procéduraux compliqués du système interne »<sup>1027</sup>. Nous en déduisons qu'aucune distinction n'est retenue en droit international<sup>1028</sup>.

823. Selon Hervé Ascensio, l'estoppel est appliqué par le juge international, notamment en contentieux international économique, « soit comme norme coutumière

---

<sup>1023</sup> H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations », *op. cit.*, p. 444.

<sup>1024</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 25. Voir également : A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1025</sup> P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *op. cit.*, p. 24.

<sup>1026</sup> A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, *op. cit.*, p. 342.

<sup>1027</sup> CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, *Recueil CIJ*, 1962, opinion séparée du vice-président Alfaro, p. 39. Voir également sur cette même affaire l'opinion séparée du juge Fitzmaurice, p. 52, p. 62. Sur ce sujet, voir aussi : P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 205.

<sup>1028</sup> *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire CPA n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, §437.

soit comme principe général de droit »<sup>1029</sup>. Ainsi, nous aborderons le droit international à travers la jurisprudence de la CIJ, avant de nous intéresser au droit international économique au moyen d'une étude du contentieux arbitral et de l'activité de l'organe de règlement des différends de l'OMC.

824. En droit international, ce principe résulte d'une maxime générale selon laquelle les États doivent agir de bonne foi dans le cadre de leurs rapports juridiques. Il est ainsi conçu dans le but de protéger les attentes légitimes « *of a State that acts in reliance upon the representations of another* »<sup>1030</sup>.

825. Comme en témoigne l'affaire *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, l'estoppel est « une déclaration qu'une partie a faite à une autre partie ou une position qu'elle a prise envers elle et le fait que cette autre partie s'appuie sur cette déclaration ou position à son détriment ou à l'avantage de la partie qui l'a faite ou prise »<sup>1031</sup>. Cette notion a également été appliquée dans l'affaire sur le *différend frontalier opposant le Cameroun au Nigéria*<sup>1032</sup> ainsi que dans l'affaire du *Temple Préah Vihear*<sup>1033</sup>. Nous constatons qu'une situation d'estoppel doit être basée sur une déclaration claire et non-équivoque<sup>1034</sup> faite par un représentant officiel d'un État<sup>1035</sup> dont la modification a créé un préjudice que la victime peut valablement démontrer<sup>1036</sup> sachant qu'elle s'est légitimement fiée à cette déclaration pour prendre une décision<sup>1037</sup>.

---

<sup>1029</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, op. cit., p. 34.

<sup>1030</sup> *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire CPA n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, §435.

<sup>1031</sup> CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras)*, requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt du 13 septembre 1990, *Recueil CIJ*, 1990, §63.

<sup>1032</sup> CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, *CIJ Recueil*, 1998, §57. Voir également : CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, fond, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2018, *Recueil CIJ*, 2018, §158

<sup>1033</sup> CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, *Recueil CIJ*, 1962, opinion dissidente du juge Spender, *CIJ Recueil* 1962, pp.143-144. Voir également : CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Recueil CIJ*, 1969, p. 27 ; *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire CPA n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, p. 542, §435.

<sup>1034</sup> CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n° 20/21, p. 39. Voir également : CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 12 octobre 1984, *Recueil CIJ*, 1984, p. 308, §141.

<sup>1035</sup> CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine (Canada c. États-Unis d'Amérique)*, *ibidem*, §142.

<sup>1036</sup> CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, 1970, p. 25.

<sup>1037</sup> *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire CPA n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, §438. Voir également : P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », op. cit., p. 12 ; J. NE VARUHAS, « In Search of a Doctrine: Mapping the Law of Legitimate Expectations », in M. GROVES, G. WEEKS (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 46 ; H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations », op. cit., pp. 421-422.

826. Les tribunaux arbitraux ont déjà eu l'occasion d'appliquer ce principe sans pour autant le mentionner expressément dans leurs décisions<sup>1038</sup>. Cela est notamment illustré par l'affaire *Fraport c. Philippines* à l'occasion de laquelle le tribunal a précisé que les principes d'équité et de justice requièrent « *to hold a government estopped* » de soulever des violations à son propre droit en tant que moyen de défense lorsqu'il les a permises ou lorsqu'il a soutenu un investissement qu'il savait contraire à son ordre juridique<sup>1039</sup>. De plus, l'affaire *Desert Line c. Yemen* a mis en évidence une situation dans laquelle, malgré la nullité d'un accord, il est quand même possible de tenir compte du comportement d'une partie sur la base de l'estoppel<sup>1040</sup>.

827. Le lien entre les notions de bonne foi et d'estoppel est par ailleurs précisé dans l'affaire *GE Transport c. Albanie* au sujet de laquelle le tribunal a conclu que la bonne foi était en droit international ce qu'est l'estoppel est en *common law*<sup>1041</sup>.

828. La relation entre les attentes légitimes et l'estoppel relève, quant à elle, de l'essence même de ces notions. En effet, selon le tribunal arbitral dans l'affaire *Total c. Argentine*, elles peuvent toutes les deux mener au même résultat, c'est-à-dire rendre contraignant tout acte ou comportement unilatéral de l'État<sup>1042</sup>. Cependant, leur protection n'est généralement pas possible lorsqu'elles se basent sur des déclarations *ultra vires*. Cette situation est plus complexe lorsque l'individu s'est fié de bonne foi au comportement ou à la conduite d'un État sans savoir que cela constituait un excès de pouvoir ou une situation contraire à son ordre juridique<sup>1043</sup>. Dans cette hypothèse, le juge doit prendre en compte toutes les circonstances entourant le cas qui lui est soumis, comme en témoigne l'affaire *Dunkeld c. Belize*<sup>1044</sup>.

---

<sup>1038</sup> *Apotex Holdings Inc. et Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/1, sentence du 25 août 2014, §7.18.

<sup>1039</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines (I)*, affaire CIRDI n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, §346. Voir également : *Grenada Private Power Limited et WRB Enterprises, Inc. c. Grenade*, affaire CIRDI n° ARB/17/13, sentence du 19 mars 2020, §208.

<sup>1040</sup> *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, §224.

<sup>1041</sup> *G.E. Transport S.P.A. et Athena S.A. c. Albanie*, affaire CCI 14403/FM, sentence partielle du 1<sup>er</sup> octobre 2007, §134.

<sup>1042</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §131.

<sup>1043</sup> P. CRAIG, « Legitimate Expectations: A conceptual Analysis », *Law Quarterly Review*, vol. 108, n° 1, 1992, p. 87. Voir également : A. LI et H. LEUNG, « The Doctrine of Substantive Legitimate Expectation: The Significance of Ng Siu Tung and Others v Director of Immigration Analysis », *Hong Kong Law Journal*, vol. 32, n° 3, 2002, p. 486.

<sup>1044</sup> *Dunkeld International Investment Limited c. Belize (I)*, affaire CPA n° 2010-13, sentence du 28 juin 2016, §222.

829. Cependant, au sein de l'OMC, l'existence de l'estoppel ne semble pas aussi établie. En effet, l'Organe d'appel a précisé que « même à supposer pour les besoins de l'argumentation que le principe de l'estoppel puisse s'appliquer dans le cadre de l'OMC, son application s'inscrirait dans le cadre des paramètres étroits énoncés dans [les articles 3.7 et 3.10] du Mémoire d'accord »<sup>1045</sup>. L'Organe d'appel s'appuie sur les conclusions du groupe spécial qui s'est prononcé sur l'affaire *CE – Subventions à l'expropriation de sucre* selon lesquelles le silence « de certains des plaignants ne peut être assimilé à leur approbation des violations des Communautés européennes, si tant est qu'il y en ait »<sup>1046</sup>.

830. Il semble admis que l'application du principe de l'estoppel dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC ne soit pas encore retenue. En effet, les groupes spéciaux ont conclu à plusieurs reprises qu'à supposer que son application soit possible, le principe n'était pas assez établi pour permettre de se prononcer de manière définitive sur son existence<sup>1047</sup>. En ce sens, dans l'affaire *Pérou – produits agricoles*, le groupe spécial saisi a conclu que l'estoppel n'était pas applicable même en présence d'une acceptation expresse de la situation qui a ensuite été modifiée<sup>1048</sup>. En effet, selon lui, cette situation était plutôt constitutive d'un abus de droit.

831. L'estoppel peut ainsi être envisagé comme un versant du principe de protection des attentes légitimes s'appliquant plus concrètement dans le cadre du droit privé des États. Son application en droit international économique ne fait pas encore l'unanimité, toutefois il semble s'appliquer, même si timidement, en droit international général, peut-être pour pallier le refus de la CIJ d'admettre l'existence de la notion d'attentes légitimes.

---

<sup>1045</sup> *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, WT/DS265, rapport de l'Organe d'appel, AB-2005-2, 28 avril 2005, §312. Voir également : *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316, rapport du Groupe spécial, 30 juin 2010, §5.6.

<sup>1046</sup> *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, *ibidem*, §7.73.

<sup>1047</sup> *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241, rapport du Groupe spécial, 22 avril 2003, §7.38. Voir également : *Guatemala – Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156, rapport du Groupe spécial, 24 octobre 2000, §§7.71-7.72 ; *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (III)*, WT/DS27, rapports de l'Organe d'appel à la suite du deuxième recours à l'article 21:5 du Mémoire d'accord distribué (Équateur-États-Unis), AB-2008-8 et AB-2008-9, 26 novembre 2008, §228.

<sup>1048</sup> *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, WT/DS457, rapport du Groupe spécial, 27 novembre 2014, §3.8.

## Conclusion du Chapitre 2

832. Le principe de protection des attentes légitimes s'applique conjointement avec d'autres principes généraux du droit permettant, d'une part, l'émergence des attentes en question et, d'autre part, un degré de protection plus élevé.

833. Le principe de bonne foi est non seulement à la base de tout engagement mais permet également l'éventuelle invocation de la protection des attentes légitimes des parties. De même, un cadre juridique stable et prévisible protège non seulement les droits acquis des individus mais donne également un sentiment de sécurité juridique dans la mesure où il est transparent. Il garantit ainsi un accès à l'information et l'égalité des individus, peu importe leur origine.

834. Il en résulte que le principe de transparence entraîne une obligation pour les États de disposer d'un système juridique et administratif clair et non-ambigu, reposant sur la bonne foi, afin de garantir des rapports juridiques honnêtes et équitables en tenant compte des attentes des parties.

835. L'estoppel vise quant à lui à prévenir la déception d'attentes légitimes, notamment lorsqu'une personne prend une décision sur la base d'un comportement ou d'une action d'une autre personne et que cette dernière modifie soudainement cette situation lui causant ainsi un préjudice. Ce principe trouve une application plus concrète au sein du droit international général. Nous pensons que cela se justifie par le refus réitéré de la CIJ d'admettre la notion d'attentes légitimes.

## Conclusion de la première partie

---

836. La notion d'attentes légitimes se définit comme toute espérance qui naît dans l'esprit d'une personne, sur la base d'un comportement ou d'une action d'une autre portant sur le maintien d'une situation déterminée. Si un changement soudain intervient, la partie lésée peut demander une réparation ou un dédommagement pour le préjudice causé en conséquence de la déception de ses attentes légitimes.

837. Les attentes légitimes naissent ainsi d'un comportement ou d'une situation constante, stable et prévisible et permettent de garantir non pas que la situation restera inchangée mais que si un changement intervient, il se fera progressivement et au motif d'une justification valable. Elles visent aussi à éviter les abus de pouvoir des autorités et à garantir un minimum de stabilité et de prévisibilité au sein des rapports juridiques.

838. Les attentes légitimes doivent réunir plusieurs éléments indispensables pour être reconnues. Elles doivent, en effet, émerger d'un rapport entre au moins deux personnes qui se connaissent suffisamment pour que soit créé un rapport de confiance les menant à croire chacune aux assurances ou aux représentations de l'autre, ou être dans une relation dans laquelle la confiance est présumée.

839. Nous avons pu dégager plusieurs types d'attentes légitimes selon l'objet qu'elles protègent ou bien la matière à laquelle elles s'appliquent. Cette liste est non-exhaustive. Nous attendons que d'autres catégories d'attentes émergent et que celles que nous n'avons pas pu analyser faute d'informations suffisantes à leur égard évolueront afin de compléter la notion et de faciliter son application dans les différents domaines du droit international économique.

840. Les attentes légitimes ont atteint le statut de principe général du droit dans les branches du droit international économique où elles existent depuis des décennies, notamment en droit international des investissements et en droit du commerce international, surtout dans le cadre du contentieux de l'OMC, ainsi qu'en droit de la fiscalité internationale, bien qu'ici il ne s'agisse que d'une notion émergente. Cependant, dans certaines branches du droit international économique comme le droit

international monétaire et le droit financier international, elle n'est encore qu'une notion naissante et prend la forme d'un standard.

841. Il s'agit donc d'une notion à double statut selon la matière à laquelle elle s'applique. Nous considérons toutefois, au regard de son évolution rapide, qu'elle pourra atteindre le statut de principe général du droit dans l'ensemble des domaines du droit international économique dans les années à venir.

842. Par ailleurs, lors d'un différend, la partie lésée va généralement invoquer la violation du principe de protection des attentes légitimes conjointement avec une autre violation du droit international économique ; à l'exception des plaintes en situation de non-violation dans le cadre de l'OMC qui permettent de saisir directement sur cette base l'Organe de règlement de différends .

843. Le juge peut ainsi utiliser cette notion en tant qu'outil d'interprétation et en tenir compte lors de l'analyse de l'affaire. La déception des attentes légitimes donne généralement lieu à une réparation prenant la forme d'une indemnisation. Exceptionnellement, selon le type de rapport, le juge peut octroyer d'autres types de réparation.

844. Au vu de son importance et de son application, il est néanmoins indispensable de limiter sa portée. Nous avons identifié quatre mécanismes pour ce faire. Le premier dérive de l'accord entre les parties, il s'agit de l'interprétation des dispositions d'un rapport juridique. Le deuxième mécanisme prend la forme d'exceptions générales justifiant le non-respect des obligations et la déception des attentes légitimes des parties sans aucune mise en cause de responsabilité. Le troisième consiste dans le fait que l'investisseur doit impérativement respecter son obligation de *due diligence* afin de pouvoir invoquer la protection de ses attentes légitimes. Enfin, le quatrième mécanisme vise à permettre à l'État d'exercer son pouvoir normatif sur le fondement de la protection de l'intérêt général.

845. En outre, nous avons analysé le lien inévitable qui existe entre le principe de protection des attentes légitimes et d'autres principes généraux du droit qui, visant tous

à garantir le respect de l'État de droit, sont également liés et viennent renforcer l'ordre juridique international.

846. Les développements de cette première partie nous permettent de mieux aborder la seconde partie de la thèse visant à étudier l'application concrète de cette notion au sein de l'ensemble du droit international économique. Nous avons décidé de diviser notre analyse en deux sous-parties, la première visant à étudier son application dans les domaines où elle a le plus évolué et la seconde au sein des branches du droit international économique dans lesquelles elle commence à peine à émerger.

## PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

---

847. Le droit international économique comprend plusieurs volets indispensables à l'économie mondiale et à la globalisation actuelle dans la mesure où ils permettent d'assurer le bon déroulement des échanges commerciaux, des investissements à l'étranger ainsi que des transferts de capitaux, entre autres. C'est en se basant sur celui-ci que tout investisseur peut anticiper au mieux la conduite de l'État dans lequel il souhaite s'installer afin de discerner comment ce comportement pourrait impacter ses opérations commerciales<sup>1049</sup>.

848. C'est à cet égard que le principe de protection des attentes légitimes trouve une application concrète en droit international économique. Précisément, la deuxième partie de notre étude vise à analyser la mise en œuvre de ce principe dans chaque champ de ce droit.

849. Le principe de protection des attentes légitimes tel qu'il est ici entendu poursuit l'objectif de « *strike a careful balance between the rights and obligations of the parties consistent with the original negotiated commitments or the common intentions of the parties* »<sup>1050</sup>. Cette pondération a généralement lieu, soit au stade de la négociation du traité ou de l'accord en question, soit à l'occasion d'un différend qui requiert l'interprétation d'un juge international.

850. Lorsque cela se révélera possible, nous analyserons le contentieux international afin d'examiner l'application concrète de ce principe dans chaque matière relevant du droit international économique et, lorsque cela ne sera pas possible, nous étudierons les sources même de la notion d'attentes légitimes, à savoir les instruments juridiques émis par les différentes organisations internationales ainsi que la doctrine.

---

<sup>1049</sup> R. SOPRANO, *WTO Trade Remedies in International Law Their Role and Place in a Fragmented International Legal System*, London, Routledge, 2019, p. 23.

<sup>1050</sup> Y. NGANGJOH-HODU, « Regional Trade Courts in the Shadow of the WTO Dispute Settlement System: The Paradox of Two Courts », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, n° 1, 2020, pp. 45-46.

851. Pour ce faire, nous avons décidé de diviser notre étude en deux sous-parties : en premier lieu, sera analysée l'application de la notion d'attentes légitimes en tant que principe bien établi de l'ordre juridique international (Titre 1) ; puis, dans un second temps, il s'agira de l'aborder en tant que notion émergente dans plusieurs champs du droit international économique (Titre 2). Notre étude se développera domaine par domaine étant donné qu'une approche transversale de ce droit, même si elle semble idéale, ne permet pas de procéder à un examen clair et concret.

852. Commençons donc par l'analyse des attentes légitimes telles qu'elles se manifestent dans les différents champs du droit international économique. Grâce à une application constante dans chacun de ces domaines, elles constituent désormais une notion bien établie prenant la forme d'un principe général de l'ordre juridique international.

# TITRE 1. LES ATTENTES LÉGITIMES : UN PRINCIPE GÉNÉRAL BIEN ÉTABLI DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

---

853. Le droit international économique, qui se compose de plusieurs champs interdépendants visant à garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de l'ordre juridique international, est applicable directement aux investisseurs et indirectement aux commerçants. Or, nous pensons que la notion d'attentes légitimes dispose d'ores et déjà d'une place déterminée dans chacune de ces branches. Notre analyse se concentrera sur deux champs de ce droit, à savoir le droit international des investissements et le droit du commerce international, au sein desquels, grâce à une application constante, elle est devenue un élément central. Il résulte effectivement de l'ensemble des conclusions auxquelles nous sommes parvenus à l'issue de la première partie de notre étude que cette notion revêt la forme d'un principe général de droit désormais bien établi dans l'ordre juridique international<sup>1051</sup>.

854. Afin de corroborer ce postulat, il convient d'examiner plus précisément la place des attentes légitimes au sein du droit international des investissements (I), avant d'analyser son rôle en droit du commerce international (II).

---

<sup>1051</sup> À l'appui de nos conclusions, voir : J. OSTRÁNSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018, p. 344 : « despite the fact that the concept has rather unclear sources and juridical origins. However, the more recent accounts seem to accept the notion of legitimate expectations as a general principle of law ».

## CHAPITRE 1. UNE APPLICATION CONSTANTE EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

855. Le droit international des investissements repose essentiellement sur un ensemble de TBI et la pratique arbitrale sachant que l'analyse et l'application des dispositions de ces traités par les arbitres, au cas par cas, complètent leur contenu. En effet, même en l'absence de principe du précédent, les arbitres essaient de garantir une certaine cohésion de la jurisprudence, une préoccupation qui contribue inévitablement à assurer une cohérence général de ce droit<sup>1052</sup>.

856. Cependant, le principe de protection des attentes légitimes rencontre une difficulté majeure en droit international des investissements : à ce jour, son origine et son application ne font toujours pas l'unanimité. Pour autant, même si *prima facie* la mise en œuvre de cette notion semble loin d'être homogène, il est généralement admis qu'elle vise à protéger toute attente légitime qu'un État a pu créer dans l'esprit d'un investisseur à travers des comportements ou représentations.

857. Nous allons à cet égard souligner l'influence des tribunaux arbitraux quant à la définition de cette notion, notamment dans le cadre d'affaires phares qui ont inévitablement eu des conséquences sur des sentences ultérieures en dégageant les éléments constitutifs et essentiels de ce principe. De fait, la jurisprudence est une source très importante dans ce champ du droit international économique.

858. Avant de nous consacrer à une étude de la pratique arbitrale, il est cependant indispensable d'analyser, ne serait-ce que brièvement, la source même du droit international des investissements, à savoir les TBI. Ces derniers contiennent des dispositions visant, d'une part, à promouvoir et à protéger l'investissement étranger sur le territoire de l'un des États signataires et, d'autre part, à favoriser le développement économique et durable de ces États.

---

<sup>1052</sup> P. JANIG, A. REINISCH, « General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents », in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019, p. 272.

859. Ce type de traité ne relève pas d'une conception nouvelle. En effet, les traités prédécesseurs des TBI, les TACN (traités d'amitié, de commerce et de navigation) cherchaient déjà à garantir une protection des étrangers ainsi qu'à permettre le bon déroulement des relations commerciales, culturelles et autres entre les États signataires. Puis, les Accords de Bretton-Woods ont été conclus en reprenant les aspects commerciaux, financiers et monétaires des rapports interétatiques jusque-là esquissés par les TACN mais sans pour autant prévoir de dispositions concernant les investissements étrangers, d'où le besoin de régulariser cette situation à travers la création des TBI. Du fait de leur nature bilatérale, ces accords sont apparus comme une solution simple et rapide pour régler les investissements étrangers.

860. À ce jour, la plupart des dispositions des TBI sont homogènes. Cette cohérence s'explique notamment par le fait que les États développés ont élaboré des Modèles types qui s'adaptent constamment à l'évolution et aux besoins de la société internationale. En toute hypothèse, il ressort de ces traités une obligation de l'État d'accueil de prendre les mesures nécessaires auxquelles tout investisseur peut légitimement s'attendre afin d'éviter la survenue d'une situation pouvant lui causer un préjudice<sup>1053</sup>.

861. La protection des étrangers a donc toujours fait l'objet de l'intérêt du droit international général. Le droit international des investissements ne fait pas exception en la matière en prévoyant plusieurs standards et clauses visant à atteindre cet objectif. Nous ne nous focaliserons cependant ici que sur deux notions : le TJE et la protection contre l'expropriation, plus précisément l'expropriation indirecte. C'est, en effet, en analysant ces deux configurations que le juge international tient généralement compte des attentes légitimes des parties, d'où la pertinence de les aborder dans la présente étude.

862. Ce chapitre débutera par un examen de l'évolution de la protection des investisseurs étrangers, des TACN aux TBI. Puis, il s'agira d'analyser les différents principes coexistant avec la notion d'attentes légitimes.

---

<sup>1053</sup> E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 41, n° 2, 2015, p. 350.

## Section 1. Les prémices de la protection des étrangers

863. Le droit international des investissements est une branche du droit international économique visant, d'une part, la protection et la promotion des investissements étrangers, et d'autre part, le développement économique et durable des États. En ce sens, il cherche inévitablement à créer un équilibre entre les intérêts des investisseurs et les intérêts de l'État d'accueil<sup>1054</sup>.

864. Il est à cet égard indispensable d'analyser la situation des étrangers et l'évolution de leur protection à la lumière de l'histoire. Nous soulignerons, en particulier, la volonté des États de consacrer leurs droits aux côtés d'autres dispositions des TACN. Enfin, nous concluons cette section par un examen des TBI qui peuvent être envisagés en tant que successeurs des TACN, notamment en matière de protection des investisseurs étrangers.

### 1. Propos introductifs à la lumière de l'histoire des droits accordés aux étrangers

865. La protection des droits des étrangers est semble-t-il une notion antique, remontant à la Bible<sup>1055</sup>. On peut effectivement relever dans ce texte des efforts tendant à mettre l'étranger sur un pied d'égalité avec les locaux afin de prévenir toute discrimination en raison de son statut. Une telle démarche n'est cependant pas révélatrice de la pratique de l'époque caractérisée par le fait que la plupart des peuples rejetaient les étrangers, les considérant au pire comme des ennemis et au mieux comme des individus dénués de droits.

866. Au cours de l'histoire, nous pouvons constater que les premières communautés politiquement organisées ont systématiquement refusé aux étrangers la capacité juridique et le bénéfice de droits. Cela était le cas, par exemple, au sein des civilisations antiques grecques et romaines en l'absence d'accord conclu avec d'autres communautés sur le traitement à accorder à leurs ressortissants respectifs. Ces « *non-locaux* », souvent qualifiés d'étrangers - terme issu du vocable latin « *alius* » signifiant

---

<sup>1054</sup> *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §236.

<sup>1055</sup> P. WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, vol. 151, 1976, p. 279.

« *autre* » - étaient fréquemment tenus comme des ennemis, des barbares ou des exclus<sup>1056</sup>.

867. Cette approche a toutefois évolué de l'Antiquité au Moyen-Âge et surtout à l'ère moderne, vers une amélioration du traitement et du statut juridique accordés aux étrangers grâce à la pratique étatique<sup>1057</sup>.

868. Il convient néanmoins de relever que les empires romains et grecs avaient déjà mis en place plusieurs institutions visant à protéger les étrangers ressortissants des communautés avec qui ils avaient conclus des traités. Ainsi, au sein de l'empire grec, deux institutions accordaient un degré élevé de protection aux étrangers : le *proxenos* ou *proxénie* et l'*asylia*. Ces institutions avaient comme finalité de modérer les relations entre résidents et étrangers en vue d'éviter la résolution des conflits de manière hostile ou inamicale envers ces derniers<sup>1058</sup>.

869. D'une part, la *proxénie* permettait à la cité d'accorder aux étrangers qu'elle accueillait une protection de leur biens ainsi que la garantie de leur sécurité contre tout acte de violence, par le biais d'un décret. Ce dispositif comprenait également l'octroi de la capacité juridique qui permettait aux étrangers de défendre leurs droits en justice<sup>1059</sup>. Cette protection était garantie par un *proxenos*<sup>1060</sup>, un citoyen notable et influent à qui un État étranger avait officiellement confié la tâche de protéger ses ressortissants ainsi que d'autres fonctions diplomatiques au sein de son propre État de résidence<sup>1061</sup>. Ces citoyens particuliers agissaient également en tant qu'arbitres lors de différends interétatiques ou entre individus.

870. D'autre part, l'*asylia* constituait une protection renforcée de la propriété privée étrangère puisqu'elle évitait « toute éventualité de saisie pratiquée par des citoyens

---

<sup>1056</sup> T. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, London, McMillan & Co., 4<sup>e</sup> éd., 1911, p. 18, §14. Voir également : C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique : précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Tome I, Paris, Guillaumin/Pedone, 4<sup>e</sup> éd., 1887, p. 2 ; H. WHEATON, *Histoire du progrès du droit des gens en Europe depuis la paix de Westphalie jusqu'au congrès de Vienne. Tome 1*, Leipzig, FA Brockhaus, 4<sup>e</sup> éd., 1865, p. 1 ; A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009, p. 3 ; A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*, New York, McMillan & Co., 1954, p. 8.

<sup>1057</sup> Z. KRONFOL, *Protection of Foreign Investment: A Study in international law*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1972, p. 13.

<sup>1058</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 125.

<sup>1059</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, PUR, 2014, p. 63.

<sup>1060</sup> A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*, op. cit., p. 7.

<sup>1061</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, op. cit., p. 133.

d'une autre cité exerçant un droit de représailles »<sup>1062</sup>. L'*asylia* était parfois assortie de sanctions civiles, voire pénales, afin de garantir de manière effective le respect des droits des étrangers<sup>1063</sup>.

871. S'agissant des communautés romaines, en l'absence de tout accord, les étrangers qui passaient par leurs territoires s'exposaient à la saisie de leurs biens et pouvaient devenir esclaves. *A contrario*, l'existence d'un traité permettait aux ressortissants de la cité étrangère partie de bénéficier d'une protection légale. Ces accords prévoyaient également le recours à l'arbitrage en cas de litiges, mené par des *recuperatores*<sup>1064</sup> qui, tout comme les *proxenos* grecs, étaient les représentants des étrangers dans l'empire romain<sup>1065</sup> chargés de traiter les différends entre des ressortissants de plusieurs États ou entre États. Ils agissaient donc comme une cour arbitrale<sup>1066</sup>.

872. Trois types de traités visaient la protection des étrangers : l'*amicitia* (traité conclu à perpétuité entre Rome et une cité étrangère par lequel les parties s'engageaient à protéger leurs citoyens respectifs et à entretenir de bonnes relations), l'*hospitium* (traité conclu entre Rome et une cité étrangère par lequel la première s'engageait à accorder aux citoyens de la seconde les mêmes avantages que ceux attribués à ses citoyens), le *foedus* (traité d'alliance effective ratifié par les comices sous forme de loi)<sup>1067</sup>.

873. Puis, au début de l'ère moderne, les juristes internationaux s'accordaient déjà sur l'existence d'une protection internationale de plusieurs droits des étrangers tels que le droit de voyager et le droit de commercer. Selon l'un des fondateurs du droit international, Francisco de Vitoria, cette protection comprenait la possibilité pour les étrangers de s'installer et d'exercer des activités commerciales à l'étranger<sup>1068</sup>.

---

<sup>1062</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., p. 63. Voir également : D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, *ibidem*, p. 125.

<sup>1063</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, *ibid.*, p. 126.

<sup>1064</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., p. 75.

<sup>1065</sup> D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, op. cit., p. 135.

<sup>1066</sup> C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique : précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, op. cit., p. 8.

<sup>1067</sup> D. GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, op. cit., pp. 77-78.

<sup>1068</sup> A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, op. cit., p. 4.

874. Dans l'une de ses principales études en droit international intitulée *De Indis*<sup>1069</sup>, cet auteur attache une grande importance à la morale et à la justice. Nous pouvons également dégager de son analyse des éléments sous-jacents à la protection des étrangers.

875. Nous avons ainsi relevé des développements relatifs au principe du traitement de la nation la plus favorisée, notamment lorsqu'il précise qu'en application du droit naturel<sup>1070</sup> les Espagnols pouvaient réaliser des activités de pêche ou minières au sein des communautés indigènes sans que leurs populations ne puissent l'interdire au motif qu'ils bénéficiaient des mêmes droits que ceux reconnus aux autres étrangers, ceci « *so long as the citizens and indigenous population are not hurt thereby* »<sup>1071</sup>.

876. Par ailleurs, l'obligation de *due diligence* ressort de la lecture de sa conférence magistrale sur les aborigènes à l'occasion de laquelle Francisco de Vitoria a estimé que « *in doubtful matters a man is bound to seek the advice of those whose business it is to give it, otherwise he is not safe in conscience, whether the premises. The doubt [can] be about a thing in itself lawful or unlawful* »<sup>1072</sup>. Le recours à un sage est donc ici estimé indispensable pour la prise de décision, surtout si une personne a des doutes. Cette dernière est tenue de suivre le conseil donné, notamment s'abstenir de poursuivre son projet lorsque, selon le sage, il est contraire au droit naturel.

877. Nous attachons une importance particulière à l'identification de cette obligation qui est aussi d'une grande importance s'agissant de la reconnaissance des attentes légitimes. En effet, l'investisseur qui souhaite demander une protection doit avoir fait preuve d'une certaine *due diligence* et surtout veiller à ce que son projet soit licite, car aucune attente ne peut naître d'une situation contraire à la loi.

---

<sup>1069</sup> A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 15 : « The essential point is that international law, such as it existed in Vitoria's time, did not precede and thereby effortlessly resolve the problem of Spanish-Indian relations; rather, international law was created out of the unique issues generated by the encounter between the Spanish and the Indians. (...) The problem confronting Vitoria, then, was not the problem of order among sovereign states, but the problem of creating a system of law to account for relations between societies which he understood to belong to two very different cultural orders, each with its own ideas of propriety and governance ».

<sup>1070</sup> *Ibidem*, p. 20 : « The character of this natural law is illuminated in Vitoria's argument that the Spanish have a right under jus gentium to travel and sojourn in the land of the Indians; and that providing the Spanish do not harm the Indians, "the natives may not prevent them" ».

<sup>1071</sup> F. DE VITORIA, *De Indis et De Ivre Belli : Relectiones, First Relectio (1696)*, traduit par J. P. Bate, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1917, p. 153.

<sup>1072</sup> *Ibidem*, p. 119, §312.

878. La *due diligence* constitue aussi désormais un critère indispensable pour la mise en œuvre du principe de protection de la confiance légitime en droit européen, notamment lorsque son bénéficiaire est un opérateur économique<sup>1073</sup>. En outre, le respect de cette obligation suppose une présomption de conformité au droit applicable<sup>1074</sup>.

879. Dès lors, tout État qui décide d'accueillir des étrangers « s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté »<sup>1075</sup>. De ce fait, l'étranger devient « un membre de sa Nation, [qui doit être] traité comme tel »<sup>1076</sup>. Cette obligation, qui résulte des besoins de la société internationale, a actuellement comme but de garantir un traitement égalitaire entre nationaux et étrangers.

880. Selon les juristes de l'ère moderne, cette protection s'étendait aussi aux biens des étrangers. En effet, « les prétentions que le seigneur du territoire voudrait former sur les biens d'un étranger, seraient donc également contraires aux droits du propriétaire et à ceux de la Nation dont il est membre »<sup>1077</sup>. Il s'agit de ce que l'on connaît actuellement sous la dénomination de protection diplomatique entendue comme l'action étatique permettant de demander la protection des droits de ses nationaux devant une instance internationale. Ce procédé a toutefois perdu en importance depuis que les particuliers peuvent saisir directement certaines instances internationales, notamment les tribunaux arbitraux internationaux et les juridictions protectrices des droits de l'Homme.

881. À l'époque, l'accès des étrangers aux biens n'était assuré que si l'État tiers lui octroyait la faculté de posséder des terres ou d'autres biens sur son territoire. Si ce droit leur était accordé, les biens en question restaient soumis à la juridiction et aux lois de

---

<sup>1073</sup> Voir : Chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>1074</sup> F. DE VITORIA, *De Indis et De Ivre Belli : Relectiones, First Relectio (1696)*, *op. cit.*, p. 119, §313 : « at first sight, when we see that the whole of the business has been carried on by men who are alike well-informed and upright, we may believe that everything has been done properly and justly ».

<sup>1075</sup> E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, traduit par M. P. ROYER-COLLARD, Paris, Guillaumin, 1835, p. 386, §101.

<sup>1076</sup> *Ibidem*, p. 387, §107.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, p. 388, §100.

cet État. En revanche, s'il leur était refusé, les étrangers ne pouvaient acquérir aucun bien sur le territoire dudit État ni se plaindre de cette situation<sup>1078</sup>.

882. Le renforcement progressif de la protection des étrangers est en partie due au développement du commerce interétatique. En effet, le commerce a toujours eu une place prépondérante au sein de la société internationale. Selon Gabriel de Mably, c'est « le besoin [qui] lie toutes les Nations entre elles »<sup>1079</sup>. Les échanges commerciaux sont devenus de plus en plus indispensables, surtout lorsqu'un État nécessite un produit qu'il ne fabrique pas lui-même mais qu'un autre possède.

883. L'évolution des relations interétatiques a mis en évidence le besoin de réguler plusieurs aspects de la vie internationale, une prise de conscience qui a abouti à l'apparition des TACN. Notre étude requiert de présenter, ne serait-ce que brièvement, ce type de traités en tant que prédécesseurs des actuels TBI.

## **2. Les Traités d'amitié, de commerce et de navigation en tant que source de protection des étrangers**

884. Ces traités reprenaient le contenu des anciens traités d'alliance ou d'amitié tout en mentionnant d'autres aspects essentiels au bon déroulement des relations interétatiques comme le commerce, la navigation et le traitement des étrangers. Apparus dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, ils sont devenus la principale source de protection des droits des investisseurs après le droit coutumier<sup>1080</sup> selon lequel la protection des attentes légitimes repose sur celle accordée aux étrangers en application d'un standard minimum de traitement<sup>1081</sup>.

885. Précisément, ces traités de nature bilatérale tendaient à faciliter et à promouvoir le commerce, la navigation et les investissements entre les États parties

---

<sup>1078</sup> *Ibid.*, p. 392, §114.

<sup>1079</sup> G. DE MABLY, *Le droit public de l'Europe, fondé sur les traités*, Tome 2, Genève, Chez Barde, Manget & Co., 1<sup>re</sup> éd., 1768, p. 291.

<sup>1080</sup> K. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, n° 1, 2015, p. 159.

<sup>1081</sup> *Ibidem*

ainsi que la protection de leurs citoyens, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales<sup>1082</sup>.

886. La négociation de ces traités remonte à la fondation des nouvelles républiques<sup>1083</sup>. Les premiers traités conclus visaient à reconnaître l'indépendance d'un État et à établir des relations commerciales et maritimes avec celui-ci. Le premier TACN a été signé en 1778 entre les États-Unis et l'Allemagne, à la suite de la conclusion d'un traité d'alliance entre ces mêmes États<sup>1084</sup>.

887. Ces traités se composaient essentiellement : de dispositions visant à garantir les droits des citoyens des États parties, notamment un droit d'établissement qui permettait l'accès à leur territoire respectif (généralement sur une base non-discriminatoire) ; de dispositions relatives à la protection de la propriété garantissant un traitement égalitaire ainsi que le respect du droit de propriété ; de dispositions commerciales posant des règles relatives aux droits et aux quotas d'importation ou d'exportation, à la taxation interne des importations, au contrôle des changes, à la passation de marchés publics et au fonctionnement des entreprises commerciales d'État, entre autres, sur la base de la clause de la nation la plus favorisée<sup>1085</sup>. Ces traités abordaient également la question du statut des nationaux à l'étranger en posant des règles concernant les relations consulaires, l'immigration, ou encore les droits religieux et personnels<sup>1086</sup>.

888. D'autres traités ont rapidement suivi la conclusion du premier TACN, notamment celui signé en 1794 entre le Royaume-Uni et les États-Unis. Dénommé « Traité de Jay », il prévoyait en particulier la création d'une commission chargée de statuer sur le traitement réservé aux ressortissants britanniques et américains pendant

---

<sup>1082</sup> A. PAULUS, « Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, §1.

<sup>1083</sup> Cela fut notamment le cas des États-Unis qui, durant la Guerre d'indépendance, ont rompu leurs liens juridiques avec l'Empire britannique et se sont retrouvés en dehors du système commercial impérial. Cependant, conscient du besoin de nouveaux partenaires commerciaux, le Congrès américain autorisa en 1776 l'élaboration d'un modèle de TACN destiné à être utilisé dans le cadre des négociations avec les grandes puissances européennes. En juillet de cette même année, il adopta aussi une Déclaration d'indépendance afin de fournir une base légale aux autres nations pour négocier et conclure des accords avec le pays.

<sup>1084</sup> K. VANDELDELDE, *The first bilateral investment treaties: US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 57.

<sup>1085</sup> A. PAULUS, « Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *op. cit.*, §2.

<sup>1086</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 461.

et après la Révolution américaine<sup>1087</sup>. Les décisions adoptées par ce type de commission constituent désormais une jurisprudence riche en éléments relatifs à la protection des étrangers<sup>1088</sup>, comme en témoigne notre analyse développée dans la première partie de la présente étude.

889. De manière générale, les TACN couvraient un grand nombre de sujets tels que les droits de l'Homme, le commerce, la propriété intellectuelle, la protection des investissements, l'immigration, le transport maritime, la fiscalité, le droit d'établissement, la succession et même l'indemnisation des travailleurs<sup>1089</sup>.

890. On peut ainsi relever une grande différence entre ces traités et les TBI qui sont beaucoup plus spécifiques et se basaient initialement sur un seul objectif : la promotion et la protection des investissements étrangers. Les États ont ensuite décidé de rajouter l'objectif de développement économique et durable en tant que bénéfice direct de tout investissement.

891. Les TACN peuvent ainsi être perçus comme des traités généraux<sup>1090</sup> prévoyant tous les aspects relationnels nécessaires à la garantie d'une bonne entente entre les États parties ainsi qu'à la protection de leurs ressortissants<sup>1091</sup>. À l'origine, ces traités avaient comme principale finalité la protection des échanges commerciaux mais à la suite de la Deuxième Guerre mondiale, le besoin de protéger également les investissements est devenu de plus en plus pressant<sup>1092</sup>.

892. En ce sens, plusieurs standards de protection tels que le traitement national et le droit à invoquer la clause de la nation la plus favorisée<sup>1093</sup> ont été prévus dans ces traités afin de garantir des droits substantiels comme les droits de navigation, le droit

---

<sup>1087</sup> A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>1088</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 29, §50.

<sup>1089</sup> *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation Between the United States of America and the Republic of Honduras* signé à Comayagua, le 4 juillet 1864, entré en vigueur le 30 mai 1865. Voir : J. HASWELL, DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS, *Treaties And Conventions Concluded Between the United States of America And Other Powers Since July 4, 1776*, Washington, Government Print. Off., 1889, article 1. Voir également : J. COYLE, « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, n° 2, 2013, p. 304.

<sup>1090</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>1091</sup> *Hawaiian-American Treaty of Friendship, Commerce and Navigation*, signé à Washington, le 20 décembre 1849, entré en vigueur le 24 août 1850, Voir : J. HASWELL, DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ÉTATS-UNIS, *Treaties And Conventions Concluded Between the United States of America And Other Powers Since July 4, 1776*, Washington, *op. cit.*, préambule.

<sup>1092</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 457.

<sup>1093</sup> J. COYLE, « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *op. cit.*, p. 311.

aux échanges commerciaux, entre autres<sup>1094</sup>. Par exemple, en septembre 1944, les États-Unis ont achevé la préparation d'un nouveau projet de TACN qui comprenait plusieurs dispositions visant à renforcer la protection des étrangers, notamment le droit à réparation en cas de biens expropriés<sup>1095</sup>.

893. Le traité-type ainsi élaboré par les États-Unis a constitué un point de départ pour des négociations avec d'autres États, l'objectif étant de l'adapter à chaque situation à travers des négociations bilatérales afin d'atteindre un accord satisfaisant pour les deux parties<sup>1096</sup>.

894. Les TACN ont ainsi établi les principaux standards de protection que nous connaissons aujourd'hui tels que le TJE et le SPE<sup>1097</sup>. Leur objectif était donc de reconnaître et renforcer le standard minimum de traitement de l'étranger face à la contestation des pays en voie de développement. Toutefois, alors que le TJE était généralement prévu en tant que notion autonome, l'obligation d'accorder une protection constante aux nationaux était, quant à elle, liée au standard minimum de traitement<sup>1098</sup>.

895. Dès cette époque, nous constatons une distinction entre le TJE et le standard minimum de traitement. Cette différenciation toujours controversée et amplement débattue concerne également la notion d'attentes légitimes, notamment telle qu'elle a été développée au sein du contentieux relatif à l'ALENA comme nous le verrons dans la deuxième section de ce chapitre.

896. Il convient toutefois de préciser que l'expression « traitement juste et équitable » n'est pas récente. En effet, ce principe semble avoir dépassé les relations commerciales dès les années 1790 en s'appliquant à un cas relevant plus généralement du contentieux international. Précisément, il s'agissait d'un arbitrage impliquant les

---

<sup>1094</sup> *Ibidem*, p. 312.

<sup>1095</sup> K. VANDEVELDE, *The first bilateral investment treaties: US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>1096</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>1097</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 457.

<sup>1098</sup> *Ibidem*, p. 471.

États-Unis et l'Allemagne qui a conduit à établir l'exigibilité d'une indemnité en compensation de l'expropriation d'une propriété<sup>1099</sup>.

897. À la suite de la Deuxième Guerre mondiale, le TJE est devenu une notion de plus en plus importante. En effet, les États-Unis ont systématiquement imposé cette obligation d'accorder un traitement juste et équitable à tous les ressortissants des États parties aux traités qu'ils signaient ainsi qu'à leurs biens. L'article premier d'un projet de traité type de 1955 disposait ainsi que « [e]ach Party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party, and to their property, enterprises and other interests »<sup>1100</sup>.

898. La convention-type de 1959, dénommée *Abs-Shawcross*, a également établi un standard minimum de traitement prenant la forme d'un TJE<sup>1101</sup> afin de garantir le respect des engagements, une indemnisation juste et effective en cas d'expropriation et une protection contre des mesures déraisonnables ou discriminatoires<sup>1102</sup> ; une démarche qui a marqué le début de l'omniprésence de ce standard<sup>1103</sup>.

899. Ce document devait constituer le premier traité multilatéral en matière d'investissements prévoyant en particulier un recours à l'arbitrage entre État et investisseur<sup>1104</sup>. Il n'en a toutefois pas été ainsi. Néanmoins, cette convention-type constituera un outil indispensable pour les pays exportateurs qui l'utiliseront notamment comme base pour élaborer des TBI ou d'autres accords internationaux d'investissement<sup>1105</sup>.

---

<sup>1099</sup> K. VANDEVELDE, *The first bilateral investment treaties: US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, *op. cit.*, pp. 397-398.

<sup>1100</sup> *Ibidem*. Cela résulte, parmi d'autres circonstances, d'une ancienne déclaration de Benjamin Franklin, alors ministre en France, dans laquelle il a affirmé que « [c]ommerce among nations, as between private persons, should be fair and equitable, by equivalent exchanges and mutual supplies ».

<sup>1101</sup> Voir notamment l'Article I : « Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures » (A. HERMAN et H. SHAWCROSS, « Draft Convention on Investments Abroad », in « The proposed convention to protect private foreign investment: a round table », *Journal of Public Law (Emory Law Journal)*, vol. 1, 1960, p. 115). Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2017, pp. 283-284.

<sup>1102</sup> A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1103</sup> T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *Michigan Law Review*, vol. 106, n° 5, 2008, p. 874.

<sup>1104</sup> A. HERMAN et H. SHAWCROSS, « Draft Convention on Investments Abroad », *op. cit.*, p. 118. Voir également : A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1105</sup> D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence », *Human Rights Law Review*, vol. 12, n° 3, 2012, p. 426.

900. En ce sens, nous pouvons citer, à titre d'exemple, le projet de Convention sur la protection des biens étrangers adopté le 12 octobre 1967 qui fait référence au traitement juste et équitable dans son article 1<sup>er</sup> en employant les termes suivants :

« Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties. Sur son territoire, chacune des Parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens et n'entravera en aucune façon leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation par des mesures injustifiées ou discriminatoires »<sup>1106</sup>.

901. Le Conseil de l'OCDE a récemment reconnu que ce projet « rassemble des principes reconnus en matière de protection des biens étrangers, assortis de règles destinées à rendre plus effective l'application de ces principes »<sup>1107</sup>. Ce type de dispositions permettent la reconnaissance d'attentes légitimes grâce à leur application constante tant par les parties que par les tribunaux arbitraux.

902. En dépit du grand succès connu par les TACN dès les années 1800, ces traités vont cependant perdre de leur intérêt peu de temps après la signature des accords de Bretton-Woods instituant le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) en 1944 ainsi que l'adoption du GATT lors de la Conférence internationale qui s'est tenue à Genève en 1947<sup>1108</sup>. De fait, les États ont cessé de négocier et de conclure ce type de traités. C'est notamment le cas des États-Unis qui, depuis 1968, n'ont plus conclu de tels accords<sup>1109</sup> alors que certains TACN datant du début des années 1900 sont toujours en vigueur<sup>1110</sup>.

903. Peu à peu, le besoin de conclure des traités spécialisés s'est renforcé, notamment en matière d'investissements. La signature de TBI a alors permis de faciliter les négociations en se focalisant sur un seul sujet et d'établir des règles claires visant à protéger les investissements étrangers, une situation qui a encouragé la reconnaissance d'attentes légitimes.

---

<sup>1106</sup> OCDE, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, Paris, Editions OCDE, 1962, Article 1.

<sup>1107</sup> OCDE, *Résolution du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, doc. n° OECD/LEGAL/0084, Paris, Editions OCDE, 2020, p. 4.

<sup>1108</sup> K. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 170.

<sup>1109</sup> J. COYLE, « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *op. cit.*, p. 309. Voir également : A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1110</sup> La liste officielle des traités d'amitié, de commerce et de navigation encore en vigueur conclus par les États-Unis avec d'autres États est disponible sur le lien suivant : <http://www.americanlaw.com/treatylist.html> (consulté le 25 mai 2019).

904. Depuis 1959, plusieurs accords internationaux d'investissements ont ainsi été conclus. Il est souvent considéré que le premier TBI a été signé entre l'Allemagne et le Pakistan<sup>1111</sup>, cependant ce constat ne fait pas l'unanimité. En effet, d'aucuns soutiennent que le premier TBI serait plutôt celui conclu entre le Tchad et l'Italie en 1969, un traité qui prévoyait un arbitrage investisseur-État<sup>1112</sup>. En tout état de cause, il est généralement admis que ce dernier marque le début de la pratique contemporaine en matière d'investissements, car il fait coexister un objectif de promotion des investissements avec des obligations de protection en instituant un arbitrage contraignant investisseur-État afin de remédier aux éventuelles atteintes de ces obligations<sup>1113</sup>.

### **3. Des TACN aux TBI : plusieurs différences dénotant une évolution nécessaire afin de garantir une protection des investisseurs étrangers**

905. Avant l'essor des TBI, certains traités généraux conclus en matière économique prévoyaient déjà une protection des investissements. Par exemple, le TACN conclu entre le Nicaragua et les États-Unis en 1956, bien qu'il ne soit pas officiellement qualifié de TBI, remplissait essentiellement la même fonction<sup>1114</sup>. Ainsi, dans son préambule, les États déclaraient être conscients des contributions pouvant être apportées par tout accord encourageant des investissements mutuellement avantageux, « *promoting mutually advantageous commercial intercourse and otherwise establishing mutual rights and privileges* »<sup>1115</sup>.

906. Plusieurs différences entre ces deux types de traités doivent cependant être soulignées. Tout d'abord, alors que les TACN concernaient principalement l'établissement de relations économiques entre les États parties, les TBI, quant à eux,

---

<sup>1111</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 456.

<sup>1112</sup> *Bilateral Investment Treaty Investment Between the Chad and Italy*, signé le 11 juin 1969, entré en vigueur le 11 juin 1969, article 7 : « Ogni controversia concernente gli investimenti, oggetto del presente Accordo, che potesse sorgere fra una delle Parti contraenti (o qualsiasi Istituzione o Organizzazione dipendente o controllata della medesima Parte) e una persona fisica o giuridica avente la nazionalità dell'altra Parte sarà sottoposta alla giurisdizione del Centro Internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti, conformemente all'Accordo Internazionale di Washington del 18 marzo 1965 ».

<sup>1113</sup> A. NEWCOMBE et L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>1114</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>1115</sup> *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol) between the United States of America and Nicaragua*, signé à Managua le 21 janvier 1956, RTNU vol. 367, préambule.

ont été créés en réaction aux expropriations qui dans le passé compromettaient les investissements sans l'octroi d'une indemnisation conformément à leur juste valeur marchande<sup>1116</sup>. Ces derniers garantissent effectivement un degré minimal de protection des investisseurs afin d'attirer plus facilement les investissements étrangers, spécialement dans les pays en voie de développement<sup>1117</sup>.

907. Une deuxième différence réside dans le fait que les TACN reflétaient des relations politiques et économiques symétriques<sup>1118</sup> ; autrement dit, ils se basaient principalement sur la réciprocité, ce qui assurait une charge d'obligations parfaitement équilibrée. À titre d'exemple, le TACN conclu entre les États-Unis et le Nicaragua disposait dans son article 1<sup>er</sup> que « *each Party shall at all times accord equitable treatment to the persons, property, enterprises and other interests of nationals and companies of the other Party* »<sup>1119</sup>. Cette disposition met en évidence une obligation mutuelle des États d'assurer le respect d'un standard minimum de traitement au profit des investisseurs en vue de protéger leurs droits et leurs biens.

908. En revanche, les TBI reflètent des relations interétatiques asymétriques dans la mesure où les obligations de chaque État signataire ne sont pas identiques et ne sont donc pas équilibrées. Une telle situation résulte d'un « *grand bargain* » des pays développés qui a abouti à l'obligation de se conformer à un ensemble de règles visant à garantir la protection des investissements en échange de la promotion de ces derniers dans les pays en voie de développement<sup>1120</sup>.

909. Une autre différence est que la protection des étrangers était auparavant assurée d'une manière générale par les anciens traités d'amitié ou d'alliance, puis par les TACN. Actuellement, une telle protection est prévue spécifiquement pour chaque domaine. Ainsi, à travers la conclusion de TBI, les États prévoient une protection des investissements tandis que les Accords de l'OMC permettent de protéger le commerce

---

<sup>1116</sup> K. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 171.

<sup>1117</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>1118</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 458.

<sup>1119</sup> *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol) between the United States of America and Nicaragua*, précit., article 1.

<sup>1120</sup> W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 458.

international. Malgré l'absence d'une pratique confirmée quant à l'application des attentes légitimes à l'époque des TACN, nous sommes de l'avis que cette notion était déjà présente. Notre constat se base sur les résultats de nos recherches selon lesquels les éléments constitutifs de la notion existaient déjà dans l'Antiquité s'agissant des rapports interétatiques mais aussi que les attentes légitimes constituent un élément majeur du TJE.

910. L'examen des TACN est intéressant dans la mesure où il s'agit de traités prédécesseurs des actuels TBI mais également parce que c'est grâce à leur application et à leur évolution que le principe de protection des attentes légitimes est apparu et s'est consolidé.

911. Afin de proposer une analyse complète, cette première section doit également brièvement aborder une question d'actualité : la dénonciation de TBI conclus entre États membres de l'UE. Cet examen est pertinent étant donné que plusieurs affaires ayant contribué à la définition des attentes légitimes portent sur ce type de TBI.

912. Le droit de l'UE suppose une relation parfois controversée, voire incompatible, avec les obligations découlant des obligations internationales des États membres<sup>1121</sup>, notamment celles issues de TBI.

913. Cela est particulièrement le cas en matière de contentieux arbitral lorsqu'il s'agit d'appliquer des TBI *intra*-UE, c'est-à-dire conclus entre États européens. Les tribunaux se déclarent généralement compétents pour connaître l'affaire, ce même lorsque la Commission européenne a participé à la procédure en tant qu'« *amicus curiae* » pour invoquer leur incompétence manifeste<sup>1122</sup> au motif qu'une telle intervention constituerait une atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

914. Par ailleurs, à l'occasion d'une consultation par un État membre, la CJUE s'est prononcée sur la compatibilité des TBI avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>1123</sup>.

---

<sup>1121</sup> F. MUNARI et C. CELLERINO, « Investment Arbitration and EU General Principles of Law: Current Developments », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, op. cit., pp. 76-77.

<sup>1122</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>1123</sup> *Ibid.*, p. 82.

915. La Commission européenne a quant à elle considéré que les TBI intra-UE étaient incompatibles avec le droit de l'Union, particulièrement pour plusieurs raisons : (1) une violation du principe de non-discrimination des citoyens de l'UE, notamment en ce qui concerne la possibilité de recourir à des tribunaux d'investissements, qui ne sont pas accessibles à tous les citoyens de l'UE, lorsque des libertés fondamentales de l'UE sont en jeu ; (2) une atteinte à la compétence exclusive de la CJUE en matière d'interprétation du droit de l'UE et de dialogue avec les juridictions nationales ; (3) une incompatibilité manifeste avec le principe de confiance mutuelle entre les juridictions des États membres. C'est en se fondant sur ces éléments que la Commission a conclu au besoin de dénoncer ces traités dès lors que les États parties deviennent membres de l'UE, en vertu des articles 30 et 59 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>1124</sup>.

916. Cette question de la compatibilité entre le droit de l'Union et les TBI a également fait l'objet d'une analyse de la part d'un tribunal arbitral dans le cadre de l'affaire *Micula c. Roumanie*<sup>1125</sup> à l'occasion de laquelle ce dernier a rejeté tous les arguments de la Roumanie et de la Commission européenne en accordant une indemnisation aux demandeurs<sup>1126</sup>. Cette problématique est d'autant plus évidente lorsque l'État prend une mesure afin de se conformer au droit de l'Union mais que celle-ci résulte être une violation de ses obligations découlant d'un TBI, comme cela était le cas en l'espèce.

917. En effet, la Commission a décidé de conduire une enquête formelle concernant des aides d'État illégales versées en relation avec l'exécution de la sentence arbitrale. À l'issue de ses investigations, l'institution européenne a prononcé une injonction contre la Roumanie afin de suspendre tout paiement conformément à l'article 108 (3) du TFUE qui lie directement les juridictions nationales<sup>1127</sup>.

---

<sup>1124</sup> *Ibid.*, pp. 78-79. Voir également : CJUE, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, affaire C-284/16, arrêt du 6 mars 2018, *Rec. général*, §§56-58.

<sup>1125</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013

<sup>1126</sup> F. MUNARI et C. CELLERINO, « Investment Arbitration and EU General Principles of Law: Current Developments », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>1127</sup> *Ibid.* Voir également: COMMISSION DE L'UNION EUROPEENNE, *décision (UE) 2015/1470*, 30 mars 2015, publiée dans le Journal Officiel de l'Union Européenne n° 232/43 du 4 septembre 2015.

918. Les résultats de cette enquête ont effectivement démontré que le versement de l'indemnité accordée par le tribunal arbitral constituait une aide d'État au sens de l'article 107 (1) du TFUE, ce qui était incompatible avec le marché commun. Par conséquent, la Roumanie a été condamnée à ne verser aucune somme d'argent supplémentaire, en application de la sentence arbitrale et à récupérer immédiatement toute aide incompatible déjà versée<sup>1128</sup>.

919. Prenant acte de cette position de la Commission, en mai 2020, la majorité des États membres de l'Union (23 sur 27) a signé l'accord plurilatéral organisant le démantèlement des TBI *intra*-UE, aussi connu comme l'« accord de résiliation », afin d'éviter que ces traités puissent continuer à servir de base aux investisseurs pour saisir des tribunaux internationaux.

920. Cette démarche a cependant laissé place à plusieurs incertitudes, en particulier s'agissant des affaires pendantes, bien que l'accord prévoie un « dialogue structurel » dont l'organisation relève du droit interne de chaque État membre.

921. Cette ambiguïté est d'autant plus inquiétante si l'on tient compte du fait que les tribunaux arbitraux ne semblent pas partager cette position européenne. Nous pouvons notamment citer à cet égard la sentence *Adamakopoulos c. République Tchèque* à l'occasion de laquelle le tribunal arbitral a été de l'avis que le droit de l'UE ne devait pas prévaloir sur d'autres principes du droit international applicables entre les parties en dehors du cadre européen<sup>1129</sup>.

922. Nous adhérons à la conclusion de ce tribunal selon laquelle, en pratique, il n'existe aucune incompatibilité réelle entre les deux droits. En effet, les tribunaux arbitraux ont uniquement vocation à connaître et régler des différends résultant directement de l'application et de l'interprétation des dispositions d'un TBI sur la base des principes du droit international, sans qu'ils puissent statuer sur les droits des parties issus du droit de l'UE. Il en résulte que ces différentes juridictions fonctionnent

---

<sup>1128</sup> *Ibid.*, p. 83. Voir également : COMMISSION DE L'UNION EUROPEENNE, *décision (UE) 2015/1470*, précit.

<sup>1129</sup> *Theodoros Adamakopoulos, Elektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos et al. c. Chypre*, affaire CIRDI n° ARB/15/49, décision sur la compétence du 7 février 2020, §162.

indépendamment les unes des autres. Dès lors, chacune peut agir sans empiéter sur la compétence de l'autre<sup>1130</sup>.

923. Notons que le seul à avoir reconnu la primauté du droit de l'Union dans cette affaire est l'arbitre Marcelo Kohen<sup>1131</sup> qui a émis une opinion dissidente. Cependant, cette sentence étant encore récente, plusieurs questions restent toujours sans réponse. Il est donc difficile de proposer des conclusions définitives s'agissant des conséquences réelles de cette décision et de déterminer l'efficacité des mécanismes transitoires qui ont été prévus.

924. Même si en tant que telle cette sentence ne constitue pas une atteinte à l'évolution de la définition et de la reconnaissance de la notion d'attentes légitimes grâce à une pratique arbitrale riche en ce sens, nous pouvons néanmoins supposer qu'elle va inévitablement ralentir ce processus dans la mesure où la grande majorité des affaires dans le cadre desquelles les tribunaux sont amenés à analyser cette notion concerne l'application de TBI *intra*-UE.

925. Après avoir étudié différents mécanismes de protection des étrangers, nous pouvons à présent nous focaliser sur une analyse pratique des attentes légitimes au sein du contentieux arbitral des investissements.

## **Section 2. L'évolution des attentes légitimes au sein du contentieux arbitral des investissements**

926. La pratique arbitrale en matière d'investissements façonne les contours de ce domaine du droit international économique. C'est, en effet, à travers leurs sentences que les tribunaux arbitraux établissent le sens des dispositions des TBI conformément à la volonté des États parties et aux principes du droit international<sup>1132</sup>. De ce fait, un examen des appréciations et des conclusions des arbitres paraît indispensable pour

---

<sup>1130</sup> Theodoros Adamakopoulos, *Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos et al. c. Chypre*, précit., §185.

<sup>1131</sup> Theodoros Adamakopoulos, *Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos et al. c. Chypre*, précit., opinion dissidente de Marcelo G. Kohen, §6.

<sup>1132</sup> T. ZEYL, « Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in investment Treaty Law », *Alberta Law Review*, vol. 49, n° 1, 2011, p. 204.

notre analyse, car même en l'absence d'une règle du précédent, elles sont généralement suivies par les tribunaux ultérieurement amenés à se prononcer<sup>1133</sup>.

927. La responsabilité quant à l'interprétation et l'application des TBI qui repose sur les arbitres est ainsi très élevée. En effet, ils doivent éviter d'être incohérents ou d'adopter une position contraire aux conclusions de la grande majorité des tribunaux et, si tel était le cas, de bien argumenter et de motiver leurs décisions.

928. Les attentes légitimes jouent un rôle essentiel au sein de ce contentieux en raison d'une pratique courante consistant à rechercher si les actions de l'État d'accueil ont pu également décevoir les attentes légitimes des investisseurs au moment d'analyser la conformité de ce comportement au TJE. Ces notions sont quasi systématiquement plaidées par les parties dans le cadre de différends portant sur l'application d'un TBI<sup>1134</sup>.

929. L'une des problématiques liées à l'application du principe de protection des attentes légitimes est l'absence d'uniformité de la jurisprudence quant aux conditions requises pour qu'un investisseur démontre la légitimité de ses attentes, notamment de celles portant sur la stabilité du cadre juridique de l'État d'accueil applicable au moment de prendre sa décision d'investissement, comme en témoigne notamment l'affaire *Total c. Argentine*<sup>1135</sup>.

930. Ainsi, notre étude vise à préciser le contenu de ce principe ainsi que les conditions requises pour son application à partir d'une analyse de la pratique arbitrale. En effet, il nous semble possible de contribuer à la définition d'un contenu commun des attentes légitimes déduit d'un examen de l'application de ce principe sous ces

---

<sup>1133</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>1134</sup> S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 44, n° 2, 2019, p. 32. Voir également : A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-a-Vis Public International Law », *Korea University Law Review*, vol. 11, 2012, p. 114 : « one can observe that arbitration done over investment treaty impacts third parties and their behaviour intensely, as the outcome of arbitrations, in particular the reasoning and the interpretation of the principles of international investment law, affect not only future interpretations of similar standards and shape the expectations of investors and states about the decision-making of tribunals, but also impact investment treaty making ».

<sup>1135</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §114.

différentes manifestations<sup>1136</sup>. Une telle démarche peut également garantir une meilleure prévisibilité pour les parties en cas de contentieux.

931. Les premières attentes légitimes d'un investisseur naissent au moment où il décide d'investir sur le territoire de l'État d'accueil et reposent sur l'expectative d'une stabilité raisonnable de l'ordre juridique étatique<sup>1137</sup>, une situation qui s'évalue au cas par cas. Cette analyse doit être menée avec prudence, notamment parce que les investisseurs ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que la législation en vigueur au moment d'investir restera totalement inchangée durant l'exécution de leur investissement<sup>1138</sup>. En effet, l'accomplissement d'une telle perspective supposerait l'existence d'une assurance spécifique allant dans ce sens ou bien d'une clause de stabilité.

932. Des éléments de raisonnabilité et de légitimité viennent ainsi empêcher l'invocation abusive ou infondée d'attentes de la part de l'investisseur. En tout état de cause, ce dernier peut légitimement s'attendre à ce que l'État d'accueil n'utilise pas son pouvoir souverain pour modifier unilatéralement les conditions qui ont déterminé sa décision d'investissement<sup>1139</sup>.

933. Plus précisément, on analysera dans cette section le lien inévitable et indispensable qui existe entre l'État d'accueil et l'investisseur et qui donne naissance aux attentes légitimes (A). Puis, dans un deuxième temps, nous nous consacrerons à un examen des notions juridiques permettant l'invocation des attentes légitimes devant les tribunaux internationaux (B). Enfin, nous conclurons cette section par une étude de l'évolution des attentes légitimes dans la pratique arbitrale (C).

---

<sup>1136</sup> T. ZEYL, « Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in investment Treaty Law », *op. cit.*, p. 211.

<sup>1137</sup> T. NGUYEN, « The Protection of Legitimate Expectations under Investor-State Dispute: Case Studies of Vietnam », *Transnational Dispute Management*, vol. 12, n° 6, 2015, p. 6. Voir également : *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §217 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §117.

<sup>1138</sup> T. NGUYEN, « The Protection of Legitimate Expectations under Investor-State Dispute: Case Studies of Vietnam », *op. cit.*, p. 7.

<sup>1139</sup> A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management*, vol. 6, n° 1, mars 2009, p. 16.

## **1. Les attentes légitimes, issues d'un lien inévitable mais parfois limité entre l'investisseur et l'État d'accueil**

934. Les attentes légitimes peuvent naître de plusieurs situations mais dans tous les cas l'existence d'un lien ou d'un rapport entre au moins deux sujets est indispensable. Par exemple, dans une volonté d'attraction et de promotion des investissements étrangers, un État peut prendre des mesures sous forme d'actes unilatéraux oraux ou écrits favorables aux investisseurs. Leurs destinataires peuvent alors agir en considération de ces actes et avoir des attentes légitimes quant à leur engagement d'investir.

935. Afin de préciser cette question, nous allons, tout d'abord, analyser les actes unilatéraux généraux ou spécifiques que les États peuvent adopter dans le but d'encourager les investissements étrangers en créant ainsi des attentes légitimes à l'égard des destinataires de ces actes<sup>1140</sup>.

936. Nous examinerons ensuite ce lien inévitable qui existe entre l'investisseur et l'État et qui permet l'émergence d'attentes légitimes non seulement du côté de l'investisseur mais aussi du côté de l'État sachant toutefois que ce dernier ne peut recourir à des instances internationales de protection étant donné que le pouvoir discrétionnaire qu'il détient lui permet de régulariser n'importe quelle situation en application de son propre droit.

### ***1.1. Les sources du principe de protection des attentes légitimes***

937. Les actes unilatéraux constituent une source juridique créatrice d'attentes légitimes. D'une part, peuvent être édictés des actes unilatéraux généraux qui prennent la forme de déclarations ou de lois (codes d'investissement) à travers lesquelles l'État d'accueil cherche à attirer les investissements. Le but ici est de présenter son territoire comme idéal pour investir en raison d'un environnement juridique clair, stable et prévisible. Cette démarche fera naître des attentes légitimes de caractère général, se

---

<sup>1140</sup> Les rapports juridiques ayant déjà fait l'objet d'une étude dans la première partie de la thèse ne seront pas de nouveau analysés dans cette section.

fondant sur une conduite générale de l'État, dont la protection peut s'avérer délicate car elles sont plus difficiles à déterminer par les tribunaux.

938. D'autre part, l'État d'accueil peut prendre des actes spécifiques, notamment des assurances directement destinées à un investisseur ou à un groupe restreint d'individus<sup>1141</sup>, par exemple des bénéfices fiscaux pour les investissements effectués dans une branche de production déterminée, la promesse de concéder les permis nécessaires à une entreprise pour l'exécution de son investissement, entre autres<sup>1142</sup>.

939. De tels actes peuvent conduire à l'émergence d'attentes légitimes spécifiques qui reposent sur une situation claire, non-ambigüe ainsi que des « *objectively verifiable facts* »<sup>1143</sup> et visent à protéger leurs bénéficiaires contre toute modification soudaine et injustifiée par l'État d'accueil des conditions existantes au moment de l'investissement. L'avantage de ce type d'attentes est qu'il est plus facile de produire les preuves destinées à démontrer leur existence devant les tribunaux arbitraux. Il en résulte une protection renforcée des investisseurs.

940. Les actes unilatéraux désignent non seulement des déclarations étatiques mais aussi tout comportement des autorités. Ainsi, des attentes légitimes peuvent naître lorsque l'État d'accueil a fait croire à un investisseur qu'une obligation spécifique existait à son égard à travers son comportement ou une déclaration<sup>1144</sup>.

941. Précisément, les attentes légitimes impliquent que l'investisseur prenne des décisions commerciales rationnelles et justifiées sur la base de déclarations ou de comportement de l'État d'accueil<sup>1145</sup>, à la condition d'avoir fait preuve de *due diligence* en prenant également compte des circonstances caractérisant cet État au moment d'investir.

---

<sup>1141</sup> Voir notamment : *David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014, §193.

<sup>1142</sup> C. SCHREUER et U. KRIEBAUM, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? », in J. WERNER, A. HYDER ALI (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing Ltd, 2009, pp. 273-274.

<sup>1143</sup> A. RAJPUT et S. MALHOTRA, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective », in M. SINGH et N. KUMAR (eds.), *Indian Yearbook of Comparative Law*, Singapour, Springer, 2019, p. 307.

<sup>1144</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §118. Voir également : R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 145.

<sup>1145</sup> C. SCHREUER et U. KRIEBAUM, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? », *op. cit.*, p. 265.

942. Toute situation ou comportement étatique peut valablement créer des attentes « raisonnables et justifiées » qui poussent l'investisseur à agir en conséquence de sorte que la non-réalisation de ces attentes peut lui causer un préjudice<sup>1146</sup>.

943. La manière dont les autorités expriment leur intention de s'engager est également importante. En effet, plus leur déclaration favorable à l'investisseur est précise, plus l'hypothèse selon laquelle ce dernier est en droit d'agir en conséquence de celle-ci, sur une base de confiance réciproque et de bonne foi, est crédible<sup>1147</sup>.

944. Le niveau de précision d'un acte unilatéral peut effectivement influencer une décision d'investissement. Les attentes légitimes sont alors celles que l'État d'accueil permet de plein gré de surgir puis de s'entretenir dans l'esprit des investisseurs afin de les encourager à investir, notamment sur la base d'un environnement juridique et politique transparent<sup>1148</sup>.

945. Il convient de préciser que les attentes légitimes ne naissent pas uniquement au regard de l'ordre juridique existant au moment de la décision d'investir<sup>1149</sup>. En effet, si des modifications favorables interviennent lors de l'exécution de l'investissement, une telle situation peut également créer des attentes légitimes protégées si l'investisseur en a tenu compte pour prendre une décision commerciale ultérieure<sup>1150</sup>.

946. Les attentes légitimes peuvent ainsi naître lors de la décision d'investir<sup>1151</sup> ou pendant l'exécution de l'investissement. Il importe néanmoins de constater que la déception d'attentes légitimes non accomplies sera plus grave lorsque l'exécution de l'investissement est déjà bien avancée. En outre, une série d'actes ou d'omissions

---

<sup>1146</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §118.

<sup>1147</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §121

<sup>1148</sup> A. RAJPUT et S. MALHOTRA, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective », *op. cit.*, p. 306.

<sup>1149</sup> *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §298 : « The duties of the host State must be examined in the light of the legal and business framework as represented to the investor at the time that it decides to invest. This does not imply a freezing of the legal system, as suggested by Argentina. Rather, in order to adapt to changing economic, political and legal circumstances the State's regulatory power still remains in place. As previously held by tribunals addressing similar considerations, (...) the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well ».

<sup>1150</sup> C. SCHREUER et U. KRIEBAUM, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? », *op. cit.*, pp. 273-274.

<sup>1151</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 93. Voir également : *Al-Bahloul c. Tadjikistan*, affaire dans le cadre de laquelle l'investisseur a démontré que ses attentes légitimes étaient nées en conséquence d'un engagement du gouvernement d'accorder 4 licences pour l'exploration et la production énergétique, (*Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, affaire SCC n° 064/2008, sentence définitive du 8 juin 2010, §10).

constitue vraisemblablement une violation du principe de protection des attentes légitimes alors qu'une action individuelle peut se relever insuffisante pour constater une telle atteinte<sup>1152</sup>.

947. En tout état de cause, peu importe la source des attentes légitimes, les tribunaux arbitraux mettent régulièrement en lumière le fait qu'il est indispensable que cet acte conduise effectivement à la prise de décision de l'investisseur<sup>1153</sup>, comme en témoigne l'affaire *LG&E c. Argentine*<sup>1154</sup>.

948. Il est ainsi possible de constater qu'en réalité, le moment auquel l'investissement est réalisé n'est pas le seul critère à considérer pour déterminer l'existence d'attentes légitimes. Il s'agit uniquement de l'un des éléments à prendre en compte, car le tribunal doit également analyser la bonne foi des parties et l'exercice du pouvoir normatif de l'État en déterminant notamment si les mesures ont effectivement été prises dans l'intérêt général<sup>1155</sup>.

949. Il convient par ailleurs de noter que l'application croissante du principe de protection des attentes légitimes est aussi le résultat d'une tendance des juges internationaux à recourir à d'autres sources du droit international afin de compléter leur analyse et interprétation des traités<sup>1156</sup>.

---

<sup>1152</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *ibidem*, pp. 98-99.

<sup>1153</sup> *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §265 ; *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §307 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §§148, 158 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §133 ; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§275, 281.

<sup>1154</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §130. Voir également : *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/12/17, sentence du 14 août 2015, §136 : « they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns ».

<sup>1155</sup> *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §219. Voir également : *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erőmű Kft. c. Hongrie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010, §9.3.17 ; *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §287.

<sup>1156</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

950. Ainsi, ils peuvent se référer aux principes généraux du droit issus des droits étatiques<sup>1157</sup> en tant que points de référence pour la protection des investissements, comme base d'interprétation d'une disposition ou afin de démontrer le caractère équitable ou juste d'une mesure régulatoire<sup>1158</sup>.

951. Le but ultime de ce principe est donc de garantir un équilibre entre le pouvoir normatif de l'État et les attentes légitimes de l'investisseur. Toute mesure étatique doit ainsi être également soumise à des critères de raisonabilité et de proportionnalité à la lumière des circonstances entourant son édicton<sup>1159</sup>.

952. Il s'agit d'une conséquence de l'objet et de la finalité des TBI. En effet, un État conclut ce type de traité afin de promouvoir les investissements sur son territoire mais aussi pour garantir à ses ressortissants le maintien, dans la limite du raisonnable, d'un environnement juridique favorable à l'exercice de leurs activités au sein de l'autre État partie<sup>1160</sup>.

953. En définitive, la source principale des attentes légitimes est un acte unilatéral de portée générale ou spécifique. Pour autant, lors de l'examen d'une affaire, le tribunal doit prendre en compte toutes les circonstances entourant l'investissement<sup>1161</sup>, y compris celles qui ont motivé la décision d'investir.

954. La protection des attentes légitimes ne doit toutefois pas uniquement se limiter aux investisseurs, ces derniers pouvant également créer des attentes légitimes à l'égard de l'État d'accueil à travers leurs comportements ou des assurances qu'ils donnent. Par exemple, l'investisseur peut se présenter comme un expert, s'engager à la bonne exécution de l'investissement, garantir le respect des lois et des droits de l'Homme sur le territoire où il souhaite investir, etc.

---

<sup>1157</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, p. 79.

<sup>1158</sup> D. PEAT, « International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, n° 4, 2018, p. 656.

<sup>1159</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, p. 97.

<sup>1160</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §114.

<sup>1161</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §192

## 1.2. *Les attentes légitimes : une protection égale des parties*

955. Des attentes légitimes peuvent donc naître à l'égard tant de l'investisseur que de l'État. En tout état de cause, il existe un lien entre les attentes légitimes et le principe de bonne foi selon lequel tout engagement doit être respecté et exécuté convenablement. Cela suppose un comportement cohérent des deux parties avant et pendant l'exécution de l'investissement mais aussi en cas de différend. Ce principe s'étend également aux arbitres qui doivent garantir l'indépendance et l'impartialité durant la procédure arbitrale<sup>1162</sup>. La considération de la bonne foi nuance l'application du principe de protection des attentes légitimes tout en contribuant à ce que les attentes légitimes de toutes les parties soient protégées.

956. La bonne foi de l'investisseur est un élément indispensable, car tout comportement qui en serait dépourvu peut se retourner contre lui. Par exemple, elle peut conditionner l'éligibilité à la protection juridique de son investissement ou être prise en compte pour l'évaluation de la responsabilité de l'État d'accueil<sup>1163</sup>. De plus, la mauvaise foi avérée de l'investisseur peut impacter négativement la quantification de l'indemnisation à laquelle il a droit.

957. Par ailleurs, il est généralement admis qu'aucun droit ou attente légitime ne peut naître d'une situation illicite, conformément au principe *ex injuria jus non oritur* selon lequel un droit ne peut résulter d'un acte répréhensible<sup>1164</sup>. Il en résulte que lorsque l'investisseur a commis un acte répréhensible en lien avec son investissement, notamment au moment de son établissement, cela fait obstacle à toute tentative d'invoquer des droits en vertu d'un TBI<sup>1165</sup>. L'affaire *Ampal c. Égypte* est à cet égard une illustration intéressante<sup>1166</sup>.

---

<sup>1162</sup> A. TANZI, « The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 195.

<sup>1163</sup> *Ibidem*

<sup>1164</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>1165</sup> *Ibid.*

<sup>1166</sup> *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC et David Fischer c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/12/11, décision sur la compétence du 1<sup>er</sup> février 2016, §301.

958. Ce constat met en évidence la nécessité que le juge international prenne en compte le comportement de l'investisseur lors de l'examen d'une affaire. Il doit agir de bonne foi et conformément au droit de l'État dans lequel il investit.

959. Ce dernier point est parfaitement illustré par l'affaire *Hulley Entreprises c. Russie* dans le cadre de laquelle il a été statué qu'un investissement approuvé en violation du droit de l'État d'accueil ne devait pas bénéficier de la protection d'un traité, en l'occurrence du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE). En effet, ce type de traités, bien qu'il protègent l'investisseur contre tout acte arbitraire de l'État d'accueil, visent avant tout à encourager et à protéger les investissements de bonne foi et conformes au droit en vigueur<sup>1167</sup>.

960. En l'espèce, il a été considéré que même si ces circonstances pouvaient empêcher un investisseur de saisir un juge international afin de demander réparation en vertu du TCE, toutes les actions de l'État portant atteinte à l'investissement qui sont intervenues après le début de son exécution ne pouvaient l'empêcher de bénéficier de la protection du traité en question<sup>1168</sup>.

961. Ce raisonnement est construit en tenant compte de l'équilibre et de l'égalité indispensables en matière d'investissement. En effet, une fois que l'exécution de l'investissement est engagée, l'État peut sanctionner et contrôler tout acte répréhensible de l'investisseur en appliquant et en faisant respecter son ordre juridique<sup>1169</sup>. En retour, les investisseurs doivent pouvoir bénéficier de la protection prévue par les TBI afin de se prémunir contre tout acte arbitraire de l'État en question.

962. La pratique arbitrale retient cette position en considérant le rapport contractuel. Comme en témoigne l'affaire *Awdi c. Roumanie*, en cas de violation de

---

<sup>1167</sup> *Hulley Enterprises Ltd. c. Russie*, affaire CPA n° 2005-03/AA226, sentence finale du 18 juillet 2014, §1352. Voir également : *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, affaire CIRDI n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, §101 : « In the Tribunal's view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws » ; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §123.

<sup>1168</sup> *Hulley Enterprises Ltd. c. Russie*, affaire CPA n° 2005-03/AA226, sentence finale du 18 juillet 2014, §§1364-1365.

<sup>1169</sup> A. TANZI, « The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith », *op. cit.*, p. 206.

leurs engagements contractuels, les sanctions applicables aux parties sont celles prévues par le contrat<sup>1170</sup>.

963. Pour autant, la protection d'un investissement ne peut être refusée sur la base de n'importe quelle violation du droit étatique. À titre d'exemple, mentionnons l'affaire *Mamidoil c. Albanie* qui a permis de mettre en évidence plusieurs critères à cet égard, notamment la nécessité qu'il existe un lien entre l'acte illégal et l'investissement. Cela suppose avant tout que le comportement de l'investisseur soit directement rattaché à la substance même de l'investissement ou bien aux critères procéduraux indispensables à son exécution. L'illégalité doit être sérieuse et manifeste, raison pour laquelle des erreurs mineures ou le non-respect de formalités administratives ne peuvent conduire à un « *denial of jurisdiction* »<sup>1171</sup>.

964. Nous constatons ainsi que le droit international des investissements présente des caractéristiques visant bien évidemment à protéger l'investisseur contre l'exercice abusif du pouvoir souverain de l'État d'accueil mais tendant aussi à ce que l'investisseur ne bénéficie pas d'une protection illimitée notamment lorsqu'il est fautif ou qu'il agit de mauvaise foi.

965. L'investisseur est donc également soumis des obligations telles qu'agir de bonne foi, faire preuve de *due diligence* avant d'investir, respecter le droit interne de l'État d'accueil, entre autres. En cas de violation de ses obligations, le tribunal arbitral tirera toutes les conséquences du comportement et des actes répréhensibles de l'investisseur dans sa sentence.

966. Analysons à présent de plus près les attentes légitimes de l'État d'accueil avant de poursuivre nos développements avec une étude de la souveraineté étatique envisagée en tant que mécanisme de limitation des attentes légitimes - une question déjà

---

<sup>1170</sup> *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. & Alfa El Corporation c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/10/13, sentence du 2 mars 2015, §213.

<sup>1171</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, opinion dissidente de Steven A. Hammond, §§481-489, §§492-495. Sur l'absence de poursuites par l'État d'accueil, voir également : *Getma International et al. c. Guinée (II)*, affaire CIRDI n° ARB/11/29, sentence du 16 août 2016, §221 : « La Défenderesse a donné priorité au moyen de défense que constitue la corruption, plutôt qu'à la poursuite des corrompus. Même si le délit de corruption avait été prescrit au moment où la Guinée, sur la base du rapport de M. Fox avait pris connaissance de la corruption, on pouvait s'attendre à ce que l'État préserverait ses intérêts publics en veillant à ce que les personnes suspectées de corruption passive, n'aient plus l'occasion d'abuser une deuxième fois de leur fonction publique pour s'enrichir ».

brèvement analysée dans la première partie de la thèse - afin d'établir son application concrète en droit international des investissements.

### ***1.2.1. Qu'en est-il de la protection des attentes légitimes de l'État d'accueil ?***

967. Le principe de protection des attentes légitimes est une notion caractérisée par la réciprocité. D'une manière générale, nous sommes souvent amenés à nous focaliser sur les attentes légitimes de l'investisseur que la plupart des sentences arbitrales analysent et appliquent. Cependant, il importe de prendre également en compte l'émergence d'attentes légitimes pour les États d'accueil qui, voulant attirer et promouvoir l'investissement étranger dans le but d'atteindre un développement économique et durable, mettent en place des conditions susceptibles d'intéresser les investisseurs en s'attendant à ce que ces derniers agissent de bonne foi en respectant leurs engagements, le droit étatique ainsi que les droits de l'Homme.

968. Cette hypothèse est concrètement illustrée par l'affaire *Azinian c. Mexique* portant sur l'annulation par le conseil municipal de Naucalpan d'un contrat de concession pour la collecte de déchets commerciaux et industriels. Au cours de la procédure, les preuves écrites fournies par les parties ont permis d'établir que même avant la signature du contrat, le conseil s'était fié aux déclarations des investisseurs sur leurs propres capacités<sup>1172</sup>. La municipalité de Naucalpan comptait donc sur les compétences de ces derniers pour garantir une bonne exécution du contrat. Cependant, comme l'un des témoins des investisseurs l'a relevé, leurs efforts s'étaient plutôt focalisés sur l'obtention et la signature du contrat de concession, car ils avaient toujours eu l'intention d'offrir « [...] *bits and pieces of valuable contract rights* » à des partenaires plus compétents<sup>1173</sup>.

969. Compte tenu des déclarations des investisseurs, le conseil municipal pouvait donc légitimement s'attendre à plus. Les attentes légitimes de l'État ont ainsi été

---

<sup>1172</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 1999, §113.

<sup>1173</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/2, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 1999, §113.

décues, ce que le tribunal a dûment constaté avant d'en tirer toutes les conséquences dans sa sentence.

970. L'État d'accueil peut effectivement s'attendre à ce que les investisseurs soient de « *good corporate citizens* » respectant les principes de responsabilité sociale internationale des entreprises<sup>1174</sup> qui constituent un référentiel en matière de conduite des entreprises multinationales. Cela suppose le respect de plusieurs obligations telles qu'obéir à la loi, payer des impôts, agir conformément aux normes fondamentales du travail, ou encore observer les principes de protection des droits de l'Homme. On peut ajouter les obligations de ne pas s'impliquer dans des actes de corruption, de fournir toutes les informations requises sur leurs activités conformément à la loi, ou encore de respecter l'équité des marchés<sup>1175</sup>.

971. Les attentes légitimes des États peuvent aussi résulter des préambules des TBI reconnaissant des objectifs soit de « développement économique » ou de « développement durable » des parties<sup>1176</sup>, soit de « développement durable de l'État d'accueil et de la communauté locale »<sup>1177</sup>.

972. Pour autant, ce type d'attentes légitimes se basent généralement sur des engagements écrits des investisseurs, par exemple des engagements contractuels en matière d'infrastructures concernant la qualité des services tels que l'eau et l'assainissement<sup>1178</sup>. Il peut aussi s'agir de représentations des investisseurs qui peuvent prendre la forme de déclarations de chefs d'entreprises sur les contributions que l'investissement apportera à l'État d'accueil ou bien de déclarations unilatérales écrites ou orales des investisseurs<sup>1179</sup>.

973. Cependant, en l'absence de toute obligation à la charge des investisseurs dans les TBI, notamment en ce qui concerne les attentes légitimes des États, ces derniers ne disposent pas de base juridique pour saisir un tribunal. L'invocation de leurs attentes

---

<sup>1174</sup> P. MUCHLINSKI, « Caveat Investor - The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n° 3, 2006, p. 535.

<sup>1175</sup> *Ibidem*

<sup>1176</sup> K. SAUVANT et G. ÜNÜVAR, « Perspectives on topical foreign direct investment issues », *Columbia FDI Perspectives*, n° 183, 2016, pp. 1-2.

<sup>1177</sup> *Ibidem*

<sup>1178</sup> *Ibid.*

<sup>1179</sup> *Ibid.*

est donc plus problématique<sup>1180</sup>. En effet, les États ne peuvent actuellement engager de procédures d'arbitrage contre un investisseur étranger sur la base d'un TBI ou d'un accord international d'investissement<sup>1181</sup>. De ce fait, le recours aux attentes légitimes se limiterait uniquement à la protection de l'investisseur ou bien à renforcer les propos de l'État en cas de demandes reconventionnelles, quand cela est possible.

974. Néanmoins, pour tenter de remédier à cette situation, la quasi-majorité des TBI conclus entre 2008 et 2013 font mention expresse de l'objectif d'atteindre le développement durable et économique de l'État d'accueil<sup>1182</sup>.

975. Par ailleurs, toujours dans l'optique de renforcer les obligations reposant sur les investisseurs, il convient de préciser que la responsabilité sociale des entreprises est une notion désormais bien installée parmi les obligations entrepreneuriales<sup>1183</sup>. En ce sens, depuis 2011, l'Organisation des Nations Unies (ONU) a mis en place les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme en vue de garantir le respect de ces droits lors de l'exécution des investissements étrangers<sup>1184</sup>.

976. Les droits de l'Homme occupent une place centrale dans le contentieux international mais cette importance est bien évidemment plus limitée dans le cas du contentieux du droit des investissements. Le tribunal arbitral peut se déclarer incompétent pour traiter de questions relatives au respect des droits de l'Homme ou se

---

<sup>1180</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §533 : « Legitimate expectations as a basis for the analysis of whether a State has failed to accord an investment fair and equitable treatment are now an established feature of investment arbitration, but remain problematic. They are susceptible to a certain easy circularity of argument; investors normally have expectations in relation to a wide range of contingencies, great and small, and it is often relatively easy for a claimant to postulate an expectation to condemn the very conduct that it complains of in the case before it ».

<sup>1181</sup> K. SAUVANT et G. ÜNÜVAR, « Perspectives on topical foreign direct investment issues », *op. cit.*, p. 2. Voir également : V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 236 : « The host state may rely on human rights argumentation as a respondent of an investor claim. Only very few bits allow for the host state to initiate proceedings; so far, such complaints do not seem to have taken place. Yet, human rights can also be invoked as a counterclaim in relation to investor's misconduct, which could justify a denial of benefits ».

<sup>1182</sup> K. SAUVANT et G. ÜNÜVAR, « Perspectives on topical foreign direct investment issues », *ibidem*, p. 2 : « more than 75% of IIAs concluded between 2008 and 2013 reference "sustainable development" or "responsible business conduct" ».

<sup>1183</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §1195 : « The Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation. In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law ».

<sup>1184</sup> V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 227.

limiter à en tenir compte uniquement si elles sont en lien avec la demande principale<sup>1185</sup>, notamment lorsque l'action gouvernementale a eu de graves conséquences pour l'investisseur qui ne pouvaient être ignorées<sup>1186</sup>. Dans cette hypothèse, le tribunal peut, par exemple, les prendre en considération pour déterminer qu'il y a eu une expropriation ou une violation du TJE.

977. L'affaire *Biloune c. Ghana* illustre parfaitement cette situation. En effet, le tribunal a statué en l'espèce que même si la considération des actes présumés de violation des droits de l'Homme de M. Biloune pouvait être pertinente dans l'examen du différend, il n'était pour autant pas compétent pour connaître de manière indépendante une affaire portant sur la violation de droits de l'Homme<sup>1187</sup>.

978. Cette position a été confirmée dans le cadre de l'affaire *Urbaser c. Argentine* au sujet de laquelle il a été précisé que l'analyse des TBI en tant que traités de promotion des investissements étrangers supposait également la prise en compte d'autres règles pertinentes du droit international. De ce fait, ils doivent être interprétés en harmonie avec l'ordre juridique international dont ils font partie, y compris les dispositions relatives aux droits de l'Homme<sup>1188</sup>.

979. Les parties peuvent ainsi alléguer les droits de l'Homme dès lors que ces derniers ont un lien direct avec la demande principale : d'une part, l'investisseur peut les invoquer afin de renforcer ses prétentions ; d'autre part, l'État d'accueil peut également les invoquer comme justificatif de la prise de mesures qui ont pu potentiellement porter atteinte aux droits d'un investisseur, notamment lorsque ce dernier est également l'auteur présumé de violations de droits tels que les droits de ses employés, le droit de l'environnement, etc.

---

<sup>1185</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §1129 ; *Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et le gouvernement ghanéen*, affaire CNUDCI, sentence du tribunal ad hoc sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989, p. 11.

<sup>1186</sup> V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 229.

<sup>1187</sup> *Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et le gouvernement ghanéen*, affaire CNUDCI, sentence du tribunal ad hoc sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989, §61.

<sup>1188</sup> *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §1200.

980. Ce second cas de figure requiert de déterminer si l'infraction de l'investisseur doit être retenue ou si, au contraire, c'est la gravité et l'impact de la mesure sur l'investissement qui constituent les éléments les plus déterminants<sup>1189</sup>. Par ailleurs, si les conditions le permettent, l'État pourra déposer une demande reconventionnelle en invoquant que le comportement de l'investisseur a porté atteinte aux droits de l'Homme sur son territoire.

981. Nos constats sont confirmés par plusieurs sentences mettant en cause l'Argentine qui a plusieurs fois présenté des arguments de défense portant sur la protection de son territoire ou bien des droits de l'Homme de sa population. Elle a ainsi soulevé que l'état de nécessité consécutif à la crise financière qui l'a touchée l'avait poussée à prendre des mesures afin de sauvegarder ses intérêts et le bien-être de sa population. Cependant, les tribunaux n'ont pas toujours accueilli cette défense de la même manière ; une telle argumentation ne semble effectivement n'avoir été retenue que dans l'affaire *Continental Casualty c. Argentine*<sup>1190</sup>.

982. Le moins que l'on puisse dire est que justifier des actions étatiques sur la base de la protection des droits de l'Homme est problématique notamment lorsqu'il s'agit de pays en voie de développement ou en transition à la suite d'un régime autoritaire. D'une part, ces derniers peuvent se voir obligés de procéder à une réforme législative afin d'éviter les effets négatifs du régime juridique précédent, une situation qui peut certainement porter atteinte aux droits des investisseurs.

983. D'autre part, ces États ont généralement tendance à participer ou à tolérer des violations des droits de l'Homme en établissant de faibles exigences sociales ou environnementales, une attitude régulièrement envisagée comme un moyen d'attirer les investisseurs étrangers<sup>1191</sup>.

984. Le lien entre les droits de l'Homme et le droit international des investissements ne peut donc passer inaperçu s'agissant de la considération du principe de protection des attentes légitimes ; tant en matière de contentieux relatif à l'expropriation qu'à

---

<sup>1189</sup> V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *op. cit.*, pp. 227-228.

<sup>1190</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §304. Plusieurs affaires issues de la crise financière argentine des années 2000 sont analysées dans le Titre 2, Chapitre 3 de la présente thèse.

<sup>1191</sup> V. KUBE et E.U. PETERSMANN, « Human Rights Law in International Investment Arbitration », *op. cit.*, pp. 242-243.

l'égard d'affaires portant sur la violation du TJE<sup>1192</sup>. C'est souvent grâce à la prise en compte de ce principe que la situation spécifique des droits de l'Homme dans les pays en voie de développement est mise en évidence<sup>1193</sup>. En effet, on l'a vu, l'investisseur doit faire preuve de *due diligence* avant de décider d'investir dans un État sachant que la situation socio-économique, politique et juridique de ce dernier peut assurément avoir un impact sur la stabilité de son investissement et le niveau de risque à assumer.

985. Nous percevons ainsi qu'en pratique, une importance particulière est accordée à l'obligation de l'investisseur de se renseigner sur l'état de l'ordre juridique de l'État d'accueil au moment de sa décision d'investir. Dès lors, il existe une sorte de présomption de connaissance de sa part de toutes les lois qui lui seraient applicables s'il décidait d'investir<sup>1194</sup>, comme en témoigne l'affaire *Saluka c. République Tchèque*<sup>1195</sup>. Cette démarche de renseignements est d'autant plus conseillée lorsqu'il s'agit d'investir dans un environnement inconnu<sup>1196</sup>.

986. Il est donc indispensable d'apprécier également le comportement de l'investisseur afin de déterminer sa conformité avec ses obligations de *due diligence*, de bonne foi et de respect du droit étatique, en particulier lorsqu'il invoque une violation du TJE ou une cause d'expropriation liées à la déception de ses attentes légitimes.

987. Un examen de la pratique arbitrale révèle à cet égard une application quasi-systématique du principe de proportionnalité en vue de rechercher un juste équilibre entre l'exercice du pouvoir normatif de l'État d'accueil et les attentes légitimes de l'investisseur<sup>1197</sup> dans la mesure où il serait disproportionné de protéger de manière illimitée l'investisseur sans tenir compte des intérêts et des attentes légitimes de l'État.

---

<sup>1192</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>1193</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>1194</sup> A. LARKIN, « Good Governance, Local Governments, and Legitimate Expectations: Accommodating Federalism in Investor-State Arbitration », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 49, n° 2, 2017, p. 503.

<sup>1195</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §301 : « An investor's decision to make an investment is based on an assessment of the state of the law and the totality of the business environment at the time of the investment as well as on the investor's expectation that the conduct of the host State subsequent to the investment will be fair and equitable ».

<sup>1196</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §164.

<sup>1197</sup> S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op. cit.*, p. 335. Voir également : *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §694.

988. Il apparaît ainsi en filigrane que l'État a également des attentes légitimes quant au comportement de l'investisseur avant et pendant l'exécution de l'investissement sur son territoire. Ces attentes portent notamment sur la conduite de bonne foi de l'investisseur ainsi que son respect de l'ordre juridique et des droits de l'Homme universellement reconnus, notamment des dispositions relatives au droit social.

989. Les attentes légitimes étant une notion invocable aussi bien par l'investisseur que par l'État, il paraît également intéressant d'étudier les arguments en défense avancés par ce dernier lorsqu'il agit contrairement aux attentes légitimes de l'investisseur.

### *1.2.2. La souveraineté étatique face aux attentes légitimes de l'investisseur*

990. Le principe de protection des attentes légitimes ne peut s'imposer au pouvoir souverain de l'État qui doit être en mesure de garantir la protection de ses citoyens et de son territoire.

991. La souveraineté étatique constitue ainsi une limitation aux attentes légitimes de l'investisseur<sup>1198</sup> qui doit tenir compte des éventuelles mesures prises sur cette base au moment de décider d'investir sur le territoire d'un État.

992. Les attentes légitimes ne connaissent donc pas une application illimitée et peuvent être nuancées au regard de questions d'intérêt général ou en application du principe d'égalité qui vise à empêcher que leur invocation provoque une situation de discrimination.

993. Les pouvoirs de police de l'État ne sont pas non plus illimités<sup>1199</sup> étant donné que leur exercice suppose la prise de mesures justifiées par l'intérêt général ou par des raisons de sécurité nationale ou de santé, entre autres. Dans ces cas, l'allégation de la

---

<sup>1198</sup> Voir : Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 de la présente thèse.

<sup>1199</sup> C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment Law », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 324.

violation d'engagements conventionnels, par exemple la constatation d'une expropriation indirecte, n'est pas possible<sup>1200</sup>.

994. D'autres éléments doivent également être appréciés tels que l'équilibre des intérêts des parties concernées<sup>1201</sup>, l'État de droit et les engagements internationaux de l'État en question afin d'éviter que ce dernier puisse, sur la base de ses pouvoirs de police, échapper à ses obligations. Telle a été la solution retenue dans l'affaire *ADC c. Hongrie* à l'occasion de laquelle le tribunal a exclu de son raisonnement la possibilité de soustraire la responsabilité de l'État en vertu de ses pouvoirs de police, en précisant que : « *when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment-protection obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate* »<sup>1202</sup>.

995. Là encore, l'appréciation du tribunal arbitral a requis de vérifier si la mesure en question avait été raisonnable mais également prise de bonne foi, de manière non-discriminatoire<sup>1203</sup> et moyennant une indemnisation si les circonstances le justifiaient. Ce raisonnement souligne les conditions minimales auxquelles tout investisseur peut légitimement et raisonnablement s'attendre, notamment en cas de mesures d'expropriation.

996. Il est toutefois important de reconnaître le droit légitime d'un État de réglementer et d'exercer ses pouvoirs de police dans l'intérêt général de sa population, une situation à ne pas confondre avec des mesures expropriatrices<sup>1204</sup>. Les exemples sont bien évidemment nombreux à ce sujet, car il est généralement admis qu'une

---

<sup>1200</sup> *Ibidem*

<sup>1201</sup> *Ibid.*

<sup>1202</sup> *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §423.

<sup>1203</sup> *Crompton (Chemtura) Corp. c. Canada*, affaire CPA n° 2008-01, sentence du 2 août 2010, §266 : « Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail in connection with Article 1105 of NAFTA, the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation ».

<sup>1204</sup> *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §139.

expropriation ne peut être retenue si la politique ou la loi contestée relève des pouvoirs de police de l'État<sup>1205</sup>.

997. Cette question sera analysée plus en détail lorsque nous étudierons le contentieux relatif à l'expropriation dans la prochaine section. Mentionnons cependant dès à présent que l'affaire *Saluka c. République Tchèque* a mis en évidence les difficultés rencontrées par le juge international au moment de procéder à une distinction entre les mesures justifiées par les pouvoirs de police de l'État, qui ne créent aucune obligation d'indemniser pour le préjudice causé, et les mesures considérées comme expropriatrices<sup>1206</sup>.

998. La souveraineté étatique peut donc limiter la portée des attentes légitimes d'un investisseur, notamment lorsque l'État prend des mesures de bonne foi, non discriminatoires, non arbitraires et dans l'intérêt général. La charge de la preuve incombe ici à l'État et le juge analyse si, compte tenu de toutes les circonstances, la défense de ce dernier est admissible. Si cela n'est pas le cas, il sera dans l'obligation d'indemniser l'investisseur pour le préjudice causé.

999. Nous allons à présent déterminer si une évolution a pu se produire depuis l'affaire *Saluka c. République Tchèque* à travers une étude de la place des attentes légitimes dans le contentieux arbitral.

## **2. Les attentes légitimes dans le contentieux arbitral : une invocation conditionnée à d'autres notions**

1000. Le droit international des investissements est « le produit normatif d'un réseau d'instruments juridiques constitué essentiellement de traités bilatéraux relatifs à la protection des investissements »<sup>1207</sup>. C'est sur ce fondement que l'investisseur peut réclamer devant le tribunal arbitral une indemnisation lorsqu'une mesure

---

<sup>1205</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §262. Voir également : *Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates et les États-Unis d'Amérique*, affaire n° 880, sentence n° 460-880-2, 29 décembre 1989, IUSCT, §26 ; *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000, §281 ; *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, affaire CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001, §198 ; *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §119.

<sup>1206</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §263.

<sup>1207</sup> L. LIBERTI, « Investissements et droits de l'Homme », in P. KAHN et T. WÄLDE (dir.), *New Aspects of International Investment Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2007, pp. 823-824.

gouvernementale qui lui porte atteinte est expropriatrice, discriminatoire ou bien contraire aux dispositions des TBI ou à d'autres obligations positives de l'État d'accueil<sup>1208</sup>.

1001. L'appréciation du tribunal se fait généralement à l'aide de principes ou de standards de protection insérés dans un traité ou bien reconnus par l'ordre juridique international<sup>1209</sup> tels que l'interdiction de l'expropriation illégale, le TJE, le SPE, la non-discrimination, la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national, entre autres<sup>1210</sup>.

1002. Parmi ces standards, nous allons principalement nous intéresser au TJE et à la protection contre l'expropriation. Quant au SPE, bien qu'il ne fera pas l'objet d'une analyse dans la présente étude, il nous semble important de le définir brièvement afin de bien le distinguer du TJE. Ce standard correspond au droit dont bénéficie tout investisseur de s'attendre à ce que l'État sur le territoire duquel il investit prenne toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir les potentiels dommages causés par les actions illicites d'un tiers et, lorsque de tels dommages se produisent, de les sanctionner<sup>1211</sup>.

1003. La principale différence entre ces deux standards repose sur le sujet à l'origine de la situation qui porte atteinte à l'investisseur. La protection contre toute action de l'État se fera en recourant au TJE alors que le SPE peut uniquement s'appliquer lorsque l'activité en cause est celle d'un tiers<sup>1212</sup>. Conformément à ce dernier, l'investisseur peut uniquement s'attendre à ce que l'État prenne toutes les mesures nécessaires pour prévenir la survenue de n'importe quel événement qui pourrait lui causer un préjudice et, si cela se produit, que le responsable soit dûment

---

<sup>1208</sup> *Ibidem*, p. 832.

<sup>1209</sup> A. CARLEVARIS, « General Principles of Commercial law and International Investment Law », in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, *op. cit.*, pp. 208-209.

<sup>1210</sup> *Ibidem*

<sup>1211</sup> *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale du 17 décembre 2015, §§353, 854. Voir également : *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §26 ; *Wena Hotels Limited c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, § 84 ; *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, affaire SCC n° 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007, §203 ; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, § 286 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §323.

<sup>1212</sup> O. MILJENIC, « Full Protection and Security Standard in International Investment Law », *Pravni Vjesnik (Journal of Law, Social Sciences and Humanities)*, vol. 35, n° 3-4, 2019, p. 42.

jugé et condamné. Néanmoins, le SPE faisant rarement l'objet d'une application conjointe avec le principe de protection des attentes légitimes, nous ne l'analyserons pas davantage.

1004. Le TJE et la protection contre l'expropriation existent de longue date, sous la forme de dispositions conventionnelles consacrées à la suite de la Deuxième Guerre mondiale, d'abord au sein des TACN puis dans les TBI<sup>1213</sup>, afin de compenser, à l'aide d'un régime de protection renforcée, la position de faiblesse de l'investisseur face à la puissance étatique. Cette protection est indispensable pour la promotion des investissements étrangers ainsi que pour garantir un meilleur ordre juridique de l'État d'accueil<sup>1214</sup> comme le précisent plusieurs dispositions visant à encourager les investissements tel l'article 102 de l'ALENA.

1005. En l'absence de « clause parapluie », la déception d'une attente légitime dérivant d'un rapport contractuel entre un État d'accueil et un investisseur ne peut être assimilée à une violation du TJE<sup>1215</sup>. En effet, comme nous l'avons précédemment analysé dans la première partie de la présente étude, il n'est pas question que le standard devienne une sorte de clause « *catch-all* » visant à protéger l'investisseur contre tout risque<sup>1216</sup>.

1006. La promotion des investissements est le résultat d'un système de protection qui se base principalement sur la situation politique et économique de l'État d'accueil en question, en prenant notamment en compte « l'importance du marché local et son potentiel de croissance et la disponibilité de main d'œuvre productive de bon marché »<sup>1217</sup>.

---

<sup>1213</sup> A. BLANDFORD, « The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, n° 2, 2017, p. 302. Voir également : S. LOPEZ ESCARCENA, « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *Boston College Law Review*, vol. 59, n° 8, novembre 2018, p. 2699.

<sup>1214</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §33.

<sup>1215</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28, n° 1, 2013, p. 101.

<sup>1216</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

<sup>1217</sup> P. PROTOPSALTIS, « Les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger : Conclusion d'une étude » *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n° 4, 2007, p. 157.

1007. Une distinction doit toutefois être opérée selon la situation de l'État dans lequel l'investisseur a décidé d'investir dans la mesure où ses attentes légitimes ne peuvent être les mêmes à l'égard d'un État en voie de développement et d'un État développé. Nos propos sont parfaitement illustrés par le Marché commun de l'Afrique orientale et australe dont le législateur a décidé d'établir un élément de flexibilité quant à l'interprétation du TJE au regard du niveau de développement de l'État en question<sup>1218</sup>.

1008. Lorsqu'un investisseur décide d'investir dans un État, le niveau d'instabilité de celui-ci constitue l'un des facteurs du risque commercial qu'il prend. Il est ainsi indispensable que le tribunal évalue le caractère raisonnable de toute attente fondée sur la situation de l'État d'accueil à ce moment<sup>1219</sup>. En revanche, lorsque l'investisseur a obtenu une assurance s'agissant de la stabilité de l'ordre juridique de l'État d'accueil, une attente légitime et objective peut naître<sup>1220</sup> le mettant *a priori* à l'abri de toute modification injustifiée ou imprévisible, ce bien sûr dans la limite du raisonnable.

1009. Selon Stephen Fietta, la déception des attentes légitimes peut dans certains cas constituer le principal fondement d'une réclamation devant un tribunal arbitral<sup>1221</sup>. Cependant, en règle générale, cet argument n'est invocable qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire en complément d'une violation du TJE ou d'une situation d'expropriation indirecte, séparément ou conjointement. En tout état de cause, il s'agit d'un élément essentiel visant à faciliter l'analyse du tribunal arbitral qui doit déterminer si les droits de l'investisseur ont été vraiment atteints.

1010. La frontière entre ces deux types de contentieux est assez fine, notamment lorsqu'il s'agit d'une expropriation indirecte qui s'étale dans le temps. L'appréciation de ces deux standards n'est cependant pas identique. En effet,

---

<sup>1218</sup> M. POTESTÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *op. cit.*, p. 118.

<sup>1219</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>1220</sup> S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, n° 1, 2016, p. 110.

<sup>1221</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, p. 375 : « *well-established that disappointed expectations can, in some circumstances, establish a basis of claim under international investment treaties* ».

déterminer si une expropriation est conforme au droit de l'État d'accueil suppose avant tout la préservation de la valeur de l'investissement, en particulier lorsque l'État prend des mesures d'intérêt public qui peuvent empêcher son exécution. Le TJE, quant à lui, vise à garantir le bon déroulement de l'investissement sans qu'aucune mesure injustifiée ne puisse l'entraver ou lui porter atteinte comme cela a notamment été confirmé dans l'affaire *Continental Casualty c. Argentine*<sup>1222</sup>.

1011. L'affaire *Sempra c. Argentine* a permis de déceler une différence supplémentaire. L'appréciation d'une éventuelle violation du TJE suppose de prendre davantage en compte la « *judicial prudence and deference to State functions* »<sup>1223</sup>. L'investisseur a intérêt à saisir le tribunal sur cette base, notamment lorsque ses attentes légitimes reposent sur des assurances spécifiques de l'État d'accueil qui l'ont poussé à agir d'une certaine manière en lui causant un préjudice<sup>1224</sup>.

1012. À cela s'ajoute le fait que la détermination d'une cause d'expropriation suppose une analyse plus approfondie et précise, raison pour laquelle il peut être plus intéressant pour l'investisseur de saisir le tribunal sur la base du TJE notamment s'il se trouve dans l'impossibilité de démontrer l'existence de tous les critères constitutifs de l'expropriation mais a tout de même souffert un préjudice en conséquence des actions de l'État d'accueil qui ne saurait être indemnisé au motif d'une expropriation<sup>1225</sup>.

1013. Nous constatons que ce choix peut avoir un impact sur les prétentions des parties, particulièrement lorsque la déception des attentes légitimes n'entraîne aucune violation manifeste du TJE, ni ne constitue une cause d'expropriation en l'absence de destruction ou de « *neutralization of the investment* »<sup>1226</sup>. En effet, il est

---

<sup>1222</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §254.

<sup>1223</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §301.

<sup>1224</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 399.

<sup>1225</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §300.

<sup>1226</sup> S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 384. Voir également : *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §262 ; *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §138.

alors plus difficile de démontrer le préjudice subi et de quantifier l'indemnisation due à l'investisseur.

1014. Compte tenu de leurs différences et des éléments qui précèdent, nous allons tout d'abord étudier le contentieux de l'expropriation (1) pour ensuite nous consacrer au TJE (2), en tant que notions essentielles du droit international des investissements garantissant la protection des attentes légitimes.

### *2.1. Le rôle des attentes légitimes dans l'expropriation indirecte*

1015. Le moins que l'on puisse dire est que le contentieux de l'expropriation est complexe. Ce constat résulte en partie du fait que l'expropriation est en principe admise à la condition de respecter les critères établis par le droit international ; à savoir qu'il s'agisse d'une mesure non-discriminatoire, prise pour des questions d'intérêt général ou d'utilité publique, conformément à la loi et aux procédures en la matière et moyennant une indemnisation équivalente<sup>1227</sup>.

1016. Ces conditions doivent être soigneusement appréciées afin d'éviter de qualifier d'expropriatrice n'importe quelle mesure pouvant avoir un effet négatif sur les opérations des investisseurs. Il est par ailleurs admis que l'existence d'une mesure justifiée par l'intérêt général ne veut pas pour autant dire qu'aucune expropriation ou ingérence indemnisable n'a eu lieu<sup>1228</sup>.

1017. L'étude de la pratique arbitrale met en évidence la possibilité pour un État de se voir condamné au motif d'une expropriation lorsqu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la survenue d'un événement portant préjudice à l'investisseur et/ou lorsqu'il n'a pas tout fait pour lui rendre l'investissement ou, à défaut, l'indemniser. Ce raisonnement est notamment illustré dans l'affaire *Waguih et al. c. Égypte*<sup>1229</sup>.

---

<sup>1227</sup> U. KRIEBAUM, « Indirect Expropriation: A Comparative Approach », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, op. cit., p. 429.

<sup>1228</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>1229</sup> *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/15, sentence du 1<sup>er</sup> juin 2009, §447.

1018. La notion qui nous intéresse particulièrement ici est celle d'expropriation indirecte, car celle-ci suppose la prise en compte des attentes légitimes de l'investisseur<sup>1230</sup>. Nous nous concentrerons donc sur ce point plutôt que d'envisager l'expropriation au sens large.

1019. L'expropriation indirecte, contrairement aux notions de nationalisation ou d'expropriation, implique la privation totale ou quasi-totale d'un investissement sans aucun transfert formel de propriété ou saisie<sup>1231</sup>. Autrement dit, ce type d'expropriation est constatée lorsque l'autorité étatique interfère significativement dans l'exécution de l'investissement<sup>1232</sup>. L'élément essentiel à considérer dans ce cas est la perte substantielle du contrôle ou de la valeur économique de l'investissement sans qu'il y ait pour autant eu un « *physical taking* »<sup>1233</sup>. Cette distinction est particulièrement mise en lumière dans l'affaire *Wena Hotels c. Égypte*<sup>1234</sup>. C'est ainsi le critère de perte permanente de l'investissement qui différencie ces notions.

1020. Il revient généralement aux tribunaux arbitraux d'identifier le type d'expropriation en question en raison de l'absence d'éléments précis en la matière dans les TBI. En effet, la majorité de ces traités se réfère aux expropriations indirectes comme étant « des mesures équivalentes à une expropriation »<sup>1235</sup> sans pour autant en donner une définition précise<sup>1236</sup>. Toutefois, les nouveaux TBI, ainsi que les TBI

---

<sup>1230</sup> Nous pouvons notamment citer : *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, §415.

<sup>1231</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2019, p. 53, §4.37. Voir également : *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, §408 ; *Wena Hotels Limited c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000, §99.

<sup>1232</sup> C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 388, §8.90. Voir également : *Gemplus, S.A., SLP, S.A., et Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/3, sentence du 16 juin 2010, §8.23 ; *Antoine Goetz et al. c. Burundi (I)*, affaire CIRDI n° ARB/95/3, sentence d'accord parties du 10 février 1999, §§124-125.

<sup>1233</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 53, §4.37. Voir également : *Middle East Cement Shipping & Handling Co. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, §107.

<sup>1234</sup> *Wena Hotels Limited c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/98/4, décision du 31 octobre 2005 sur la demande d'interprétation de la sentence arbitrale présentée par Wena Hotels Ltd, §120.

<sup>1235</sup> *Agreement between the government of the republic of India and the government of the Republic of Senegal for the promotion and protection of investments*, signé le 3 juillet 2008, entré en vigueur le 17 octobre 2009, annexe 1.5. Voir également : *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, affaire ad hoc, sentence partielle du 13 septembre 2001, §606 ; *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §159 ; *PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §279 ; *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §247.

<sup>1236</sup> *Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, affaire CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001, §200 : « the concept of indirect (or "de facto", or "creeping") expropriation is not clearly defined. Indirect expropriation or nationalization is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property. It is generally accepted that a wide variety of measures are susceptible to lead to indirect expropriation, and each case is therefore to be decided on the basis of its attending circumstances ». Voir également : J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 99, §5.02.

récemment renégociés, apportent plus de précisions sur ce point afin de mieux protéger « *their regulatory policy space* »<sup>1237</sup>.

1021. Plusieurs types d'expropriation indirecte ont été déterminés par la doctrine à partir d'un examen de la pratique arbitrale, parmi lesquels on peut mentionner l'« expropriation rampante » ou « *creeping expropriation* »<sup>1238</sup>, « l'expropriation régulatoire »<sup>1239</sup>, « l'expropriation contractuelle »<sup>1240</sup> et « l'expropriation judiciaire »<sup>1241</sup>. Ces trois derniers types d'expropriation indirecte peuvent également constituer une « expropriation rampante », notamment lorsqu'ils s'inscrivent dans une série d'actes et d'omissions qui, dans leur totalité, constituent une expropriation<sup>1242</sup>. Nous n'allons toutefois pas retenir ces catégories étant donné que dans la pratique les tribunaux arbitraux ne semblent pas faire de telles distinctions ; la portée et les effets de ces différents types d'expropriation étant généralement considérés comme équivalents<sup>1243</sup>.

1022. La détermination de l'existence d'une cause d'expropriation indirecte se réalise au cas par cas à l'aide d'un « *balancing test* » et en tenant compte des

---

<sup>1237</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *ibidem*. Voir notamment : *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the promotion and protection of investments*, signé à Ottawa le 12 juin 2018, entré en vigueur le 23 août 2019, Article 10 et Annexe B.10 ; *Agreement between the Government of the Republic of Belarus and the Government of Hungary for the promotion and the reciprocal protection of investments*, signé à Minsk le 14 janvier 2019, entré en vigueur le 28 septembre 2019, Article 6 ; *Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Armenia for the promotion and the reciprocal protection of investments*, signé à Erevan le 19 octobre 2018, entré en vigueur le 3 octobre 2019, Article 5 et Annexe I.

<sup>1238</sup> *Siemens A.G. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, §263. Voir également : *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, §708 ; J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *ibidem*, p. 142, §6.01 : « Creeping expropriation is a series of acts and omissions which, over a period of time, and at a certain point, crystallizes or ripens into an expropriation. It is a form of indirect expropriation and in modern times often manifests itself in cases of regulatory, contractual or judicial expropriation. The two main points to identify in instances of creeping expropriations in investments treaty arbitration are, firstly, the measures in the chain of events which are said to constitute the expropriation, and secondly, the final act or omission which crystallizes the taking, or in other words, the measure that becomes the "final straw". This will determine the date of the taking ».

<sup>1239</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §149. Voir également : *EnCana Corporation c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3481, sentence du 3 février, §173 ; *Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017, §8.52 ; *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. et Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, §490.

<sup>1240</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, §165.

<sup>1241</sup> Sur l'application de ce type d'expropriation, voir : *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017, §224 ; *MNSS B.V. et Recupero Credito Acciaio N.V c. Montenegro*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/8, sentence du 4 mai 2016, §370 ; *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §417 ; *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. Kirghizistan*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/06/1, sentence du 9 septembre 2009, §§118-119.

<sup>1242</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, p. 54, §4.39. Voir également : *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §329.

<sup>1243</sup> C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 387, §8.87. Voir également : *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009, §127.

circonstances entourant l'affaire en question<sup>1244</sup>. Nous allons ainsi à présent tenter d'identifier les principaux éléments de cette notion tels qu'ils ressortent d'un examen de la pratique arbitrale. Nous démarrons cette quête en gardant à l'esprit le fait que l'existence d'une expropriation suppose avant tout une privation totale ou à tout le moins substantielle d'un investissement<sup>1245</sup>.

1023. En ce sens, on peut relever que dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*, le tribunal a considéré que la détermination d'une expropriation indirecte requérait d'analyser si l'ingérence en question avait été suffisamment restrictive pour pouvoir conclure que le bien ou l'investissement avait été pris au propriétaire<sup>1246</sup>. En outre, il convient d'analyser si l'investisseur a été privé d'un « *reasonably expected economic benefit of its investment* »<sup>1247</sup> comme en témoigne l'affaire *Cargill c. Pologne*. Cette dernière hypothèse fait directement appel à la notion d'attentes légitimes en tant qu'élément indispensable pour la détermination de ce type d'expropriation<sup>1248</sup>.

1024. Il est évident que d'autres éléments constitutifs du TJE constituent également des facteurs essentiels dans le cadre de l'analyse d'une expropriation ou de sa légalité<sup>1249</sup>. En effet, l'interdiction d'expropriation indirecte implique une protection des attentes légitimes de l'investisseur fondées sur des engagements ou des déclarations spécifiques de l'État d'accueil sur lesquels l'investisseur s'est raisonnablement appuyé pour décider d'investir. Dans l'affaire *National Grid c. Argentine*, le tribunal a affirmé qu'elles constituaient effectivement « *a useful guiding principle that appears to cover many of the situations that have come before the modern investment treaty tribunals* »<sup>1250</sup>. Le tribunal a toutefois précisé qu'il ne s'agissait pas d'un test applicable à toutes les affaires portant sur une expropriation indirecte étant donné qu'il est également indispensable de prendre en compte les éléments et les circonstances entourant chaque espèce.

---

<sup>1244</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *ibidem*, p. 389, §8.94.

<sup>1245</sup> U. KRIEBAUM, « Indirect Expropriation: A Comparative Approach », *op. cit.*, p. 445.

<sup>1246</sup> *Pope & Talbot c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence provisoire du 26 juin 2000, §102.

<sup>1247</sup> *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §574.

<sup>1248</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §103.

<sup>1249</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, p. 255, §10.04.

<sup>1250</sup> *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §152.

1025. La considération des attentes légitimes permet ainsi de déterminer, au cas par cas, si l'investisseur pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la valeur économique de ses biens diminue ou disparaisse, en grande partie ou dans sa totalité, en raison de mesures réglementaires prises par l'État d'accueil<sup>1251</sup>. On peut alors aussi distinguer une réglementation prise de bonne foi et une mesure équivalente à une expropriation indirecte<sup>1252</sup> en tenant compte de l'impact économique de la mesure et de sa durée comme un tribunal l'a fait dans l'affaire *LG&E c. Argentine*<sup>1253</sup>.

1026. L'importance des attentes légitimes a également été mise en évidence dans des affaires portant sur des questions de privatisation où les tribunaux ont reconnu l'importance des « *bidding rules* » adoptées par l'État sur la base desquelles des attentes légitimes sont nées à l'égard des investisseurs, les incitant à prendre la décision d'investir<sup>1254</sup>.

1027. Toutefois, aucune méthode ne semble faire l'unanimité s'agissant de l'analyse de ce type d'affaires dans le cadre du contentieux de l'expropriation. En effet, bien que tous les tribunaux retiennent généralement l'application d'un test de proportionnalité, les critères employés ne sont pas toujours les mêmes. En effet, soit l'analyse est focalisée sur la proportionnalité de la mesure prise par rapport aux attentes légitimes de l'investisseur, soit elle se concentre uniquement sur la mesure prise et le préjudice causé<sup>1255</sup>, soit elle procède à un mélange de ces deux approches.

1028. Pour remédier à cette situation d'indécision, la notion d'expropriation indirecte a fait l'objet de plus précisions dans le cadre de l'ALENA, à travers la pratique arbitrale. L'affaire *Metalclad c. Mexique* en est une très bonne illustration. Le tribunal a ici considéré qu'une cause d'expropriation pouvait également comprendre

---

<sup>1251</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 398, §8.122.

<sup>1252</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 271, §10.59.

<sup>1253</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §190.

<sup>1254</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 316, §7.186.

<sup>1255</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, op. cit., p. 182, §7.89 : « Some tribunals have considered the legitimate expectations of the investor – a concept traditionally associated with the FET standard – as a factor in determining whether regulatory measures constitute indirect expropriation. Other tribunals have considered the proportionality of the measure a factor – a test that originates in the case law of the European Court of Human Rights. On occasion, tribunals have considered both factors ». Voir également : *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §650.

une « *covert or incidental interference* » qui a inévitablement pour effet de priver le propriétaire, en tout ou en partie, de l'utilisation d'un bien ou des avantages économiques qu'il a raisonnablement escomptés<sup>1256</sup>. Les investisseurs semblent ainsi protégés contre toute forme d'atteinte à leur propriété, toutefois cette protection n'est pas illimitée étant donné que les tribunaux arbitraux doivent également prendre en compte le but et les effets de la mesure contestée<sup>1257</sup> sachant qu'il n'est pas question de limiter le pouvoir normatif de l'État ou de qualifier toute mesure d'expropriatrice<sup>1258</sup>.

1029. À l'appui de nos propos, nous pouvons citer l'affaire *Roussalis c. Roumanie* au cours de laquelle il a été indiqué que la qualification d'une expropriation indirecte supposait aussi que les effets de la mesure en question constituent *a minima* une privation de l'utilisation économique et de la jouissance de l'investissement « *as if the rights related thereto, such as the income or benefits, had ceased to exist [...]* »<sup>1259</sup>. De ce fait, la considération de l'intention de l'État, bien que pertinente, n'est pas décisive<sup>1260</sup> ; le facteur indispensable à retenir est plutôt l'effet de la mesure sur l'investissement<sup>1261</sup>.

1030. Par ailleurs, il est généralement admis que lorsque l'État agit de bonne foi, dans l'intérêt général ou pour cause d'utilité publique, il peut prendre des mesures d'encadrement pouvant impacter négativement les entreprises nationales ou étrangères sans qu'elles ne soient pour autant qualifiées d'expropriatrices. En effet, comme en témoigne notamment l'affaire *Feldman c. Mexique*, l'État peut mener son action régulatrice sans aucune restriction s'il est accordé un droit à être indemnisé aux investisseurs lésés<sup>1262</sup>. De plus, à l'image de l'affaire *CMS Gas c. Argentine*, plusieurs

---

<sup>1256</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §103.

<sup>1257</sup> En effet, une distinction est automatiquement opérée entre une mesure expropriatrice et une mesure régulatoire. Voir notamment : U. KRIEBAUM, « Indirect Expropriation: A Comparative Approach », *op. cit.*, p. 446 ; *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §268.

<sup>1258</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000, §281.

<sup>1259</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §328. Voir également : *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §115.

<sup>1260</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §330.

<sup>1261</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/97/3, sentence n° II du 20 août 2007, §7.5.20.

<sup>1262</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §103.

tribunaux arbitraux semblent retenir comme standard de détermination d'une cause d'expropriation celui de la privation substantielle<sup>1263</sup>.

1031. Par ailleurs, toujours dans une démarche de clarté et de précision, la notion d'attentes légitimes a fait l'objet d'une codification à travers des dispositions relatives à l'expropriation inscrites dans plusieurs TBI, notamment dans les modèles de TBI des États-Unis et du Canada. Ce phénomène est le résultat d'une influence des droits étatiques qui prennent dûment en compte les attentes légitimes du propriétaire pour déterminer si la privation totale ou substantielle de son bien est indemnisable<sup>1264</sup>. Il s'agit donc désormais d'un élément que le juge international doit prendre en compte pour déterminer s'il y a eu expropriation indirecte.

1032. De la même manière que lors d'une procédure pour violation du TJE, l'investisseur doit être diligent et avoir des attentes raisonnables étant donné que la déception d'attentes « *over-optimistic or unreasonable* » ne peuvent faire l'objet d'une quelconque protection<sup>1265</sup>. Une fois son enquête de *due diligence* menée, tout investisseur peut s'attendre à l'application juste et impartiale de l'ordre juridique en vigueur dans l'État d'accueil<sup>1266</sup>.

1033. Il se peut ainsi que l'expropriation entraîne la déception d'attentes légitimes soit indépendamment du TJE, soit en lien avec ce dernier sachant que les tribunaux arbitraux ont tendance à s'appuyer sur des méthodes qui incluent des techniques permettant l'estimation des attentes légitimes de l'investisseur<sup>1267</sup> en tant qu'actif économique lié à l'investissement ou fondé sur un droit contractuel juridiquement exigible<sup>1268</sup>.

1034. Les attentes légitimes d'un investisseur jouent donc un double rôle au sein du contentieux de l'expropriation : d'une part, en tant qu'élément indispensable

---

<sup>1263</sup> CMS Gas Transmission Company c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §262.

<sup>1264</sup> A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 9.

<sup>1265</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>1266</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>1267</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>1268</sup> *Ibid.*

pour la détermination d'une cause d'expropriation ; d'autre part, en tant qu'outil pour quantifier l'indemnisation, une fois que l'expropriation est avérée.

1035. Les États ont désormais pris conscience de leur importance, raison pour laquelle elles sont systématiquement consacrées parmi les clauses d'expropriation des TBI récemment conclus ou renégociés. Cette notion a également fait l'objet d'une application dans le cadre d'affaires relatives à une violation du TJE.

## ***2.2. Le standard du traitement juste et équitable : un moyen de garantir la protection des attentes légitimes***

1036. Le TJE est une notion de l'ordre juridique international depuis au moins un siècle. En effet, le Pacte de la Société des Nations stipulait déjà à l'article 23 (e) que :

« sous la réserve, et en conformité des dispositions des conventions internationales actuellement existantes ou qui seront ultérieurement conclues, les membres de la Société : [...] e) prendront les dispositions nécessaires pour assurer la garantie et le maintien de la liberté des communications et du transit, ainsi qu'un équitable traitement du commerce de tous les membres de la Société, étant entendu que les nécessités spéciales des régions dévastées pendant la guerre de 1914-1918 devront être prises en considération »<sup>1269</sup>.

1037. De plus, une résolution a été adoptée afin de demander au Comité économique d'examiner le sens et la portée de cette disposition et de faire un rapport à ce sujet<sup>1270</sup>. En 1929, lors de la Conférence internationale sur le traitement des étrangers qui s'est tenue à Paris, un projet de convention a été rédigé<sup>1271</sup>. Ce dernier disposait dans son préambule que « *being desirous of promoting economic co-operation between nations by ensuring easier and more equitable conditions for the establishment and*

---

<sup>1269</sup> Pacte de la Société des Nations signé à Versailles le 28 avril 1919. Voir : H. TRIEPEL, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international - Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3<sup>e</sup> série, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, p. 331 (nous soulignons).

<sup>1270</sup> SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Conférence internationale sur le traitement des étrangers : documents préparatoires*, Séries de la Société des Nations sur l'économie et les finances II, doc. n° 1929.II.5, Genève, Nations Unies, 1929, p. 13.

<sup>1271</sup> ONU, « Documents on the Development and Codification of International Law », *American Journal of International Law*, suppl., vol. 41, n° 4, 1947, p. 60.

*operations of nationals of one country carrying on business in the territory of another* »<sup>1272</sup>.

1038. Tous ces efforts n'ont cependant pu aboutir à une définition précise du TJE. Toutefois, d'autres instruments internationaux ont fait mention du traitement juste et équitable des investisseurs telle la Charte de la Havane de 1948 qui avait prévu l'institution d'une Organisation internationale du commerce qui n'a cependant jamais vu le jour<sup>1273</sup>.

1039. Pour rappel, en tant que standard absolu de traitement, le TJE suppose d'accorder un traitement de bonne foi, celle-ci devant être déterminée en référence à des circonstances d'application spécifiques<sup>1274</sup>. Il s'agit ainsi d'une obligation à la charge de l'État de s'abstenir de prendre toute mesure qui pourrait s'avérer préjudiciable pour les investissements<sup>1275</sup>.

1040. Néanmoins, en raison de son contenu imprécis<sup>1276</sup>, l'interprétation de cette obligation se fait sur la base des termes spécifiques du traité applicable mais également en tenant compte d'éléments permettant de dégager l'intention des parties tel l'historique des négociations<sup>1277</sup>.

1041. Ces constats nous permettent d'émettre l'hypothèse que cette imprécision est le résultat de la volonté des parties souhaitant laisser une marge d'appréciation plus large au juge au moment d'analyser l'application du traité conformément à son objet et

---

<sup>1272</sup> SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Conférence internationale sur le traitement des étrangers : documents préparatoires*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1273</sup> T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *op. cit.*, p. 871.

<sup>1274</sup> A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-à-Vis Public International Law », *op. cit.*, p. 107. Voir également : D. MUHVIC, « Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaties and General International Law », in M. BOŽINA BEROŠ, N. RECKER, M. KOZINA (eds.), *Economic and Social Development (Book of Proceedings)*, Varazdin, Development and Entrepreneurship Agency, 2018, p. 34 ; J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, p. 339. Pour d'autres définitions du standard de traitement juste et équitable, voir également : *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte*, affaire CPA n° 2012-07, sentence finale du 23 décembre 2019, §246.

<sup>1275</sup> O. MILJENIC, « Full Protection and Security Standard in International Investment Law », *op. cit.*, p. 40. Voir également : *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale du 17 décembre 2015, §318.

<sup>1276</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §296 : « The Tribunal finds the Respondent to be right in arguing that fair and equitable treatment is a standard that is none too clear and precise. This is because international law is itself not too clear or precise as concerns the treatment due to foreign citizens, traders and investors. This is the case because the pertinent standards have gradually evolved over the centuries ».

<sup>1277</sup> A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-à-Vis Public International Law », *op. cit.*, p. 107. Voir également : *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/15, sentence du 1<sup>er</sup> juin 2009, §450 : « The fair and equitable treatment ("FET") standard is broad requirement, the application of which depends on the particular facts of each case ».

à son but<sup>1278</sup>. À l'appui de nos propos, nous pouvons notamment citer l'avantage que cela peut représenter pour les parties dans la mesure où le contenu de ce principe est déterminé uniquement en fonction de ce qui est juste et équitable au regard des circonstances de chaque cas d'espèce et ne varie pas selon des considérations externes<sup>1279</sup>. Il sert également à faire foi devant la communauté internationale de la volonté de chaque État de protéger les étrangers sur son territoire.

### 2.2.1. *Le contenu imprécis du standard*

1042. Selon Theodore Kill, la nature même du contentieux du droit des investissements contribue à l'incertitude et à l'imprécision du TJE. En effet, l'absence de principe du précédent permet au tribunal de déterminer librement le contenu du standard au cas par cas en considérant ou non les décisions des tribunaux arbitraux rendues dans des affaires similaires<sup>1280</sup>. Son contenu est donc le résultat de la pratique arbitrale, à savoir des sentences qui, même si elles sont uniquement contraignantes pour les parties<sup>1281</sup>, ont permis de définir plusieurs notions générales applicables en vertu des TBI.

1043. En raison de l'imprécision de son contenu, le juge doit l'interpréter sur la base de la Convention de Vienne sur le droit des traités en considérant le sens ordinaire des termes « juste » et « équitable »<sup>1282</sup> ainsi que les particularités de l'affaire

---

<sup>1278</sup> T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *op. cit.*, p. 855 : « In interpreting a state's compliance with its obligation to provide fair and equitable treatment, adjudicators-in most cases international tribunals convened pursuant to BITs or multilateral investment treaty dispute resolution clauses-must therefore consider the actions of the state and investor in light of an objective international standard of fair and equitable treatment ». Voir également : *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §602.

<sup>1279</sup> A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-a-Vis Public International Law », *op. cit.*, p. 110.

<sup>1280</sup> T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *op. cit.*, p. 856. Voir également : *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §176.

<sup>1281</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 2012, pp. 83-84.

<sup>1282</sup> *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §168 : « In their ordinary meaning, the term "fair" means "just," "even-handed," "unbiased," "legitimate," "reasonable." Equitable is defined as "fair" and "just," "just, fair, and right, in consideration of the facts and circumstances of the individual case." While the definition of each term uses the other and underlines their relationship, two aspects stand out: the idea of even-handedness and the need to consider all the facts and circumstances of an individual case ». Voir également : *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/23, sentence du 26 février 2008, §9.3.7.

en question<sup>1283</sup>. D'aucuns soutiennent que cette situation engendre une responsabilité significative des tribunaux arbitraux dans l'application de ce standard qui, en raison de sa flexibilité, s'avère être le plus fréquemment invoqué parmi toutes les dispositions des TBI<sup>1284</sup>.

1044. Cette démarche semble indispensable compte tenu de la prééminence du standard qui est présent dans la grande majorité des sentences arbitrales, parfois en s'appliquant conjointement à d'autres principes comme le principe de protection des attentes légitimes<sup>1285</sup>. Le but ici recherché est d'atteindre un parfait équilibre entre le pouvoir normatif de l'État d'accueil et les attentes ainsi que les intérêts légitimes de l'investisseur<sup>1286</sup>.

1045. Son contenu est donc issu d'un « *patchwork* » d'interprétations résultant de nombreuses sentences arbitrales<sup>1287</sup>. Plusieurs éléments constitutifs du TJE ont effectivement été dégagés par la pratique arbitrale<sup>1288</sup> tels que l'obligation de bonne foi, le principe de non-discrimination, le principe de protection des attentes légitimes, le principe de transparence, la prohibition d'agir arbitrairement, entre autres<sup>1289</sup>.

---

<sup>1283</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, §10.05. Voir également : *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) c. Argentine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §214 ; *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §170 : « We therefore move to consider the context in which the terms fair and equitable are used in this case. These terms are used in a treaty which the State parties had signed for a purpose, namely, to promote and protect investments. In this context, it seems a logical consequence that the Contracting Parties would choose not to use limitations to such treatment such as found in the expression "minimum treatment standard under international law" » ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §254.

<sup>1284</sup> E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 178, §9.05. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 12, §1.37.

<sup>1285</sup> E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, *ibidem*, p. 177, §9.04.

<sup>1286</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 12, §1.37.

<sup>1287</sup> K. JOACHIM, « International investment arbitration: a threat to state sovereignty? », in W. SHAN, P. SIMONS, D. SINGH (eds.), *Redefining sovereignty in international economic law: Volume 7*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 235. Voir également : *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur (II)*, affaire CPA n° 2012-16, sentence partielle définitive du 6 mai 2016, §247.

<sup>1288</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>1289</sup> *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 23 avril 2012, §221 : « A number of factors have been repeatedly identified as forming part of the FET standard. These include the obligations to act transparently and grant due process, to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures, from exercising coercion, and from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework affecting the investment ». Voir également : *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §7.74 ; *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur (II)*, affaire CPA n° 2012-16, sentence partielle définitive du 6 mai 2016, §206 ; *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §320 ; *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence du 7

1046. Par ailleurs, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a établi une liste des éléments constitutifs du TJE :

« (a) prohibition of manifest arbitrariness in decision-making, [...] without a legitimate purpose or rational explanation; (b) prohibition of the denial of justice and disregard of the fundamental principles of the due process; (c) prohibition of targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, [...]; (d) prohibition of abusive treatment of investors [...]; (e) protection of the legitimate expectations of investors arising from a government's specific representations or investment-inducing measures, although balanced with the host State's right to regulate in the public interest »<sup>1290</sup>.

En résumé, il est généralement admis que ce standard comprend la protection des attentes légitimes, la protection contre un traitement arbitraire et discriminatoire ainsi que des exigences de transparence et de cohérence<sup>1291</sup>.

1047. Il peut toutefois arriver que les éléments constitutifs du TJE soient considérés comme excessifs soit par l'État défendeur, soit plus rarement par le tribunal lui-même. Cette hypothèse est clairement illustrée par l'affaire *El Paso c. Équateur* à propos de laquelle le tribunal arbitral, partant de la définition du TJE dégagée dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, a précisé que son contenu ressemblait à un programme de bonne gouvernance que « *no State in the world is capable of guaranteeing at all*

---

mars 2017, §462 ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017, §667 ; *Deutsche Telekom c. Inde*, affaire CPA n° 2014-10, sentence provisoire du 13 décembre 2017, §336 ; *UAB E energija (Lituanie) c. Lettonie*, affaire CIRDI n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017, §834 ; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §646 ; *Belenergia S.A. c. Italie*, affaire CIRDI n° ARB/15/40, sentence du 6 août 2019, §570 ; *GPF GP S.à.r.l c. Pologne*, affaire SCC n° 2014/168, sentence définitive du 29 avril 2020, §540.

<sup>1290</sup> CNUCED, *Fair and Equitable treatment: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, Genève, Nations Unies, 2012, p. xvi. Voir également : J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, p. 256, §10.07 ; *Krederi Ltd. c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/14/17, sentence du 2 juillet 2018, §437 : « Numerous tribunals have reaffirmed the conceptualization of the fair and equitable treatment standard as a protection standard that comprises various typical "elements" or "principles", stating that "transparency, stability and the protection of the investor's legitimate expectations play a central role in defining the FET standard, and so does compliance with contractual obligations, procedural propriety and due process, action in good faith and freedom from coercion and harassment ». Voir également : K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, n° 1, 2010, p. 104 ; *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/23, sentence du 26 février 2008, §9.3.7 ; *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §348 ; *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale du 17 décembre 2015, §313.

<sup>1291</sup> A. LARKIN, « Good Governance, Local Governments, and Legitimate Expectations: Accommodating Federalism in Investor-State Arbitration », *op. cit.*, p. 509. Voir également : *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §543 ; *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §602 ; *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008, §609 ; *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/05/15, sentence du 1<sup>er</sup> juin 2009, §450 ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §178 ; *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §570 ; *British Caribbean Bank Ltd. c. Belize*, affaire CPA n° 2010-18, sentence du 19 décembre 2014, §282.

times »<sup>1292</sup>. Dès lors, les tribunaux l'appliquent au cas par cas compte tenu de la situation de l'État d'accueil et du comportement de l'investisseur afin d'éviter de mettre un place un standard irréaliste et inatteignable.

1048. La doctrine et la jurisprudence semblent à tout le moins s'accorder sur le fait que le principe de protection des attentes légitimes contribue à garantir la bonne application du TJE, raison pour laquelle il constitue son élément le plus important<sup>1293</sup>.

1049. L'affaire *Mamidoil c. Albanie* précise qu'en vertu du droit international, le TJE crée une obligation à la charge de l'État de ne pas exercer son pouvoir souverain de manière atypique, abusive ou surprenante pour les investisseurs étrangers<sup>1294</sup>. En ce sens, ce standard se prête automatiquement à une analyse des attentes légitimes de l'investisseur et du comportement des parties<sup>1295</sup>. De ce fait, la protection des attentes légitimes au nom de la préservation et de la bonne exécution des investissements pourrait constituer « *the most effectively protected "human" right that there is, at least at the global level* »<sup>1296</sup> et notamment en matière de contentieux du droit des investissements.

1050. Les principes généraux du droit, tel le principe de protection des attentes légitimes, permettent aux arbitres de mener une enquête contextuelle afin de déterminer, pour chaque cas d'espèce, les circonstances dans lesquelles les attentes légitimes des investisseurs se sont formées mais aussi leurs obligations et devoirs<sup>1297</sup>.

1051. Le principe de protection des attentes légitimes joue ici un double rôle : d'une part, il peut s'appliquer en tant qu'outil d'interprétation du TJE<sup>1298</sup> ; d'autre part, il peut être envisagé comme l'élément principal à considérer<sup>1299</sup>. Comme en témoigne

---

<sup>1292</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §342.

<sup>1293</sup> A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 12. Voir également : *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §457 ; *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §319 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§615-617.

<sup>1294</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §612.

<sup>1295</sup> E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 178, §9.05.

<sup>1296</sup> J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *op. cit.*, p. 246.

<sup>1297</sup> *Ibidem*, p. 352.

<sup>1298</sup> E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 178, §9.06 : « The legitimate expectations of investors guide analysis of FET claims. As an objective standard, FET is bulky, containing a pool of elements ».

<sup>1299</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *op. cit.*, p. 256, §10.09.

l'affaire *Railroad c. Guatemala*, dans le cadre de laquelle a été citée l'affaire *Waste Management II*, la reconnaissance de la déception des attentes légitimes d'un investisseur suppose un traitement contraire aux déclarations faites par l'État d'accueil sur lesquelles il s'était raisonnablement fondé<sup>1300</sup>.

1052. Le Modèle français de TBI de 2006 a consacré à l'article 3(1) la protection du standard du TJE en conformité avec les principes de droit international<sup>1301</sup>, dont évidemment le principe de protection des attentes légitimes. Cela est parfaitement illustré par l'affaire *Impregilo c. Argentine* dans le cadre de laquelle le tribunal a considéré qu'en vertu du TBI applicable, le TJE visait généralement à assurer une protection adéquate des attentes légitimes de l'investisseur<sup>1302</sup>.

1053. La pratique arbitrale semble également s'accorder sur le fait que le principe de protection des attentes légitimes se compose de plusieurs éléments ; à savoir l'existence d'un comportement ou d'une assurance implicite ou explicite de l'État d'accueil, la confiance accordée à cette promesse par l'investisseur et le caractère raisonnable de l'attente en question<sup>1303</sup>.

1054. L'affaire *Duke Energy c. Équateur* a révélé d'autres éléments, en particulier que les attentes légitimes et raisonnables d'un investisseur, en tant qu'élément indispensable du TJE, sont généralement liées à la stabilité de l'environnement juridique et commercial de l'État d'accueil au moment où il a pris sa décision d'investir<sup>1304</sup>.

---

<sup>1300</sup> *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012, §219.

<sup>1301</sup> D. MUHVIC, « Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaties and General International Law », *op. cit.*, p. 37.

<sup>1302</sup> *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §285. Voir également : D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence », *op. cit.*, p. 430 : « The FET is one of the most far-reaching standards of investment protection, recourse to which has grown exponentially over the last decade, together with an increased recognition of the doctrine of legitimate expectations as one of the key elements of the standard. The flexibility and the vagueness of its normative content, which is continuously re-defined according to the specific circumstances of the case and of the relevant treaty, render FET an ever-expanding, all-encompassing standard, and "the preferred way for tribunals to provide a remedy" ».

<sup>1303</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 316, §7.184. Voir également : *Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §571 : « The investor's legitimate expectations are based on undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State ».

<sup>1304</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §340. Voir également : *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, §265 : « In addition, the legitimate expectations that are protected are the ones at the time of the making of the investment and the Committee was only set up in 1996 » ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*,

1055. Il en résulte une obligation de cohérence et une obligation de transparence des actions entreprises par l'État<sup>1305</sup> qui ne sont cependant pas absolues dans la mesure où ce dernier doit pouvoir modifier son ordre juridique afin de répondre aux besoins changeants de sa population<sup>1306</sup> ; à la condition néanmoins de prendre toujours en compte les attentes légitimes qu'il a pu créer à l'égard des investisseurs en conséquence des assurances données ou de son comportement<sup>1307</sup>.

1056. La nécessité de stabilité et de prévisibilité de l'ordre juridique de l'État d'accueil se combine à ces deux obligations afin de garantir un minimum de sécurité juridique<sup>1308</sup>. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le comportement de l'État soit outrageux ou de mauvaise foi pour caractériser une violation du standard<sup>1309</sup>. Son invocation conjointement à celle de la déception d'attentes légitimes n'est possible que si l'investisseur respecte deux principes relatifs aux fonctions normatives de l'État, à savoir son droit de réglementer et l'obligation de l'investisseur de fonder ses prétentions uniquement sur le droit en vigueur au moment d'investir et non sur d'éventuelles modifications juridiques ultérieures<sup>1310</sup>. La considération des attentes légitimes permet une meilleure appréciation de ces éléments au moment d'appliquer le standard<sup>1311</sup>.

1057. Dès lors, il s'agit de permettre une application constante du droit ainsi que le respect des garanties données par l'État d'accueil lorsque celles-ci ont engendré la naissance d'attentes légitimes chez l'investisseur<sup>1312</sup>. Pour autant, l'État est uniquement contraint de respecter les engagements qu'il a pris à travers des

---

affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §190 ; « the Tribunal must first determine the relevant time for the formation of the investor's expectations. Several awards have stressed that the expectations to be taken into account are those existing at the time when the investor made the decision to invest ». Voir également : *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence du 7 mars 2017, §462.

<sup>1305</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 356, §7.359 : « The enquiry into legitimate expectations is itself concerned with process. It is concerned with ensuring consistency of treatment of an investor by the State. It starts from the proposition that the investor must take host State law as he finds it. The tribunal will attach more weight to specific representations made to a particular investor than to a general policy statement. It will be concerned to leave a legitimate scope for regulatory flexibility ».

<sup>1306</sup> K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *op. cit.*, p. 66. Voir également : *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. Indonésie*, affaire CPA n° 2015-40, sentence finale du 29 mars 2019, §252.

<sup>1307</sup> K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *ibidem*, p. 66. Voir également : *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. Pologne*, affaire CPA n° 2014-11, sentence du 12 août 2016, §534.

<sup>1308</sup> *Rupert Joseph Binder c. République Tchèque*, affaire ad hoc, décision sur la compétence du 6 juin 2007, §200.

<sup>1309</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §543.

<sup>1310</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 309, §7.156.

<sup>1311</sup> *Ibidem*, p. 309, §7.157.

<sup>1312</sup> *Ibid.*, p. 314, §7.179.

déclarations ou assurances<sup>1313</sup>. La considération des attentes légitimes vise ainsi à prévenir et éviter tout comportement abusif de l'État.

1058. À ce titre, dans l'affaire *OKO c. Estonie*, le tribunal a précisé qu'une violation du TJE pouvait être établie en considération des attentes légitimes de l'investisseur quant à un traitement juste et équitable de l'État d'accueil, au regard de représentations non équivoques, pourvu que ces attentes soient raisonnables et justifiables<sup>1314</sup>.

1059. La place accordée au principe de protection des attentes légitimes en matière de contentieux du droit des investissements ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains auteurs sont de l'avis qu'il s'agit d'un fait établi mais contesté du droit international<sup>1315</sup>, notamment en raison de l'absence de mention expresse dans une disposition conventionnelle ou encore de son contenu imprécis. Sa qualification de principe général du droit fait également l'objet d'un débat doctrinal, d'aucuns soutenant qu'il s'agit plutôt d'un élément constitutif du TJE<sup>1316</sup>.

1060. Toutefois, nos recherches nous ont permis, d'une part, de conclure à son existence et développement progressif en tant que principe général du droit applicable au sein de l'ordre juridique international et, d'autre part, de mettre en évidence son apparition, timide, dans plusieurs TBI, notamment s'agissant de la définition de l'investissement. On le retrouve également dans le contentieux de l'expropriation<sup>1317</sup>

---

<sup>1313</sup> *Ibid.* Voir également: *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, §186.

<sup>1314</sup> *OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007, §247. Voir également : *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et al. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010, §256 ; *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S c. Libye*, affaire CCI n° 21537/ZF/AYZ, sentence du 7 novembre 2018, §547.

<sup>1315</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 3, 2018, p. 314. Voir également : *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §285: « The Tribunal considers that the term "fair and equitable treatment", as it appears in the present BIT and in other similar BITs, is intended to give adequate protection to the investor's legitimate expectations ».

<sup>1316</sup> Voir notamment : S. LOPEZ ESCARCENA, « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *op. cit.*, p. 2701 ; J. OSTRANSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, p. 345 ; *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence du 7 mars 2017, §462.

<sup>1317</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

ou encore au moment d'interpréter et d'appliquer le TJE<sup>1318</sup>. Nos constats sont confirmés par l'affaire *Ares International c. Géorgie*<sup>1319</sup>.

1061. Par conséquent, il s'agit d'un élément du TJE mais également d'une notion autonome prenant la forme d'une obligation à l'égard des autorités de l'État d'accueil de se comporter de manière cohérente afin d'éviter tout préjudice aux investisseurs en raison d'un changement soudain<sup>1320</sup>. En effet, le comportement d'un État qui crée des attentes légitime engendre un sentiment de prévisibilité associé à la stabilité de son environnement juridique<sup>1321</sup>. Toutefois, leur protection suppose que la représentation, le comportement ou bien l'assurance qui en est à l'origine soit clairement et facilement identifiable, ce qui implique l'identification de son auteur ainsi que de son destinataire<sup>1322</sup>.

1062. D'autre part, bien que le TJE soit *a priori* présent dans la quasi-totalité des TBI et des accords de libre-échange, il n'est pas toujours abordé de la même manière dans tous ces textes<sup>1323</sup>.

1063. Plusieurs traités prévoient des dispositions plus précises quant à l'application du TJE ou même le rôle du principe de protection des attentes légitimes

---

<sup>1318</sup> *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §7.75. Voir également : *Peter A. Allard c. Barbade*, affaire CPA n° 2012-06, sentence du 27 juin 2016, §217 ; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC n° V2013/153, sentence du 12 juillet 2016, §777 ; *CC/Devas (Maurice) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, et Telcom Devas Mauritius Limited c. Inde*, affaire CPA n° 2013-09, sentence sur la compétence et sur le fond du 25 juillet 2016, §463 ; *AES Solar et al. (PV Investors) c. Espagne*, affaire CPA n° 2012-14, sentence finale du 28 février 2020, §574 ; *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/14/29, sentence du 5 mars 2020, §357 ; *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2017-15, sentence finale du 11 mai 2020, §699.

<sup>1319</sup> *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/23, sentence du 26 février 2008, §9.3.8. Voir également : *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/1, décision sur la compétence et la responsabilité du 10 novembre 2017, §811 ; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., et al. c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/150, sentence finale du 14 novembre 2018, §352.

<sup>1320</sup> S. LOPEZ ESCARCENA, « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *op. cit.*, pp. 2703-2704. Voir également : *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261.

<sup>1321</sup> A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 315. Cela est complété par l'affaire *OAO "Tatneft" c. Ukraine*, affaire CPA n° 2008-8, sentence du 29 juillet 2014, §407 : « A predictable, consistent and stable legal framework is a FET requirement which ought to be safeguarded in its integrity irrespective of which organ of the State might compromise its availability as is well recognized under international law in the context of attribution of wrongful acts ».

<sup>1322</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §643.

<sup>1323</sup> J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, *op. cit.*, pp. 320-321 : « The same study of FET concluded that there were at least five different ways that investment protection treaties made reference to the standard ».

afin d'encadrer leur interprétation<sup>1324</sup>. Ainsi, l'Accord économique et commercial global (AECG) stipule à l'article 8.10 que :

« Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite »<sup>1325</sup>.

1064. Cette disposition souligne la fonction interprétative du principe de protection des attentes légitimes<sup>1326</sup>. Son application requiert d'établir une relation entre le risque d'investir et les attentes légitimes de l'investisseur ainsi que « *the possible influence of rising expectations of international corporate social responsibility* »<sup>1327</sup>.

1065. La déception des attentes légitimes peut très bien résulter de la violation de ce standard<sup>1328</sup>. L'affaire *Alpha c. Ukraine* confirme notre hypothèse étant donné qu'il a été précisé en l'espèce qu'un traitement juste et équitable impliquait le respect des attentes légitimes que l'État a pu faire naître en raison de son comportement ou de ses déclarations. Ainsi, l'État doit éviter toute action arbitraire et ne pas modifier « *the rules of the game in a manner that undermines the legitimate expectations of, or the representations made to an investor* »<sup>1329</sup>.

1066. La prise en compte des attentes légitimes sert ainsi de méthode pour déterminer si le standard du TJE a été respecté<sup>1330</sup> compte tenu des circonstances de chaque cas d'espèce. Elles constituent également un élément essentiel pour la

---

<sup>1324</sup> S. LOPEZ ESCARCENA, « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *op. cit.*, p. 2710.

<sup>1325</sup> *Accord économique et commercial global*, signé à Bruxelles le 30 octobre 2016, adopté par décret (Implementation Act) [S.C. 2017 c. 6] du 16 mai 2017, application provisoire le 21 septembre 2017, Article 8.10. Voir également : J. OSTŘANSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, p. 348.

<sup>1326</sup> *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §224.

<sup>1327</sup> P. MUCHLINSKI, « Caveat Investor - The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *op. cit.*, p. 534.

<sup>1328</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *op. cit.*, p. 78. Voir également: A. PANDYA et A. MOODY, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future », *Tilburg Law Review*, vol. 15, n° 1, 2010, p. 105. Voir aussi : *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §302 ; *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §223.

<sup>1329</sup> J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *ibidem*, p. 96. Voir également: *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, affaire CIRDI n° ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, §420.

<sup>1330</sup> *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §222.

quantification du préjudice résultant de la violation du standard<sup>1331</sup>. Dans cette hypothèse, la réparation prend généralement la forme d'une indemnisation qui tient uniquement compte des dépenses de l'investisseur<sup>1332</sup>.

1067. L'importance de ce standard repose notamment sur le fait qu'il est très souvent analysé par les tribunaux, à tel point qu'il est fréquemment décrit comme étant la question la plus importante et la plus traitée au sein du droit international des investissements<sup>1333</sup>. Ce constat a également été fait par la juge Higgins dans son opinion individuelle sur l'*Affaire des plates-formes pétrolières* dans laquelle il a notamment relevé que « certaines formules clés » comme « un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux sociétés » ou « aucune mesure arbitraire ou discriminatoire » constituaient des expressions juridiques constamment appliquées au domaine des investissements à l'étranger, c'est-à-dire celui visé dans les dispositions en question dans cette affaire<sup>1334</sup>.

1068. Pour autant, les mécanismes de protection prévus par les TBI ne constituent aucunement une assurance éludant toute mauvaise décision de l'investisseur<sup>1335</sup>. La nécessité d'une stabilité de l'environnement juridique de l'État d'accueil est un élément pris en compte par les tribunaux, cependant cela ne garantit pas une protection sans limites. En effet, en règle générale, la modification de la législation ne peut être considérée comme portant atteinte aux droits de l'investisseur dès lors que celle-ci ne dépasse pas le pouvoir normatif d'un État qui le met en œuvre dans l'intérêt général et/ou qu'elle constitue une modification raisonnable du droit en vigueur au moment où l'investisseur a décidé d'investir<sup>1336</sup>.

1069. En tout état de cause, l'investisseur ne peut ignorer son obligation de décider en faisant preuve de *due diligence*, c'est-à-dire apprécier les conditions réelles de l'État d'accueil. Cette démarche suppose bien évidemment que l'investisseur soit en

---

<sup>1331</sup> Voir : Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 de la présente thèse.

<sup>1332</sup> A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 25.

<sup>1333</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *op. cit.*, p. 268, §7.04.

<sup>1334</sup> CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt du 12 décembre 1996, *Recueil CIJ*, 1996, opinion Individuelle du Juge Higgins, p. 858, §39

<sup>1335</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, sentence du 13 novembre 2000, §64.

<sup>1336</sup> *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §423.

mesure de comprendre le contenu et le contexte du droit en vigueur ainsi que la pratique administrative<sup>1337</sup>. Ce standard s'adresse donc tant aux investisseurs qu'à l'État afin d'établir un équilibre visant à garantir un traitement juste et équitable tenant compte du comportement des deux parties<sup>1338</sup>.

1070. Dans l'affaire *Joseph Lemire c. Ukraine*, le tribunal a précisé qu'il devait prendre en considération d'autres éléments juridiquement pertinents pour déterminer l'existence ou non d'une violation du TJE parmi lesquels, du côté de l'État, son pouvoir souverain visant à protéger sa population et l'intérêt général et, du côté de l'investisseur, son devoir de *due diligence*, ses attentes légitimes au moment de décider d'investir ainsi que son comportement général pendant l'exécution de son investissement<sup>1339</sup>.

1071. Un deuxième mécanisme mis en place par la pratique arbitrale afin de limiter la portée du TJE et, en conséquence, des attentes légitimes, a nourri depuis plusieurs années un débat autour de la différence entre ce standard et le standard minimum de traitement. Cette situation est alimentée par le contenu imprécis du TJE malgré une mention désormais quasi-systématique dans tous les TBI. Plusieurs questions ont ainsi émergé au début des années 2000, notamment au sein de l'ALENA, portant sur l'étendue de ces standards : seraient-ils en fait un seul et même standard ou les tribunaux doivent-ils s'en tenir uniquement à l'application du standard minimum de traitement<sup>1340</sup> ? Nonobstant, cette controverse semble aujourd'hui futile<sup>1341</sup> étant donné que le standard minimum de traitement n'a pas de contenu précis ni ne fait l'unanimité auprès des États<sup>1342</sup>.

---

<sup>1337</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §634.

<sup>1338</sup> *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §236.

<sup>1339</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §285.

<sup>1340</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 270, §7.08.

<sup>1341</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §355 ; *Marion Unglaube c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/08/1, sentence du 16 mai 2012, §242.

<sup>1342</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 271, §7.11-7.12. Voir également : P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2013, p. 14.

1072. L'affaire *Murphy c. Équateur* illustre nos propos. En effet, le tribunal a en l'espèce conclu que peu importe le standard retenu, les deux supposaient une protection des attentes légitimes de l'investisseur fondées sur des assurances ou le comportement de l'État d'accueil<sup>1343</sup>, avant d'ajouter « *under certain conditions* »<sup>1344</sup>. À notre avis, l'emploi de cette expression met en évidence une volonté du tribunal de reconnaître en toute circonstance la possibilité d'invoquer des attentes légitimes par les parties au différend ; sans pour autant néanmoins que cela signifie qu'il accordera infailliblement leur protection.

1073. De plus, si l'on retient l'analyse du tribunal arbitral dans l'affaire *Al Tamimi c. Oman*, l'application de l'un des deux standards ne semble pas exclure l'application de l'autre<sup>1345</sup>. L'attention doit ainsi davantage se porter sur l'application de ces standards au regard du contexte dans lequel l'arbitre est amené à apprécier les effets de la mesure qui porte atteinte à l'investissement<sup>1346</sup>. Les tribunaux arbitraux semblent s'accorder sur ce point. En effet, dans l'affaire *SAUR c. Argentine*, le tribunal a jugé ce débat « *plutôt dogmatique et conceptualiste* »<sup>1347</sup>, car il est généralement admis que le standard minimum de traitement tel qu'il ressort de l'affaire *Neer* a bien évolué depuis et, comme en témoigne l'affaire *Crystallex c. Venezuela*, « *what is considered now "fair and equitable" is different and broader than what was considered as such at the beginning of the last century* »<sup>1348</sup>.

---

<sup>1343</sup> *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur (II)*, affaire CPA n° 2012-16, sentence partielle définitive du 6 mai 2016, §206. Voir également : *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2018, §9.51 ; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 novembre 2018, §263.

<sup>1344</sup> *Murphy Exploration & Production Company – International c. Équateur (II)*, affaire CPA n° 2012-16, sentence partielle définitive du 6 mai 2016, §206 ; Voir également : *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2018, §9.51 ; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 novembre 2018, §263.

<sup>1345</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Oman*, affaire CIRDI n° ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015, §383.

<sup>1346</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, op. cit., p. 274, §7.20.

<sup>1347</sup> *SAUR International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012, §491.

<sup>1348</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §534. Sur l'évolution du standard, voir également : *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, §179 ; *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012, §218.

1074. Cette question s'est posée plus spécifiquement dans le cadre du contentieux relatif à l'ALENA, raison pour laquelle nous allons ici l'analyser plus en détail.

### ***2.2.2. L'application du standard TJE et des attentes légitimes dans le contentieux régional relatif à l'ALENA : les efforts étatiques pour limiter leur étendue***

1075. Ce débat doctrinal a pris ici une telle importance que les États ont décidé d'édicter des mesures visant à limiter la considération du TJE et, conséquemment, des attentes légitimes. Cette situation a également influencé la préparation du nouveau traité USMCA récemment conclu entre les États-Unis, le Mexique et le Canada et visant à remplacer l'ALENA. Ce débat a été lancé dans les années 2000 avec trois sentences arbitrales qui ont défini différents aspects du champ d'application de l'article 1105 de l'ALENA portant sur le TJE<sup>1349</sup>.

1076. Au cours de notre analyse générale du TJE, nous avons pu constater une évolution plutôt positive vers une meilleure détermination du contenu de ce standard mais aussi du principe de protection des attentes légitimes. Cela a permis une délimitation de sa portée assurant une meilleure invocabilité et prévisibilité pour les parties. L'ALENA a retenu une approche restrictive<sup>1350</sup>.

1077. Commençons notre analyse sur le sujet par un examen de la place du principe de protection des attentes légitimes au sein de la jurisprudence de l'ALENA pour ensuite nous consacrer à l'étude du TJE.

1078. Les attentes légitimes ont fait une première apparition, timide, dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*. En effet, il n'est pas question ici de trouver cette notion en tant que telle, le tribunal ayant seulement conclu que « *Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill* »<sup>1351</sup>. Les mots clés à retenir sont « *rely* »,

---

<sup>1349</sup> P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, op. cit., p. 6.

<sup>1350</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>1351</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §89. Cela a été noté dans l'affaire *Mobil c. Canada* à propos de laquelle « The Tribunal notes that the award said nothing about the concept of "legitimate

« *représentations* », « *to believe* » et « *entitled* » ; ils constituent des éléments de la définition des attentes légitimes. En effet, l'investisseur s'est ici fié à ses représentations à l'égard de l'État le conduisant à croire qu'il était en droit de poursuivre son projet de construction. Néanmoins, le tribunal a lié cette notion au TJE en précisant que l'investisseur d'un État partie à l'ALENA agit dans l'attente d'être traité justement et équitablement<sup>1352</sup>.

1079. La notion d'attentes légitimes est employée pour la première fois en tant que telle dans l'affaire *ADF c. États-Unis*, sans cependant que le tribunal cherche à l'analyser en détail afin de déterminer précisément son contenu<sup>1353</sup>. Cette notion a ensuite été examinée dans l'affaire *Thunderbird c. Mexique* qui a constitué une référence pour les tribunaux amenés à se prononcer ultérieurement<sup>1354</sup>. Selon le raisonnement du tribunal arbitral en l'espèce, la notion d'attentes légitimes « *relates to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages* »<sup>1355</sup>. Le degré de protection des attentes légitimes peut bien évidemment varier selon les circonstances particulières de chaque affaire dont chaque tribunal devra dûment tenir compte.

1080. Quelques années plus tard, une première grande évolution du principe de protection des attentes légitimes se produira. Il sera reconnu comme un élément indépendant du TJE permettant à tout investisseur de saisir le tribunal pour violation de l'article 1105 de l'ALENA sur la base de « *the unsettling of reasonable, investment-backed expectation* »<sup>1356</sup>, comme en témoigne notamment l'affaire *Glamis Gold c.*

---

expectation" ». Voir : *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012, §142.

<sup>1352</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §99.

<sup>1353</sup> *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, §189. Voir également : P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, op. cit., p. 142.

<sup>1354</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147. Voir également : *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §140 ; *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017, §222 ; P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, *ibidem*, p. 143.

<sup>1355</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §§147-148.

<sup>1356</sup> *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009, §766.

*États-Unis*. Cela suppose l'existence d'une relation quasi-contractuelle avec l'État dans laquelle son comportement ou des assurances ont délibérément poussé l'investisseur à investir<sup>1357</sup>. Nous constatons ainsi que l'appréciation de cette notion diffère selon le traité applicable<sup>1358</sup>. Alors que dans le contentieux relatif à l'ALENA, les seules sources d'attentes légitimes prises en compte sont des assurances ou des comportements spécifiques de l'État d'accueil<sup>1359</sup>, les autres tribunaux arbitraux retiennent une approche plus large selon laquelle tout comportement, représentation ou assurance peut faire naître des attentes légitimes dans l'esprit de l'investisseur qui sont susceptibles d'être protégées.

1081. Ces deux contentieux ne sont néanmoins pas aussi différents dans la pratique. Plusieurs points en commun peuvent effectivement être relevés. D'une part, les attentes légitimes constituent un élément essentiel pour la détermination d'une violation du TJE<sup>1360</sup> comme cela a été retenu dans l'affaire *Mobil c. Canada*, notamment lorsque les attentes sont raisonnables et reposent sur des assurances claires et explicites exprimées à l'égard de l'investisseur<sup>1361</sup>.

1082. D'autre part, comme en témoigne l'affaire *Cargill c. Mexique*, la protection des attentes légitimes suppose également l'existence d'un environnement juridique prévisible et stable au moment où l'investisseur décide d'investir, à la condition qu'elles dérivent d'une relation contractuelle ou quasi-contractuelle des parties au différend<sup>1362</sup>.

1083. L'affaire *Merrill & Ring c. Canada* a marqué une deuxième évolution marquante de la notion d'attentes légitimes qui, jusque-là, ne pouvaient dériver que des assurances ou d'un comportement spécifique de l'État d'accueil. En effet, le tribunal a reconnu en l'espèce la possibilité que des attentes légitimes puissent découler d'une représentation générale sur laquelle l'investisseur s'est basé pour prendre une décision

---

<sup>1357</sup> *Ibidem*, §776.

<sup>1358</sup> P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>1359</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §150-§233.

<sup>1360</sup> *Ibidem*, §208.

<sup>1361</sup> *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012, §152.

<sup>1362</sup> *Cargill, Incorporated c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009, §290.

commerciale<sup>1363</sup>. De plus, dans l'affaire *Grand River c. États-Unis*, le critère de spécificité n'a plus été retenu<sup>1364</sup>.

1084. Par ailleurs, à la suite de la note d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 émise par la Commission du libre-échange de l'ALENA le 31 juillet 2001, les attentes légitimes et raisonnables de l'investisseur sont devenues un facteur à prendre en compte pour la détermination d'une violation du standard minimum de traitement codifié à l'article 1105 de cet accord<sup>1365</sup>. L'affaire *Mesa Power c. Canada* en est un bon exemple<sup>1366</sup>.

1085. Toutefois, l'analyse du tribunal arbitral dans l'affaire *Eli Lilly c. Canada* semble aller à l'encontre des sentences précitées étant donné que la déception des attentes légitimes a été considéré en l'espèce comme un fondement suffisant pour caractériser une violation de l'article 1105 de l'ALENA. En effet, le tribunal a indiqué que : « *such a breach may be exhibited by [...] the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations* »<sup>1367</sup>. Cependant, il convient de noter que d'après cette formulation, la reconnaissance d'une violation de l'article 1105 en conséquence de la déception d'attentes légitimes semble être une circonstance très rare, voire quasi utopique. L'emploi d'« *objective* » par le tribunal arbitral suppose une analyse renforcée des attentes légitimes, car même si l'objectivité est *a priori* l'un de leurs éléments constitutifs, le fait de mentionner expressément ce terme peut nous laisser penser que d'autres éléments devront être recherchés pour prouver ce caractère. D'autre part, la « *repudiation* » suppose le rejet d'une situation qui va au-delà de la déception ou même de la violation des attentes légitimes.

1086. Il n'existe pas d'autres affaires similaires, néanmoins une telle approche n'est pas surprenante si l'on considère l'expression constante des États parties

---

<sup>1363</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §150. Les attentes légitimes ne sont pas protégées lorsque les mesures prises par l'État sont raisonnables et prévisibles. Voir notamment : *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017, §384

<sup>1364</sup> *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §140.

<sup>1365</sup> *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, affaire CPA n° 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, §455.

<sup>1366</sup> *Mesa Power Group LLC c. Canada*, affaire CPA n° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, §502.

<sup>1367</sup> *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017, §222.

d'encadrer la protection des attentes légitimes en tant qu'obligation indépendante en vertu de l'article 1105 de l'ALENA<sup>1368</sup>.

1087. Pour autant, le rôle acquis par les attentes légitimes dans l'ALENA en tant qu'élément constitutif du TJE ou bien d'outil pour la détermination d'une violation de ce standard ne s'en trouve pas affaibli. Les éléments constitutifs des attentes légitimes dégagés par la pratique arbitrale sont divers. En effet, les attentes doivent être raisonnables et justifiées<sup>1369</sup> mais aussi objectives et basées sur le comportement, les assurances<sup>1370</sup> ou les représentations de l'État d'accueil<sup>1371</sup> qui doivent être suffisamment spécifiques et clairs<sup>1372</sup> afin effectivement d'influencer l'investisseur à prendre une décision commerciale<sup>1373</sup>. Autrement dit, les attentes légitimes protégées par les tribunaux au titre de l'article 1105 de l'ALENA sont celles qui naissent généralement d'assurances spécifiquement destinées à l'investisseur et adressées explicitement ou implicitement par l'État d'accueil<sup>1374</sup>.

1088. Le lien entre le TJE et les attentes légitimes ne fait plus aucun doute au sein du contentieux relatif à l'ALENA, comme en témoigne notamment l'affaire *Clayton & Bilcon c. Canada*<sup>1375</sup>. La détermination d'une violation de l'article 1105 de l'ALENA dépend entièrement de l'analyse adoptée par le tribunal dans chaque cas

---

<sup>1368</sup> Voir notamment: P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, op. cit., p. 158.

<sup>1369</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147. Voir également : *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, affaire CPA n° 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, §455 ; *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §98 ; *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012, §152 ; *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009, §621.

<sup>1370</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147 ; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §140.

<sup>1371</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §147 ; *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012, §152 ; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §150.

<sup>1372</sup> *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009, §620.

<sup>1373</sup> *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017, §222. Voir également : *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §167 ; *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012, §152 ; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §140 ; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §233.

<sup>1374</sup> *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011, §141.

<sup>1375</sup> *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, affaire CPA n° 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, §455. Voir également : *Mesa Power Group LLC c. Canada*, affaire CPA n° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, §502.

d'espèce. Toutefois, le standard qui a été établi dans l'affaire *Waste Management c. Mexique* est celui qui est depuis lors généralement retenu en tant que base d'appréciation par les tribunaux arbitraux même si en pratique il est parfois considéré comme constituant un seuil élevé pour déterminer si le comportement d'un État peut constituer une violation de cet accord<sup>1376</sup>.

1089. Par ailleurs, la note d'interprétation précitée de la Commission du libre-échange de l'ALENA relative à certaines dispositions du chapitre 11 de l'accord, parmi lesquelles figure l'article 1105 sur l'application du TJE, visait à « éclaircir et à réaffirmer la signification de certaines dispositions de l'Accord ». Elle a eu comme conséquence inévitable de limiter la portée de ce standard ainsi que de celle du SPE étant donné qu'il y est indiqué que ces deux concepts « ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers ».

1090. Cette note interprétative est également venue limiter la portée du principe de protection des attentes légitimes dans le contentieux de l'ALENA en indiquant que l'unique source du droit international est la coutume internationale dont relève notamment le standard minimum de traitement<sup>1377</sup>. Pour autant, ce document n'a pas eu les effets escomptés, car la pratique arbitrale a aussi grandement contribué à la définition du TJE et à la détermination de l'étendue des attentes légitimes<sup>1378</sup>.

1091. À l'occasion de l'affaire *Merrill & Ring c. Canada*, le tribunal arbitral a procédé à une remarquable analyse de l'état de ce standard à la lumière de la note interprétative précédemment citée. Bien que nous ayons décidé de ne pas prendre part à ce débat doctrinal toujours en cours, nous pouvons tout de même constater que plusieurs tribunaux arbitraux s'étant prononcés sur l'ALENA ont conclu soit à une nature coutumière du TJE, soit à une évolution inévitable du standard minimum de traitement lui permettant de s'adapter aux besoins de la société actuelle.

---

<sup>1376</sup> William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada, affaire CPA n° 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, §594.

<sup>1377</sup> T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *op. cit.*, p. 864.

<sup>1378</sup> A. LARKIN, « Good Governance, Local Governments, and Legitimate Expectations: Accommodating Federalism in Investor-State Arbitration », *op. cit.*, p. 515.

1092. Selon l’avis de ce même tribunal, la note interprétative de la Commission de libre-échange de l’ALENA n’est en fait que le résultat de plusieurs sentences arbitrales qui ont conclu à une nature autonome et indépendante du TJE par rapport au standard minimum de traitement<sup>1379</sup> ; une position qui, loin de clore le débat, en a lancé un nouveau. En effet, à supposer que le standard à appliquer en vertu de l’article 1105 est le standard minimum de traitement, est-il resté figé dans le temps depuis l’arrêt *Neer* ou, au contraire, a-t-il évolué afin de s’ajuster au droit international en vigueur ?

1093. Plusieurs affaires témoignent de l’approche majoritaire retenue à cet égard selon laquelle le standard minimum de traitement a indéniablement évolué. On peut notamment citer *Mondev c. États-Unis*<sup>1380</sup>, *ADF c. États-Unis*<sup>1381</sup>, *Waste Management c. Mexique II*<sup>1382</sup> ou encore *Gami c. Mexique*<sup>1383</sup>. Ce constat s’explique en partie par le fait que la note interprétative précitée ne reflète pas nécessairement l’état actuel du droit international, y compris de la coutume<sup>1384</sup>. Dès lors, même s’il est impossible de soutenir que le TJE est une notion autonome, il relève tout de même du droit coutumier et permet aux tribunaux arbitraux d’analyser tout comportement qui peut être qualifié d’injuste, inéquitable ou bien irraisonnable<sup>1385</sup>.

1094. Dans l’affaire *Crystallex c. Venezuela*, en comparant les dispositions du TBI applicables dans le cas d’espèce et l’ALENA, le tribunal a conclu que ce dernier était le seul à expressément se référer au standard minimum de traitement<sup>1386</sup>. La note interprétative précitée a inclus le standard minimum de traitement au sein de l’ALENA, ce qui le différencie des TBI.

1095. Toutefois, le standard minimum de traitement étant une notion aussi imprécise que le TJE, il revient aux tribunaux d’établir et de préciser son contenu. Comme dans l’affaire *Clayton c. Canada*, les tribunaux sont plutôt d’avis qu’il a évolué

---

<sup>1379</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §189.

<sup>1380</sup> *Mondev International Ltd. c. États-Unis d’Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, §123.

<sup>1381</sup> *ADF Group Inc. c. États-Unis d’Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, §179.

<sup>1382</sup> *Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, §99.

<sup>1383</sup> *Gami Investments Inc. c. Mexique*, affaire CNUDCI, sentence du 15 novembre 2004, §§95-96. Voir également : *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §190.

<sup>1384</sup> *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §192.

<sup>1385</sup> *Ibidem*, §210.

<sup>1386</sup> *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §530.

depuis l'arrêt *Neer* vers une meilleure protection des investisseurs<sup>1387</sup>, résultant de la volonté des États de protéger leurs propres ressortissants investissant à l'étranger<sup>1388</sup>. Une telle approche ne peut que profiter aux attentes légitimes qui tendent au même objectif.

1096. Il en résulte que les efforts entrepris dans le cadre de l'ALENA pour limiter la portée du TJE et, conséquemment, des attentes légitimes n'ont pas eu les effets escomptés étant donné que les tribunaux ont fini par conclure à une évolution du standard permettant d'inclure des éléments allant au-delà de ce qui avait été déterminé dans le cadre de l'affaire *Neer*<sup>1389</sup>. En conséquence, à l'occasion de la négociation de nouveaux accords de libre-échange, les États ont décidé d'accorder moins de marge d'interprétation aux tribunaux en établissant des dispositions plus claires et précises.

1097. Par exemple, opposés à une interprétation permettant l'application du TJE et des attentes légitimes, les États-Unis ont entrepris plusieurs actions afin de les limiter. Ils se sont assez souvent prononcés en ce sens à travers des déclarations écrites portant sur l'interprétation de traités régionaux tels que l'ALENA et le CAFTA-RD dans lesquelles ils ont catégoriquement rejeté que la notion d'attentes légitimes puisse constituer un élément du TJE en créant une obligation indépendante à la charge de l'État d'accueil ou même constituer une obligation en application du standard minimum de traitement en l'absence d'une pratique constante et d'une *opinio juris*<sup>1390</sup>.

1098. C'est ainsi que l'Accord de libre-échange conclu entre le Chili et les États-Unis dispose, dans l'annexe 10-A relative à l'article 10.4, s'agissant de l'application du standard que : « *the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the*

---

<sup>1387</sup> William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada, affaire CPA n° 2009-04, décision sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015, §§434-435.

<sup>1388</sup> *Ibidem*, §438.

<sup>1389</sup> J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, op. cit., p. 320. Voir également : *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, §§116-125 ; *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, §179 ; *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009, §§612-616.

<sup>1390</sup> *Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/14/2, soumission des États-Unis d'Amérique au titre de l'article 1128 de l'ALENA du 18 mars 2016, §13. Voir également : *Windstream Energy LLC c. Canada*, affaire CPA n° 2013-22, soumission des États-Unis d'Amérique au titre de l'article 1128 de l'ALENA du 12 janvier 2016, §16 ; *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz et Trevor B. Berkowitz c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° UNCT/13/2, CAFTA-RD Article 10.20.2, soumission des États-Unis d'Amérique du 17 avril 2015, §18 ; S. MANTILLA BLANCO, *Full protection and security in international investment law*, Cham, Springer, 2019, p. 288.

*economic rights and interests of aliens* »<sup>1391</sup>. En limitant le standard minimum aux seuls principes d'origine coutumière, cette disposition écarte *a priori* l'application du principe de protection des attentes légitimes ; à moins de démontrer qu'il est issu du droit coutumier.

1099. Un autre exemple intéressant est l'affaire *Al Tamimi c. Oman* relative à l'application de l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis et l'Oman. Le tribunal a alors considéré que : « *a breach of the minimum standard requires a failure, wilful or otherwise egregious, to protect a foreign investor's basic rights and expectations* »<sup>1392</sup>. Bien que les attentes légitimes soient reconnues ici comme un élément à prendre en compte, le tribunal a tout de même précisé que les critères de protection devaient être nécessairement plus élevés de manière à éviter que « *every minor misapplication of a State's laws or regulations* » puisse être qualifiée de violation du standard. Or, à notre avis, cette condition rend inutile toute invocation des attentes légitimes qui se retrouvent alors inapplicables en pratique.

1100. Ce constat est encore renforcé par un autre exemple, cette fois-ci s'agissant du CAFTA-RD. Dans l'affaire *Berkowitz c. Costa Rica*, le raisonnement du tribunal est resté cohérent avec celui retenu dans l'affaire précitée. En effet, il a indiqué que l'hypothèse selon laquelle le standard minimum de traitement incluait une « *standalone protection* » des attentes légitimes de l'investisseur n'avait pas suffisamment de fondement en pratique pour être en l'espèce retenue<sup>1393</sup>. Toutefois, cette approche a été nuancée par le tribunal lui-même qui a commencé son analyse en précisant qu'elle n'était pas applicable dans les hypothèses où la conduite de l'État est de nature à motiver l'investisseur à investir sur son territoire. On peut ainsi conclure que les attentes légitimes peuvent être dûment invoquées et retenues si elles reposent sur un comportement étatique qui a poussé l'investisseur à prendre une décision commerciale au bénéfice dudit État.

---

<sup>1391</sup> *Free Trade Agreement between Chile and the United States of America*, signé à Miami le 6 juin 2003, adoptée par décret (Implementation Act) n° 108-77 [H.R. 2738] du 3 septembre 2003, Annexe 10-A.

<sup>1392</sup> *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Oman*, affaire CIRDI n° ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015, §390.

<sup>1393</sup> *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz et Trevor B. Berkowitz c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° UNCT/13/2, sentence provisoire du 25 octobre 2016, §283.

1101. C'est aussi l'absence d'application uniforme de ces standards et du principe de protection des attentes légitimes qui a conduit à ce que le nouvel Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, le Mexique et le Canada en 2018, dénommé « USMCA », soit rédigé dans des termes clairs et précis. Ce faisant, les parties ont visé si ce n'est à éviter, à tout le moins à réduire le pouvoir normatif de l'arbitre international au moment de l'appliquer. En effet, l'article 14.6, alinéa 4 de cet accord dispose que « *for greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result* »<sup>1394</sup>.

1102. Cette position semble cependant complètement contradictoire avec le droit national des États parties dans la mesure où la notion d'attentes légitimes est assez bien ancrée au sein de leurs ordres juridiques. Toutefois, le fait que la déception des attentes légitimes ne puisse constituer une violation de cet article n'empêche pas qu'elles puissent être prises en compte lors de son application.

1103. Il reste à présent à attendre les analyses et les interprétations qui seront retenues par les tribunaux arbitraux en application de ce traité sachant que, comme nous avons pu le constater *infra*, ces derniers se rejoignent déjà sur le fait que le standard minimum de traitement avait inévitablement évolué pour s'adapter à la nouvelle réalité de la société internationale.

1104. Au vu de la position des États-Unis concernant l'application du TJE ainsi que du principe de protection des attentes légitimes, tous les traités régionaux auxquels ce pays est membre ont limité leur portée. Cependant, une telle restriction n'empêche pas son invocation devant les tribunaux arbitraux, ni son application en tant que principe général de droit, car ce principe est essentiel pour la détermination d'une violation du TJE ou encore la reconnaissance d'une expropriation. De plus, cette objection persistante peut être vue comme une preuve concrète de l'application

---

<sup>1394</sup> S. MANTILLA BLANCO, *Full protection and security in international investment law*, *op. cit.*, p. 288. Voir notamment : *Accord Canada-États-Unis-Mexique (USMCA)*, signé à Buenos Aires le 30 novembre 2018, adoptée par décret (Implementation Act) n° 116-113 [H.R.5430] du 9 janvier 2020, Chapitre 14, Article 14.6.

universelle de cette notion rendant indispensable que tout État qui ne souhaite pas se la voir appliquer s’y oppose. Il convient donc de se demander s’il ne s’agit pas d’une coutume émergente ?

1105. Afin de tenter de répondre à cette question, nous allons conclure ce chapitre en étudiant l’évolution du principe de protection des attentes légitimes dans la pratique arbitrale en vue de déterminer son contenu.

### **3. L’évolution des attentes légitimes dans la pratique arbitrale : vers un principe défini et délimité**

1106. Au cours de notre analyse, nous avons pu constater une évolution des attentes légitimes qui, d’une notion ambiguë aux origines floues, sont devenues une notion plus précise et surtout bien délimitée ce qui permet d’éviter des abus d’invocation. En ce sens, il convient, d’une part, d’analyser plus en détail l’évolution de cette notion et, d’autre part, de déterminer si la pratique arbitrale pourrait ultérieurement conduire à lui reconnaître une place au sein des TBI.

#### ***3.1. Chronologie de l’invocation des attentes légitimes dans le cadre de la pratique arbitrale***

1107. Depuis plusieurs années, le principe de protection des attentes légitimes est systématiquement invoqué conjointement au TJE ou dans le cadre du contentieux de l’expropriation. Cependant, sa portée est limitée par les tribunaux arbitraux qui refusent de reconnaître cette protection lorsque les attentes légitimes ne reposent pas sur une assurance, une représentation ou un comportement de l’État d’accueil<sup>1395</sup>. À titre d’exemple, dans l’affaire *Saint-Gobain c. Venezuela*, le tribunal n’a pas reconnu l’existence d’attentes légitimes au bénéfice du demandeur au motif que ce dernier

---

<sup>1395</sup> Il est généralement admis que « [t]he legal framework on which the investor is entitled to rely consists of legislation and treaties, assurances contained in decrees, licenses, and similar executive statements, as well as contractual undertakings. Specific representations play a central role in the creation of legitimate expectations », Voir : *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §642 ; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC n° V2013/153, sentence du 12 juillet 2016, §775 ; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. Italie*, affaire CIRDI n° ARB/14/3, sentence du 27 décembre 2016, §371 ; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018, §538 ; *Georg Gavrilovic et Gavrilovic d.o.o. c. Croatie*, affaire CIRDI n° ARB/12/39, sentence du 26 juillet 2018, §956.

n'avait pas valablement démontré l'existence d'une promesse ou d'un engagement de la part de l'État d'accueil sur lesquels reposeraient ses attentes<sup>1396</sup>.

1108. Il semble ainsi indispensable de retracer l'origine des attentes légitimes afin que les arbitres puissent les analyser à la lumière des circonstances ayant permis leur naissance et de déterminer correctement leur portée<sup>1397</sup>.

1109. Cet examen nous permettra, d'une part, de préciser l'évolution du contenu des attentes légitimes au regard de la pratique arbitrale et, d'autre part, de répondre à la question de savoir si cette pratique pourrait bien avoir comme conséquence une modification des TBI afin qu'ils incluent cette notion qui fait l'objet d'une application constante et d'une acceptation tacite de la plupart des États.

1110. Il convient à cet égard d'établir une chronologie de l'évolution de la notion d'attentes légitimes dans le cadre de la pratique arbitrale, en commençant par étudier la première sentence l'ayant appliquée puis en abordant des affaires plus récentes.

1111. Un examen de la pratique arbitrale nous permet de relever plusieurs différences quant au lexique employé par les tribunaux arbitraux pour faire référence aux diverses sources des attentes légitimes. Tout d'abord, le terme « *assurance* » désigne toute action destinée spécifiquement à l'investisseur ou à un groupe restreint d'investisseurs pouvant faire naître des attentes légitimes. Le vocable « *représentation* », quant à lui, fait plutôt référence à tout comportement ou action générale qui n'est pas destiné à un seul investisseur ou à un groupe limité d'investisseurs mais qui conduit également à l'émergence d'attentes légitimes<sup>1398</sup>.

1112. Pour des raisons de clarté de notre étude, nous allons nous concentrer sur les sentences les plus importantes en la matière tout en indiquant en note de bas de page d'autres sentences qui ont retenu une analyse proche ou identique. De plus, nous

---

<sup>1396</sup> *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/12/13, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 décembre 2016, §535.

<sup>1397</sup> *Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-01, sentence du 2 mai 2018, §360. Voir également : *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH et BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/16, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 2 décembre 2019, §459.

<sup>1398</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §122.

proposerons de suivre un raisonnement chronologique en prenant garde de préserver la cohérence de l'ensemble des développements.

1113. Nous trouvons pour la première fois la notion d'attentes légitimes en tant que telle dans l'affaire *Aminoil c. Kuwait*. Le tribunal l'a présentée comme un élément essentiel de l'interprétation d'un contrat en estimant qu'au-delà du texte, il était également indispensable de prendre en compte les éventuelles modifications ainsi que le comportement des parties tout au long de son exécution parce qu'ils permettent de dégager, même si cela se fait fortuitement, la manière dont les attentes légitimes des parties « *are to be seen, and sometimes seen as becoming modified according to the circumstances* »<sup>1399</sup>.

1114. La protection des attentes légitimes contractuelles n'est pourtant pas sans difficulté, notamment en l'absence de clause parapluie. En effet, il est généralement admis que le droit applicable et la juridiction compétente sont ceux de l'État partie, notamment en l'absence de facteurs aggravants permettant d'élever cette violation au plan international comme l'intervention d'un élément de puissance publique ou de pouvoir souverain dans la violation ou l'inexécution du contrat<sup>1400</sup>. Comme en témoigne l'affaire *AES c. Kazakhstan*, la nature même des attentes légitimes contractuelles peut contribuer à leur protection internationale à la condition de prendre en compte les circonstances générales permettant leur émergence et leur déception, leur fondement, « *reliance upon it in practice* » ainsi que les raisons et le contexte de leur déception<sup>1401</sup>.

1115. Les premières mentions de cette notion ont ainsi été faites sous le volet contractuel ; circonstance qui est toujours aussi controversée tant au sein de la doctrine que dans la pratique arbitrale. En effet, la question de savoir si une attente contractuelle peut être élevée au rang international est toujours d'actualité mais il est généralement

---

<sup>1399</sup> *The American Independent Oil (AMINOIL) Company c. Kuwait*, affaire ad hoc, sentence finale du 24 mars 1982, §149. Voir également : *PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §246.

<sup>1400</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §536. Voir également : *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §291 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §607 ; *UAB Energija (Lituanie) c. Lettonie*, affaire CIRDI n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017, §838.

<sup>1401</sup> *AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/10/16, sentence du 1<sup>er</sup> novembre 2013, §291 ; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/30, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 novembre 2018, §261.

admis que cette situation suppose avant tout l'existence d'une clause parapluie<sup>1402</sup>. La notion a ainsi été adaptée afin de poursuivre son évolution au sein du contentieux du droit des investissements en devenant une notion dérivant du droit de propriété de l'investisseur.

1116. Le lien entre attentes légitimes et droit de propriété se manifeste plus concrètement au sein du contentieux de l'expropriation. Selon l'arbitre Lagergren, dans son opinion séparée sur l'affaire *INA Corporation c. Iran*, une approche flexible du contexte d'une expropriation suppose de prendre en compte tant les attentes légitimes des investisseurs étrangers que les besoins de l'État d'accueil qui peut par exemple être soumis à un processus radical de restructuration économique<sup>1403</sup>. *Ce point est plus concrètement admis dans la résolution 1803 (XVII) adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies*<sup>1404</sup>. L'expropriation est une notion qui date d'au moins le début du XX<sup>e</sup> siècle et une étude de la pratique arbitrale interétatique permet d'éclairer l'origine de la notion d'attentes légitimes au sein de ce contentieux : celle-ci remonte aux années 1960, donc bien avant l'affaire *Aminoil c. Kuwait*.

1117. L'affaire *Saar Papier c. Pologne* reprend ce raisonnement en précisant que dès lors qu'il existe une garantie constitutionnelle de protection du droit de propriété, l'État d'accueil ne peut décevoir sans compensation les attentes légitimes des parties qui, sur cette base, ont acquis des biens<sup>1405</sup>.

1118. L'affaire *SD Myers c. Canada* illustre également parfaitement le lien qui existe entre le droit de propriété et les attentes légitimes. En effet, l'arbitre Schwartz, dans son opinion dissidente, a précisé à cette occasion que les expropriations non indemnisées lésaient les attentes légitimes et raisonnables du propriétaire reposant sur son droit de propriété en vertu du droit et de l'équité<sup>1406</sup>. Cette relation est également reconnue en droit européen des droits de l'Homme.

---

<sup>1402</sup> *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, §335.

<sup>1403</sup> *INA Corporation c. Iran*, affaire n° 161, sentence n° 184-161-1, 13 août 1985, IUSCT, opinion individuelle du juge Lagergren, §4.

<sup>1404</sup> Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 14 décembre 1962, §4.

<sup>1405</sup> *Saar Papier Vertriebs GmbH c. Pologne (I)*, affaire CNUDCI, sentence du 16 octobre 1995, §97.

<sup>1406</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000, opinion individuelle de Bryan Schwartz, §213.

1119. La simple invocation d'une violation du principe de protection des attentes légitimes n'est néanmoins pas suffisante pour que le tribunal arbitral accorde une quelconque réparation. En effet, il est aussi essentiel de présenter toute preuve concrète démontrant le manque à gagner ou les pertes que cette violation a provoqués, notamment lorsque les attentes légitimes entrent en compte dans la fixation d'une indemnisation ou rajoutent de la valeur à l'investissement<sup>1407</sup>.

1120. Comme en témoigne l'affaire *San Jacinto c. Iran*, l'analyse des attentes légitimes dérivant du droit de propriété implique l'étude de tout accord conclu entre les parties ainsi que le comportement de ces dernières pendant les négociations, ce qui suppose de prendre aussi en compte toutes les circonstances factuelles et juridiques de l'affaire en question<sup>1408</sup> ; plus précisément, toutes celles qui ont pu conduire à une atteinte à l'exercice des droits et obligations des parties à l'époque où l'accord était encore en vigueur<sup>1409</sup>. Les attentes légitimes semblent ici être entendues dans un sens large. Le tribunal a mené une analyse du rapport des parties en considérant plusieurs étapes, allant de la négociation à la conclusion de l'accord. En effet, les attentes légitimes qui naissent pendant la phase de négociation d'un accord se concrétiseront lors de sa conclusion, ce qui rend leur prise en compte indispensable au moment de déterminer l'indemnisation.

1121. Un autre aspect de ce lien a été mis en avant dans le cadre de l'affaire *Encana c. Équateur*. Le tribunal a alors précisé que les attentes légitimes étaient inhérentes au droit d'obtenir un retour sur investissement sur la base des projections raisonnables de rendement futur réalisées par l'investisseur au moment de prendre sa décision d'investir ou pendant l'exécution de l'investissement<sup>1410</sup>. La notion d'attentes légitimes a ainsi évolué : d'un élément du droit de propriété, elle est devenue un élément concret de la définition même de l'investissement, associée aux prévisions que l'investisseur réalise compte tenu de l'environnement juridique existant au moment

---

<sup>1407</sup> *Middle East Cement Shipping & Handling Co. c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002, §128.

<sup>1408</sup> *San Jacinto Eastern Corporation et San Jacinto Service Company c. Iran & National Iranian Oil Company*, affaire n° 76, sentence partielle n° 311-74/76/81/150-3, 14 juillet 1987, IUSCT, §161. Voir également : *Rupert Joseph Binder c. République Tchèque*, affaire Ad hoc, sentence sur la compétence du 6 juin 2007, §443.

<sup>1409</sup> *San Jacinto Eastern Corporation et San Jacinto Service Company c. Iran & National Iranian Oil Company*, affaire n° 76, sentence partielle n° 311-74/76/81/150-3, 14 juillet 1987, IUSCT, §161.

<sup>1410</sup> *EnCana Corporation c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3481, sentence du 3 février, opinion dissidente partielle de Horacio A. Grigera Naón, §18.

d'investir. La question qui se pose à présent est celle de savoir si la protection des attentes légitimes suppose une stabilité de cet environnement et, partant, une limitation du pouvoir normatif de l'État.

1122. La pratique arbitrale, en particulier l'affaire *CME c. République Tchèque*, nous permet de répondre à une question longuement débattue au sein de la doctrine : quels sont les effets de la protection des attentes légitimes sur la stabilité du droit en l'absence de clause de stabilité ou d'assurances spécifiques ? Il est généralement admis qu'aucune attente « légitime » ne peut conduire à supposer que l'ordre juridique de l'État d'accueil restera figé et qu'aucune modification du droit ne peut toucher aux intérêts d'un investisseur étranger<sup>1411</sup>.

1123. En ce sens, l'analyse de la protection des attentes légitimes reposant sur la garantie de la stabilité du droit doit prendre en considération plusieurs critères, notamment la forme et le contenu d'un tel engagement. Il convient aussi de vérifier la clarté avec laquelle l'État a exprimé l'intention de figer son droit au profit d'un ou de plusieurs investisseur(s)<sup>1412</sup> sachant que cela peut avoir automatiquement comme effet de créer dans l'esprit du bénéficiaire une perception de prévisibilité de l'environnement juridique de cet État<sup>1413</sup>. Néanmoins, une approche plus restrictive peut être retenue lorsque l'investissement a lieu dans un État politiquement instable, comme l'illustre l'affaire *Copper Mesa c. Équateur*<sup>1414</sup>. Une pratique généralisée retient dans cette hypothèse que l'investisseur doit assumer le risque associé à toute modification de l'ordre juridique de l'État d'accueil<sup>1415</sup>.

---

<sup>1411</sup> *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, affaire ad hoc, sentence partielle du 13 septembre 2001, §356. Voir également : *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, §205 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §§114-117 ; *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §317 ; *Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/10/17, sentence du 26 février 2014, §319 ; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., et al. c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/150, sentence finale du 14 novembre 2018, §356 ; *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. Indonésie*, affaire CPA n° 2015-40, sentence finale du 29 mars 2019, §252 ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-21, sentence du 15 mai 2019, §493 ; *I.C.W. Europe Investments Limited c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-22, sentence du 15 mai 2019, §547 ; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/12, sentence du 2 août 2019, §366 ; *Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/1, sentence du 2 décembre 2019, §264.

<sup>1412</sup> *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §121.

<sup>1413</sup> *Stans Energy Corp. et Kutisay Mining LLC c. Kirghizistan (I)*, affaire MCCI n° A-2013/29, sentence du 30 juin 2014, §258.

<sup>1414</sup> Les modifications de lois sont, en effet, un risque à prendre en considération mais les tribunaux tiendront également compte du comportement de l'État, des raisons justifiant les modifications, des dommages que cela représente pour l'investisseur afin de déterminer l'existence d'une déception des attentes légitimes et conséquemment du standard de traitement juste et équitable.

<sup>1415</sup> *Copper Mesa Mining Corporation c. Équateur*, affaire CPA n° 2012-02, sentence du 15 mars 2016, §§6.61-6.62.

1124. Nous pouvons toutefois retenir une approche plus tempérée<sup>1416</sup> visant à concilier les intérêts tant de l'État que de l'investisseur<sup>1417</sup> en tenant compte de deux éléments : d'une part, une attente ne sera ni légitime ni raisonnable si elle repose sur l'idée que l'ordre juridique de l'État d'accueil ne sera jamais modifié à moins qu'une assurance n'ait été spécifiquement exprimée<sup>1418</sup> ; d'autre part, le pouvoir normatif de l'État n'est pas absolu et les amendements apportés à un traité ne peuvent porter atteinte aux droits acquis par les investisseurs en vertu du traité original<sup>1419</sup>. En outre, les prérogatives de l'État peuvent également être limitées en conséquence des assurances ou des promesses que ce dernier a lui-même exprimées à l'égard des investisseurs à propos du maintien d'une situation juridique déterminée, comme en témoigne l'affaire *Greentech & NovEnergia c. Italie*<sup>1420</sup>.

1125. La quête d'un équilibre entre les droits et les intérêts des parties devient ainsi essentielle. Celle-ci a été affirmée dans l'affaire *Saluka c. République Tchèque*<sup>1421</sup>

---

<sup>1416</sup> *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §277. Voir également : *PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §255 ; *Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/23, sentence du 26 février 2008, §9.3.10 ; *SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, affaire SCC n° 132/2016, sentence finale du 25 mars 2020, §702.

<sup>1417</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §285 ; *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §529 ; *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/12/17, sentence du 14 août 2015, §138.

<sup>1418</sup> *Ulysseas, Inc. c. Équateur*, affaire CPA n° 2009-19, sentence finale du 12 juin 2012, §249. Voir également : *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017, §668.

<sup>1419</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §386 ; *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §422.

<sup>1420</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC n° V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, §450.

<sup>1421</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §305. Voir également : *Peter Franz Vöcklinghaus c. République Tchèque*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 19 septembre 2011, §201 ; *Copper Mesa Mining Corporation c. Équateur*, affaire CPA n° 2012-02, sentence du 15 mars 2016, §6.62 ; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §332 ; *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §236 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) c. Argentine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §236 ; *Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI n° ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, §290 ; *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §7.77 ; *Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. Pologne*, affaire CPA n° 2014-11, sentence du 12 août 2016, §551 ; *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017, §362 ; *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §408 ; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., et al. c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/150, sentence finale du 14 novembre 2018, §363 ; *South American Silver Limited (Bermudes) c. Bolivie*, affaire CPA n° 2013-15, sentence du 22 novembre 2018, §649 ; *AES Solar et al. (PV Investors) c. Espagne*, affaire CPA n° 2012-14, sentence finale du 28 février 2020, §582 ; *Cavalum SGPS, S.A. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives concernant le quantum du 31 août 2020, §419.

ainsi que dans l'affaire *Nykomb c. Lettonie* en application de l'article 10 du TCE<sup>1422</sup>. Une telle démarche rend indispensable le recours à un test de proportionnalité prenant en compte le pouvoir normatif de l'État ainsi que les attentes légitimes de l'investisseur<sup>1423</sup>. Il s'agit alors notamment de déterminer si les modifications du droit en vigueur qui ont été réalisées étaient nécessaires et justifiées<sup>1424</sup> mais également si l'État n'a pas agi de manière irraisonnable ou disproportionnée ou contraire à l'intérêt général<sup>1425</sup>.

### **3.2. Vers une définition concrète des attentes légitimes : première tentative de définition**

#### **3.2.1. Une première tentative de définition : un éclaircissement des éléments de la notion**

1126. Ce n'est que dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* qu'une première tentative de définition de la notion d'attentes légitimes a eu lieu<sup>1426</sup>. Le tribunal a alors effectivement éclairé différents éléments indispensables à son analyse<sup>1427</sup>.

---

<sup>1422</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, affaire SCC n° 118/2001, opinion de Thomas Wälde de juin 2003, §125. Voir également : *Ron Fuchs c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/07/15, sentence du 3 mars 2010, §438. Même s'il se réfère à la notion d'attentes légitimes comme étant un standard, comme l'a également fait le tribunal dans l'affaire *Gold Reserve c. Venezuela* : « With particular regard to the legal sources of one of the standards for respect of the fair and equitable treatment principle, i.e. the protection of "legitimate expectations", these sources are to be found in the comparative analysis of many domestic legal systems » (*Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, §576).

<sup>1423</sup> *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §643, §694.

<sup>1424</sup> *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017, §370.

<sup>1425</sup> *Ibidem*, §370.

<sup>1426</sup> Cette tentative de donner une définition aux attentes légitimes est pour le moins controversée. Quelques tribunaux et membres de la doctrine ont décidé de la suivre partiellement ou complètement, alors que d'autres la considèrent utopique et par conséquent impossible. En ce sens, voir notamment : *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §342 : « Sometimes, the description of what FET implies looks like a programme of good governance that no State in the world is capable of guaranteeing at all times » ; *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, décision d'annulation du 21 mars 2007, §§67-69 ; *OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007, §244.

<sup>1427</sup> *Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, §154. Voir également : *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §298 ; *OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007, §242 ; *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §183 ; *White Industries Australia Limited c. Inde*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 30 novembre 2011, §10.3.5 ; *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §316 ; *Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 23 avril 2012, §222 ; *David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014, §193 ; *Stans Energy Corp. et Kutisay Mining LLC c. Kirghizistan (I)*, affaire MCCI n° A-2013/29, sentence du 30 juin 2014, §258 ; *Bernhard von Pezold et al. c. Zimbabwe*, affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015, §546.

1127. Son raisonnement a été bien accueilli par la pratique arbitrale. Il est depuis admis que les attentes légitimes à protéger sont celles que l'investisseur a prises en compte lorsqu'il a décidé d'investir dans l'État d'accueil<sup>1428</sup>. Après avoir mené une enquête de *due diligence*<sup>1429</sup>, l'investisseur peut effectivement s'attendre à un comportement constant et clair de l'État d'accueil ainsi qu'à un environnement transparent et prévisible<sup>1430</sup> sans qu'aucune modification arbitraire ne puisse en principe intervenir et, si une telle situation survenait, il devrait dûment être indemnisé à la hauteur du préjudice subi<sup>1431</sup>.

1128. Les attentes légitimes sont d'autant plus prises en compte lorsque « *the investment has been attracted and induced by means of assurances and representations* »<sup>1432</sup>. Il est toutefois plus facile de démontrer l'existence d'une attente

---

<sup>1428</sup> Voir également : *Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §372 ; *Siemens A.G. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, §298 ; *Parkerings-Compagnie AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §330 ; *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §298 ; *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §458 ; *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, §600 ; *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §§173-174 ; *Invesmart c. République Tchèque*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence du 26 juin 2009, §252 ; *EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, §§216-219 ; *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §224 ; *AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010, §9.3.8 ; *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §287 ; *Marion Unglaube c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/08/1, sentence du 16 mai 2012, §249 ; *Reinhard Hans Unglaube c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012, §249 ; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §695 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §623 ; *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence du 7 mars 2017, §509 ; *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §436 ; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018, §536 ; *Watkins Holdings S.a r.l. et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/44, sentence du 21 janvier 2020, §517 ; *Global Telecom Holding S.A.E. c. Canada*, affaire CIRDI n° ARB/16/16, sentence du 27 mars 2020, §539.

<sup>1429</sup> *Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, §301. Voir également : *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §127.

<sup>1430</sup> Voir : *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, affaire SCC n° 088/2004, opinion partiellement dissidente de Volterra du 12 avril 2007, §29 ; *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §262 ; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/03/29, sentence du 27 août 2009, §§190-191 ; *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §371 ; *Bernhard von Pezold et al. c. Zimbabwe*, affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015, §546 ; *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/1, décision sur la compétence et la responsabilité, 10 novembre 2017, §900 ; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §662 ; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/36, sentence du 6 septembre 2019, §486.

<sup>1431</sup> *Ron Fuchs c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/07/15, sentence du 3 mars 2010, §437. Voir également : *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/18, sentence du 3 mars 2010, §436 ; *British Caribbean Bank Ltd. c. Belize*, affaire CPA n° 2010-18, sentence du 19 décembre 2014, §283.

<sup>1432</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §298. Voir également : *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. Italie*, affaire CIRDI n° ARB/14/3, sentence du 27 décembre 2016, §371 ; *Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/1, sentence du 2 décembre 2019, §263 ; *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §531. Voir aussi : *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §671 ; *Azurix c. Argentine*,

légitime spécifique ou reposant sur une assurance<sup>1433</sup>. En effet, les tribunaux arbitraux ne semblent pas s'accorder sur le degré de protection à octroyer aux attentes légitimes dérivant d'une représentation générale<sup>1434</sup> et peuvent même parfois conclure à sa non-protection<sup>1435</sup>, une situation qui reste toutefois rare.

1129. Dès lors, une obligation pèse sur l'État d'accueil de s'assurer que les « *investment prospectuses* » n'engendrent pas de fausses attentes chez les investisseurs étrangers<sup>1436</sup>. À cet égard, l'affaire *Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne* a mis en évidence le fait qu'aucune attente portant sur la stabilité du droit de l'État d'accueil ne pouvait naître de la présentation *power point* d'une agence nationale, un document qui n'est pas doté d'un pouvoir réglementaire<sup>1437</sup>.

---

affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §318 ; *Toto Construzioni Spa c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §159 ; *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, §495 ; *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §407.

<sup>1432</sup> *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence du 22 août 2017, §581.

<sup>1433</sup> *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012, §7.78. Voir également : *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/10/23, sentence du 19 décembre 2013, §617 ; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/36, sentence du 6 septembre 2019, §481 ; *OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007, §247 ; *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, §176 ; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §150 ; *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §547 ; *PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007, §241.

<sup>1434</sup> Parmi les sentences ayant accordé une protection des attentes légitimes fondées sur des représentations ou autres actes généraux de l'État, on peut notamment citer *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018, §490 : « There are two schools of thought on this question. In essence, one school of thought considers that such commitments can result from general statements in general laws or regulations. The other considers that any such commitments have to be specific ». Voir également : *Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. Colombie*, affaire CIRDI n° ARB/16/6, sentence du 27 août 2019, §1368 ; *RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 30 décembre 2019, §453 ; *Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/07/19, sentence du 25 novembre 2015, §155 ; *Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/13/2, sentence du 7 mars 2017, §509 ; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC n° 2015/063, sentence finale du 15 février 2018, §650 ; *AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §222 ; *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §70 ; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) n° UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010, §233 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §§120-122 ; *Rupert Joseph Binder c. République Tchèque*, affaire ad hoc, décision sur la compétence du 6 juin 2007, §443 ; *Murphy Exploration & Production Company - International c. Équateur (II)*, affaire CPA n° 2012-16, sentence partielle finale du 6 mai 2016, §248.

<sup>1435</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §372. Voir également : *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, §499 : « A juicio del Tribunal Arbitral un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada ». Voir aussi : *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, §427 ; *Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017, §8.47 ; *EnCana Corporation c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3481, sentence du 3 février, §173 ; *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. et Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, §490.

<sup>1436</sup> *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/13/1, sentence du 22 août 2017, §581.

<sup>1437</sup> *Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/1, sentence du 2 décembre 2019, §287.

1130. Par conséquent, les attentes légitimes peuvent seulement naître d'une assurance, d'un comportement ou d'une représentation générale. Cette conclusion ressort d'une pratique arbitrale constante. Il est cependant aussi indispensable de tenir compte des circonstances entourant la conclusion de l'accord en question ainsi que le comportement de l'État d'accueil afin de déterminer la légitimité des attentes de l'investisseur<sup>1438</sup>.

1131. Cette légitimité peut être relevée dans l'intention des parties : l'auteur de l'acte ou du comportement à l'origine des attentes légitimes de l'investisseur a effectivement eu l'intention de les faire naître. Cela est parfaitement illustré dans l'affaire *Bridas c. Turkménistan*<sup>1439</sup> et dans l'affaire *MCI Power c. Équateur*. Dans cette dernière, le tribunal a aussi précisé que la légitimité des attentes supposait que les parties se basent sur la certitude du contenu d'« *enforceable obligations* »<sup>1440</sup>.

1132. La raisonnable d'une attente implique, quant à elle, une obligation de coopération entre les parties afin d'assurer la bonne exécution de leur accord, comme en témoigne l'affaire *Joseph Lemire c. Ukraine*<sup>1441</sup>, mais aussi une obligation de *due diligence* de l'investisseur qui le conduit à analyser au préalable tous les risques inhérents à l'investissement compte tenu des circonstances existantes dans l'État d'accueil<sup>1442</sup>. Ainsi, l'investisseur ne peut avoir d'attentes légitimes quant à la stabilité de l'ordre juridique de l'État d'accueil si ce dernier se trouve en pleine transition<sup>1443</sup>.

---

<sup>1438</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §355 ; *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §458. Voir également : *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §340 ; *Nordzucker AG c. Pologne*, deuxième sentence partielle (fond) du 28 janvier 2009, §§86-88 ; *Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §165 ; *ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2010-05, sentence finale du 19 septembre 2013, §4.765 ; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §629 ; *South American Silver Limited (Bermudes) c. Bolivie*, affaire CPA n° 2013-15, sentence du 22 novembre 2018, §648.

<sup>1439</sup> *Bridas S.A.P.I.C., et al. c. Turkménistan et Turkmenneft*, affaire CCI n° 9058/FMS/KGA, sentence partielle du 25 juin 1999, §72. Voir également : *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §132.

<sup>1440</sup> *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet, §278.

<sup>1441</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (I)*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/1, sentence d'accord des parties du 18 septembre 2000, §24.

<sup>1442</sup> *UAB E energija (Lituanie) c. Lettonie*, affaire CIRDI n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017, §837. Voir également : *Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-01, sentence du 2 mai 2018, §360.

<sup>1443</sup> *Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, §245. Voir également : *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012, §1005.

1133. Il en résulte que peu importe le traité qu'ils appliquent, les tribunaux s'accordent sur le fait que les attentes légitimes des investisseurs peuvent reposer sur des assurances ou bien des représentations du moment où elles sont légitimes et surtout raisonnables<sup>1444</sup> ; autrement il ne s'agit que de simples espérances<sup>1445</sup>. Toutefois, le fait de se fonder sur un acte général ou spécifique n'est pas suffisant pour déterminer la légitimité ou raisonnable des attentes, comme en témoigne l'affaire *9REN Holding c. Espagne*<sup>1446</sup>.

1134. On l'a vu, l'investisseur a l'obligation d'agir selon un principe de *due diligence*<sup>1447</sup>, comme l'a en particulier réaffirmé le tribunal dans l'affaire *Parkerings Compagniet c. Lituanie*<sup>1448</sup>. Pour autant, cette obligation n'implique pas que l'investisseur puisse prévoir tous les risques étant donné qu'il dispose généralement de peu d'informations au moment d'investir. Il peut à tout le moins avoir l'attente légitime et raisonnable d'être traité juste et équitablement<sup>1449</sup> mais aussi d'être indemnisé s'il

---

<sup>1444</sup> *RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 30 décembre 2019, §454. Voir également : *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §331 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §§117-118 ; *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §671 ; *William Nagel c. République Tchèque*, affaire SCC n° 049/2002, sentence finale du 9 septembre 2003, §212 ; *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §175 ; *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/04/13, sentence du 6 novembre 2008, §186 ; *Walter Bau c. Thaïlande*, Affaire ad hoc, sentence du 1<sup>er</sup> juillet 2009, §§11.10-11.11 ; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, affaire SCC n° 064/2008, sentence partielle sur la compétence et la responsabilité du 2 septembre 2009, §200 ; *Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §117.

<sup>1445</sup> *Invesmart c. République Tchèque*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence du 26 juin 2009, §200. Voir également : *Nations Energy, Inc. et al. c. Panama*, affaire CIRDI n° ARB/06/19, sentence du 24 novembre 2010, §§531-537 ; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018, §536 ; *Belenergia S.A. c. Italie*, affaire CIRDI n° ARB/15/40, sentence du 6 août 2019, §571 ; *AES Solar et al. (PV Investors) c. Espagne*, affaire CPA n° 2012-14, sentence finale du 28 février 2020, §573 ; *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. c. Algérie*, affaire CIRDI n° ARB/17/1, sentence du 29 avril 2020, §283 ; *Cavalum SGPS, S.A. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 31 août 2020, §418 ; *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007, §349.

<sup>1446</sup> *9REN Holding S.a.r.l c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/15, sentence du 31 mai 2019, §295. Voir également : *SolEs Badajoz GmbH c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/15/38, sentence du 31 juillet 2019, §313 ; *RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 30 décembre 2019, §454.

<sup>1447</sup> Voir : *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, affaire SCC n° 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007, §§235-237. L'obligation de *due diligence* implique que l'investisseur soit en mesure de prévoir des changements politiques ou juridiques intervenant au sein de l'État d'accueil compte tenu de la situation politique et socio-économique au moment où il a décidé d'investir. Voir également : *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §187 ; *Invesmart c. République Tchèque*, affaire ad hoc (CNUDCI), sentence du 26 juin 2009, §254 ; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC n° V2013/153, sentence du 12 juillet 2016, §781 : « Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas ».

<sup>1448</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007, §333.

<sup>1449</sup> *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017, §679 : « This does not, however, exclude the expectation that the conduct of Respondent subsequent to Claimants' investment would be fair and equitable ».

était victime d'un préjudice ou s'il était privé de son investissement<sup>1450</sup>. La *due diligence* doit être démontrée lorsque ces attentes reposent sur des représentations issues notamment d'une loi ou d'une politique publique<sup>1451</sup>. Il est également nécessaire que la situation dans laquelle l'investisseur se trouve ne soit pas le résultat de ses propres actes ou négligences. Si tel était le cas, l'invocation des attentes légitimes ne serait pas admise<sup>1452</sup>. De ce fait, la considération de son comportement avant d'investir et pendant l'exécution de son investissement est cruciale<sup>1453</sup>. Dans l'affaire *Houben c. Burundi*, le tribunal a ainsi précisé que son analyse sera menée en tenant compte « des caractéristiques de l'État d'accueil et de l'investisseur, notamment de l'expérience professionnelle de ce dernier dans le pays concerné »<sup>1454</sup>.

1135. Il convient également de préciser que même si la majorité des tribunaux arbitraux retient que les attentes légitimes à protéger sont celles qui naissent des conditions existantes et des assurances de l'État d'accueil au moment de la décision d'investir, d'autres tribunaux ont pu reconnaître que des attentes légitimes pouvaient surgir au cours de l'exécution de l'investissement et même que certaines pouvaient s'étaler dans le temps à l'instar de l'investissement. Toutefois, ces dernières positions ne semblent pas encore faire l'unanimité<sup>1455</sup>, comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire *Mamidoil c. Albanie*<sup>1456</sup>. En tout état de cause, il est considéré comme

---

<sup>1450</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, §363. Voir également : *Georg Gavrilovic et Gavrilovic d.o.o. c. Croatie*, affaire CIRDI n° ARB/12/39, sentence du 26 juillet 2018, §986.

<sup>1451</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018, §494 : « If the general legislation is to be regarded as a source of an investor's legitimate expectations, the investor must demonstrate that it has exercised appropriate due diligence and that it has familiarised itself with the existing laws ». Voir aussi : *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, affaire CIRDI n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §424.

<sup>1452</sup> *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration & Production Company c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, §383.

<sup>1453</sup> Dans cette affaire, la question des attentes raisonnables et légitimes des parties a inévitablement conduit le tribunal à analyser également le comportement du demandeur. Voir *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §630: « the relevance of Claimant's conduct prior to and during the execution of the investment and its relevance to the establishment of the threshold for finding a violation of the FET standard, both with respect to legitimate expectations in general and to the stability and transparency of the legal framework in particular ».

<sup>1454</sup> *Joseph Houben c. Burundi*, affaire CIRDI n° ARB/13/7, sentence du 12 janvier 2016, §185.

<sup>1455</sup> *Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, affaire CPA n° 2017-33, sentence finale du 3 février 2020, §470 : « les attentes légitimes protégées par le droit international sont celles que l'investisseur a pu nourrir au moment de réaliser son investissement. Les attentes que l'investisseur a pu former postérieurement ne sont pas pertinentes à ce titre ». Voir également : *AES Solar et al. (PV Investors) c. Espagne*, affaire CPA n° 2012-14, sentence finale du 28 février 2020, §576 : « Further, expectations which are purported to be founded on general legislation have been treated with caution in a number of recent decisions » ; *SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, affaire SCC n° 132/2016, sentence finale du 25 mars 2020, §722.

<sup>1456</sup> Cela est à prendre avec précaution, le but étant de protéger les attentes légitimes survenant de l'investissement sans pour autant créer une charge disproportionnée à l'égard de l'État. Voir : *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §697 : « In most cases, arbitral tribunals are not preoccupied with distinguishing between the time when the investor decides to invest and the time when it actually effects the

indispensable de ne pas se limiter à fixer un point précis au cours du long processus de mise en œuvre d'un investissement. Il est plus convenable de se focaliser sur sa nature évolutive et progressive afin de préserver, à chaque étape, un équilibre entre les intérêts des parties<sup>1457</sup> sachant que les conséquences de la déception des attentes légitimes de l'investisseur s'aggravent au fur et à mesure de l'avancement de l'exécution du projet, l'investissement devenant alors de plus en plus important. Ce raisonnement a notamment été confirmé dans l'affaire *Arif c. Moldavie*<sup>1458</sup>. Nous pouvons de ce fait conclure que les attentes légitimes nées au moment de la décision d'investir peuvent évoluer avec l'investissement mais aussi que d'autres peuvent apparaître pendant son exécution sur la base de nouvelles assurances ou représentations de l'État<sup>1459</sup>.

### ***3.2.2. Une deuxième tentative de définition : vers une délimitation du contenu des attentes légitimes***

1136. Une autre sentence constitue une deuxième tentative de définition des attentes légitimes. Il n'est pas ici question de dégager des éléments supplémentaires constitutifs de cette notion mais plutôt de la délimiter. Précisément, dans l'affaire *Thunderbird c. Mexique*, le tribunal a considéré que la notion faisait notamment référence au fait que le comportement d'un État qui crée des attentes raisonnables et justifiées à l'égard d'un investisseur a pour conséquence que leur déception est susceptible de causer un préjudice à ce dernier. Il a, en outre, précisé que « *the threshold for legitimate expectations* » peut varier selon la nature de la violation du

---

investment. The Tribunal understands that an investment is a long process and cannot be reduced to a specific point in time » et §705 : « once both parties have come to an agreement about the future investment, the expectations are properly defined and created, and the State is bound to respect them » ; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017, §667 : « the fair and equitable treatment language has been interpreted to oblige a State not to frustrate an investor's legitimate expectations, either at the time of the investment or in the course of the investment, as long as those expectations were objectively reasonable, created by the State (the State intended for the investor to rely upon them) and relied upon by the investor ».

<sup>1457</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §707. Voir également : *Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010, §287; *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §557.

<sup>1458</sup> *Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013, §531. Voir également : *Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, §671.

<sup>1459</sup> *Ron Fuchs c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/07/15, sentence du 3 mars 2010, §441. Voir également : *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/18, sentence du 3 mars 2010, §439 ; *Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC n° 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, §486.

traité alléguée et des circonstances particulières de conclusion de ce dernier<sup>1460</sup>. Selon l'arbitre Thomas Wälde, dans son opinion séparée sur cette même affaire, le seuil de protection dépend également du type d'engagement de l'État, comme nous l'avons précédemment constaté : si le comportement est spécifique, la protection accordée aux investisseurs est plus importante<sup>1461</sup>.

1137. La notion d'attentes légitimes a également été reconnue comme un principe d'interprétation subsidiaire permettant de renforcer les outils d'interprétation à disposition des arbitres ; en plus d'être un élément autonome et parfois une « *independent basis for a claim* » à l'appui du TJE<sup>1462</sup>. Bien que constituant *a priori* une petite victoire en termes d'évolution et de reconnaissance de cette notion, ce raisonnement n'aura cependant pas les effets escomptés étant donné que les tribunaux arbitraux évitent de la qualifier de principe même si, en pratique, elle remplit bien ce rôle. De plus, elle reste majoritairement rattachée à l'existence d'une violation principale du traité applicable.

### ***3.2.3. Une troisième tentative de définition : reprise des éléments acceptés par les tribunaux arbitraux***

1138. Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, le tribunal a repris les éléments auparavant dégagés dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* mais ajouté un critère supplémentaire selon lequel la notion d'attentes légitimes suppose également de garantir que dans l'hypothèse où il serait privé de son investissement ou qu'il subirait d'autres préjudices, l'investisseur se retrouverait dûment indemnisé<sup>1463</sup>. Il a également été retenu que tout retrait ou modification arbitraire, irraisonnable ou disproportionné

---

<sup>1460</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, §§147-148. Voir également : *OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI n° ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007, §244.

<sup>1461</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde, §32.

<sup>1462</sup> *Ibidem*, §37.

<sup>1463</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §130. Voir également : *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §297 ; *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/12/17, sentence du 14 août 2015, §136.

de la situation ayant induit l'investisseur à investir était « *by definition unreasonable and a breach of the treaty* »<sup>1464</sup>.

1139. *A contrario*, une mesure résultant de l'exercice du pouvoir normatif de l'État et prise sur une base non-discriminatoire et dans l'intérêt général n'engendre généralement pas l'obligation de ce dernier d'indemniser l'investisseur étranger qui a été atteint par son action<sup>1465</sup>. Une importance particulière est toujours accordée aux critères de légitimité et de raisonabilité des attentes légitimes, comme en témoigne l'affaire *UAB c. Lettonie*<sup>1466</sup>.

1140. Par ailleurs, il ressort de l'affaire *Lidercón c. Pérou* que l'analyse des attentes légitimes se focalise sur deux principaux éléments : d'une part, les attentes légitimes *ex ante* qui suppose un examen de leur légitimité entendue comme « *the reasonable understanding of an investor in the context of the environment in which it was contemplating investing* »<sup>1467</sup> ; d'autre part, les obligations de l'investisseur en tant que contrepartie du droit de se prévaloir du TBI applicable « *in reaction to developments which it considered to be adverse* »<sup>1468</sup>.

1141. À travers cet examen chronologique, nous avons donc pu identifier trois affaires à l'occasion desquelles les tribunaux ne se sont pas conformés à une analyse des attentes légitimes à la lumière d'autres sentences arbitrales mais ont tenté d'en donner une définition et une délimitation précise en partant des éléments constitutifs de cette notion jusque-là dégagés par la pratique.

1142. La pratique arbitrale a esquissé le contenu et les limites du principe de protection des attentes légitimes. Il est ainsi généralement admis que celles-ci peuvent

---

<sup>1464</sup> *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §343. Voir également : *Bernhard von Pezold et al. c. Zimbabwe*, affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015, §546 ; *Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale du 17 décembre 2015, §318.

<sup>1465</sup> *Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017, §8.52.

<sup>1466</sup> *UAB E energija (Lituanie) c. Lettonie*, affaire CIRDI n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017, §835. Voir également : *Olin Holdings Limited c. Libye*, affaire CCI n° 20355/MCP, sentence finale du 25 mai 2018, §307 ; *Unión Fenosa Gas, S.A. c. Égypte*, affaire CIRDI n° ARB/14/4, sentence du 31 août 2018, §9.53 ; *Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-21, sentence du 15 mai 2019, §496 ; *Voltaic Network GmbH c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-20, sentence du 15 mai 2019, §500 ; *I.C.W. Europe Investments Limited c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-22, sentence du 15 mai 2019, §542 ; *Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. Colombie*, affaire CIRDI n° ARB/16/6, sentence du 27 août 2019, §1367.

<sup>1467</sup> *Lidercón, S.L. c. Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/17/9, sentence du 6 mars 2020, §185.

<sup>1468</sup> *Ibidem*, §185.

émerger de plusieurs actes étatiques, à savoir des représentations, des comportements ou des assurances émises à l'égard de l'investisseur par l'État d'accueil, soit au moment de prendre la décision d'investir, soit pendant l'exécution de l'investissement. Une seule et même attente peut aussi s'étaler dans le temps dans la mesure où un investissement ne s'exécute pas en un seul acte. Toutefois, en toute hypothèse, l'investisseur doit démontrer que ses attentes sont objectives, raisonnables et légitimes. Au regard de ces critères, ce dernier doit mener une enquête de *due diligence* avant d'investir afin d'étudier et évaluer la situation socio-politique, économique et juridique de l'État au sein duquel il souhaite investir.

1143. Il est donc évident que les attentes légitimes constituent désormais une notion essentielle et indispensable du contentieux du droit des investissements, ce malgré une absence évidente d'accord sur son statut. Même si elle a des attributs propres aux principes généraux du droit en contribuant notamment à l'interprétation du TJE ainsi qu'à la détermination d'une expropriation indirecte, nous la retrouvons parfois uniquement sous la forme d'un des éléments constitutifs de ces deux notions.

### ***3.3. La pratique ultérieure reconnaîtra-t-elle le principe de protection des attentes légitimes ?***

1144. L'article 31, alinéa 3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités stipule qu'« *il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Ainsi, l'interprétation d'un traité requiert non seulement de prendre en compte son objet et son but mais également la pratique ultérieure si sont réunies trois conditions : qu'elle soit concordante, commune et constante<sup>1469</sup>.

1145. L'affaire de *l'indemnité russe* a mis en évidence que « l'exécution des engagements est, entre États comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements »<sup>1470</sup>. Il s'agit d'un « devoir être » dans le cadre des rapports

---

<sup>1469</sup> M. KAMIL YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151, 1976, p. 48.

<sup>1470</sup> *Russian Claim for Interest on Indemnities (Russie c. Turquie)*, affaire CPA n° 1910-02, sentence du 11 novembre 1912, p. 433.

juridiques. En droit des investissements, lorsque l'une des parties est défaillante, cette question devra être portée devant un tribunal arbitral.

1146. Selon Mustafa Kamil Yasseen, « la pratique ultérieure peut jeter une lumière sur ce que les parties ont voulu lors de la conclusion du traité, mais elle peut en plus être révélatrice d'une interprétation qui s'accommode d'une intention commune naissante mettant en relief un nouvel objet et un nouveau but du traité et elle peut même aller jusqu'à établir l'accord des parties pour modifier le traité »<sup>1471</sup>. L'analyse de la pratique est donc indispensable pour notre étude sachant qu'elle peut être réputée acceptée par les parties en l'absence de réaction de leur part<sup>1472</sup>, en particulier lorsque la question de l'application d'un traité se pose devant un juge international.

1147. Cette pratique ultérieure peut ainsi préciser « *un but vague ébauché dans le texte et révéler quelquefois le sort d'un but initial : son développement, son déclin et même son remplacement par un autre but* »<sup>1473</sup>. Ne serait-ce dans le cas des attentes légitimes qui, grâce à une application quasi-systématique des tribunaux arbitraux, pourrait bien conduire à une reconnaissance des attentes légitimes dans les dispositions relatives au TJE des TBI.

1148. À l'appui de notre hypothèse, nous pouvons notamment citer l'*affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* au sujet de laquelle le tribunal a considéré qu'il y avait eu modification du traité en question en conséquence de la conduite postérieure des parties<sup>1474</sup>. En effet, selon Jean Pierre Cot, toute conduite doit être prise en compte « non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'Accord mais [...] comme source possible d'une modification postérieure, découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant la situation juridique des Parties et les droits que chacune d'entre elles pourraient légitimement faire valoir »<sup>1475</sup>.

---

<sup>1471</sup> M. KAMIL YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 49.

<sup>1472</sup> *Ibidem*

<sup>1473</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>1474</sup> *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, affaire ad hoc, sentence sur le fond du 9 décembre 1978, RSA vol. XVIII, pp. 454-493

<sup>1475</sup> J.-P. COT, « L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international (sentence arbitrale du 22 décembre 1963) », *Annuaire français de droit international*, vol. 10, 1964, p. 375.

1149. Dès lors, les investisseurs peuvent-ils légitimement s'attendre à ce que les arbitres tiennent compte de sentences similaires lorsqu'ils ont à résoudre une affaire ? L'interprétation de la pratique ultérieure permet-elle de conclure à l'inclusion de la protection des attentes légitimes dans les TBI, notamment au sein de dispositions relatives au TJE ?

### ***3.3.1. Existe-t-il un principe du précédent de facto dans la pratique arbitrale ?***

1150. Cette deuxième question ne se pose pas à l'égard de l'ALENA ou d'autres traités régionaux étant donné le rôle des sentences arbitrales dans le développement de la coutume semble désormais réglée<sup>1476</sup>. En effet, même s'il est généralement admis que cela ne constitue pas de « *state practice* », en réalité les parties ont tendance à citer d'autres affaires à l'appui de leur argumentation comme en témoigne l'affaire *RDC c. Guatemala* sur l'application du CAFTA-RD<sup>1477</sup>.

1151. Rien n'empêche alors les tribunaux de s'inspirer de sentences antérieures rendues sur des affaires similaires afin de rendre une jurisprudence cohérente et constante<sup>1478</sup>. Ce processus d'harmonisation est en partie dû à l'invocation d'autres sentences arbitrales par les parties afin de compléter leurs arguments, en particulier de sentences faisant référence aux attentes légitimes. C'est pourquoi, à notre sens, cette notion joue un rôle déterminant dans le développement de ce phénomène.

1152. Cela est notamment illustré par l'affaire *El Paso c. Argentine* dans le cadre de laquelle le tribunal a précisé qu'il était raisonnable de penser que les tribunaux arbitraux « *notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals* »<sup>1479</sup> afin de respecter les attentes légitimes de la communauté internationale conformément à l'État de droit<sup>1480</sup>. La pratique arbitrale

---

<sup>1476</sup> P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1477</sup> *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012, §217.

<sup>1478</sup> F. LENCI, « General Principles of Law on the Legal Force of Provisional Measures in International Investment Arbitration », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>1479</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006, §39.

<sup>1480</sup> *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009, §90. Voir également : *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/23,

reconnait ainsi les attentes légitimes de l'ensemble des acteurs du contentieux du droit des investissements ; à savoir les investisseurs, les États et les arbitres amenés à se prononcer. Cela est le résultat de l'invocation systématique de ces attentes légitimes par les parties à l'appui de leurs arguments<sup>1481</sup>. Cette tendance a, par exemple, permis de reconnaître les attentes légitimes en tant qu'élément prédominant du TJE sans qu'aucun tribunal ne s'oppose à cette affirmation<sup>1482</sup>, comme en témoigne l'affaire *Bogdanov c. Moldavie*<sup>1483</sup>.

1153. Les tribunaux ne manquent pas de rappeler qu'il n'existe pas de principe du précédent qui puisse les contraindre à fonder leurs solutions sur des décisions antérieures portant sur une affaire similaire<sup>1484</sup>. En réalité, cette précaution n'a toutefois aucune conséquence réelle pour les parties qui s'inspireront tout de même d'autres sentences pour élaborer leur argumentation.

1154. La pratique arbitrale crée inévitablement des attentes légitimes à l'égard des parties. C'est d'ailleurs ce constat qui justifie notre effort d'établir les conséquences d'une jurisprudence assez constante bien que les tribunaux ne soient pas contraints de suivre les sentences déjà rendues à défaut de principe du précédent.

---

sentence du 11 juin 2012, §897 ; *Mesa Power Group LLC c. Canada*, affaire CPA n° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, §222. Voir aussi : *Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, affaire CPA n° 2017-41, sentence finale du 24 août 2020, §229 ; *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §181 ; *Churchill Mining et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, affaire CIRDI n° ARB/12/40 et 12/14, sentence du 6 décembre 2016, §253 ; *Vestey Group Ltd c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/06/4, sentence du 15 avril 2016, §113 ; *KT Asia Investment Group B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI n° ARB/09/8, sentence du 17 octobre 2013, §83 ; *Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, affaire CIRDI n° ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013, §116 ; *Saba Fakes c. Turquie*, affaire CIRDI n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, §96 ; *Burlington Resources, Inc. c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/08/5, décision sur la compétence du 2 juin 2010, §100 ; *Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/2, sentence finale du 29 février 2008, §224 ; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §117 ; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire CIRDI n° ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009, §90.

<sup>1481</sup> D. FILIP, « The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in International Investment Law », *Manchester Review of Law, Crime & Ethics*, vol. 5, 2016, p. 48.

<sup>1482</sup> *Ibidem*, p. 50. Voir également : S. SCHILL, *The multilateralization of international investment law. Vol.2*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 80.

<sup>1483</sup> *Iurii Bogdanov et Yulia Bogdanova c. Moldavie (IV)*, affaire SCC n° 091/2012, sentence finale du 16 avril 2013, §183. Voir également : *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, §546.

<sup>1484</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI n° ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, §603.

### ***3.3.2. La pratique constante et cohérente peut-elle établir une pratique ultérieure pour le principe de protection des attentes légitimes ?***

1155. Grâce à une étude de l'évolution du principe de protection des attentes légitimes dans la pratique arbitrale, nous avons pu observer son invocation systématique dans le cadre du contentieux du droit des investissements. Ce constat met en lumière deux éléments : d'une part, une reconnaissance unanime des éléments constitutifs de cette notion parmi lesquels figurent les critères d'objectivité, de raisonnabilité et de légitimité ; d'autre part, les sources des attentes légitimes, à savoir les assurances, les comportements ou bien les représentations de l'État d'accueil. Par ailleurs, nous avons relevé qu'il est admis qu'elles peuvent naître au moment de prendre la décision d'investir ou pendant l'exécution de l'investissement.

1156. Toutefois, cette pratique doit être concordante, commune et constante pour pouvoir considérer qu'elle modifie un traité, précisément ici permettre de reconnaître les attentes légitimes en tant qu'élément du TJE dans les TBI. En l'espèce, ces trois éléments sont dûment réunis. En effet, la pratique est concordante et constante du fait de l'invocation systématique de ce principe par les parties qui permettent aux tribunaux de l'appliquer, avec une identification logique et harmonieuse des éléments qui le composent. Elle est également commune du fait de son acceptation par la grande majorité des États et des investisseurs.

1157. Nous concluons donc que ce principe fait désormais tacitement partie des TBI en tant qu'élément indispensable et essentiel du TJE, à moins qu'un traité ne prévoie expressément le contraire.

1158. Une opposition à l'insertion tacite des attentes légitimes se manifeste, par exemple, dans le nouvel Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, le Canada et le Mexique (dénommé « USMCA ») ou dans plusieurs autres accords régionaux conclus par les États-Unis. Ce pays, on l'a vu, est effectivement opposé à l'application d'un standard autre que le standard minimum de traitement et à l'application des attentes légitimes.

## Conclusion du Chapitre 1

1159. La notion d'attentes légitimes est le résultat d'une évolution historique de la protection des étrangers. Nous avons effectivement pu constater une reconnaissance progressive du statut des étrangers et une prise de conscience par les États de leur importance. Dans ce contexte, les TACN ont posé les bases permettant l'émergence de la protection des investisseurs, notamment de leur droit de propriété. Ils seront remplacés par les TBI.

1160. L'application des TBI a ensuite permis de façonner la notion de protection des attentes légitimes qui est généralement admise et appliquée par les tribunaux arbitraux. Même si son statut de principe n'est pas explicitement reconnu, cette notion s'applique en tant qu'outil d'interprétation ou pour compléter les notions de TJE et d'expropriation indirecte. Les attentes légitimes constituent un élément central de ces deux notions et ne sont pour l'instant pas une base indépendante de réclamation ; l'affirmation de leur déception complète les arguments portant sur la violation des droits de l'investisseur.

1161. Par ailleurs, à partir d'une analyse de la pratique arbitrale réalisée jusqu'au mois d'**octobre** 2020, nous avons constaté une application constante et majoritairement homogène de cette protection, qui s'est significativement développée depuis 2011. Nous avons également pu relever une évolution des attentes légitimes qui, d'une notion assez vaste et vague, est devenue une notion délimitée avec une portée assez précise. Cela va sûrement permettre une invocation plus réglementée de la notion mais aussi l'établissement d'une définition plus précise, à laquelle nous souhaitons contribuer à travers notre étude.

1162. Les attentes légitimes doivent remplir plusieurs critères afin de pouvoir être protégées. Elles doivent reposer sur une promesse ou une assurance (qui est plus facilement reconnue) et/ou une représentation ou un comportement (l'investisseur devra démontrer comment un acte ou un comportement destiné à un plus grand public a pu créer dans son esprit des attentes légitimes), qui l'ont indéniablement poussé à investir dans l'État d'accueil. Les représentations vont notamment se former lors de la phase de *due diligence* de l'investisseur durant laquelle il cherchera à déterminer la

situation politique, socio-économique et juridique de l'État où il envisage d'investir ainsi que les risques qu'il encourt s'il décide de le faire.

1163. Nous avons également noté une opposition, certes minoritaire, à la reconnaissance de l'apparition d'attentes légitimes tout au long de la durée de l'investissement au motif que les seules à prendre en compte de manière pertinente sont celles qui sont nées au moment où l'investisseur a décidé d'investir. Cependant, il nous paraît possible que de nouvelles attentes légitimes émergent pendant l'exécution de l'investissement sur la base d'assurances ou de comportements de l'État.

1164. Enfin, le constat d'une pratique arbitrale concordante, commune et constante nous permet de conclure à une reconnaissance unanime des attentes légitimes. En effet, tous les acteurs intervenant dans ce domaine s'accordent sur ce fait. Il en résulte que cette notion se retrouve désormais tacitement présente dans les dispositions relatives au TJE des TBI, à moins que le contraire ne soit expressément prévu.

## **CHAPITRE 2. UNE PLACE CONCRETE AU SEIN DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL**

1165. Le système commercial international régi par l'OMC est constitué d'un ensemble d'accords visant à réglementer les échanges commerciaux. Il a pour objet de faciliter la circulation des biens et des services tout en garantissant un équilibre des droits et des obligations des États membres ainsi qu'une prévisibilité et stabilité internationale des règles applicables. Ces deux éléments sont indispensables au bon fonctionnement du commerce international et au regard des attentes légitimes des différents acteurs de l'économie mondiale, raison pour laquelle les États doivent garantir et respecter ce droit conventionnel afin d'éviter le recours à tout type de guerre commerciale<sup>1485</sup>.

---

<sup>1485</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000, opinion individuelle de Bryan Schwartz, §34.

1166. L'Accord de Marrakech comprenant l'ensemble des Accords de l'OMC, prévoit en cas de conflits des mécanismes visant soit à rétablir une situation modifiée unilatéralement par l'une des parties, soit à annuler une mesure qui porte atteinte à l'une des parties. L'Organe de règlement des différends (ORD) est alors compétent.

1167. Le principe de protection des attentes légitimes a fait son apparition dès l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) de 1947 ; un constat qui justifie notre choix d'aborder le sujet suivant une approche historique. En effet, nous allons dans un premier temps brièvement présenter le droit du commerce international à la lumière de la notion d'attentes légitimes de ses débuts jusqu'à nos jours (Section 1). Précisément, nous l'étudierons à partir du GATT de 1947 en adoptant une approche théorique (A), puis nous analyserons la jurisprudence résultant de l'application de ce traité (B).

1168. Ce panorama nous permettra de mettre en évidence les évolutions des attentes légitimes qui se sont produites depuis la conclusion des Accords de Marrakech (Section 2). Nous étudierons ensuite les recours disponibles aux Membres de l'OMC en cas de déception de leurs attentes légitimes ; à savoir les plaintes en situation de violation (A), les plaintes en situation de non-violation (B) et les mesures de sauvegarde (C).

## **Section 1. Les prémices du commerce international : l'apparition des attentes légitimes**

1169. L'histoire du commerce international doit être analysée afin de déterminer le moment précis où les attentes légitimes ont été reconnues comme faisant partie du système commercial international.

### **1. La protection des attentes légitimes reconnue depuis le GATT 1947**

1170. Le droit international économique a vocation à régir les rapports interétatiques mais produit également des effets sur les nationaux de chaque État membre. En effet, cette réglementation favorise les échanges commerciaux

internationaux entre des producteurs d'un État et des acheteurs résidant dans un autre État<sup>1486</sup> tout en faisant naître des attentes légitimes basées sur le comportement d'un État membre qui permettent de demander une protection<sup>1487</sup>. Elles relèvent ainsi de « l'emploi de mécanismes du droit international général relatifs aux actes unilatéraux qui ne sont pas propres au droit de l'OMC »<sup>1488</sup>.

1171. La notion d'attentes légitimes vise à prévenir tout traitement discriminatoire dans le cadre des échanges commerciaux comme le prévoit expressément l'article XX sur les exceptions générales du GATT<sup>1489</sup> qui autorise un État membre à prendre une mesure de protection lorsqu'il s'agit, entre autres, de garantir le droit à la santé et la conservation des ressources naturelle, à la condition qu'elle ne soit pas discriminatoire<sup>1490</sup>.

1172. Les attentes légitimes ont également comme finalité de garantir des conditions égales de concurrence. C'est sur cette base et en application du GATT de 1947 que les groupes spéciaux ont donné naissance au principe de protection des attentes légitimes afin d'empêcher que toute concession négociée soit contrée par des mesures *prima facie* cohérentes mais en réalité contraires à cet Accord<sup>1491</sup>. Cette protection semble être automatiquement accordée depuis au moins 1950<sup>1492</sup>.

1173. Il est en effet de jurisprudence constante, dans le cadre du GATT puis de l'OMC, que les concessions tarifaires sont considérées comme étant « génératrices d'attentes quant aux rapports de concurrence »<sup>1493</sup>.

---

<sup>1486</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III: World Trade Law*, Londres, Routledge, 1<sup>re</sup> éd., 2001, p. 23.

<sup>1487</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 84.

<sup>1488</sup> Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international*, vol. 47, 2001, p. 462.

<sup>1489</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XX : « 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 ».

<sup>1490</sup> *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §§8.222-8.223.

<sup>1491</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 98.

<sup>1492</sup> *Ibidem*

<sup>1493</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998, §10.38. Voir également : sous-section b du présent chapitre.

1174. Une attente portant sur le maintien d'une concession tarifaire est légitime dès lors qu'elle est fondée et relève des configurations prévues à l'article XXIII:1 (b) du GATT aux termes duquel :

« 1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait : (...) ; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ».

1175. Cette disposition vise principalement à protéger toute attente résultant de la prévision d'éventuels avantages en application de concessions tarifaires négociées entre Membres de l'OMC. Elle sert également à protéger les concessions tarifaires réciproques<sup>1494</sup> et à maintenir un équilibre dans les rapports commerciaux. Toutefois, si un Membre se retrouve dans une situation qui peut annuler ou compromettre des avantages en raison d'une mesure prise par un autre Membre, il a le droit de retirer ses concessions ou de demander une compensation. Les parties peuvent également procéder à la renégociation des concessions afin de rééquilibrer leurs rapports commerciaux.

1176. De plus, les mesures en question doivent être imprévisibles pour que l'attente soit reconnue comme étant légitime et raisonnable. Or, ce critère est rempli lorsque la conduite de l'État en question a dès les négociations été claire quant à la possibilité qu'une mesure intervienne par la suite en permettant ainsi à l'autre État membre d'éventuellement se prémunir en vue d'éviter toutes conséquences néfastes.

1177. Tout comme l'investisseur avant d'investir, les Membres de l'OMC ont également une obligation de *due diligence*. Si lors des négociations ils se retrouvent face à une offre ambiguë, ils doivent se renseigner et demander des éclaircissements ; dans le cas contraire, l'attente ne peut être considérée comme légitime ou raisonnable et l'État ne pourra pas non plus invoquer l'erreur ou l'imprécision d'une disposition dans le cas où un accord serait conclu<sup>1495</sup>.

---

<sup>1494</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §41.

<sup>1495</sup> *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, 1<sup>er</sup> mai 2000, §7.125.

1178. Dès 1947, le GATT a donc accordé une place importante au principe de protection des attentes légitimes à travers plusieurs de ses dispositions. Une étude de son application semble dès lors indispensable afin de mieux le cerner.

## **2. La pratique issue du GATT de 1947 : un cadre idéal pour l'émergence et le développement des attentes légitimes**

1179. L'étude de la pratique résultant du GATT permet de retracer l'évolution du rôle des attentes légitimes et de mettre en évidence la manière dont elles ont facilité la consécration d'autres principes tels que la bonne foi, la justice et l'équité au sein du système commercial multilatéral de l'OMC<sup>1496</sup>.

1180. Le GATT a été conclu dans le but de régir le commerce international sous l'égide d'une organisation internationale. Ce projet de création d'une entité n'a pas tout de suite abouti, néanmoins cela n'a aucunement empêché l'application de cet Accord. En cas de différends, leur règlement était assuré par des groupes spéciaux lorsque les tentatives de négociations ou de consultations entre les Membres en situation de conflit échouaient.

1181. Cet organe à vocation judiciaire n'était cependant pas entièrement indépendant dans sa prise de décisions qui devaient effectivement être adoptées par consensus des États membres, y compris les parties au différend ; une condition qui non seulement rendait la procédure extrêmement complexe mais constituait également un empiétement des États sur sa compétence de résolution des conflits.

1182. Compte tenu de ce rôle, plusieurs rapports de groupes spéciaux, adoptés ou non, s'avèrent essentiels pour comprendre l'évolution du commerce international et de sa réglementation. Les prémices d'une reconnaissance des attentes légitimes en tant que principe intégrant les Accords de l'OMC peuvent ainsi être identifiées dès le GATT de 1947.

---

<sup>1496</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 101.

1183. Les attentes légitimes ont été reconnues pour la première fois en 1950 dans le cadre de l'affaire *Australie – Sulfate d'Ammonium*. À cette occasion, le Groupe spécial en charge s'est prononcé sur la conformité à l'article XXIII du GATT d'une mesure australienne visant à modifier certaines subventions à des fertilisants en précisant si elle pouvait constituer une annulation ou une réduction d'un avantage pour le Chili. Une telle analyse supposait de prendre en compte les attentes légitimes de ce dernier. En effet, il s'agissait de déterminer si la suppression d'une subvention pouvait en soi entraîner l'annulation ou la réduction d'un avantage compte tenu de l'inégalité créée et du traitement auquel le Chili aurait pu raisonnablement s'attendre au regard des circonstances entourant la négociation des concessions. Le groupe spécial a répondu positivement<sup>1497</sup>. Cette affaire est intéressante, car elle met en lumière un premier élément conditionnant la protection des attentes légitimes : l'imprévisibilité de la mesure susceptible de décevoir les attentes de l'État requérant.

1184. D'autres exemples corroborent l'importance de ce critère dans l'application du principe de protection des attentes légitimes. C'est le cas notamment de l'affaire *États-Unis - Chapeaux de dames en feutre de poil* qui a de nouveau mis en évidence le fait que la déception des attentes légitimes n'est protégée qu'en présence d'une mesure imprévisible<sup>1498</sup>. L'application de ce critère a également été illustrée quelques années plus tard dans l'affaire *CEE – Fruits en boîte*. En l'espèce, les États-Unis avaient présenté une plainte en situation de non-violation alléguant que des subventions à des fruits en conserve réduisaient et/ou annulaient les concessions tarifaires négociées. Le Groupe spécial a ainsi dû se prononcer sur le fait de savoir si les États-Unis pouvaient légitimement s'attendre à l'édition de ces subventions, autrement dit il s'agissait de déterminer la présence ou non d'un élément d'imprévisibilité<sup>1499</sup>.

1185. Un deuxième élément constitutif de cette notion est son caractère raisonnable qui a été dégagé à l'occasion de l'affaire *CEE — Oléagineux II*. Ce dernier

---

<sup>1497</sup> *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 3 avril 1950, §12.

<sup>1498</sup> *États-Unis - Chapeaux en feutre de poil*, GATT/CP/106, Rapport sur le retrait par les États-Unis d'une concession tarifaire en application de l'article XIX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 22 octobre 1951, §11.

<sup>1499</sup> *CEE - Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, L/5778, rapport du Groupe spécial (non adopté), 20 février 1985, §54.

ressort également de l'article XXIII du GATT qui suppose que toute concession dûment négociée en vertu de l'article II du même Accord permet de présumer l'existence d'une attente raisonnable à l'égard des parties contractantes sur la valeur de la concession et sur le fait qu'elle ne fera pas l'objet d'une annulation ou d'une diminution en raison d'une subvention ultérieure du produit concerné<sup>1500</sup>.

1186. La raisonnabilité de l'attente vient donc garantir le maintien de la valeur de la concession négociée et doit reposer sur l'imprévisibilité d'une éventuelle mesure mais aussi sur des critères objectifs de manière à éviter toute invocation abusive de la protection des attentes légitimes et à faire une distinction entre ces dernières et de simples espoirs.

1187. Tout État a donc légitimement le droit de s'attendre au respect des dispositions du GATT mais également qu'une situation négociée dans ce cadre soit maintenue. Par conséquent, si celle-ci venait à être modifiée sans justification valable, on peut légitimement s'attendre à ce qu'elle soit restaurée<sup>1501</sup> comme en témoigne l'affaire *Suède – Droits anti-dumping*<sup>1502</sup> qui illustre aussi clairement que dès lors qu'une mesure est contestée, l'État requérant peut légitimement s'attendre à ce que son auteur démontre sa conformité au GATT<sup>1503</sup>. Cette analyse peut parfois être menée non au regard de l'impact de la mesure contestée mais en considération de la situation précédant la mesure. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis / CEE - Volaille*, des attentes légitimes ont été prises en compte pour l'établissement de la valeur des exportations des États-Unis en l'absence de restrictions quantitatives afin de déterminer une éventuelle violation du GATT<sup>1504</sup>.

1188. En ce sens, dès lors qu'une mesure n'est pas conforme aux dispositions du GATT, elle est, jusqu'à preuve du contraire, réputée réduire ou annuler les avantages

---

<sup>1500</sup> CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §77.

<sup>1501</sup> Régime des importations de sardines en Allemagne, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992, §18.

<sup>1502</sup> Droits antidumping en Suède, L/328 - 3S/81, rapport du Groupe spécial, 26 février 1955, §22.

<sup>1503</sup> Ibidem, §15. Voir également : Nouvelle-Zélande - Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande, L/5814 - 32S/55, rapport du Groupe spécial, 20 février 1985, §4.4.

<sup>1504</sup> États-Unis/CEE — Groupe spécial de la volaille, L/2088 - 12S/65, rapport du Groupe spécial (non adopté), 21 novembre 1963, §9.

auxquels les États peuvent légitimement s'attendre<sup>1505</sup>. Cela est également confirmé par l'affaire *Norvège – Textiles*<sup>1506</sup>.

1189. La protection des attentes légitimes permet aussi de maintenir la cohérence du système commercial multilatéral en contribuant à la sécurité juridique indispensable à son bon fonctionnement. L'affaire *CEE – Bananes I* illustre parfaitement ce constat<sup>1507</sup>. En effet, il a été considéré en l'espèce que la protection des attentes légitimes implique également une obligation pour les organes composant ce système d'agir de manière constante et cohérente lorsqu'ils prennent des décisions<sup>1508</sup>.

1190. Par ailleurs, la question de savoir si les groupes spéciaux sont obligés de tenir compte des décisions antérieures prises sur des cas similaires au moment d'analyser un cas s'est posée dans l'affaire *CEE – Pommes de Table*. Le groupe spécial chargé de régler ce différend a précisé qu'il pouvait prendre en compte d'autres rapports ainsi que les attentes légitimes des parties à l'appui de son analyse sans néanmoins que cela puisse constituer une obligation<sup>1509</sup>.

1191. Les attentes légitimes font également l'objet d'une protection au titre de l'article III du GATT qui vise à protéger les attentes émergent d'un rapport de concurrence entre des produits importés et des produits nationaux. De ce fait, toute modification doit être réputée comme constituant une annulation ou diminution des avantages issus du GATT<sup>1510</sup>, *car le but de cet article ne se limite pas à protéger les*

---

<sup>1505</sup> *Législation fiscale des États-Unis*, L/4422 - 23S/98, rapport du Groupe spécial, 7 décembre 1981, §80 ; *Pratiques suivies par les Pays-Bas en matière d'impôt sur le revenu*, L/4425 - 23S/137, rapport du Groupe spécial, 7 décembre 1981, §45 ; *Pratiques suivies par la France en matière d'impôt sur le revenu*, L/4423 - 23S/137, rapport du Groupe spécial, 7 décembre 1981, §58.

<sup>1506</sup> *Norvège - Restrictions à l'importation de certains produits textiles*, L/4959 - 27S/119, rapport du Groupe spécial, 18 juin 1980, §17. Voir également : *Législation fiscale des États-Unis*, L/4422 - 23S/98, précit., §80 ; *Pratiques suivies par les Pays-Bas en matière d'impôt sur le revenu*, L/4425 - 23S/137, précit., §45 ; *Pratiques suivies par la France en matière d'impôt sur le revenu*, L/4423 - 23S/137, précit., §58.

<sup>1507</sup> Voir également : *CEE - Régime d'importation applicable aux bananes (II)*, DS38/R, rapport du Groupe spécial, non adopté, 11 février 1994, §135 : « The Panel recalled the importance of security and predictability in the application of tariffs bindings. It noted that previous panels and working parties had emphasized that tariff bindings justify reasonable expectations about market access and conditions of competition ».

<sup>1508</sup> *CEE - Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres (I)*, DS32/R, non adopté, 3 juin 1993, §220. Voir également : *Communauté économique européenne - Restrictions à l'importation de pommes de table - Plainte du Chili*, L/6491 - 36S/93, rapport du Groupe spécial, 22 juin 1989, §12.1 ; *CEE - Restrictions à l'importation de pommes - Plainte des États-Unis*, L/6513 - 36S/135, rapport du Groupe spécial, 22 juin 1989, §5.1.

<sup>1509</sup> *Communauté économique européenne - Restrictions à l'importation de pommes de table - Plainte du Chili*, L/6491 - 36S/93, précit., §12.1. Voir également : *CEE - Restrictions à l'importation de pommes - Plainte des États-Unis*, L/6513 - 36S/135, précit., §5.1.

<sup>1510</sup> *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 - 34S/136, rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987, §5.1.9. Voir également : *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché*

*échanges actuels mais il s'agit aussi d'établir une prévisibilité indispensable (« plan future trade »)*<sup>1511</sup>. Ce raisonnement a notamment été mis en lumière dans l'affaire *Japon – Boissons Alcooliques*<sup>1512</sup>.

1192. D'autres attentes légitimes peuvent naître de l'application du GATT. En effet, il est généralement admis qu'une mesure réputée nécessaire au sens de l'article XX suppose qu'aucune mesure alternative, même conforme au GATT, soit disponible conformément aux attentes raisonnables des autres États membres. Cette obligation préjuge également que lorsqu'aucune mesure conforme au GATT n'est possible, les États doivent prendre celle qui porte le moins atteinte à cet accord. Cela est parfaitement illustré par l'affaire *États-Unis - Article 337 de la Loi douanière*<sup>1513</sup> dans le cadre de laquelle le Groupe spécial a mis en avant sa contribution au respect des dispositions qui régissent le système commercial international.

1193. Il ressort également de la pratique que les attentes légitimes qui reposent sur « *the improved competitive opportunities* » peuvent parfois être déçues tant par des mesures contraires comme par des mesures conformes à l'article XXIII du GATT relatif à la protection des avantages et des concessions<sup>1514</sup>. Les États peuvent ainsi se retrouver dans une situation de conformité avec le GATT tout en réduisant ou annulant les avantages d'un autre État. Dans un tel cas, la mesure en question peut être contestée par le biais d'une plainte en situation de non-violation qui permet uniquement à la partie dont les attentes légitimes ont été déçues de demander, conformément à l'article XXIII:2 du GATT, une autorisation de suspendre l'application des concessions ou

---

*intérieur*, DS44/R, rapport du Groupe spécial, 4 octobre 1994, §99 ; *CE - Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136, rapport du Groupe spécial (non adopté), 28 avril 1995, §56-286.

<sup>1511</sup> *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 - 34S/136, précit., §5.2.2

<sup>1512</sup> *Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, L/6216 - 34S/83, rapport du Groupe spécial, 10 novembre 1987, §5.5 (b). Voir également : *Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, L/6216 - 34S/83, précit., §5.11 ; *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, L/6439 - 36S/345, rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1989, §5.13 : « It noted that a previous Panel had found that the purpose of the first sentence of Article III:2, dealing with internal taxes and other internal charges, is to protect "expectations on the competitive relationship between imported and domestic products" » ; *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R - 39S/206, rapport du Groupe spécial, 19 juin 1992, §5.6 ; *États-Unis - Taxes sur les automobiles*, DS31/R, rapport du Groupe spécial (non adopté), 11 octobre 1994, §3.4 ; *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R - 39S/206, précit., §3.63.

<sup>1513</sup> *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, L/6439 - 36S/345, précit., §5.26. Voir également : *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, DS10/R - 37S/200, rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1990, §74 ; *États-Unis - Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, rapport du Groupe spécial (non adopté), 16 juin 1994, §3.72.

<sup>1514</sup> *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990, §144.

d'autres obligations dérivant d'un accord. C'est la légitimité de l'attente qui rend légitime cette demande<sup>1515</sup>. On peut ainsi délimiter la portée de la protection de l'équilibre des concessions négociées. Pour ce faire, le groupe spécial doit prendre en compte le comportement des parties pendant la phase de négociation afin de déterminer si des attentes légitimes et raisonnables ont alors pu émerger et en tirer les conséquences<sup>1516</sup>.

1194. Nous pouvons déduire de ces développements que les attentes légitimes trouvent une place au sein du droit du commerce international depuis le GATT de 1947 comme en témoigne notamment la pratique des groupes spéciaux. En effet, leur jurisprudence nous a permis d'identifier l'existence d'au moins deux éléments indispensables pour l'invocation de leur protection : la raisonnablement des attentes et l'imprévisibilité de la mesure les décevant. Nous constatons aussi une application cohérente et constante de ce principe à partir de plusieurs dispositions des Accords de Marrakech.

## **Section 2. La reconnaissance du principe de protection des attentes légitimes dans le cadre des Accords de Marrakech**

1195. L'OMC issue de la conclusion des Accords de Marrakech, dits également « Accords de l'OMC », remplit plusieurs fonctions. En effet, elle fournit un cadre juridique de droits et d'obligations pour les États qui en sont membres mais constitue également un forum pour discuter et faciliter les échanges et les négociations commerciales. En outre, elle dispose d'un mécanisme de règlement des différends destiné à faire respecter les droits et obligations dérivant de ces Accords<sup>1517</sup>.

1196. L'OMC cherche ainsi à réduire les obstacles au commerce des biens et des services qui peuvent se présenter à un niveau mondial. Le commerce pouvant également concerner le droit international des investissements, il convient de préciser

---

<sup>1515</sup> *Ibidem*, §148.

<sup>1516</sup> *Ibid.*, §§145-146. Voir également : CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §77.

<sup>1517</sup> D. MCRAE, « The Place of the WTO in the International System », in D. BETHLEHEM, D. MCRAE *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 58.

qu'il sera uniquement question ici de s'intéresser aux mesures d'investissement pouvant affecter le commerce des marchandises et des services<sup>1518</sup> au regard de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) notamment lorsque certaines mesures peuvent effectivement avoir des conséquences négatives sur les échanges commerciaux, notamment des effets de distorsion et de restriction. Afin de les éviter, l'Accord dispose « qu'aucun Membre n'appliquera de mesure qui soit prohibée par les dispositions de l'article III (traitement national) ou de l'article XI (restrictions quantitatives) du GATT »<sup>1519</sup> et prévoit à cet effet une liste de mesures interdites<sup>1520</sup>. Il en résulte que toutes les autres mesures d'investissement qui ne se trouvent pas liées au commerce sont régies par le droit international des investissements.

1197. Par ailleurs, le système commercial international sous l'égide de l'OMC, tout comme cela était le cas dans le cadre du GATT de 1947, dispose de son propre mécanisme de règlement des différends qui permet aux parties contractantes de porter plainte les unes contre les autres dès lors qu'une violation à une disposition contenue dans les Accords de l'OMC survient<sup>1521</sup>. Selon la procédure établie dans le Mémoire d'accord, l'État s'estimant lésé doit engager des consultations à l'encontre de l'État auteur de la mesure. Si cela n'aboutit à aucune solution satisfaisante pour les parties, il peut demander la constitution d'un groupe spécial qui rendra un rapport visant à mettre fin au différend. L'instance d'appel est assurée par l'Organe d'appel qui se prononce notamment sur l'application du droit aux faits d'espèce par le groupe spécial. Le but recherché est de rétablir le *statu quo* entre les États membres<sup>1522</sup>.

1198. Il s'agit à présent d'analyser la notion d'attentes légitimes dans ce domaine en précisant son rôle général avant de nous consacrer à l'examen de son application concrète à travers différents mécanismes tout en relevant son omniprésence.

---

<sup>1518</sup> R. NEUFELD, « Trade and Investment », in D. BETHLEHEM, D. MCRAE *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, *ibidem*, pp. 622-629.

<sup>1519</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867-1869, article 2.

<sup>1520</sup> R. NEUFELD, « Trade and Investment », *op. cit.*, p. 625.

<sup>1521</sup> J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Leyde, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 220-221.

<sup>1522</sup> *Ibidem*, p. 221.

1199. Cette notion est devenue une notion issue des Accords de l'OMC dans la continuité de la jurisprudence du GATT de 1947. Il sera question ici aussi bien des attentes issues des rapports interétatiques que de celles des commerçants portant sur le comportement des États<sup>1523</sup>.

1200. Depuis l'entrée en vigueur des Accords de Marrakech, ce principe s'applique soit conjointement à une demande de constitution d'un groupe spécial pour violation d'une disposition du GATT, soit de manière indépendante dans le cadre de plaintes en situation de non-violation. Nous avons cependant pu constater que son application en cas de violations des dispositions du GATT est rarement retenue bien que les parties semblent le soulever quasi-systématiquement.

1201. Une attente réputée légitime, on l'a vu, doit obligatoirement être raisonnable et reposer sur une mesure imprévisible. Selon la procédure retenue, la protection des attentes légitimes peut présenter des particularités. Ainsi, dans le cadre d'une plainte en situation de non-violation, celui qui déçoit les attentes légitimes n'est pas obligé de retirer la mesure en question à l'inverse de ce qui se passe dans une situation en violation des dispositions des Accords de l'OMC. Il est toutefois tenu de trouver une solution mutuellement satisfaisante conformément à l'article 26(1) du Mémorandum d'accord<sup>1524</sup>. Dès lors, le différend naît ici « de la considération d'un Membre selon laquelle un de ses avantages – et non pas un de ses droits – garantis par les accords est annulé ou réduit par un autre Membre »<sup>1525</sup>.

1202. Néanmoins, les seules attentes légitimes protégées sont celles des États membres. Cela a comme conséquence que les attentes légitimes des exportateurs ou d'autres acteurs du commerce international ne sont pas automatiquement analysées ni

---

<sup>1523</sup> C. CHIOS, « WTO Obligations as Collective », *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 2, 2006, p. 424.

<sup>1524</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article 26. Voir également : M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 101.

<sup>1525</sup> J. BURDA, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, vol. 18, n° 2, 2005, 1<sup>er</sup> octobre 2006, p. 11.

retenues ; elles peuvent toutefois être portées devant l'Organe de règlement des différends par un État, sur le terrain des plaintes en situation de non-violation<sup>1526</sup>.

1203. Le principe de protection des attentes légitimes semble ainsi garantir la bonne foi au sein du droit de l'OMC<sup>1527</sup> ainsi que l'égalité des conditions de concurrence<sup>1528</sup>, notamment entre produits nationaux et produits importés<sup>1529</sup>. Les groupes spéciaux ont donc continué d'appliquer ce principe d'origine jurisprudentielle en élargissant son champ d'application au-delà des dispositions du GATT<sup>1530</sup>.

1204. Le principe de protection des attentes légitimes ne concerne cependant pas tous les Accords de l'OMC. En effet, son application au regard de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) n'est pas reconnue par l'Organe d'appel, comme nous l'analyserons en détail plus avant. La seule admission de ce principe est illustrée par l'affaire *Inde-Brevets* à l'occasion de laquelle il a été reconnu des attentes légitimes découlant d'une évolution imprévisible des possibilités de concurrence suivant une interprétation large de l'article III du GATT et de l'article XVII:3 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)<sup>1531</sup>.

1205. L'Organe d'appel ne semble toutefois pas retenir son application absolue en tant qu'outil d'interprétation, ce dernier privilégiant les outils d'interprétation issus de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>1532</sup>. Pour autant, selon Manu Thaddeus, cela n'empêcherait aucunement la possibilité de recourir au droit international coutumier pour faire valoir la protection des attentes légitimes des parties « *which can also favour the protection of public interests* »<sup>1533</sup>.

---

<sup>1526</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>1527</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>1528</sup> *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, L/833 -7S/60, rapport du Groupe spécial, 23 octobre 1958, §13.

<sup>1529</sup> *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, 29 avril 1996, p. 16. Voir également : *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-2, 4 octobre 1996, p. 16.

<sup>1530</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>1531</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>1532</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, p. 88.

<sup>1533</sup> T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *Trade Law and Development*, vol. 8, n° 1, 2016, p. 85.

1206. Par ailleurs, comme en témoigne l'affaire *Inde-Brevets* précitée, les attentes légitimes doivent additionnellement résulter d'une intention et volonté mutuelle des parties, ce qui peut ne pas être le cas lorsqu'il s'agit d'un rapport entre un État développé et un État en voie de développement<sup>1534</sup> sachant que le premier dispose d'une plus grande capacité à influencer le sens des négociations.

1207. Cette situation doit être éclairée à l'aide d'une analyse des accords conclus entre les États membres et au regard de leur comportement pendant la phase de négociations. C'est alors que le principe de protection des attentes légitimes joue un rôle indispensable mais uniquement en tant qu'outil d'interprétation subsidiaire des dispositions des Accords de l'OMC afin d'assurer le bon fonctionnement des échanges commerciaux sans qu'aucune mesure, conforme ou non-conforme, puisse leur porter atteinte<sup>1535</sup>. Il contribue ainsi à un traitement non-discriminatoire dans les échanges commerciaux.

1208. Le 8 mars 2002, le Secrétariat de l'OMC a émis une note portant sur la l'application de l'article XX du GATT en réaffirmant l'importance de ce principe<sup>1536</sup>. Dans le but d'atteindre la libéralisation des échanges « *as a means of achieving higher standards of living, full employment and the efficient allocation of resources* »<sup>1537</sup>, les groupes spéciaux peuvent avoir recours au principe de protection des attentes légitimes, en tant que partie intégrante de l'acquis du GATT<sup>1538</sup>, afin de combler des lacunes,

---

<sup>1534</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>1535</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 128.

<sup>1536</sup> SECRETARIAT DE L'OMC, *GATT/WTO Dispute Settlement practice relating to GATT Article XX, paragraphs (b), (d) and (g)*, Doc. n° WT/CTE/W/203, OMC, 2002, §2.

<sup>1537</sup> A. CHUA, « Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence », *Journal of World Trade*, vol. 32, n° 2, 1998, p. 28.

<sup>1538</sup> *Ibidem*. Voir également: *États-Unis - Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, WT/DS108, rapport du Groupe spécial, 8 octobre 1999, §4.702 ; *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §8.75 ; *États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS264, rapport de l'Organe d'appel, AB-2004-2, 11 août 2004, §111 ; *États-Unis - Mesure antidumping visant les crevettes en provenance de l'Équateur*, WT/DS335, rapport du Groupe spécial, 30 janvier 2007, §7.37 ; *États-Unis - Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344, rapport du Groupe spécial, 20 décembre 2007, §7.103 ; *États-Unis - Mesures antidumping visant les crevettes en provenance de Thaïlande*, WT/DS343, rapport du Groupe spécial, 29 février 2008, §7.32 ; *États-Unis - Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350, rapport du Groupe spécial, 1<sup>er</sup> octobre 2008, §7.179 ; *République dominicaine - Mesures de sauvegarde visant les importations de sacs en polypropylène et de tissu tubulaire*, WT/DS415, rapport final du Groupe spécial, 31 janvier 2012, §7.129.

d'assurer un meilleur accès aux marchés<sup>1539</sup> et surtout de garantir un équilibre entre les intérêts et obligations des États membres sur la base de la réciprocité<sup>1540</sup>.

1209. S'agissant des sources des attentes légitimes, on peut relever une certaine cohérence au sein de l'ensemble du droit international économique. Elles peuvent être issues d'un comportement, de représentations ou bien d'assurances d'un État. À titre d'exemple, nous pouvons citer les déclarations faites lors d'une négociation de concessions, ou encore les listes de concessions elles-mêmes, sachant que la répétition et la constance du comportement d'un État peut indiscutablement créer une attente, à savoir que ce comportement sera maintenu à l'avenir<sup>1541</sup>.

1210. Il en résulte que le maintien de certaines conditions de concurrence pendant une durée prolongée peut également créer des attentes légitimes, en l'occurrence que la situation restera inchangée. Dans cette hypothèse, la partie souhaitant modifier la situation doit entamer de nouvelles négociations afin d'éviter la déception des attentes légitimes de l'autre partie<sup>1542</sup>.

1211. Les deux éléments constitutifs de ce principe dégagés par la pratique issue du GATT de 1947 doivent alors être réunis. Le critère de raisonabilité est rempli si l'attente repose sur une situation qui présente un intérêt commercial pour son bénéficiaire<sup>1543</sup>. Elle doit être justifiée par le comportement ou conduite de l'État et compte tenu des circonstances<sup>1544</sup>, notamment lorsque « *the first party acts in reliance on the conduct of the second party and for the second party not to continue to honour those legitimate expectations would result in damage to the interests of the first party* »<sup>1545</sup>. Le critère de raisonabilité suppose ainsi l'analyse par le groupe spécial ou bien l'Organe d'appel de la mesure en question afin de déterminer si elle ne pouvait pas être raisonnablement anticipée au moment de l'engagement.

---

<sup>1539</sup> A. CHUA, « Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence », *op. cit.*, p. 30.

<sup>1540</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>1541</sup> *Argentine - Mesures affectant l'importation de marchandises*, WT/DS438, rapport du Groupe spécial, 22 août 2014, §6.338

<sup>1542</sup> A. CHUA, « Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence », *op. cit.*, p. 36.

<sup>1543</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>1544</sup> T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *op. cit.*, p. 64.

<sup>1545</sup> *Ibidem*

1212. Nos propos sont notamment illustrés par l'affaire *Japon – Pellicules* à l'occasion de laquelle le groupe spécial a conclu que si une mesure est effectivement anticipable, aucune attente légitime ne peut valablement être reconnue sur la base d'une amélioration de l'accès au marché<sup>1546</sup>. Il en résulte une absence de protection étant donné qu'une attente qui ne remplit pas les critères indispensables au regard du droit applicable ne peut être plus qu'une espérance ou un espoir.

1213. Le droit de l'OMC, en tant que droit de nature multilatéral, a pour objectif principal, d'une part, la protection de l'ensemble des attentes légitimes des États portant sur « *the trade-related behaviour of governments* »<sup>1547</sup>, car l'intérêt commun prévaut sur l'intérêt individuel de chaque membre et, d'autre part, accorder un degré de flexibilité aux États afin de gérer au mieux toute situation liée aux échanges commerciaux<sup>1548</sup>. Tout comme en droit international des investissements, la quête d'un équilibre est indispensable.

1214. Nous constatons ainsi qu'il s'agit d'un principe aujourd'hui bien établi du GATT<sup>1549</sup> dont la protection peut être invoquée devant l'ORD à travers différents mécanismes mis à disposition des États dans le cadre de plaintes en situation de non-violation comme en situation de violation des dispositions de l'Accord<sup>1550</sup>. Il existe donc une continuité avec la pratique des groupes spéciaux sous l'égide du GATT de 1947 qui retenaient son application dans des cas assez précis. On révèle ainsi une cohérence du système commercial international dans le temps mais aussi une évolution de la notion dont le champ d'application a été élargi.

1215. Ce principe confère également aux États membres de l'OMC la possibilité que les constatations faites à propos d'une situation similaire dans un rapport antérieur soient prises en compte lors de l'analyse et de la prise de décision d'un groupe spécial dans le cadre d'une nouvelle affaire. Cependant, ces rapports antérieurs ne constituent

---

<sup>1546</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.76. Voir également: T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *op. cit.*, p. 82.

<sup>1547</sup> C. CHIOS, « WTO Obligations as Collective », *op. cit.*, 2006, p. 409.

<sup>1548</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>1549</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>1550</sup> *Ibidem*

pas des précédents, c'est-à-dire que les groupes spéciaux ne sont pas obligés de se prononcer conformément à ceux-ci<sup>1551</sup>. Pour autant, en pratique, la cohérence de ce système fait que les décisions prises dans des affaires analogues suivent généralement le même sens ; à moins qu'il s'agisse d'un cas particulier qui requiert précisément d'aller à l'encontre d'une pratique bien établie, ce qui doit être dûment motivé par l'ORD.

1216. On parle d'acquis du GATT, une notion créée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Ainsi, est reconnue l'attente légitime des États membres de l'OMC à voir des solutions antérieures pertinentes appliquées à des affaires similaires, ce même en l'absence de *stare decisis* dans l'ordre juridique de l'OMC<sup>1552</sup>.

1217. La protection des attentes légitimes est garantie par plusieurs recours permettant à l'État membre se considérant lésé par un comportement, une représentation ou bien une assurance contraire d'un autre État, de rétablir la situation antérieure et un équilibre dans ses rapports commerciaux.

1218. Parmi les recours disponibles, mentionnons les plaintes en situation de violation dans le cadre desquelles les attentes légitimes ne doivent être invoquées qu'à titre complémentaire d'une violation d'une disposition des Accords de l'OMC, une situation jusqu'à présent très rare. Nous pouvons également citer les plaintes en situation de non-violation, un champ clair et concret d'application des attentes légitimes en droit de l'OMC. En outre, il existe un dispositif exceptionnel et unilatéral visant à protéger les branches de production locale de l'État lésé : les mesures de sauvegarde.

1219. Il est donc admis que les attentes légitimes d'un État membre peuvent être déçues aussi bien par une mesure contraire que par une mesure conforme aux

---

<sup>1551</sup> L'Organe d'appel s'est prononcé en indiquant que : « Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'acquis du GATT. Ils sont souvent examinés par des groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend. Mais ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause » (*Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, précit., p.16 ; *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75, rapport du Groupe spécial, 17 septembre 1998, § 5.64).

<sup>1552</sup> P. MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade: Vol. 1 GATT*, Cambridge, MIT Press, 2016, p. 62.

Accords de l'OMC<sup>1553</sup>. Cette dernière hypothèse suppose un déséquilibre dans les engagements commerciaux des États en question, une situation à résoudre sur le terrain des plaintes en situation de non-violation.

1220. La jurisprudence fait une distinction au sujet de l'application du principe de protection des attentes légitimes selon qu'il s'agisse d'une plainte en situation de violation ou non, une différenciation qui pour Marion Panizzon « *compensated for the gaps in treaty law (...) [that] enabled the circumvention of tariff concessions* »<sup>1554</sup>.

1221. Ainsi, nous analyserons dans un premier temps l'application de ce principe dans le cadre des plaintes en situation de violation (A), avant d'aborder son rôle en cas de plaintes en situation de non-violation (B). Puis, il s'agira de procéder à l'étude des attentes légitimes au regard des mesures de sauvegarde (C).

### **1. L'application complémentaire des attentes légitimes dans le cadre des plaintes en situation de violation**

1222. L'invocation de la protection des attentes légitimes est dans ce cas automatiquement conditionnée à une violation d'une disposition des Accords de l'OMC sachant que le recours à une plainte en situation de violation dans le but de protéger les attentes légitimes d'un État membre est pour le moins controversé, car la déception en soi ne constitue pas un motif suffisant pour justifier la saisine de l'ORD. En effet, la finalité de ce type de recours est de redresser une situation résultant d'une violation des engagements d'un État membre.

1223. Même s'il peut parfois se révéler difficile pour les États membres de choisir le moyen de recours le plus approprié à chaque situation, il est bien établi que les groupes spéciaux ne peuvent reprendre des solutions dérivant d'une affaire basée sur une plainte en situation de non-violation lorsque l'affaire qu'ils doivent régler relève d'une situation de violation. Une telle position serait non-conforme à la pratique du GATT dans la mesure où les deux situations relèvent de bases juridiques

---

<sup>1553</sup> T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *Trade Law and Development*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>1554</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 101.

complètement distinctes en vertu de son article XXIII et produisent des effets différents<sup>1555</sup>. Les appliquer indistinctement reviendrait à admettre une analogie non pertinente.

1224. Les affaires portant sur la déception d'attentes légitimes dérivant de l'application de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) sont cependant généralement analysées sur le terrain des plaintes en situation de violation, l'article XVII:3 précisant qu' :

« Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre »<sup>1556</sup>.

1225. Il ressort de cet article qu'une déception d'attentes légitimes est équivalente à une violation du texte de l'AGCS. Toutefois, si on analyse bien la disposition, il nous semble que les seules attentes protégées sont celles qui naissent des conditions de concurrence.

1226. L'affaire *États-Unis – Jeux* met ainsi en évidence que tout engagement en matière d'accès aux marchés pour un mode de fourniture particulier crée des attentes commerciales légitimes et, par conséquent, des obligations en ce qui concerne le secteur concerné<sup>1557</sup>.

1227. L'ADPIC, quant à lui, ne prévoit aucunement la possibilité de recourir à des plaintes en situation de non-violation mais reconnaît la protection des attentes légitimes des États membres, raison pour laquelle nous concluons que toute déception doit également s'analyser dans le cadre de plaintes en situation de violation. Comme en témoigne l'affaire *Inde-Brevets*, une situation d'insécurité juridique peut porter effectivement atteinte à la prévisibilité des échanges futurs, un principe indispensable

---

<sup>1555</sup> *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-2, 5 juin 1998, §80.

<sup>1556</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1B, *Accord général sur le commerce des services (AGCS)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article XVII : 3.

<sup>1557</sup> *United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285, Report of the Panel, 10 novembre 2004, §4.14.

du système de l'OMC, et par conséquent conduire à la déception des attentes légitimes de ses Membres.

1228. Les attentes légitimes seront plus sûrement reconnues en cas de violation des Accords de l'OMC dont le non-respect porte gravement atteinte aux droits et intérêts des autres États. Ce principe joue également un rôle important en ce qui concerne les régimes de transition, car il est indispensable que l'entrée en vigueur d'un nouvel accord ne puisse pas remettre en cause les « *pre-existing and legitimate expectations surviving from its predecessor* »<sup>1558</sup>. Cela garantit un équilibre parfait entre les droits et les obligations des États membres.

1229. Nous avons pu identifier au cours de nos recherches plusieurs dispositions du GATT susceptibles d'être invoquées conjointement à une demande de protection d'attentes légitimes, additionnellement à celles déjà identifiées dans la première section de ce Chapitre. L'affaire *CE - Produits dérivés du phoque* illustre parfaitement ce constat, car dans ce cas l'Organe d'appel a précisé que l'article I du GATT, en interdisant la discrimination entre produits similaires provenant ou à destination de différents pays<sup>1559</sup>, protège les attentes légitimes « *of equal competitive opportunities* » pour les produits similaires importés de tous les États membres<sup>1560</sup>.

1230. Ce principe peut également intervenir en tant qu'outil d'interprétation des dispositions des Accords de l'OMC.

### ***1.1. L'interprétation, l'une des fonctions du principe de protection des attentes légitimes***

1231. La protection des attentes légitimes est un élément indispensable de la sécurité et de la prévisibilité des échanges commerciaux conformément au principe de

---

<sup>1558</sup> *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22, rapport du Groupe spécial, 17 octobre 1996, §264.

<sup>1559</sup> *Communautés européennes - Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400, rapports de l'Organe d'appel, AB-2014-1 et AB-2014-2, 22 mai 2014, §5.87. Voir également : *États-Unis - Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384, rapports finaux du Groupe spécial, 18 novembre 2011, §7.571 ; *Colombie - Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366, rapport du Groupe spécial, 27 avril 2009, §7.236 ; *Argentine - Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155, rapport du Groupe spécial, 19 décembre 2000, §11.20.

<sup>1560</sup> *Communautés européennes - Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400, précit., §5.87. Voir également: *États-Unis - Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, précit., §7.571 ; *Colombie - Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366, précit., §7.236 ; *Argentine - Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155, précit., §11.20.

bonne foi établi à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>1561</sup>. Il est ainsi évident que cette notion sera prise en compte au moment d'interpréter les Accords de l'OMC, notamment en raison de son objet et de son but, mais uniquement en tant qu'outil subsidiaire comme on l'a précédemment relevé. Cela est le cas lorsqu'il s'agit d'établir le sens d'une expression particulière au sein d'une liste tarifaire mais il convient également de prendre en compte le contexte dans lequel celle-ci a été rédigée ainsi que l'article II du GATT qui lui confère le statut d'un engagement découlant d'une négociation.

1232. Il en résulte que la protection des attentes légitimes découle également de l'article II du GATT, notamment lorsqu'il s'agit d'un produit appartenant à une liste de concessions tarifaires consolidée<sup>1562</sup>. La consolidation tarifaire peut ainsi contribuer à une protection renforcée des attentes légitimes<sup>1563</sup>. Il n'est toutefois pas question ici d'interpréter les listes de concessions uniquement à la lumière des attentes des États membres ; il s'agit juste d'un élément à prendre en compte<sup>1564</sup>. Le but recherché est d'éviter que de simples espoirs subjectifs puissent servir de base pour interpréter des obligations découlant des Accords de l'OMC.

1233. Cela a été mis en avant dans l'affaire *Inde-Brevets* dans le cadre de laquelle il a été considéré qu'une interprétation de bonne foi suppose également la protection des attentes légitimes dérivant de la protection des droits de propriété intellectuelle établis dans l'ADPIC<sup>1565</sup>. Cette affaire retient particulièrement notre attention en raison de l'analyse du groupe spécial à cette occasion selon laquelle des attentes légitimes peuvent effectivement être reconnues au regard de l'ADPIC notamment dans les domaines liés aux rapports compétitifs entre les ressortissants d'un État membre et ceux des autres membres (et non entre les

---

<sup>1561</sup> *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §8.25.

<sup>1562</sup> *Ibidem*, §8.23.

<sup>1563</sup> *Ibid.*, §8.23.

<sup>1564</sup> *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-2, précit., §82.

<sup>1565</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.18. Voir également : *États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24, rapport du Groupe spécial, 8 novembre 1996, §7.20 : « [T]he relevant provisions [of the Agreement on Textiles and Clothing] have to be interpreted in good faith. Based upon the wording, the context and the overall purpose of the Agreement, exporting Members can... legitimately expect that market access and investments made would not be frustrated by importing Members taking improper recourse to such action ».

marchandises) ; cela sachant que « le préambule de l'Accord sur les ADPIC, qui reconnaît la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant "l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994 ...", offre un contexte utile à cet égard »<sup>1566</sup>. Cela a été confirmé par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis - Chemises et blouses de laine* et *Indonésie – Autos* à l'occasion desquelles il a été précisé que les attentes légitimes des parties au traité se reflètent dans le langage du traité lui-même<sup>1567</sup>. En effet, le devoir d'un interprète est d'analyser les termes du traité afin de déterminer les intentions des parties mais cette interprétation n'implique pas d'inclure des mots ni d'importer des concepts qui n'étaient pas prévus ou établis<sup>1568</sup>.

1234. Même si l'Organe d'appel refuse de reconnaître la possibilité d'interpréter une disposition des Accords de l'OMC à la lumière des attentes légitimes des parties, il semble tout de même retenir la possibilité de recourir à ce principe en tant qu'élément à prendre en compte par l'ORD lors de l'exercice de son devoir d'interprétation.

1235. Il convient dès lors d'analyser de plus près son application concrète à partir de plusieurs dispositions du GATT.

### ***1.2. Son application en vertu des articles III et XI du GATT***

1236. Dans l'affaire *Inde-Brevets*, l'Organe d'appel a dégagé d'autres dispositions qui permettent de demander une protection des attentes légitimes. Il a effectivement reconnu la possibilité de les invoquer conjointement aux articles III et XI du GATT qui ont comme « but [...] de protéger les attentes des Membres concernant le rapport compétitif entre les produits importés et les produits d'origine nationale »<sup>1569</sup>.

---

<sup>1566</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, *ibidem*, §7.21.

<sup>1567</sup> *Indonésie - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54, rapport du Groupe spécial, 2 juillet 1998, §5.378. Voir également : *États-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-1, 23 mai 1997, p. 19.

<sup>1568</sup> *Indonésie - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS64, *ibidem*, §5.378. Voir également : *États-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33, *ibidem*, p. 19 ; *États-Unis - Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213, rapport du Groupe spécial, 3 juillet 2002, §5.152.

<sup>1569</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §40. C'est nous qui soulignons.

1237. L'affaire *Inde – Restrictions quantitatives* met quant à elle en évidence le lien entre l'article XI du GATT et la protection des attentes légitimes. En l'espèce, s'agissant de rapports de concurrence, il a été considéré que l'État auteur de la mesure ne pouvait la justifier sur la base d'un argument relatif aux volumes d'exportations<sup>1570</sup>. Pareille analyse a été retenue dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* portant sur l'article III:2 du GATT<sup>1571</sup>. Cette approche est conforme à la pratique jurisprudentielle depuis le GATT de 1947, raison pour laquelle elle a de nouveau été appliquée dans les affaires *Canada - Périodiques*<sup>1572</sup> et *CE – Bananes III*<sup>1573</sup>.

1238. L'application de l'article III du GATT requiert une approche dynamique des expressions « *directement concurrentiel* » et « *directement substituable* » dans le but d'éviter tout protectionnisme et de garantir l'égalité des conditions de concurrence des produits ainsi que la protection des attentes légitimes issues de ces rapports commerciaux, comme en témoigne notamment l'affaire *Corée - Boissons alcooliques*, sachant qu'il est généralement admis que le comportement d'un consommateur peut être influencé par une mesure protectionniste<sup>1574</sup>. Dès lors, cette disposition vise à prévenir toute discrimination à l'encontre de produits importés en protégeant les

---

<sup>1570</sup> *Inde - Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90, rapport du Groupe spécial, 6 avril 1999, §3.6.1. Voir également : *Argentine - Mesures affectant l'importation de marchandises*, WT/DS438, rapport du Groupe spécial, 22 août 2014, §6.457.

<sup>1571</sup> *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8, rapport du Groupe spécial, 11 juillet 1996, §2.7. Voir également t: *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-2, 4 octobre 1996, p.16 ; *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75, rapport du Groupe spécial, 17 septembre 1998, §10.42 ; *Chili - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87, rapport du Groupe spécial, 15 juin 1999, §7.21 ; *Corée - Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-8, 31 juillet 2000, §625 ; *Guatemala - Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156, rapport du Groupe spécial, 24 octobre 2000, §5.175 ; *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-11, 12 mars 2001, §97 ; *États-Unis - Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406, rapport du Groupe spécial, 2 septembre 2011, §7.99.

<sup>1572</sup> *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31, rapport du Groupe spécial, 14 mars 1997, §5.26. Voir également : *Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453, rapport de l'Organe d'appel, AB-2015-8, 14 avril 2016, §6.142 ; *Brésil - Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472, rapport du Groupe spécial, 30 août 2017, §7.132.

<sup>1573</sup> *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (III)*, WT/DS27, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-3, 9 septembre 1997, §252. Voir également : *Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453, rapport du Groupe spécial, 30 septembre 2015, §7.520 - §7.90.

<sup>1574</sup> *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-7, 18 janvier 1999, §120. Voir également : *États-Unis - Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192, rapport du Groupe spécial, 31 mai 2001, §7.56 ; *Canada - Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412, rapport de l'Organe d'appel, AB-2013-1, 6 mai 2013, § 2.71.

attentes légitimes portant sur l'égalité des rapports de concurrence entre produits nationaux et produits importés<sup>1575</sup>.

1239. Lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure pourtant contraire aux dispositions du GATT est indispensable et nécessaire pour un État au sens de son article XX (d), l'ORD doit avant tout déterminer s'il n'y avait pas une autre mesure disponible conforme ou moins attentatoire. La reconnaissance des attentes légitimes sur cette base n'est pas récente étant donné qu'elle résulte de la pratique jurisprudentielle développée en application du GATT de 1947. L'affaire *États-Unis - Essence* illustre concrètement ce propos sur la base de l'article III:4<sup>1576</sup>.

1240. Le principe de protection des attentes légitimes est ainsi invocable conjointement à la violation d'une disposition des Accords de l'OMC. S'agissant du GATT, nous avons pu constater qu'il est souvent allégué sur la base d'une violation des articles I, II, III et XI ou bien pour déterminer si la mesure prise est bien la moins préjudiciable ou si elle était en définitive nécessaire au sens de l'article XX de l'Accord. Il peut également être invoqué en situation de violation d'une disposition de l'AGCS ou de l'ADPIC. Toutefois, dans ces cas, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont particulièrement prudents dans son application.

1241. Même si l'évolution de la notion d'attentes légitimes est flagrante, nous constatons cependant que depuis le GATT de 1947, elle ne semble pas avoir été appliquée conjointement à d'autres dispositions ou d'autres accords, ce qui de fait limite énormément son champ d'application.

1242. Intéressons-nous à présent aux attentes légitimes alléguées dans le cadre de plaintes en situation de non-violation au sujet desquelles elle ont également trouvé une place centrale depuis les débuts du commerce international.

---

<sup>1575</sup> *Chine - Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339, rapport du Groupe spécial, 18 juillet 2008, §4.460. Voir également : *Philippines - Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396, rapport de l'Organe d'appel, AB-2011-6, 21 décembre 2011, §221.

<sup>1576</sup> *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2, rapport du Groupe spécial, 29 janvier 1996, §6.24. Sur l'article III(4), voir également : *Communautés européennes - Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301, rapport du Groupe spécial, 22 avril 2005, §4.41 : « it suffices that the expectations regarding the competitive relationship between imported and domestic products are adversely affected to conclude to a violation of Article III:4 » ; *États-Unis - Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384, rapports finaux du Groupe spécial, 18 novembre 2011, §7.276.

## 2. Le rôle des attentes légitimes dans le cadre des plaintes en situation de non-violation

1243. Les plaintes en situation de non-violation constituent une catégorie de recours qui existe depuis le GATT de 1947. Depuis, quatorze plaintes en situation de non-violation ont été déposées parmi lesquelles six ont abouti<sup>1577</sup> dont trois ont été adoptées par le Conseil du GATT<sup>1578</sup>.

1244. À l'appui de notre étude, nous pouvons notamment citer quatre affaires concernant des situations de non-violation se basant sur l'article XXIII:1 (b) du GATT de 1947 et relatives à la déception d'attentes légitimes portant sur des listes de concessions tarifaires : *Australie – Sulphate d'Ammonium*, *Allemagne – Sardines* et *CEE – Oléagineux II*<sup>1579</sup>, ainsi que l'affaire *Allemagne – Droits à l'importation d'amidon* dont le rapport n'a pas été adopté<sup>1580</sup>.

---

<sup>1577</sup> À savoir : *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 3 avril 1950 ; *Régime des importations de sardines en Allemagne*, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992 ; *Communauté européenne - Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne*, L/5776, rapport du Groupe spécial (non adopté), 7 février 1985 ; *CEE - Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, L/5778, rapport du Groupe spécial (non adopté), 20 février 1985 ; *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990 ; *CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992.

<sup>1578</sup> OMC, « Le fondement juridique d'un différend », Module de Formation ; disponible sur : [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/disp\\_settlement\\_cbt\\_f/c4s2p2\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c4s2p2_f.htm)

<sup>1579</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 101. Voir également : *CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS/28/R - 39S/91, précit. ; *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT/CP.4/39, II/188, précit. ; *Régime des importations de sardines en Allemagne*, G/26 - 1S/53, précit.

<sup>1580</sup> *Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation d'amidon et de fécule de pomme de terre*, W.9/178 - 3S/77, rapport du Groupe spécial (non adopté), 12 février 1955, §§4-8. Sur les plaintes en situation de non-violation, voir également : *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §185 ; *Communauté européenne - Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne*, L/5776, rapport du Groupe spécial (non adopté), 07 février 1985 ; *CEE - Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, L/5778, rapport du Groupe spécial (non adopté), 20 février 1985 ; *CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990 ; *États-Unis - Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la dérogation de 1955 et de la note introductive de la Liste de concessions tarifaires*, L/6631 - 37S/228, rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1990, §§5.17-5.23 ; *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, L/1923 - 11S/95, rapport du Groupe spécial, 16 novembre 1962, §§10-13 - §§20-22 ; *Espagne - Mesures concernant la vente d'huile de soja sur le marché intérieur — Recours des États-Unis à l'article XXIII:2*, L/5142, rapport du Groupe spécial (non adopté), 17 juin 1981, §§4.12-4.14 ; *États-Unis - Mesures commerciales affectant le Nicaragua*, L/6053, rapport du Groupe spécial (non adopté), 13 octobre 1986, §§5.6-5.10 ; *Japon - Commerce des semi-conducteurs*, L/6309 - 35S/116, rapport du Groupe spécial, 04 mai 1988, §§130-131 ; *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., pp. 380-393.

1245. Il est de jurisprudence constante que la distinction entre ce type de plaintes et celles formées en situation de violation est bien établie au sein du droit du commerce international comme en témoigne notamment l'affaire *Corée – Marchés publics*<sup>1581</sup>. De ce fait, les décisions obtenues par le biais d'une plainte en situation de violation ne peuvent influencer les affaires relevant de plaintes en situation de non-violation, sachant que « *violation claims rest ultimately in a multilateral context* »<sup>1582</sup>.

1246. Il en résulte que les attentes légitimes émergeant de l'application des dispositions des Accords de l'OMC (différentes de celles analysées précédemment) semblent devoir se résoudre sur la base d'une plainte en situation de non-violation, à l'exception de celles résultant de l'application de l'AGCS qui ne retient pas la différence entre les plaintes en situation de non-violation et celles en situation de violation.

1247. La particularité de ce type de recours est qu'il concerne une mesure gouvernementale licite et conforme au droit de l'OMC mais qui porte atteinte aux intérêts d'un État<sup>1583</sup>. La difficulté pour le requérant dans une telle configuration réside dans le fait qu'il a la charge de démontrer l'existence d'une annulation ou d'une diminution de ses avantages en l'absence de toute violation du droit du commerce international.

### ***2.1. L'objectif des plaintes en situation de non-violation***

1248. Cette procédure permet de rééquilibrer les rapports entre les parties en leur donnant la possibilité d'entamer de nouvelles négociations. La plainte en situation de non-violation étant fondée sur l'absence d'obligation juridique positive, il a fallu encadrer cette procédure afin d'éviter de créer de l'insécurité juridique. Il est ainsi

---

<sup>1581</sup> *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, 1 mai 2000, §7.75. Voir également: *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-2, précit.

<sup>1582</sup> *Chili - Système des fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207, rapport du Groupe spécial, 3 mai 2002, §7.98

<sup>1583</sup> *Communautés européennes - Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400, rapport du Groupe spécial, 25 novembre 2013, §7.677 : « The Appellate Body has endorsed the rationale for non-violation complaints identified in GATT precedent that "[t]he idea underlying [the provisions of Article XXIII:1(b)] is that the improved competitive opportunities that can legitimately be expected from a tariff concession can be frustrated not only by measures proscribed by the General Agreement but also by measures consistent with that Agreement ».

exigé une « justification détaillée » de la partie plaignante conformément à l'article 26 a) du Mémoire d'accord<sup>1584</sup>.

1249. Cette disposition précise effectivement :

« 1. Lorsque les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ou l'Organe d'appel ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie au différend considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'un Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial ou l'Organe d'appel déterminera, que l'affaire concerne une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions d'un accord visé auquel les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord seront d'application, sous réserve de ce qui suit : a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce »<sup>1585</sup>.

1250. L'invocation de cette disposition conjointement à l'article XX du GATT suppose d'exiger « *a stricter burden of proof* » lorsque l'État doit démontrer qu'il s'agit bien d'attentes légitimes et raisonnables et que la mesure qui lui porte atteinte n'était pas prévisible<sup>1586</sup>.

1251. *A contrario*, l'État auteur de la mesure doit démontrer qu'elle a été prise conformément à l'article XX du GATT et qu'elle constituait la seule solution possible ; autrement dit, qu'aucune autre mesure « *which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it* »<sup>1587</sup>. Il s'agit donc d'une situation différente de celle qui caractérise les plaintes en situation de violation dans le cadre desquelles l'État mis en accusation doit uniquement

---

<sup>1584</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, op. cit., p. 141.

<sup>1585</sup> OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869, article 26.

<sup>1586</sup> *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §8.282.

<sup>1587</sup> *Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-8, 11 décembre 2000, §165.

démontrer qu'il ne pouvait pas prendre une mesure moins préjudiciable pour le droit du commerce international.

1252. Pour autant, comme le souligne Marion Panizzon, en 2006, aucun organe d'appel n'avait reconnu la protection des attentes légitimes sur ce terrain « *or substantiated a NVNI ground of complaint* »<sup>1588</sup>.

## 2.2. La charge de la preuve

1253. La charge de la preuve repose sur celui qui dépose la plainte. Il doit, d'une part, démontrer que ses avantages ont été annulés ou diminués et, d'autre part, établir l'origine et le caractère raisonnable de ses attentes<sup>1589</sup>. L'ORD a retenu la notion d'attentes légitimes dans des situations de non-violation afin de garantir une protection de la stabilité des concessions existantes et d'éviter des modifications certes conformes au droit de l'OMC mais préjudiciables à d'autres Membres.

1254. La protection des attentes légitimes comme seul et unique fondement d'une plainte est uniquement possible dans le cadre des plaintes en situation de non-violation qui ont pour but de « *achieving a mutually satisfactory adjustment, usually by means of compensation* »<sup>1590</sup>. Cela est concrètement illustré dans l'affaire *Inde - Brevets*<sup>1591</sup>.

1255. L'État membre s'estimant lésé dans ses droits doit tout d'abord démontrer l'existence d'un avantage issu du GATT et la reconnaissance de l'attente va dépendre de l'imprévisibilité des mesures prises par l'État qui fait la concession<sup>1592</sup> ; c'est ce qui rend la plainte légitime<sup>1593</sup>. Autrement dit, la partie lésée doit démontrer que la mesure en question était imprévisible afin de pouvoir demander la protection de ses attentes légitimes.

---

<sup>1588</sup> M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1589</sup> A. CHUA, « Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence », *op. cit.*, p. 42.

<sup>1590</sup> *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997, §41.

<sup>1591</sup> *Ibidem*, §41.

<sup>1592</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.61.

<sup>1593</sup> *Ibidem*, §10.75.

1256. L'affaire *Chine – Pièces automobiles* a permis un rappel des éléments de preuve à établir à l'appui d'une plainte au titre de l'article XXIII:1(b) du GATT :

« (1) application of a measure by a WTO Member; (2) a benefit accruing under the relevant agreement, including legitimate expectations of improved market access opportunities arising out of relevant tariff concessions; and (3) the nullification or impairment of the benefit as the result of the application of the measure »<sup>1594</sup>.

Ces éléments ont également été retenus dans l'affaire *Japon-Pellicules*<sup>1595</sup>.

1257. De plus, comme l'affaire *CE – Matériels informatiques* en témoigne, « the concept of nullification and impairment was inextricably linked to the expectations formed by parties during the negotiation process. It was well-established that Article XXIII.1(b) violations occurred where actions subsequent to undertaking a GATT commitment resulted in the frustration of reasonable expectations »<sup>1596</sup>.

### 2.3. L'application des attentes légitimes

1258. Comme le montre l'affaire *Corée – Marchés publics*, ce type de plainte repose sur l'hypothèse que les États membres doivent éviter de prendre toute mesure qui, même si elles sont conformes au droit du commerce international, peuvent décevoir les attentes légitimes d'autres États membres<sup>1597</sup>. Le principe de protection des attentes légitimes est donc souvent invoqué afin d'éviter « actions that are not specifically regulated by the WTO law although contrary to the spirit and understanding of the parties »<sup>1598</sup>.

1259. Il est généralement admis que les négociations de listes tarifaires peuvent également faire naître des attentes légitimes et raisonnables à l'égard des parties<sup>1599</sup>. Le but est de protéger « the opportunities for competition » accordées à un produit déterminé lors de négociations multilatérales<sup>1600</sup>. Une distinction doit alors être faite

---

<sup>1594</sup> *Chine - Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339, précit., §4.132.

<sup>1595</sup> *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, précit., §10.41.

<sup>1596</sup> *Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998, §6.32

<sup>1597</sup> *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, 1<sup>er</sup> mai 2000, §7.93

<sup>1598</sup> J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *op. cit.*, p. 88.

<sup>1599</sup> *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, précit., §7.120.

<sup>1600</sup> *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, §3.530. Voir également : A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III: World Trade Law*, *op. cit.*, p. 261.

entre un simple espoir et une attente légitime et raisonnable. Une attente ne peut être ni légitime ni raisonnable si elle vise à éviter toute mesure indispensable à la conduite responsable et quotidienne des États<sup>1601</sup>. Elles doivent être conformes au bon sens et basées sur des objectifs atteignables.

1260. À titre d'exemple, dans l'affaire *Corée – Marchés publics*, le Groupe spécial a retenu un motif de plainte évoqué par les États-Unis au sujet de mesures prises par la Corée qui ont annulé et altéré une situation donnant naissance à des attentes légitimes quant aux possibilités de mise en concurrence (« *Competitive bidding opportunities* »)<sup>1602</sup>. Dès lors que les effets concrets de la déception des attentes légitimes sont démontrés par la partie lésée, le groupe spécial peut valablement en tirer des conséquences. Il est ainsi nécessaire de mener une enquête factuelle sur les circonstances prévalant au moment de la négociation de la concession tarifaire afin de déterminer si une personne raisonnable dotée de bon sens pouvait prévoir l'adoption d'une mesure contraire aux concessions négociées. Si tel est le cas, la déception d'attentes légitimes ne pourra être reconnue<sup>1603</sup>.

1261. La reconnaissance de la déception d'attentes légitimes s'accompagne d'un droit à réparation prenant la forme d'une indemnisation ou de la possibilité pour la partie lésée de retirer ses propres concessions<sup>1604</sup>.

1262. D'autre part, dans l'affaire *États-Unis - Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, le groupe spécial chargé de résoudre le différend a précisé que la clause de la nation la plus favorisée avait déjà fait l'objet d'une application dans le but d'annuler toute mesure qui pouvait décevoir les attentes légitimes des États membres, notamment en ce qui concerne le rapport de concurrence entre leurs produits et ceux d'autres membres<sup>1605</sup>. En effet, l'un des principaux objectifs de la protection des attentes

---

<sup>1601</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>1602</sup> *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, précit., §7.103.

<sup>1603</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, *op. cit.*, p. 264.

<sup>1604</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>1605</sup> *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152, rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999, §5.307. Voir également : *Canada - Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or*, L/5863, rapport du Groupe spécial (non adopté), §70.

légitimes est de garantir l'équilibre et l'égalité au sein des relations entre les États membres de l'OMC.

1263. Les attentes légitimes tendent aussi à protéger les Membres contre toute mesure conforme au droit de l'OMC mais contraire à leurs intérêts, par exemple lorsqu'elles sont nées de négociations tarifaires. Cependant, elles doivent toujours être raisonnables et légitimes. La mesure en question doit également être analysée afin de déterminer si elle était prévisible, auquel cas la protection des attentes légitimes ne sera pas retenue.

1264. L'application de ce principe s'est consolidée depuis le GATT de 1947 sans qu'aucun critère additionnel n'ait été déterminé, ce qui permet aux États parties de demander la protection de leurs attentes légitimes à la condition de démontrer que la situation qui les déçoit leur porte atteinte.

1265. Les attentes légitimes peuvent également naître de mesures de sauvegarde.

### **3. Les mesures de sauvegarde : un recours à la disposition des États en cas de déception d'attentes légitimes**

1266. La déception des attentes légitimes d'un Membre lui permet également de recourir à des mesures de sauvegarde qui peuvent être prises en réaction à une situation préjudiciable mais de non-violation des Accords de l'OMC. Précisément, ce type de mesure doit être justifiée par une situation imprévisible mais pas forcément interdite qui a provoqué une modification des rapports entre les Membres. C'est le cas notamment d'une importation massive d'un produit déterminé qui cause un préjudice à des producteurs nationaux.

1267. La possibilité de recourir à des mesures de sauvegarde est prévue à l'article XIX du GATT. Par ailleurs, à l'issue du Cycle d'Uruguay a été conclu l'Accord sur les sauvegardes. Son contenu a fait l'objet d'un grand nombre d'analyses par l'ORD en vue d'éclairer le sens de chacun de ses articles dont le champ d'application a été inévitablement restreint. Il en est résulté que remplir les critères pour invoquer une

mesure de sauvegarde est devenu très difficile<sup>1606</sup>. L'emploi abusif de ce type de mesures a donc été évité. La jurisprudence a aussi précisé cette possibilité en dégagant plusieurs éléments conditionnant son invocation, ce déjà dans le cadre du GATT de 1947.

1268. Cela a notamment été le cas dans l'affaire *États-Unis – Chapeaux en feutre de poil* à l'occasion de laquelle il a été considéré que :

« *the effects of the circumstances (...), and particularly the degree to which the change in fashion affected the competitive situation, could not reasonably be expected to have been foreseen by the United States authorities in 1947, and that the condition of Article XIX that the increase in imports must be due to unforeseen developments and to the effect of the tariff concession can therefore be considered to have been fulfilled* »<sup>1607</sup>.

Ainsi, le critère de l'imprévisibilité du changement de situation qui conditionne la reconnaissance de la raisonnable et de la légitimité des attentes alléguées a été rappelé.

1269. Dans le cadre de ce contentieux, les attentes légitimes s'appliquent dans un sens négatif en raison de l'obligation de prendre en compte les circonstances entourant la prise de la mesure en question. En effet, il n'est pas question ici de démontrer que l'on s'attendait légitimement et raisonnablement à un avantage ou à la stabilité d'une concession mais plutôt que l'on ne pouvait ni légitimement ni raisonnablement s'attendre à un développement ou à un changement de situation forçant l'État à prendre une mesure de sauvegarde pour y faire face.

1270. La situation d'« *unforeseen developments* » ou « évolution imprévue des circonstances » doit s'interpréter comme toute modification postérieure à la négociation « dont il ne serait pas raisonnable de prétendre que les négociateurs du pays qui a octroyé la concession auraient pu et auraient dû la prévoir à l'époque »<sup>1608</sup>, comme en témoigne notamment l'affaire *États-Unis - Viande d'agneau*. Dans cette hypothèse, l'État peut prendre des mesures exceptionnelles pour suspendre temporairement ses

---

<sup>1606</sup> R. SOPRANO, *WTO Trade Remedies in International Law Their Role and Place in a Fragmented International Legal System*, London, Routledge, 2019, pp. 74-75.

<sup>1607</sup> *États-Unis - Chapeaux en feutre de poil*, GATT/CP/106, Rapport sur le retrait par les États-Unis d'une concession tarifaire en application de l'article XIX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 22 octobre 1951, §12.

<sup>1608</sup> *États-Unis - Mesure de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS177, rapport du Groupe spécial, 21 décembre 2000, §7.23. Voir également : *Argentine - Mesure de sauvegarde définitive à l'importation de pêches en conserve*, WT/DS238, rapport du Groupe spécial, 14 février 2003, §7.26.

obligations ou bien retirer ou modifier ses concessions, comme cela était le cas dans l'affaire *Argentine – Chaussures (CE)*<sup>1609</sup>.

1271. Cette interprétation met l'accent sur l'objet et le but des mesures de sauvegarde qui permettent à un État de réajuster temporairement l'équilibre des concessions négociées avec les autres Membres lorsqu'il est confronté à une circonstance imprévue qui fait qu'un produit est importé en « quantités tellement accrues » et dans de telles circonstances que cela menace de causer ou cause déjà un préjudice aux branches de production nationale<sup>1610</sup>. Ces restrictions à l'importation imposées aux produits d'un Membre exportateur en conséquence de l'adoption d'une mesure de sauvegarde sont donc uniquement autorisées de manière exceptionnelle<sup>1611</sup>.

1272. L'expression « quantités tellement accrues » employée à l'article 2:1 de l'Accord sur les sauvegardes ne doit pas être limitée à une considération technique ou mathématique. En effet, l'augmentation du nombre des importations d'un produit par rapport aux années précédentes ne peut constituer le seul fondement de l'adoption d'une mesure de sauvegarde ; cette situation doit également causer un préjudice aux branches de production nationale<sup>1612</sup>.

1273. Dans l'affaire *États-Unis – Coton* portant sur l'application de l'Accord sur les textiles, notamment son article 6 sur les mesures de sauvegarde transitoires, le Groupe spécial a ainsi retenu que ces mesures doivent uniquement être prises dans le but de protéger les producteurs nationaux de produits similaires ou directement concurrentiels. Les pays exportateurs peuvent donc légitimement s'attendre à ce que les pays importateurs n'appliquent pas abusivement ce type de mesures<sup>1613</sup>.

1274. Les mesures de sauvegarde visent donc à protéger, sous certaines conditions, la production nationale tout en préservant l'équilibre dans les échanges et en garantissant la protection des attentes légitimes à travers l'encadrement de l'étendue

---

<sup>1609</sup> *Argentine - Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121, rapport de l'Organe d'appel, AB-1999-7, 14 décembre 1999, §93. Voir également : *Corée - Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98, rapport de l'Organe d'appel, AB-1999-8, 14 décembre 1999, §89. C'est nous qui soulignons.

<sup>1610</sup> *Argentine - Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121, rapport de l'Organe d'appel, *ibidem*, §94.

<sup>1611</sup> *Ibid.*, §94.

<sup>1612</sup> *Ibid.*, §131.

<sup>1613</sup> *États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24, rapport du Groupe spécial, 8 novembre 1996, §7.20.

et de la portée de ces mesures. Cette protection concerne, d'une part, le pays importateur qui, parce qu'il est confronté à une situation imprévisible portant atteinte aux branches de production nationale, peut prendre une mesure de sauvegarde. S'il remplit les conditions requises, il peut légitimement s'attendre à ce que cette dernière soit déclarée conforme au droit de l'OMC. D'autre part, la protection concerne aussi les pays exportateurs qui peuvent légitimement s'attendre à une application prudente et non-abusive des mesures de sauvegarde. Cela contribue indéniablement à la prévisibilité et à la stabilité des échanges commerciaux ainsi qu'au respect des Accords de l'OMC.

1275. Les critères de raisonnable et de légitimité des attentes sont indispensables pour que celles-ci bénéficient d'une protection, peu importe le recours initié par les États membres. Il revient ainsi à l'État lésé de déterminer lequel est le plus adapté pour rétablir la situation qui lui bénéficiait et à laquelle la modification contestée a porté atteinte.

## **Conclusion du Chapitre 2**

1276. L'origine des attentes légitimes au sein du droit du commerce international remonte au GATT de 1947. Il s'agit d'une notion façonnée par les groupes spéciaux au gré des affaires. Toutes les analyses et précisions fournies dans ce cadre ont ensuite été reprises et complétées par l'ORD au moment d'appliquer les Accords de l'OMC.

1277. De ce fait, nous sommes en mesure de conclure à une stabilité et une cohérence de la jurisprudence du GATT de 1947 jusqu'à nos jours. Contrairement au droit international des investissements, il s'agit d'une reconnaissance expresse du principe de protection des attentes légitimes en tant que partie intégrante des Accords de l'OMC. Son application est homogène et constante. L'Organe d'appel est chargé de veiller à ce que son application se fasse d'une manière juste et dans la limite des actions formellement attribuées durant des années d'application du GATT.

1278. Néanmoins, nous avons pu constater que l'évolution de cette notion semble s'être interrompue depuis plusieurs années, l'ORD ne cherchant pas à la faire

évoluer mais plutôt à limiter son application au sein du contentieux commercial. Il nous semble toutefois que ce principe pourra émerger au sein d'autres dispositions du GATT et des Accords de l'OMC en s'adaptant mieux aux besoins actuels de la société internationale.

1279. On peut ainsi préciser que conformément à la jurisprudence, ce principe remplirait les principales fonctions suivantes : garantir la stabilité des concessions négociées et accordées entre les États membres<sup>1614</sup> ; combler les lacunes des Accords de l'OMC<sup>1615</sup> ; contribuer à la protection des échanges commerciaux actuels mais également à la prévisibilité des échanges futurs<sup>1616</sup> ; garantir la protection des États contre toute modification préjudiciable dans le cadre de leurs rapports commerciaux ou au regard de leur liste de concessions<sup>1617</sup>.

1280. En outre, le principe de protection des attentes légitimes tend à ce que les possibilités de concurrence ne soient pas réduites ou annulées en conséquence d'une mesure prise par un État membre<sup>1618</sup> (même si elle est conforme aux Accords de l'OMC dans le cas de plaintes en situation de non-violation) mais également que soit maintenue l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les produits importés de différents pays ainsi qu'entre les produits importés et nationaux<sup>1619</sup>.

1281. Le droit du commerce international n'est pas un droit qui s'applique de manière isolée. Il paraît donc nécessaire d'étudier à présent les attentes légitimes telles qu'elles se manifestent dans les autres domaines du droit international économique dont le rôle spécifique est de garantir le bon fonctionnement de l'économie mondiale.

---

<sup>1614</sup> Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R, précit., §10.329.

<sup>1615</sup> *Ibidem*, §10.72.

<sup>1616</sup> Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §7.30.

<sup>1617</sup> CEE - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990, §77 ; Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R, précit., §10.232.

<sup>1618</sup> CEE - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992, §§ 136-138, §§146-148 ; Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 3 avril 1950, §12 ; Régime des importations de sardines en Allemagne, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992, §16.

<sup>1619</sup> Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R, précit., §10.86 ; Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997, §36.

## TITRE 2. UNE ÉMERGENCE TIMIDE DES ATTENTES LÉGITIMES AU SEIN DES AUTRES DOMAINES DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

---

1282. Le droit international économique se compose de plusieurs domaines relevant de deux grandes catégories de droit : d'une part, des domaines de nature contraignante ou relevant de la *hard law* tels que le droit de la fiscalité internationale et les deux autres domaines précédemment étudiés (le droit international des investissements et le droit du commerce international) dans le premier titre de cette seconde partie ; d'autre part, des domaines de nature souple ou relevant de la *soft law* tels que le droit financier international et le droit international monétaire.

1283. Il s'agira donc dans ce second titre d'analyser dans un premier temps l'émergence de la notion d'attentes légitimes dans des domaines du droit international économique où elle est encore naissante et dont l'évolution ne peut donc encore être concrètement bien établie. Nous aborderons en particulier le droit de la fiscalité internationale à la lumière des droits nationaux et du droit européen qui favorisent indéniablement son développement (Chapitre 1).

1284. Puis, il s'agira d'étudier la place de cette notion dans les domaines relevant du « droit souple » afin de confirmer ou réfuter notre hypothèse selon laquelle les attentes légitimes commencent timidement à émerger en leur sein sachant que l'absence de toute obligation contraignante rend indispensable l'établissement d'un rapport de confiance entre les parties (Chapitre 2).

# CHAPITRE 1. UNE NOTION NAISSANTE EN DROIT DE LA FISCALITE INTERNATIONALE GRACE AUX DROITS NATIONAUX ET AU DROIT EUROPEEN

1285. Le droit de la fiscalité internationale est une branche du droit international économique dont l'existence même fait l'objet d'un débat doctrinal<sup>1620</sup> en raison de sa composition. En effet, il se fonde sur un réseau de conventions fiscales ou conventions relatives à la double imposition qui régissent les rapports fiscaux entre deux États, lorsqu'un étranger (national de l'un de deux États signataires) décide de s'installer sur le territoire de l'autre État partie à la convention ou lorsque ses activités économiques s'y déroulent.

1286. L'absence de convention multilatérale en la matière se justifie par la nature de la fiscalité qui est une composante essentielle de la souveraineté des États<sup>1621</sup>. L'intérêt de maintenir ce système de conventions fiscales bilatérales repose sur le fait qu'elles se basent sur les spécificités des systèmes fiscaux et les relations économiques des États qui s'accordent mutuellement des concessions afin d'aboutir un équilibre satisfait ; autrement dit « *a fair share of available tax revenues* »<sup>1622</sup>. Cependant, la nature bilatérale du droit fiscal international semble désormais peu adaptée aux besoins actuels d'une société internationale caractérisée par des rapports commerciaux globaux. Un traité multilatéral serait donc aujourd'hui plus opportun<sup>1623</sup>.

1287. Le système fiscal international est néanmoins assez uniforme et cohérent grâce aux modèles de convention fiscale de l'ONU et de l'OCDE qui servent de base de négociation pour ce type de conventions. Ces dernières visent, d'une part, à prévenir la double imposition des activités économiques transfrontalières ainsi que l'évasion fiscale et, d'autre part, à délimiter l'affectation des recettes fiscales entre les différentes

---

<sup>1620</sup> K. SADIQ, « The Inherent International Tax Regime and its Constraints on Australia's Sovereignty », *University of Queensland Law Journal*, vol. 31, n° 1, 2012, pp. 131-132.

<sup>1621</sup> J. GODOLPHIN, « Resolution of Tax Disputes in International Arbitration », *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 4, n° 1, 2018, p. 88.

<sup>1622</sup> *Ibidem*, pp. 87-88.

<sup>1623</sup> A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 5<sup>e</sup> éd., 2016, p. 391.

juridictions qui réclament des impôts, principalement l'État des revenus et l'État de résidence, afin de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité du système fiscal<sup>1624</sup>. À cela s'ajoute la finalité d'améliorer la coopération et les relations économiques entre les États<sup>1625</sup>.

1288. Nous pouvons ainsi identifier deux principales sources du droit de la fiscalité internationale : d'une part, le droit interne de chaque État ; d'autre part, les conventions fiscales qui visent à éliminer la double-imposition<sup>1626</sup> et se fondent sur un assemblage du principe de résidence et du principe de la source ou de territorialité<sup>1627</sup>. Il s'agit indéniablement de l'une de leurs principales particularités qui les différencie des autres conventions de droit international<sup>1628</sup>.

1289. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice (CIJ) a effectivement précisé que « le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne qui jouent un rôle important et sont très répandues sur le plan international »<sup>1629</sup>. Cela est notamment le cas des administrations fiscales étatiques dont le rôle est amplement reconnu au sein du droit international. Par exemple, selon la convention fiscale conclue entre la France et l'Afrique du Sud, il revient à ces institutions de régler d'un commun accord les modalités d'application de la convention<sup>1630</sup>.

1290. Par ailleurs, la notion de souveraineté fiscale désigne non seulement le pouvoir réglementaire dont dispose un État mais aussi son pouvoir coercitif, notamment

---

<sup>1624</sup> J. SASSEVILLE, « A Tax Treaty Perspective: Special Issues »; in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam, IBFD, 2006, p. 38 : « Each country that concludes a tax treaty needs to ensure that its treatment of taxpayers complies with the public international law obligations which it has undertaken when concluding that treaty (unless it is willing to override these obligations). This compliance can theoretically be achieved in two different ways ».

<sup>1625</sup> DESA-ONU, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, doc. n° ST/ESA/PAD/SER.E/213, New York, United Nations, 2017, préambule.

<sup>1626</sup> N. MESSAGE, « Country Surveys: France », in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, op. cit., p. 209.

<sup>1627</sup> À titre d'exemple, une personne physique ou morale qui entreprend des activités dans un autre pays s'expose toujours à ce que plus d'un ensemble de règles fiscales lui soient applicables et, par conséquent, à la possibilité d'être doublement imposée. Voir notamment : A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, op. cit., pp. 96-97.

<sup>1628</sup> J. WOUTERS et V. MAARTEN, « The international Law Perspective », in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, op. cit., p. 15 : « tax treaties are also considered different from other treaties because of their profound interaction with domestic legislation, by using terms that are simultaneously terms of the substantive law of the contracting States ».

<sup>1629</sup> CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, 1970, p. 34, §38.

<sup>1630</sup> *Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée à Paris le 8 novembre 1993, adoptée par décret n° 95-1236 du 16 novembre 1995, publiée dans le *JO* du 23 novembre 1995, article 28.

lorsque des normes ne sont pas respectées. Cela a été confirmé par la CIJ dans l'*affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis* à l'occasion de laquelle elle a indiqué que « le droit d'imposer suppose nécessairement le droit de prendre des mesures de contrainte en cas de défaut de paiement »<sup>1631</sup>. La Cour a néanmoins également considéré que le pouvoir d'imposer et d'évaluer les impôts douaniers qui appartient aux autorités nationales doit être utilisé « raisonnablement et de bonne foi »<sup>1632</sup>.

1291. La plupart des systèmes fiscaux nationaux tentent de poursuivre trois objectifs : la génération de revenus, la redistribution des capitaux et la réglementation. Ces finalités peuvent cependant parfois entrer en conflit. Les impôts visant à accroître la compétitivité et la productivité, par exemple, peuvent entrer en conflit avec l'objectif de redistribution des ressources fiscales.

1292. Les conventions fiscales se basent principalement sur le principe de réciprocité. En ce sens, dans l'*affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a indiqué que si une partie « grâce au maintien en vigueur des anciens traités, obtient les avantages économiques résultant des zones franches, elle doit, en retour, accorder, à titre de compensation, des avantages économiques aux habitants des zones »<sup>1633</sup>.

1293. Nous considérons qu'il est opportun d'aborder ce sujet en privilégiant trois angles. Tout d'abord, du point de vue du droit international en présentant les modèles de convention qui ont servi de base aux conventions fiscales actuelles ainsi que les attentes légitimes issues de mesures fiscales mises en évidence par la pratique arbitrale. Puis, nous étudierons le droit européen en nous référant en particulier à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui tient également compte de ces modèles et a reconnu une place importante à la notion d'attentes légitimes. Cette jurisprudence

---

<sup>1631</sup> CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *Recueil CIJ*, 1952, opinion dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau (traduction), p. 55.

<sup>1632</sup> CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *Recueil CIJ*, 1952, p. 212. Voir également : E. MORGAN, « International Tax Law as a Ponzi Scheme », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 34, n° 1, 2011, p. 85.

<sup>1633</sup> CPIJ, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, Série A/B, n° 46, p. 169.

peut servir de référence pour l'application de ce principe dans le cadre des droits nationaux mais aussi afin de constater sa constante évolution.

1294. Enfin, nous nous intéresserons au droit fiscal étatique dans la mesure où c'est ce dernier qui établit les règles fiscales applicables aux résidents et aux étrangers. Le contribuable s'estimant lésé dans ses droits peut entamer une procédure amiable conformément à la convention en question devant la juridiction concernée mais peut également utiliser les recours disponibles au sein du droit de l'État en question<sup>1634</sup>. Il existe donc aussi des attentes légitimes issues des droits nationaux.

## Section 1. Les attentes légitimes en droit fiscal international

1295. Le droit fiscal international étant un domaine très spécialisé, nous allons tout d'abord présenter ses particularités avant d'étudier les modèles de convention fiscale proposés par l'OCDE et l'ONU qui servent de base pour la négociation des conventions fiscales. Ces modèles constituent également des instruments indispensables pour l'interprétation et l'application des conventions fiscales en vigueur.

1296. Le droit fiscal international est « *to some extent, a zero-sum game: one country's gain in revenue is another's loss* »<sup>1635</sup>. Il entre en jeu dès lors qu'un individu ou une société décide d'investir ou d'exercer des activités économiques à l'étranger qui peuvent donner lieu à une double imposition, c'est-à-dire au risque de payer des impôts à plusieurs reprises sur un même revenu ou activité<sup>1636</sup>.

1297. Ces conventions tendent en ce sens à favoriser et à garantir les échanges commerciaux ainsi que la promotion des investissements des ressortissants des États

---

<sup>1634</sup> Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée à Paris le 8 novembre 1993, adoptée par décret n° 95-1236 du 16 novembre 1995 publiée dans le JO du 23 novembre 1995, article 25.

<sup>1635</sup> R. AVI-YONAH (ed.), *International Tax Law: Volume 1*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 3.

<sup>1636</sup> A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, op. cit., p. 97.

parties en protégeant les résidents étrangers de la double imposition<sup>1637</sup> et en prévoyant également une procédure en cas d'imposition incorrecte.

1298. À ce titre, l'obligation de *due diligence* de l'investisseur avant d'investir comprend également l'obligation de vérifier les taux d'imposition pratiqués par l'État d'accueil et les conventions fiscales en vigueur qui peuvent lui être applicables<sup>1638</sup>. À défaut, cela peut neutraliser les attentes légitimes qu'il peut avoir quant à la stabilité, la clarté et la transparence du système fiscal en question, notamment s'il est face à un ordre juridique qui change en permanence.

1299. Lorsqu'un national ou un résident étranger obtient des revenus dans un État tiers, cet État dans lequel le revenu est gagné (le pays source) et l'État dans lequel réside l'investisseur ou le bénéficiaire (le pays de résidence) ont un droit légitime d'imposer ces revenus<sup>1639</sup>. L'objectif principal du droit fiscal international est donc de résoudre les revendications concurrentes des États de résidence et d'origine afin d'éviter une double imposition qui résulte de l'exercice cumulatif de leur pouvoir d'imposition respectif<sup>1640</sup>.

1300. Parmi les sources du droit de la fiscalité internationale figure le droit coutumier qui peut aussi comprendre les attentes légitimes qui découlent du comportement des États<sup>1641</sup>. Il ne s'agit pas ici de rechercher l'*opinio juris* mais plutôt la confiance qui repose sur certaines actions d'un État permettant la création d'obligations juridiques<sup>1642</sup>. En d'autres termes, le comportement d'un État est perçu comme un indice de l'existence d'attentes légitimes qui reposent sur la prévisibilité et la cohérence de celui-ci.

1301. Cette approche peut uniquement être retenue dans les hypothèses où il n'est pas possible d'établir l'existence d'une règle coutumière applicable compte tenu des deux situations suivantes : 1. le développement historique d'un comportement

---

<sup>1637</sup> A. LYMER et J. HASSELDINE (eds.), *The international taxation system*, New York, Springer, 1<sup>re</sup> éd., 2002, p. 124.

<sup>1638</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>1639</sup> R. AVI-YONAH (ed.), *International Tax Law: Volume 1, op. cit.*, p. 72.

<sup>1640</sup> *Ibidem*

<sup>1641</sup> P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 143.

<sup>1642</sup> *Ibidem*

déterminé de l'État, notamment s'il a pu créer une obligation coutumière vis-à-vis d'un autre État<sup>1643</sup> ; 2. l'opposition d'un État à l'application d'une règle coutumière afin qu'elle ne lui soit pas opposable. Toutefois, son comportement ne peut remettre en cause sa validité<sup>1644</sup>. *A contrario*, un État qui ne s'oppose pas à l'application d'une règle coutumière accepte tacitement son opposabilité en créant à l'égard des autres États une attente raisonnable de conformité. Le principe de protection des attentes légitimes est ainsi un « *value-based argument* »<sup>1645</sup> permettant de justifier l'existence d'une règle du droit international coutumier opposable aux autres États.

1302. Dès lors, ce principe peut contribuer à la résolution d'un différend en mettant fin à une situation tenue comme injuste en tant qu'instrument complémentaire de l'application du droit, notamment lorsqu'il s'agit d'appliquer des actes relevant du droit souple<sup>1646</sup> *i.e.* les recommandations des organisations internationales telles que celles de l'OCDE, ou encore des codes de conduite qui vont inévitablement avoir un impact sur le comportement des États et d'autres acteurs du droit de la fiscalité internationale.

1303. Ce constat met en évidence les défauts inhérents à la nature même du système fiscal international qui sont devenus plus graves au fur et à mesure du développement d'un réseau de conventions fiscales. En effet, une approche bilatérale ne semble plus être adaptée à la globalisation actuelle caractérisée par le fait que les transactions peuvent s'effectuer partout et donc que les contribuables sont susceptibles d'être imposés dans n'importe quel État. Ce réseau est constitué par plus de 1500 traités bilatéraux<sup>1647</sup> (leur nombre augmente régulièrement) visant à prévenir la double imposition des revenus et du capital<sup>1648</sup> et ayant comme base le modèle de convention fiscale de l'OCDE (pour les accords entre pays développés) ou celui de l'ONU (pour les accords entre pays développés et pays en voie de développement), ce qui permet un

---

<sup>1643</sup> *Ibidem*

<sup>1644</sup> *Ibidem*

<sup>1645</sup> *Ibidem*

<sup>1646</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>1647</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, signée à Vienne le 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155, vol. 18232, article 2. Voir également : A. LYMER et J. HASSELDINE (eds.), *The international taxation system*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>1648</sup> R. AVI-YONAH (ed.), *International Tax Law: Volume 1*, *op. cit.*, p. 391. Cependant, selon Brian J. Arnold, ce serait plutôt 3000 traités bilatéraux, voir : B. ARNOLD, « An Introduction to tax treaties », Nations Unies, 2003 ; disponible sur : [https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT\\_Introduction\\_Eng.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf).

degré minimal d'uniformité<sup>1649</sup> mais non une application généralisée de ces dispositions. On peut dès lors s'interroger quant à l'hypothèse où aucune convention fiscale bilatérale n'est conclue : qu'en est-il alors du contribuable originaire de l'un des États exerçant des activités commerciales dans l'autre ?

1304. Il s'agit d'un système qui se fonde principalement sur le principe de l'autonomie nationale et caractérisé par un degré de coordination internationale limité étant donné que la coopération se cantonne généralement aux États parties à chaque convention fiscale<sup>1650</sup>. Certaines entreprises cherchent cependant à exploiter les lacunes à leur bénéfice<sup>1651</sup>. En outre, les États peuvent se servir de leur politique fiscale pour attirer les investisseurs en proposant des taux d'imposition plus faibles.

1305. La grande majorité des traités prévoit toutefois un traitement égalitaire des résidents étrangers et des nationaux d'un État<sup>1652</sup>, un « *fair play* » qui conduit à une nécessaire réciprocité des droits et obligations des États parties à la convention fiscale afin de garantir l'équité et la justice du droit fiscal international.

1306. Quelques principes présents dans la plupart des conventions fiscales méritent ainsi d'être mentionnés. Tout d'abord, le « *single tax principle* » (principe de l'impôt unique) vise à éviter la double imposition en établissant une taxation unique par revenu ou par activité<sup>1653</sup>. D'autre part, le taux d'imposition approprié est déterminé par un deuxième principe, le « *benefit principle* », qui reconnaît le droit à l'État source d'imposer tout revenu provenant d'une activité établie sur son territoire (revenu actif) et à l'État de résidence d'imposer tout revenu passif<sup>1654</sup>. Ce principe est issu d'une règle bien établie du droit international coutumier selon laquelle l'État de résidence n'a qu'un droit secondaire d'imposer les revenus dérivés ou originaires d'un autre État. En ce sens, l'obligation d'éviter la double imposition pèse sur l'État de résidence, car

---

<sup>1649</sup> J. WOUTERS et V. MAARTEN, « The international Law Perspective », *op. cit.*, p. 15. Voir également : A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>1650</sup> R. AVI-YONAH (ed.), *International Tax Law: Volume 1*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>1651</sup> *Ibidem*, p. 397.

<sup>1652</sup> *Ibid.*, p. 472.

<sup>1653</sup> R. AVI-YONAH, *International Tax as International Law an Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2007, p. 8.

<sup>1654</sup> *Ibidem*, p. 169.

l'État source a le droit d'imposer les revenus et de percevoir les impôts<sup>1655</sup>. Les États respectent généralement les dispositions fiscales non seulement en raison de leur nature contraignante mais aussi pour éviter d'être mis à l'écart de toute activité économique internationale<sup>1656</sup>.

1307. Toutefois, cela ne comble pas les défaillances du système. En effet, il est possible qu'un individu ou une société décide de s'installer sur le territoire de l'un des États parties à un traité afin de bénéficier des avantages qu'il permet<sup>1657</sup>. Ce comportement, connu sous le nom de « *treaty shopping* », se définit comme une situation dans laquelle un résident d'un État tiers bénéficie des avantages d'une convention fiscale signée entre deux autres États alors que, compte tenu de sa nature bilatérale, il ne pourrait en principe pas en profiter<sup>1658</sup>. Il s'agit de l'une des faiblesses d'un système fiscal qui repose sur un réseau de traités, un problème qui se retrouve également en droit international des investissements. À titre d'exemple, une société peut décider de créer une filiale dans l'un des États signataires d'une convention fiscale présentant le plus d'avantages pour elle afin de pouvoir en bénéficier<sup>1659</sup>.

1308. Ces traités sont devenus de plus en plus intéressants pour les États en voie de développement car, tout comme les TBI, ils sont un gage de certitude et de cohérence des lois fiscales sur leur territoire<sup>1660</sup> ; une situation qui attire les investissements. Ces traités permettent également de faciliter le commerce international<sup>1661</sup>. Toutefois, la mauvaise application et/ou la violation de leurs dispositions peuvent porter atteinte aux États parties mais aussi aux investisseurs et aux particuliers bénéficiaires du traité en question, par exemple lorsque leurs attentes

---

<sup>1655</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 24. Voir également: R. AVI-YONAH, *International Tax as International Law an Analysis of the International Tax Regime*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1656</sup> R. AVI-YONAH, *ibidem*, p. 63.

<sup>1657</sup> L. RAMHANTER et R. SZUDOCZKY, « Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits », in M. LANG, P. PISTONE *et al.* (eds.), *Tax Treaty Entitlement*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 55.

<sup>1658</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>1659</sup> *Ibid.* : « In order to obtain treaty access, a third-state resident is acting through a company or other entity created in one of the two contracting states, which often take the form of a 'letterbox', a 'shell company' or a 'conduit' ».

<sup>1660</sup> R. AVI-YONAH, *International Tax as International Law an Analysis of the International Tax Regime*, *op. cit.*, p. 170 : « Because of this tax-sparing issue, the United States has treaties with all the OECD member countries but relatively few with developing countries, although the situation has changed somewhat in recent years. One reason for the expansion in treaties with developing countries is that the treaty provides certainty for American investors regarding the tax law of the other country, and most developing countries consider it to their benefit to encourage American investment ».

<sup>1661</sup> B. ARNOLD et S. VAN WEEGHEL, « The Relationship Between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures », in G. MAISTO, *Tax Treaties and Domestic Law*, *op. cit.*, p. 81.

légitimes reposant sur la bonne exécution de la convention les ont conduits à agir d'une certaine manière<sup>1662</sup>.

1309. Afin d'identifier l'existence d'attentes légitimes en matière de droit de la fiscalité internationale, nous présenterons en premier lieu brièvement les modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU (A). Puis, il s'agira d'aborder la question des prix de transfert (B), qui viennent également protéger et créer des attentes légitimes. Sur ces deux sujets, nous retiendrons une approche plutôt théorique en abordant des éléments généraux et indispensables pour comprendre la notion d'attentes légitimes. Puis, nous conclurons cette section en s'intéressant aux attentes légitimes « fiscales » au sein du contentieux des investissements (C). Pour ce faire, nous adopterons une approche plus empirique des attentes légitimes.

### **1. Analyse des modèles de convention à la base des conventions fiscales**

1310. À travers différents instruments juridiques, tels que les modèles de convention, les organisations internationales peuvent influencer les États sans pour autant les contraindre à les adopter. Les modèles de l'OCDE et de l'ONU ont effectivement inspiré les conventions fiscales actuellement en vigueur. Les États sont libres d'utiliser le modèle qui s'adapte le mieux à leur situation ou tout simplement de s'inspirer de certaines dispositions qu'ils jugent pertinentes. L'objectif de ces modèles, qui constituent donc des points de départ pour la conclusion de conventions fiscales, est d'atteindre un degré minimal de stabilité et de cohérence en matière fiscale internationale.

1311. Précisément, ils visent à prévenir l'évasion et la fraude fiscales ainsi que la double imposition<sup>1663</sup>. Cette dernière a principalement lieu, on l'a vu, en cas de chevauchement du principe de résidence et du principe de la source. Toute méthode

---

<sup>1662</sup> M. ZÜGER, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2001, p. 5.

<sup>1663</sup> Cette double imposition peut être « soit juridique (situation où un même contribuable est imposé dans deux États à raison d'un même revenu), soit économique (situation dans laquelle l'imposition du revenu d'un contribuable dans un État fait double emploi avec l'imposition du revenu d'un autre contribuable lié au premier dans un autre État, notamment dans les cas de transfert de bénéfices entre société d'un même groupe) ». Extrait du site de la Direction générale des finances publiques, « La procédure amiable » ; disponible sur : <https://www.impots.gouv.fr/portail/international-professionnel/la-procedure-amiable> (consulté le 10 octobre 2019).

visant à l'empêcher afin d'assurer « *both capital export neutrality, and capital import neutrality* »<sup>1664</sup> est considérée comme une bonne pratique

1312. L'analyse de ces deux modèles est nécessaire pour plusieurs raisons. Tout d'abord, en tant que documents de référence pour l'adoption de conventions fiscales, notamment grâce aux commentaires qu'ils contiennent et qui contribuent à une meilleure interprétation et application de ces conventions. En ce sens, ils permettent de garantir la protection des droits des contribuables en même temps que les revenus fiscaux des États parties. Les commentaires constituent donc une source d'attentes légitimes et assurent un équilibre parfait entre les intérêts et les droits des administrations fiscales et ceux des administrés.

### ***1.1. Le Modèle de convention fiscale de l'ONU***

1313. Le Modèle de convention fiscale de l'ONU sur la double imposition entre pays en voie de développement et pays développés a, contrairement au Modèle de convention de l'OCDE, tendance à favoriser une rétention plus importante des droits d'imposition par le pays d'origine ou pays d'accueil de l'investissement par rapport au pays de résidence.

1314. Cette convention-type a pour objectif de protéger les contribuables contre toute discrimination en raison de leur nationalité afin d'améliorer les échanges commerciaux et promouvoir les investissements en garantissant un degré de sécurité juridique indispensable à un environnement transparent et attractif pour les investisseurs potentiels. Elle contient également des commentaires rédigés par le Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale visant à illustrer et à compléter chaque article. Nous pouvons affirmer que ces objectifs permettent également une protection des intérêts des contribuables, notamment lorsque les dispositions sont suffisamment claires pour créer dans leur esprit des attentes légitimes.

1315. En revanche, l'absence de dispositions précises et non-ambigües peut laisser la possibilité aux contribuables de conclure des contrats afin d'obtenir des

---

<sup>1664</sup> A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, op. cit., p. 96.

avantages alors que les États n'avaient pas eu l'intention d'en accorder<sup>1665</sup>. Une manœuvre qui peut avoir des effets graves pour les États, surtout ceux qui n'ont aucune expérience avec les « *sophisticated tax-avoidance strategies* »<sup>1666</sup>.

1316. Les États doivent donc tenter de remédier à ce risque pendant la phase de négociations afin d'éviter que les contribuables puissent profiter des lacunes et des ambiguïtés des dispositions de la convention en question. À ce titre, le Comité rappelle qu'il est indispensable de préserver un équilibre entre la protection des recettes fiscales de l'administration, la sécurité juridique et la protection des attentes légitimes des contribuables<sup>1667</sup>. Il en ressort que la clarté des dispositions d'une convention fiscale est nécessaire, car elle permet de protéger les attentes légitimes des États contractants reposant sur le bon comportement des contribuables.

1317. Ce modèle de convention prévoit également une procédure amiable non seulement pour les questions concernant l'interprétation et l'application de la convention fiscale mais aussi pour fournir un *forum* dans le cadre duquel les contribuables peuvent demander réparation pour toute mesure non conforme à la convention<sup>1668</sup>.

1318. Nous en déduisons que le but ici est de garantir un équilibre entre les intérêts de l'administration fiscale et les intérêts des contribuables tout en assurant un minimum de sécurité juridique compte tenu des attentes légitimes des parties. C'est grâce aux commentaires qui complètent chaque article que le contribuable aura des attentes légitimes quant à l'application concrète de la convention ; un fait qui devra être dûment pris en compte par l'administration fiscale chargée de l'exécuter.

1319. Retrouvons-nous également la notion d'attentes légitimes dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui sert aussi de document de référence pour la négociation de conventions fiscales ?

---

<sup>1665</sup> DESA-ONU, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, doc. n° ST/ESA/PAD/SER.E/213, New York, United Nations, 2017, p. 70.

<sup>1666</sup> *Ibidem*

<sup>1667</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>1668</sup> *Ibid.*, p. 548.

## ***1.2. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE***

1320. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune s'applique à toutes les personnes résidant dans l'un des deux États parties. Il comprend des dispositions portant sur les impôts, les sources ainsi que les procédures d'imposition et de règlement de différends afin de prévenir, d'une part, la double imposition et, d'autre part, la fraude et l'évasion fiscales.

1321. Ce modèle contient également des commentaires visant à éclairer ou illustrer les articles qui ont été rédigés et approuvés par des experts nommés par chaque gouvernement réunis au sein du Comité des affaires fiscales de l'OCDE. Ils servent à préciser l'interprétation à donner aux dispositions des conventions fiscales, en particulier dans le cadre des règlements de différends.

1322. Le modèle est effectivement utilisé non seulement par les administrations fiscales et les administrés mais aussi par les juges. En outre, il ressort de la pratique au sein de l'Union européenne que le principe de confiance légitime, amplement reconnu par la CJUE, peut également être applicable dans les affaires fiscales<sup>1669</sup>.

1323. Au regard de ce système de conventions fiscales assez cohérent et uniforme malgré la nature bilatérale de ces accords, nous pouvons affirmer que les contribuables peuvent avoir des attentes légitimes quant à l'application de leurs dispositions.

1324. Ces attentes légitimes sont renforcées lorsque les commentaires du Comité des affaires fiscales de l'OCDE vont dans leur sens. De plus, le recours systématique au modèle de convention et aux commentaires de leurs articles par les autorités fiscales nationales dans la cadre de leur interprétation juridique ou leur pratique rend possible l'application du principe de confiance légitime notamment lorsque la situation relève du droit de l'Union européenne<sup>1670</sup>. Dans cette hypothèse, l'État a créé des attentes légitimes portant sur l'application de ces documents,

---

<sup>1669</sup> Voir notamment : J. WOUTERS et M. VIDAL, « The OECD Model Tax Convention Commentaries and the European Court of Justice: Law, Guidance, Inspiration? », in S. DOUMA et F. ENGELE (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008, p. 14, §23.

<sup>1670</sup> *Ibidem*

engendrant ainsi une obligation morale à son égard : il doit les appliquer ou, à tout le moins, les prendre en compte<sup>1671</sup>.

1325. Toutefois, leur nature non-contraignante oblige le juge et les administrations fiscales à prendre également en compte les circonstances spécifiques de chaque affaire avant de conclure à l'existence d'une attente légitime en raison d'une action de l'État. Cette condition complique la reconnaissance d'une obligation à la charge de l'État d'appliquer et de respecter certaines dispositions des commentaires sur la base de la protection des attentes légitimes des contribuables<sup>1672</sup>.

1326. Il en découle que les commentaires contribuent également à la stabilité et à la cohérence du système fiscal international, notamment lorsque l'État accepte et applique régulièrement un commentaire ou bien un principe en créant ainsi des attentes légitimes à l'égard des bénéficiaires sur le maintien de cette situation. En effet, selon José Calderon et conformément aux principes de l'estoppel, de l'acquiescence et de la protection des attentes légitimes, les États membres de l'OCDE « *may be held to have accepted the OECD Model Convention Commentaries so as to become bound by the Commentaries for the purpose of interpreting the tax treaties in force between them and with third countries* »<sup>1673</sup>.

1327. L'administration fiscale peut, par ailleurs, établir une obligation de déclarer une opération afin de garantir la conformité aux dispositions fiscales contenues dans ce modèle. Cela lui permet d'identifier une situation constituant un intérêt potentiel pour elle mais aussi pour tout contribuable qui souhaite obtenir un avantage fiscal de cette opération. Cependant, le régime de divulgation obligatoire ainsi que les attentes légitimes qui en dérivent soulèvent certaines préoccupations pour plusieurs États. En effet, ils peuvent craindre qu'une obligation de divulguer une opération puisse faire croire aux contribuables que cela est équivalent à la reconnaissance implicite de sa conformité dès lors que l'administration fiscale ne précise pas le contraire. Nous constatons ainsi un possible effet négatif des attentes légitimes reposant sur le silence

---

<sup>1671</sup> *Ibid.*

<sup>1672</sup> *Ibid.*, p.15, §24.

<sup>1673</sup> J. CALDERON, « OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law? » *Intertax Law Journal*, vol. 35, n° 1, 2007, p. 12.

de l'administration, car elles pourraient avoir un impact sur la capacité d'une autorité fiscale à agir ultérieurement contre une telle opération. De plus, une obligation de répondre à toutes les divulgations permettrait effectivement la création d'un mécanisme d'autorisation de ces transactions, car il serait impossible de prévoir qu'ils puissent se prononcer sur la totalité des opérations<sup>1674</sup>. De ce fait, nous constatons que cette situation constitue une limitation aux attentes légitimes des contribuables dans la mesure où la divulgation de transactions ne peut engendrer de réponse automatique quant à leur validité ou conformité avec le droit fiscal en vigueur ou l'octroi d'un avantage fiscal. Cela est déjà le cas dans le droit de plusieurs États, notamment du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Canada, entre autres<sup>1675</sup>.

1328. La plupart des différends qui surgissent concernent l'application des conventions fiscales. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit ainsi une procédure à l'amiable à l'article 25 qui permet de les résoudre lorsqu'il s'agit de différends entre l'administration fiscale et un particulier ; autrement le différend se résout directement entre les administrations fiscales. Cette procédure est prévue et encadrée par la convention fiscale bilatérale correspondante et peut se définir comme « une procédure non juridictionnelle, indépendante des voies de recours prévues en droit interne »<sup>1676</sup> ayant pour objet l'élimination de la double imposition subie par les contribuables. Elle peut être initiée par toute personne physique ou morale résidant dans l'un des deux États partie à la convention fiscale.

1329. Selon la Direction générale des finances publiques française, la France est « liée par plus de 120 conventions fiscales contenant un dispositif de procédure amiable »<sup>1677</sup>. À titre d'exemple, selon l'OCDE, en 2018, 362 procédures amiables ont été entamées en France dont 136 en matière de prix de transfert<sup>1678</sup>.

1330. Conformément aux statistiques de l'OCDE sur les procédures amiables par juridiction en 2018, la plupart des affaires se sont résolues favorablement en

---

<sup>1674</sup> OCDE, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, Paris, Editions OCDE, 2015, p. 56, §175.

<sup>1675</sup> *Ibidem*, §176.

<sup>1676</sup> Direction générale des finances publiques, « La procédure amiable », *op. cit.*

<sup>1677</sup> *Ibidem*

<sup>1678</sup> OCDE, « MAP Statistics 2018 France », in *Mutual Agreement Procedure Statistics per jurisdiction for 2018* ; disponible sur : <http://www.oecd.org/tax/dispute/2018-map-statistics-france.pdf>

éliminant la double imposition. Au vu de leur efficacité, il nous semble logique de conclure que les contribuables peuvent aussi avoir des attentes légitimes quant à la bonne application et l'exécution des conventions fiscales qui contribuent par ailleurs à la promotion des investissements étrangers<sup>1679</sup>. En effet, un investisseur potentiel ne prendra pas le risque d'investir dans un État dont le système fiscal est incertain et s'il décide de le faire, il devra assumer ce risque sans pouvoir invoquer la protection de ses attentes légitimes.

1331. Cependant, la confidentialité inhérente à ce type de procédure ne nous a pas permis de trouver des décisions nous permettant de constater *in concreto* l'application et l'évolution des attentes légitimes dans le cadre de ces différends.

1332. Pour autant, nous pouvons conclure de l'étude de ces deux modèles de convention fiscale que l'objectif principal du système fiscal international est de prévenir la double imposition ainsi que l'évasion et la fraude fiscales<sup>1680</sup>. De plus, l'équilibre tant recherché en droit interne est également souhaité en droit international : d'une part, l'administration fiscale doit protéger et garantir ses revenus fiscaux ; d'autre part, les administrés doivent pouvoir investir dans un environnement juridique et fiscal certain, clair et stable.

1333. L'application des conventions fiscales crée inévitablement des attentes légitimes à l'égard des contribuables notamment en ce qui concerne leur bonne application mais aussi le respect de leurs droits. Il en résulte qu'ils peuvent également avoir des attentes légitimes quant aux recours disponibles en cas de violation de leurs droits et un procès juste et équitable.

1334. La question des attentes légitimes à l'égard de ces modèles peut être approfondie en s'intéressant à la question du prix de transfert.

---

<sup>1679</sup> L. TURCAN, « Dispute Resolution », in M. LANG, P. PISTONE (eds.), *The UN Model Convention and its Relevance for the Global Tax Treaty Network*, Amsterdam, IBFD, 2017, p. 262.

<sup>1680</sup> A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, op. cit., p. 193 : « The fact that tax treaties generally have two main purposes: the settling of common problems which arise in the field of international juridical taxation, such as double taxation, and the prevention of tax evasion, means that the interpretation of tax treaties can be more complex than in the interpretation of other types of international treaties ».

## 2. Le prix de transfert : son application engendre-t-elle des attentes légitimes ?

1335. Le prix de transfert désigne le prix établi lors d'une transaction entre parties associées<sup>1681</sup>. On retrouve cette notion dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales ainsi que dans le Manuel pratique des Nations unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement.

1336. Conformément à l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, une entreprise associée désigne toute entreprise « d'un État contractant [qui] participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou [lors] que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant »<sup>1682</sup>.

1337. Les prix de transfert sont souvent appliqués par les grandes entreprises lors de ventes ou d'autres types de transfert de biens et de services à une autre entreprise appartenant au même groupe. Leur finalité est, d'une part, d'éviter la fraude ou l'évasion fiscales<sup>1683</sup> en assurant un prix correspondant à celui du marché<sup>1684</sup> et, d'autre part, de garantir une stabilité pour les entreprises associées qui, dans d'autres circonstances, devraient se conformer à plusieurs ordres juridiques.

1338. Dans le but d'atteindre une uniformité des règles régissant les prix de transfert, l'article 9 des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU disposent que les prix de transfert doivent être ajustés pour refléter le prix qui aurait été utilisé dans une transaction similaire entre entreprises non associées<sup>1685</sup>. Cela n'est évidemment pas applicable aux entreprises indépendantes, car leurs transactions, et notamment le prix des biens, sont régis par les règles du marché.

---

<sup>1681</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, op. cit., p. 91.

<sup>1682</sup> OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, Éditions OCDE, 2017, article 9.

<sup>1683</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, op. cit., p. 91.

<sup>1684</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>1685</sup> *Ibid.*, p. 92.

1339. Le prix de transfert peut se calculer à partir de plusieurs méthodes prévues par l'OCDE. Le contribuable peut appliquer celle qui lui semble la mieux adaptée à sa situation à la condition que le principe de pleine concurrence soit respecté<sup>1686</sup>. Ce dernier vise à établir de justes prix de transfert (ou prix de pleine concurrence) entre entreprises dépendantes afin de garantir que le prix soit celui auquel on pourrait légitimement s'attendre si les parties étaient indépendantes<sup>1687</sup>. L'application du principe de pleine concurrence constitue la méthode la plus répandue parmi les États afin que les entreprises appartenant à un même groupe soient traitées comme des entités distinctes et non comme un ensemble indissociable. Ce principe est réputé respecté si le contribuable fixe le même prix de transfert indépendamment de son lien avec l'entreprise en question<sup>1688</sup>.

1340. Cela suppose généralement une analyse de comparabilité afin de déterminer le prix le plus adapté dans une transaction entre entreprises associées. Il est ainsi nécessaire d'effectuer une comparaison entre les conditions d'une opération contrôlée et « celles qui auraient été appliquées si les parties avaient été indépendantes » dans des circonstances comparables<sup>1689</sup>.

1341. Le principe de pleine concurrence suppose également que les entreprises qui partagent des ressources soient facturées une somme équivalente au pourcentage d'utilisation<sup>1690</sup>. Ce montant doit correspondre à la somme qui serait facturée à une partie indépendante. C'est là où l'accord de répartition des coûts (ou « *cost contribution agreement* ») trouve application. L'OCDE définit ce type d'accords comme celui « conclu entre des entreprises commerciales pour partager les contributions et les risques associés à la mise au point, à la production ou à l'obtention conjointes d'actifs corporels et incorporels ou de services, étant entendu que ces actifs corporels et incorporels ou ces services sont supposés générer des avantages pour les entreprises de

---

<sup>1686</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1687</sup> Voir par exemple : *Code général des impôts*, annoté par Gérard ZAQUIN, Paris, Dalloz, 29<sup>e</sup> éd., 2020, article 57, alinéa 1.

<sup>1688</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 37, p. 32. Voir également : B. ARNOLD, *International Tax Primer*, *op. cit.*, p. 94 ; OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, *op. cit.*, p. 685.

<sup>1689</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, *ibidem*, p. 46. Voir également : B. ARNOLD, *International Tax Primer*, *ibidem*, p. 96.

<sup>1690</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, *ibid.*, p. 103.

chacun des participants »<sup>1691</sup>. Le but est que tous les contributeurs au développement d'un bien disposent d'un droit égal sur les profits générés conformément à leur taux de participation<sup>1692</sup>.

1342. Cet accord doit être conclu de bonne foi et par écrit en précisant son objet, la durée ainsi que les modalités de son exécution conformément au principe de pleine concurrence. Cela suppose également que les cocontractants participent au coût de développement du produit selon les profits qu'ils envisagent obtenir en gardant soigneusement les preuves de leur investissement et de leur projection. C'est là que les attentes légitimes prennent une place plus concrète, car « *only persons with a legitimate expectation of benefiting under the arrangement should be permitted to be participants* »<sup>1693</sup>. C'est donc le fait même de conclure ce type d'accord et d'investir pour le développement d'un produit qui rendent légitimes les attentes des cocontractants.

1343. Le Manuel pratique des Nations unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement prévoit des conditions semblables à celles précédemment indiquées, à savoir :

« *having at least two participants; a sharing of costs between the participants based on anticipated benefits; each participant should have a reasonable expectation of benefiting; from taking part in the arrangement (mutual benefit); the details of the arrangement are documented (...)* »<sup>1694</sup>.

1344. Nous constatons que les attentes doivent être non seulement légitimes mais également raisonnables. Autrement dit, les seules attentes à protéger sont celles qui se basent sur une projection raisonnable compte tenu de la participation aux frais de développement du bien.

1345. Les deux modèles de convention fiscale étudiés prennent en compte les attentes des parties à l'accord. Cependant, dans le Modèle de l'OCDE, ce sont des attentes légitimes qui sont envisagées alors que celui de l'ONU considère plutôt des

---

<sup>1691</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., p. 25. C'est nous qui soulignons.

<sup>1692</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, op. cit., p. 105.

<sup>1693</sup> *Ibidem*

<sup>1694</sup> ECOSOC, *Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement*, doc. n° ECOSOC/65832017, Nations unies, 2017, p. 322. C'est nous qui soulignons.

attentes raisonnables. Il semble également que les attentes à considérer apparaissent à différentes étapes de l'accord selon la convention-type à appliquer. En effet, le Modèle de l'OCDE paraît conditionner la participation d'une personne à l'existence d'une attente légitime de bénéficier du développement du produit alors que s'agissant du Modèle de l'ONU, des attentes dérivent automatiquement de la conclusion d'un accord.

1346. Pour rappel, les attentes sont légitimes dès lors que l'intéressé remplit tous les critères juridiques pour en bénéficier ou lorsqu'il a reçu des assurances ou promesses explicites ou implicites mais elles sont raisonnables si, compte tenu des circonstances qui les entourent, l'individu peut légitimement s'attendre à en bénéficier et n'a aucune raison d'en douter. En toute hypothèse, ces deux termes vont ensemble et viennent compléter les critères indispensables à la reconnaissance d'attentes légitimes.

1347. Ainsi, les attentes légitimes reposant sur les avantages et les bénéfices résultant d'un accord de répartition des coûts correspondent aux attentes qu'une entreprise indépendante peut avoir sur les objectifs de l'activité en question, que cela soit pour le développement d'un produit ou pour fournir un service, ce compte tenu des risques, des ressources et des compétences requises.

1348. Les avantages doivent ainsi être mutuels et proportionnels à la participation. L'application du principe de pleine concurrence suppose avant tout et « à titre de condition préalable, [que] toutes les parties à l'accord attendent un avantage raisonnable »<sup>1695</sup>. Ces accords permettent donc de garantir les attentes légitimes et raisonnables des parties.

1349. Les prix de transfert peuvent également créer des attentes légitimes en dehors d'accords de répartition des coûts étant donné qu'ils assurent que les entreprises se trouvant sur le territoire d'un État, liées à d'autres entreprises à l'étranger, seront payées conformément aux prix du marché pour les produits ou les services engagés mais aussi que le résultat de cette opération sera dûment déclaré.

---

<sup>1695</sup> OCDE. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, op. cit., p. 392.

1350. En outre, lorsqu'un différend survient en conséquence de la fixation de prix de transfert, le contribuable peut initier une procédure à l'amiable prévue dans la convention fiscale. Cette procédure requiert des autorités fiscales qu'elles cherchent à résoudre la plainte mais il ne s'agit que d'une obligation de moyens<sup>1696</sup>. Dès lors, lorsque cela est possible, le contribuable préfère saisir un tribunal arbitral en vertu du TBI applicable.

### 3. Les attentes légitimes fiscales protégées par les TBI

1351. Le lien entre le droit international des investissements et le droit de la fiscalité internationale est sans équivoque. D'une part, l'investisseur, au moment de se décider à investir, tient non seulement compte de l'ordre juridique de l'État qui l'intéresse mais évalue également les politiques et les lois fiscales en vigueur qui peuvent créer des attentes légitimes et raisonnables quant à leur stabilité<sup>1697</sup>, notamment lorsque l'État d'accueil lui a fait des assurances spécifiques<sup>1698</sup>. D'autre part, grâce à ce lien, l'investisseur peut avoir accès à une procédure transparente et impartiale pour régler les éventuels différends touchant la matière fiscale. Les procédures prévues devant l'administration fiscale de l'État concerné peuvent être admises ou refusées sans que la décision rendue soit dûment motivée.

1352. Il n'est pas anodin que les tribunaux arbitraux en matière d'investissements aient à traiter de plus en plus d'affaires touchant à la fiscalité. Cela résulte principalement de deux facteurs : le premier inhérent au droit international des investissements, notamment à la possibilité pour l'investisseur d'engager une procédure à l'encontre de l'État d'accueil devant une instance internationale, et le second comme conséquence des défauts inhérents au régime fiscal international<sup>1699</sup>.

---

<sup>1696</sup> B. ARNOLD, *International Tax Primer*, op. cit., p. 110.

<sup>1697</sup> *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Équateur*, affaire CIRDI n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, §§340, 364.

<sup>1698</sup> A. KOLO, « Fat Cats and 'Windfall' Taxes in the Natural Resources Industry: Legal and Political Analysis in the light of Modern Investment Treaties », in J. WERNER, A. HYDER ALI (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law beyond Conventional Thought*, Londres, CMP Publishing Ltd, 2009, p. 110. Voir également : *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, affaire CIRDI n° ARB/05/18, décision sur la compétence du 6 juillet 2007, §194.

<sup>1699</sup> J. CHAISSE, « Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution », *Virginia Tax Review*, vol. 35, n° 2, 2016, p. 166.

1353. La procédure à l'amiable prévue dans les conventions fiscales n'est pas entièrement transparente dans la mesure où l'administration fiscale de l'État concerné peut l'admettre ou la refuser pour des raisons politiques ou diplomatiques<sup>1700</sup> sans être obligée de motiver sa décision. De ce fait, elle n'impose qu'une moindre responsabilité des autorités étatiques qui doivent seulement démontrer qu'elles ont essayé de régler le différend sans pour autant être réellement obligées de le faire<sup>1701</sup>. Nous pouvons donc affirmer que l'autorité fiscale n'a ici qu'une obligation de moyens et non de résultat.

1354. Un autre argument en faveur de la protection des questions fiscales dans le cadre du contentieux des investissements est que même si les États disposent d'une marge d'appréciation très large en ce qui concerne la fiscalité sur leur territoire, cela doit être contrebalancé par le besoin de protéger le droit de propriété des investisseurs contre tout type de privation par l'État, notamment le droit de bénéficier des profits réalisés et de la protection de leurs attentes légitimes qui reposent sur ce droit<sup>1702</sup>. Nous constatons donc que le principe de protection des attentes légitimes vise ici à rétablir un équilibre au sein des rapports entre l'État et l'investisseur et en particulier d'éviter que le premier exerce abusivement ses droits souverains, notamment « *through reinterpretation and rulings by tax authorities) in a manner that would adversely affect the economic interests of foreign investors* »<sup>1703</sup>.

1355. De ce fait, nous considérons qu'il est indispensable d'analyser la jurisprudence issue du contentieux des investissements touchant à la matière fiscale. Nous nous attarderons plus spécifiquement sur l'une des deux notions analysées dans le premier chapitre du Titre 1 de la présente thèse, à savoir l'expropriation. La détermination de la nature expropriatrice d'une mesure réglementaire doit se faire par le biais de l'analyse de plusieurs éléments que sont sa nature, son objet et son but afin de déterminer si la mesure relève de l'activité réglementaire normale ou commune de

---

<sup>1700</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>1701</sup> *Ibid.*

<sup>1702</sup> A. KOLO, « Fat Cats and 'Windfall' Taxes in the Natural Resources Industry: Legal and Political Analysis in the light of Modern Investment Treaties », *op. cit.*, p. 100.

<sup>1703</sup> T. WÄLDE et A. KOLO, « Investor-State Disputes: The Interface between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty », *Intertax Law Journal*, vol. 35, n° 8-9, 2007, p. 448.

l'État ou si elle remplit les critères pour être considérée comme constitutive d'expropriation<sup>1704</sup>.

1356. Plusieurs tribunaux arbitraux ont eu l'occasion d'analyser ce type de mesures dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte sachant que le principe de protection des attentes légitimes fait partie des éléments à prendre en compte pour sa qualification<sup>1705</sup>.

1357. Les mesures expropriatrices fiscales constituent en effet une catégorie spécifique de mesures constitutives d'expropriation indirecte, cependant leur reconnaissance reste exceptionnelle dans la mesure où cela suppose de démontrer qu'une mesure fiscale de nature générale est expropriatrice au regard de l'intention de l'État, de son caractère discriminatoire ou parce qu'elle constitue une violation directe d'un engagement spécifique envers l'investisseur<sup>1706</sup>. Il en résulte que les tribunaux arbitraux sont systématiquement plus exigeants quant aux critères à prendre en compte afin de conclure qu'une mesure fiscale est expropriatrice.

1358. La relation entre les attentes légitimes fiscales et l'expropriation se retrouve également dans leur lien avec le droit de propriété reconnu par la CEDH<sup>1707</sup>. La déception des attentes légitimes peut ainsi constituer « *a compensable expropriation* »<sup>1708</sup>. De ce fait, la notion d'attentes légitimes, en tant que principe bien établi du droit international des investissements, est également applicable aux questions fiscales qui peuvent dériver de différentes dispositions d'un TBI, notamment celles relatives à l'expropriation<sup>1709</sup>.

1359. Les arbitres doivent ainsi non seulement tenir compte de l'impact de la mesure mais également de la déception des attentes légitimes de l'investisseur, car il est de pratique courante qu'une déception des « *properly ascertained legitimate*

---

<sup>1704</sup> J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2019, p. 155, §7.10.

<sup>1705</sup> Voir : Titre 1, Chapitre 1, Section 2 de la présente thèse. Voir également : J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, *ibidem*, pp. 168-169, §7.50.

<sup>1706</sup> *Ibid.*, p. 197, §7.133. Voir également : A. PANDYA et A. MOODY, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future », *Tilburg Law Review*, vol. 15, n° 1, 2010, p. 113.

<sup>1707</sup> Voir : Chapitre introductif de la présente thèse

<sup>1708</sup> A. KOLO, « Fat Cats and 'Windfall' Taxes in the Natural Resources Industry: Legal and Political Analysis in the light of Modern Investment Treaties », *op. cit.*, p. 106.

<sup>1709</sup> *Ibidem*, p. 107.

*expectations'* » constitue un élément indispensable pour la qualification d'une expropriation et qu'à l'inverse l'absence d'attentes légitimes et raisonnables sera retenue contre le demandeur<sup>1710</sup>.

1360. Dans l'affaire *Feldman c. Mexique*, il s'agissait d'un investisseur qui alléguait une expropriation indirecte en tant que conséquence du refus de lui octroyer des avantages fiscaux prenant la forme de remboursements de taxes aux exportateurs. En l'espèce, le tribunal a conclu que les assurances sur lesquelles le demandeur fondait ses attentes légitimes étaient très ambiguës et informelles<sup>1711</sup>, raison pour laquelle l'existence d'une expropriation n'a pas été retenue. Par conséquent, il est exigé une assurance ou une représentation précise et claire ainsi qu'une obligation à la charge de l'investisseur de respecter les conditions prévues dans les lois fiscales en vigueur, ce que le demandeur n'avait en l'occurrence pas fait<sup>1712</sup>.

1361. On retrouve une position similaire dans l'analyse du tribunal arbitral s'agissant de l'affaire *EnCana c. Équateur* portant sur des remboursements de TVA auxquels les filiales du requérant avaient eu droit en vertu des lois et des règlements équatoriens. En l'espèce, il a effectivement été précisé que « *in the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment* »<sup>1713</sup>. Cette solution réaffirme notre constat selon lequel les attentes légitimes d'ordre fiscal doivent naître d'une assurance ou d'un comportement spécifiquement destiné à l'investisseur.

1362. Cela est également illustré dans l'affaire *JSW Solar and Wirtgen c. République Tchèque*<sup>1714</sup>. En effet, alors que la majorité du tribunal a ici conclu que la détermination de l'expropriation d'un investissement suppose que les droits invoqués

---

<sup>1710</sup> T. WÄLDE et A. KOLO, « Investor-State Disputes: The Interface between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty », *op. cit.*, p. 446.

<sup>1711</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, §149.

<sup>1712</sup> *Ibid.*

<sup>1713</sup> *EnCana Corporation c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3481, sentence du 3 février 2006, §173. Voir également : *Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017, §8.52 ; *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. et Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017, §490.

<sup>1714</sup> *Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA n° 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017, §437

existent au sein du droit équatorien, l'arbitre Horatio Grigera Naon était plutôt de l'avis que ces droits soient directement protégés par le TBI dès lors que l'investissement a été réalisé conformément au droit de l'État d'accueil.

1363. Ce même arbitre explique dans son opinion dissidente que les attentes légitimes constituent un élément inhérent à la définition même de l'investissement étant donné qu'elles sont inextricablement liées au droit de l'investisseur étranger d'exécuter l'investissement et d'obtenir des rendements ou profits en vertu du traité, raison pour laquelle ce type d'attentes légitimes portant sur les profits doivent aussi être prises en compte lors de la vente de l'investissement à un tiers<sup>1715</sup>.

1364. Il découle de l'affaire *ADM c. Mexique* plusieurs critères indispensables pour la caractérisation d'une expropriation en vertu d'une mesure fiscale notamment les conséquences de la mesure, c'est-à-dire l'intensité de ses effets et sa durée. Il convient également d'analyser si elle est proportionnelle ou bien nécessaire pour atteindre un but légitime, si elle est constitutive de discrimination ou non, si elle a été adoptée conformément au droit en vigueur et si elle a pu porter atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur au moment où ce dernier a décidé d'investir<sup>1716</sup>.

1365. Il importe également de préciser qu'une mesure fiscale existant au moment de l'investissement, que l'État ne fait qu'appliquer en veillant à ce qu'elle soit respectée, ne peut en soi constituer une violation du principe de protection des attentes légitimes comme en témoigne l'affaire *Roussalis c. Roumaine*<sup>1717</sup> qui a mis en évidence le fait que la protection des attentes légitimes requiert que les mesures réglementaires ne puissent être prévisibles ni par un investisseur prudent ni par un investisseur disposant d'éléments supplémentaires lui permettant de les prévoir<sup>1718</sup>.

---

<sup>1715</sup> *EnCana Corporation c. Équateur*, précit., opinion dissidente partielle d'Horacio A. Grigera Naón, §17, §20 et §25 : « An interference in legitimate expectations of the foreign investor protected by the Treaty as a foreign investor's proprietary interest includes State incoherent conduct obscuring the national legal treatment of matters directly determining the foreign investor's entitlement to returns covered by the Treaty ».

<sup>1716</sup> *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007, §249-250.

<sup>1717</sup> *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI n° ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, §506.

<sup>1718</sup> *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC n° V2013/153, sentence du 12 juillet 2016, §781 : « Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas ».

1366. Par ailleurs, il ressort de l'affaire *Antin c. Espagne* que les attentes légitimes « *may be defeated if the host State eliminates the essential features of the regulatory framework relied upon by the investor in making a long-term investment* »<sup>1719</sup>.

1367. Une assurance ou une représentation répétée peut également créer une attente légitime quant au maintien d'une situation déterminée, ce qui est parfaitement illustré dans l'affaire l'affaire *Greentech and NovEnergia c. Italie* à l'occasion de laquelle il a en l'espèce été considéré que des assurances constantes et précises de l'Italie ont constitué des garanties « *that the tariffs would remain fixed for two decades* »<sup>1720</sup>. De ce fait, l'Italie ne pouvait plus réduire arbitrairement la valeur de ces tarifs douaniers.

1368. Nous pouvons ainsi affirmer que les attentes légitimes sont également invocables dans les différends fiscaux au sein du contentieux des investissements, notamment en ce qui concerne l'expropriation indirecte. Elles constituent un élément indispensable pour la détermination de cette dernière mais il importe également de prendre en compte les effets de la mesure fiscale, notamment si elle est arbitraire, confiscatoire, abusive, discriminatoire et imprévisible.

1369. À titre de conclusion, nous pouvons considérer que les attentes légitimes sont un composant essentiel du droit de la fiscalité internationale. En effet, la confiance dans les autorités fiscales crée inévitablement des attentes chez les contribuables, notamment celle de bénéficier d'un système fiscal clair, transparent et non ambigu mais aussi d'avoir à leur disposition des voies de recours effectives pour demander le redressement d'une situation qui leur serait défavorable.

1370. La particularité ici est que ces conventions fiscales comportent deux types de résolution des différends survenant de leur application ou de leur interprétation. En effet, dès lors que la mauvaise application de la convention peut entraîner la double imposition d'un contribuable, ce dernier peut entamer une

---

<sup>1719</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018, §556.

<sup>1720</sup> *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC n° V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti, §450.

procédure amiable afin de rétablir la situation. S'il s'agit d'un différend étatique, il se résout directement entre les États concernés. Il existe donc une intention de garantir un certain équilibre entre les droits et les intérêts des contribuables et ceux des États.

1371. Le contentieux des investissements permet également aux investisseurs d'engager une procédure à l'encontre de l'État d'accueil lorsqu'une mesure fiscale leur porte atteinte sur la base de l'expropriation indirecte. Les attentes légitimes constituent alors l'un des principaux éléments à prendre en considération pour la qualifier.

1372. Le droit international a donc donné une base contribuant à l'uniformité du système fiscal international et à l'unification des dispositions fiscales nationales, il convient à présent d'analyser le droit européen qui, grâce à sa riche jurisprudence, nous permettra plus sûrement de conclure à l'existence d'attentes légitimes en cette matière.

## **Section 2. La notion d'attentes légitimes au sein des dispositions fiscales du droit de l'Union européenne**

1373. Le droit de l'Union européenne comprend des dispositions portant sur la fiscalité qui prennent la forme de règlements et de directives applicables sur le territoire des États membres. La jurisprudence des tribunaux européens a également dégagé des règles en la matière. Les principes de l'Union sont aussi applicables<sup>1721</sup> à ces dispositions fiscales, notamment celui de la protection de la confiance légitime qui nous intéresse tout particulièrement.

1374. Le principe de protection des attentes légitimes protège non seulement les intérêts essentiels du contribuable mais lui garantit aussi une stabilité des jugements et arrêts rendus conformément au principe du précédent reconnu par la CJUE<sup>1722</sup>. En effet, un contribuable peut légitimement s'attendre à ce que la Cour lui applique une solution cohérente avec celles prises antérieurement dans des affaires similaires.

---

<sup>1721</sup> D. WEBER, « Tax Rules with Retroactive Effect Versus Legal Certainty and Legitimate Expectations », in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2018, p. 170.

<sup>1722</sup> I. FREIJA-PECCATI, « Value of Precedents in EU Direct Tax Law », in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *ibidem*, p. 93.

1375. La jurisprudence occupant une place importante en droit de l'Union européenne mais aussi en droit conventionnel européen, nous allons étudier l'application de ce principe à travers une analyse de plusieurs affaires portant sur des questions fiscales que la CJUE (A) et la CEDH (B) ont eu à traiter.

### **1. L'application de la notion d'attentes légitimes au sein de la jurisprudence fiscale de la Cour de justice de l'Union européenne**

1376. L'accès à la CJUE se fait par l'intermédiaire des tribunaux nationaux. Un recours fiscal formé devant les juridictions nationales d'un État membre peut effectivement conduire à ce qu'une question soit posée au juge européen concernant l'interprétation de dispositions du droit de l'Union sur la question. Cela peut se produire lorsqu'un contribuable prétend que les dispositions fiscales nationales qui lui sont applicables et qu'ils contestent sont contraires aux règles du droit de l'Union<sup>1723</sup>. Dans cette hypothèse, et conformément à l'article 267 TFUE, la CJUE peut statuer « a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union »<sup>1724</sup>.

1377. Dès lors qu'une question concernant l'application des traités de l'Union européenne se pose, une juridiction nationale statuant en dernier ressort doit renvoyer l'affaire devant la Cour de justice européenne afin d'obtenir une décision préliminaire sur cette question si elle l'estime nécessaire pour rendre son arrêt<sup>1725</sup>.

1378. Cette obligation de renvoi connaît toutefois quelques exceptions. En effet, dans l'affaire *CILFIT*, la CJCE avait précisé que lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant une juridiction nationale, elle est tenue de remplir son obligation de saisine « à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire

---

<sup>1723</sup> P. FARMER, « Tax Appeals to the European Court of Justice », in S. WHITEHEAD (ed.), *The Tax Disputes and Litigation Review*, London, Law Business Research, 3<sup>e</sup> éd., 2015, p. 1.

<sup>1724</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2012/C 326/01, publié au Journal officiel n° C326 du 26 octobre 2012, article 267.

<sup>1725</sup> P. FARMER, « Tax Appeals to the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 4.

s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »<sup>1726</sup>. Cela doit être évalué en fonction des caractéristiques « propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté »<sup>1727</sup>.

1379. Il est également possible que la Commission européenne saisisse la CJUE lorsqu'un État membre ne s'est pas conformé à son avis motivé et continue donc à manquer aux obligations découlant du droit de l'Union, conformément à l'article 258 du TFUE<sup>1728</sup>. Il s'agit, à ce jour, de la procédure la plus utilisée.

1380. Nous allons ainsi particulièrement nous intéresser aux recours formés par les personnes physiques ou morales en vue d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission qui lui est adressée ou qui l'affecte directement (par exemple en matière d'aides fiscales ou de TVA)<sup>1729</sup>. La protection de la confiance légitime sera retenue dès lors qu'elle est née d'une situation licite. Dans les faits, nous constatons que la CJUE a tendance à prendre en compte quasi-systématiquement ce principe au moment d'analyser les affaires qui lui sont présentées, notamment celles relatives au domaine fiscal<sup>1730</sup>. Il en résulte une extension de la protection de la confiance légitime aux contribuables.

1381. Tout d'abord, d'après une riche jurisprudence, le principe de protection de la confiance légitime opère lorsqu'il est possible de « déterminer que les actes des autorités administratives ont créé, dans l'esprit d'un opérateur économique prudent et avisé, une confiance raisonnable (...). Si la réponse à cette question s'avère positive, il y a lieu, dans un second temps, d'établir le caractère légitime de cette confiance »<sup>1731</sup>. Il s'applique principalement dans deux domaines : le système de TVA et les aides d'État.

---

<sup>1726</sup> CJUE, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la Santé*, affaire 283/81, arrêt du 6 octobre 1982, *Rec.* 1982-03415, §21.

<sup>1727</sup> *Ibidem*

<sup>1728</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, précit., article 258.

<sup>1729</sup> P. FARMER, « Tax Appeals to the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 6.

<sup>1730</sup> E. TRAVERSA et D. MODONESI, « Les principes de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime en droit douanier et fiscal. Une source d'inspiration pour les autres branches du droit européen », *Revue de droit de l'Union Européenne*, 2015/2, p. 270.

<sup>1731</sup> CJCE, *Elmeka NE c. Ypourgos Oikonomikon*, affaires jointes C-181/04 à C-183/04, arrêt du 14 septembre 2006, *Rec.* 2006 I-08167, §32.

1382. Le contentieux en matière de TVA concerne essentiellement, d'une part, la compatibilité des mesures de mise en œuvre de la directive TVA prises par les États membres avec les principes généraux du droit communautaire tels que la sécurité juridique, la proportionnalité et l'efficacité et, d'autre part, l'application de la doctrine de l'abus de droit<sup>1732</sup>.

1383. La Cour a introduit cette doctrine en matière de TVA en définissant les circonstances dans lesquelles les accords conclus avec les contribuables doivent être considérés comme abusifs, ce qui peut empêcher ces derniers de bénéficier de l'application de la directive concernée. De même, le principe de protection de la confiance légitime ne peut pas être invoqué lorsqu'il repose sur une situation illicite.

1384. Dans l'affaire *Halifax*, la CJUE a effectivement consacré le principe d'interdiction des pratiques abusives dans le domaine fiscal selon lequel « les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes communautaires »<sup>1733</sup>. La pratique abusive est caractérisée si, d'une part, l'application des directives et de la législation nationale ont eu comme résultat « l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif de ces dispositions »<sup>1734</sup> et, d'autre part, qu'il en résulte « un ensemble d'éléments objectifs que les opérations en cause ont pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal »<sup>1735</sup>.

---

<sup>1732</sup> Voir notamment sur ces deux éléments: CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*, §73 ; CJUE, *BUPA Hospitals Ltd et Goldsbrough Developments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-419/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01685*, §§50-52 ; CJUE, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-223/03, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01751*, §§39,52 ; CJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs c. Weald Leasing Ltd.*, affaire C-103/09, arrêt du 22 décembre 2010, *Rec. 2010 I-13589*, §27; CJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. RBS Deutschland Holdings GmbH*, affaire C-277/09, arrêt du 22 décembre 2010, *Rec. 2010 I-13805*, §49 ; CJUE, *Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. GMAC UK plc*, affaire C-589/12, arrêt du 3 septembre 2014, *Rec. Général*, §49.

<sup>1733</sup> CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*, §§68-69. Voir également : CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. c. Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, affaire C-367/96, arrêt du 12 mai 1998, *Rec. 1998 I-02843*, §20 ; CJCE, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, affaire C-373/97, arrêt du 23 mars 2000, *Rec. 2000 I-01705*, §32 ; CJCE, *Peter Cremer c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, affaire C-125/76, 11 octobre 1977, *Rec. 1977-01593*, §21 ; CJCE, *General Milk Products GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire C-8/92, arrêt du 3 mars 1993, *Rec. 1993 I-00779*, §21 ; CJCE, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire C-110/99, arrêt du 14 décembre 2000, *Rec. 2000 I-11569*, §51.

<sup>1734</sup> CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*, §86. Voir également : P. FARMER, « Tax Appeals to the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 6.

<sup>1735</sup> CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*, §86.

1385. En toute hypothèse, le droit de l'Union doit être certain et prévisible pour les justiciables<sup>1736</sup> au nom du principe de sécurité juridique qui permet donc de créer des attentes légitimes à l'égard des justiciables<sup>1737</sup>. La confiance légitime est ici considérée comme un élément subjectif de ce principe<sup>1738</sup>. De ce fait, en matière fiscale, la sécurité juridique « s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des charges financières, afin de permettre aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose »<sup>1739</sup>. Nous en déduisons que la confiance légitime, en tant que principe reconnu par l'ordre juridique de l'Union européenne, est également applicable au contentieux fiscal.

### **Les attentes légitimes dans le contentieux fiscal relatif à la TVA**

1386. S'agissant du système commun de TVA, les articles des directives fiscales doivent être lus conjointement au principe de protection de la confiance légitime. En l'occurrence, ils doivent « être interprété[s] en ce sens qu'il[s] s'oppose[nt] à une réglementation nationale qui prévoit, avec effet rétroactif, la prolongation du délai dans lequel le remboursement d'un excédent de taxe sur la valeur ajoutée doit être effectué, dans la mesure où cette réglementation prive l'assujetti du droit, dont il disposait avant l'entrée en vigueur de celle-ci, d'obtenir des intérêts de retard sur la somme devant lui être remboursée »<sup>1740</sup>. La Cour analyse systématiquement s'il y a violation des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime lorsqu'une législation nationale entre en vigueur et est applicable à des situations qui existaient auparavant<sup>1741</sup>. Il s'agit de conduire les autorités nationales à annoncer l'entrée en vigueur de nouvelles règles en temps utile

---

<sup>1736</sup> CJCE, *Royaume des Pays-Bas c. Conseil de l'Union européenne*, affaire C-301/97, arrêt du 22 novembre 2001, *Rec. 2001 I-08853*, §43.

<sup>1737</sup> Voir chapitre introductif de la présente thèse sur l'influence du droit européen sur la notion d'attentes légitimes.

<sup>1738</sup> E. TRAVERSA et D. MODONESI, « Les principes de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime en droit douanier et fiscal. Une source d'inspiration pour les autres branches du droit européen », *op. cit.*, p. 263.

<sup>1739</sup> CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*, §72. Voir également : CJCE, *Royaume des Pays-Bas c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-326/85, arrêt du 15 décembre 1987, *Rec. 1987-05091*, §24 ; CJCE, *Finanzamt Sulingen c. Walter Sudholz*, affaire C-17/01, arrêt du 29 avril 2004, *Rec. 2004 I-04243*, §34.

<sup>1740</sup> CJUE, *Enel Maritsa Iztok 3 AD c. Direktor « Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto » NAP*, affaire C-107/10, arrêt du 12 mai 2011, *Rec. 2011 I-03873*, §41.

<sup>1741</sup> D. WEBER, « Tax Rules with Retroactive Effect Versus Legal Certainty and Legitimate Expectations », *op. cit.*, p. 177.

afin de permettre aux contribuables concernés de prendre les mesures nécessaires dans le but d'éviter toute conséquence négative.

1387. L'affaire *Schloßstraße* est à cet égard intéressante. En effet, il s'agissait pour la CJUE de se prononcer sur une déduction de la TVA acquittée par la société *Schloßstraße* sur des biens et des services fournis en vue de réaliser certaines opérations économiques alors qu'une modification législative était postérieurement intervenue en supprimant le droit à exonération. La Cour s'est prononcée en estimant que lorsque ses démarches ont été menées de bonne foi et que son intention d'exercer des activités économiques est confirmée par des éléments objectifs, le contribuable garde le droit de bénéficier d'une déduction de la TVA acquittée au motif que « les principes de la protection de la confiance légitime et de sécurité juridique s'opposent à ce qu'une modification législative postérieure à la fourniture de ces biens ou de ces services le prive, avec effet rétroactif, d'un tel droit »<sup>1742</sup>.

1388. En outre, dans l'affaire *Breitsohl* qui portait sur une situation similaire, la Cour a précisé, d'une part, que le droit de déduction de la TVA acquittée portant sur les premières dépenses d'investissement n'est pas subordonné « à une reconnaissance formelle de la qualité d'assujetti par l'administration fiscale »<sup>1743</sup> et, d'autre part, que cette reconnaissance a uniquement pour effet qu'une fois cette qualité admise, elle ne peut plus lui être retirée avec effet rétroactif sans que cela constitue une violation aux principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime<sup>1744</sup>. La seule exception admise est lorsque cette qualité provient d'une situation frauduleuse ou abusive.

1389. Par ailleurs, comme en témoigne l'affaire *Enel Maritsa Iztok*, le principe de protection de la confiance légitime permet qu'une réglementation nouvelle s'applique « aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure »<sup>1745</sup> et inversement. Ce qui n'est pas permis en vertu de ce même principe

---

<sup>1742</sup> CJCE, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR c. Finanzamt Paderborn*, affaire C-396/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04279*, §47. Voir également : CJCE, *Belgocodex SA c. État belge*, affaire C-381/97, arrêt du 3 décembre 1998, *Rec. 1998 I-08153*, §26.

<sup>1743</sup> CJCE, *Finanzamt Goslar c. Brigitte Breitsohl*, affaire C-400/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04321*, §38.

<sup>1744</sup> CJCE, *Finanzamt Goslar c. Brigitte Breitsohl*, affaire C-400/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04321*, §38.

<sup>1745</sup> CJUE, *Enel Maritsa Iztok 3 AD c. Direktor «Obzhalvane i upravljenie na izpalnenieto» NAP*, affaire C-107/10, arrêt du 12 mai 2011, *Rec. 2011 I-03873*, §39.

est que cette nouvelle réglementation ou une modification de la réglementation existante puisse priver rétroactivement le contribuable d'un droit qu'il a pourtant acquis sur la base de la réglementation antérieure<sup>1746</sup>. Les autorités fiscales nationales ont l'obligation de respecter le principe de protection de la confiance légitime tel que le juge européen l'a mis en évidence à l'occasion de l'affaire *Elmeka NE*<sup>1747</sup>.

1390. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que la jurisprudence a généralement tendance à garantir le respect des principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique notamment lorsqu'une situation née d'une réglementation antérieure fait l'objet d'une modification rétroactive en conséquence de l'adoption de nouvelles règles en portant atteinte aux droits et aux attentes légitimes des contribuables.

### **Les attentes légitimes dans le contentieux fiscal relatif aux aides d'État**

1391. Le principe de protection de la confiance légitime s'applique également en matière d'aides d'État afin de permettre à leurs bénéficiaires de s'opposer à la récupération de l'aide en question au motif que, au regard de certains comportements des autorités publiques, ils ne pouvaient raisonnablement prévoir que cela serait envisagé et encore moins sollicité<sup>1748</sup>. Ce principe vise donc à protéger les contribuables contre l'exercice déraisonnable et imprévisible du droit discrétionnaire du législateur d'adopter de nouvelles réglementations<sup>1749</sup>. Il en résulte une obligation de prendre en compte les circonstances actuelles et les conséquences des nouvelles règles envisagées avant de les adopter.

1392. Cependant, une attente légitime ne peut naître que si l'État a notifié les aides aux bénéficiaires<sup>1750</sup>. L'affaire *Land Rheinland-Pfalz* met parfaitement en lumière

---

<sup>1746</sup> CJCE, *Marks & Spencer c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-62/00, arrêt du 11 juillet 2002, *Rec. 2002 I-06325*, §47.

<sup>1747</sup> CJCE, *Elmeka NE c. Ypourgos Oikonomikon*, affaires jointes C-181/04 à C-183/04, arrêt du 14 septembre 2006, *Rec. 2006 I-08167*, §36.

<sup>1748</sup> A. GIRAUD, « Study of the Notion of Legitimate Expectations in State Aid Recovery Proceedings: Abandon All Hope, Ye Who Enter Here », *Common Market Law Review*, vol. 45, n° 5, 2008, p. 1401.

<sup>1749</sup> *Ibidem*, p. 1402. Voir également : TPICE, *Koninklijke Friesland Foods NV c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-348/03, arrêt du 12 septembre 2007, *Rec. 2007 II-00101*, §125.

<sup>1750</sup> Traité instituant la Communauté européenne publié au Journal officiel n° C 235 du 24 décembre 2002, article 88 ; Voir également : CJUE, *France Télécom SA c. Commission européenne*, affaire C-81/10, arrêt du 8 décembre 2011, *Rec. 2011 I-12899*, §59 ; CJCE, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, affaire 310/85, 24 février 1987, *Rec. 1987-00901*, §901.

ce critère. En effet, la Cour a en l'espèce précisé que « les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure »<sup>1751</sup>. En d'autres termes, la protection des attentes légitimes ne peut être retenue lorsque celles-ci naissent d'une situation irrégulière non conforme au droit en question.

1393. Cela est clairement illustré dans l'affaire *France Télécom* portant sur un pourvoi formé par cette entreprise afin d'obtenir l'annulation d'une décision de la Commission sur l'aide d'État mise à exécution par la France en sa faveur. La Cour a en l'espèce rappelé que « les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue à l'article 88 CE et un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que ladite procédure a été respectée »<sup>1752</sup>. L'obligation de *due diligence* est ici également soulignée en tant qu'élément indispensable à toute demande de protection de la confiance légitime.

1394. Le principe de protection de la confiance légitime ne peut en effet être invoqué lorsque celui qui la sollicite n'a pas respecté les conditions prescrites par la loi. La procédure adéquate doit donc être suivie afin de pouvoir s'en prévaloir en cas de modification soudaine d'avantages octroyés.

1395. Par ailleurs, à l'exception d'une cause d'intérêt public justifiant la suppression immédiate d'une réglementation, il est nécessaire d'appliquer des mesures transitoires afin de protéger les attentes légitimes des bénéficiaires d'aides d'État comme en témoigne l'affaire sur les *Centres de coordination belges*. Il s'agissait d'un recours en annulation formé par la Belgique contre une décision de la Commission portant sur le refus de renouvellement, même temporaire, du statut desdits centres qui avait entraîné la fin d'un régime d'aides. La Cour a alors précisé qu'« en l'absence d'intérêt public péremptoire, la Commission, en n'ayant pas assorti la suppression d'une réglementation, de mesures transitoires protégeant la confiance que l'opérateur pouvait

---

<sup>1751</sup> CJCE, *Land Rheinland-Pfalz Deutschland c. Alcan Deutschland GmbH*, affaire C-24/95, arrêt du 20 mars 1997, *Rec. 1997 I-01591*, §25.

<sup>1752</sup> CJUE, *France Télécom SA c. Commission européenne*, affaire C-81/10, arrêt du 8 décembre 2011, *Rec. 2011 I-12899*, §59.

légitimement avoir dans la réglementation communautaire, a violé une règle supérieure de droit »<sup>1753</sup>.

1396. Nous pouvons également citer à titre d'exemple une autre affaire relative à une demande préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 2 de la décision 1999/183/CE formulée dans le cadre d'un litige opposant la société *Magdeburger Mühlenwerke GmbH* au *Finanzamt Magdeburg*. En l'espèce, il était question de savoir si l'investisseur pouvait prétendre à une aide aux investissements compte tenu de la décision d'investissement prise avant l'expiration du délai laissé à la République fédérale d'Allemagne pour se conformer à la décision 1999/183/CE ou avant la publication des mesures prises à cet effet au *Journal officiel*, ce même si la livraison du bien d'investissement ainsi que la fixation et le versement de la subvention ne sont intervenus qu'après la survenance de ces deux hypothèses. La Cour a décidé d'écarter la protection des attentes légitimes en considérant qu' :

« À supposer même que, préalablement à ladite publication, **un opérateur économique diligent ait pu prétendre à une confiance légitime dans l'octroi d'une telle aide, il ne pouvait plus entretenir une telle confiance à partir de cette publication**. En effet, l'ouverture de la procédure formelle d'examen implique que la Commission nourrit des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'aide en cause avec le droit de l'Union. Un opérateur économique diligent ne peut donc plus, à partir de ce moment, se fier à la pérennité de cette aide »<sup>1754</sup>.

1397. Dès lors, le principe de protection de la confiance légitime découle directement des règles de procédure en matière d'aides d'État selon lesquelles les États membres ont l'obligation de notifier à la Commission toute nouvelle aide ou les modifications apportées aux régimes d'aides existants<sup>1755</sup>. Cela dit, il revient au bénéficiaire, en tant que victime de la déception d'attentes légitimes, de soulever tous les arguments liés à ce principe à l'appui de sa demande.

1398. Nous constatons toutefois que la Commission et la Cour ont plutôt tendance à retenir une approche restrictive du principe de protection de la confiance

---

<sup>1753</sup> CJCE, *Belgique et Forum 187 c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, arrêt du 22 juin 2006, Rec. 2006 I-05479, §149.

<sup>1754</sup> CJCE, *Magdeburger Mühlenwerke GmbH*, affaire 129/12, 21 mars 2013, ECLI:EU:C:2013:200, §46-47. C'est nous qui remarquons.

<sup>1755</sup> A. PIRLOT, et E. TRAVERSA, « The temporal application of State Aid rules to domestic tax measures: A sensitive matter », in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, op. cit., p. 208.

légitime en matière d'aides d'État au regard de la charge de la preuve excessive qui pèse sur les entreprises bénéficiaires<sup>1756</sup>. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'aides fiscales étant donné qu'elles sont souvent intégrées dans le système fiscal général, ce qui peut rendre plus difficile pour les entreprises de déterminer si ces mesures doivent être notifiées par l'État membre<sup>1757</sup>.

1399. Dès lors, il est possible de conclure que le principe de protection de la confiance légitime fait également l'objet d'une application constante en contentieux fiscal européen. En effet, conjointement au principe de sécurité juridique, il protège et garantit les droits acquis<sup>1758</sup> des justiciables fondés sur une réglementation antérieure<sup>1759</sup>. Il convient de préciser que les régimes d'aides sont plus encadrés. De ce fait, la Cour et la Commission retiennent une approche plus restreinte lorsqu'elles analysent les affaires qui leur sont soumises.

1400. Nous allons à présent étudier la protection des attentes légitimes en matière fiscale à travers une analyse de quelques arrêts significatifs rendus par la CEDH.

## **2. L'application de la notion d'attentes légitimes en matière fiscale au sein de la jurisprudence de la CEDH**

1401. La CEDH peut se prononcer sur la rétroactivité fiscale en application de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention EDH<sup>1760</sup>. Cependant, on peut se demander si une nouvelle loi fiscale qui porte atteinte au droit de propriété d'une personne au moment où elle entre en vigueur peut justifier une saisine de la CEDH, ce même si le deuxième paragraphe de cet article semble exclure cette matière de l'analyse de la Cour. En tout état de cause, même à supposer que cela soit possible, la protection de

---

<sup>1756</sup> *Ibidem*. Voir également : CJCE, *Belgique et Forum 187 c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, arrêt du 22 juin 2006, *Rec. 2006 I-05479*, §23.

<sup>1757</sup> A. PIRLOT, et E. TRAVERSA, *ibid.*

<sup>1758</sup> La relation entre les droits acquis et la notion d'attentes légitimes est étudiée dans la Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse.

<sup>1759</sup> E. TRAVERSA et D. MODONESI, « Les principes de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime en droit douanier et fiscal. Une source d'inspiration pour les autres branches du droit européen », *op. cit.*, p. 272.

<sup>1760</sup> *Protocole n°1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signé à Paris le 20 mars 1952, entré en vigueur le 18 mai 1954, R.T.N.U., vol. 213, n° 2889, p. 263.

ce droit ne peut écarter la rétroactivité des lois fiscales<sup>1761</sup>, raison pour laquelle la Cour soumet ces lois à un examen particulier en exigeant que le législateur trouve un équilibre entre les intérêts généraux de l'État et la protection des droits individuels des contribuables<sup>1762</sup>.

1402. En ce sens, la Commission européenne des droits de l'Homme a précisé qu'une disposition rétroactive imposant une obligation fiscale ou limitant la possibilité de bénéficier d'un allègement fiscal doit être considérée comme plus sévère qu'une disposition future similaire, notamment en raison de l'incertitude qu'elle peut inévitablement engendrer<sup>1763</sup>. Cette hypothèse suppose un niveau de contrôle plus élevé<sup>1764</sup>.

1403. Les attentes légitimes, aussi connues sous la dénomination d'espérances légitimes, ont été reconnues dans la jurisprudence de la CEDH notamment à l'occasion de l'application de l'article 1 du Protocole n° 1. Or, nous allons démontrer que les affaires fiscales peuvent tout à fait entrer dans le champ d'application de cet article et, par conséquent, que la notion d'espérance légitime peut également s'appliquer dans ce domaine<sup>1765</sup>.

1404. La Cour ne peut cependant se prononcer sur les affaires fiscales que dans la mesure où les éléments suivants sont dûment réunis : (1) l'existence d'une base juridique suffisante justifiant la mesure fiscale en question ; (2) le mesure doit poursuivre un impératif d'intérêt public ; (3) les moyens utilisés pour atteindre ce but doivent être proportionnels<sup>1766</sup>. Par ailleurs, nous constatons que le droit de la fiscalité, du fait de sa nature, est généralement caractérisé par un degré minimal d'ingérence

---

<sup>1761</sup> CEDH (troisième section), *Stere et autres c. Roumanie*, req n° 25632/02, arrêt du 23 février 2006, § 54 ; CEDH (deuxième section), *Di Belmonte c Italie*, req. n° 72665/01, arrêt du 16 mars 2010, §42 ; CEDH (quatrième section), *M.A. et autres c. Finlande*, req. n° 27793/95, décision sur la recevabilité du 10 juin 2003.

<sup>1762</sup> K. PANTAZATOU, « Effective Legal Remedies and Fair Trial in Tax and Time », in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, op. cit., pp. 280-281.

<sup>1763</sup> Comm. EDH (plénière), *A, B, C, et D c. Royaume-Uni*, req. n° 8531/79, décision du 10 mars 1981, pp.1-3. Voir également: K. PANTAZATOU, « Effective Legal Remedies and Fair Trial in Tax and Time », op. cit., p. 280.

<sup>1764</sup> K. PANTAZATOU, *ibidem*, p. 281.

<sup>1765</sup> Voir Chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>1766</sup> A. QUINTAS SEARA, « Protection of Taxpayers' Property Rights in Light of the Recent ECtHR Jurisprudence: Anything New on the Horizon, or Just More of the Same », *Intertax Law Journal*, vol. 42, n° 4, 2014, p. 219.

dans le droit de propriété des contribuables<sup>1767</sup>, ce qui ne pose aucun problème en termes de compétence de la Cour pour connaître ces affaires fiscales.

1405. La rétroactivité de la loi peut ainsi faire l'objet d'un contrôle de la Cour afin de déterminer si cela a entraîné une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention EDH dans la mesure où l'adoption d'une telle loi peut « empêcher le contribuable d'obtenir la restitution de l'impôt indûment versé ou le contraindre à verser un impôt dont il pouvait légitimement espérer ne pas être redevable »<sup>1768</sup>. De ce fait, les États doivent éviter l'adoption de mesures rétroactives et, en tout état de cause, la Cour tient compte dans son analyse de la prévisibilité des mesures ainsi que de l'existence d'un intérêt général pouvant les justifier.

1406. L'affaire *Bulves AD c. Bulgarie* met en lumière que toute entreprise peut légitimement s'attendre à bénéficier d'une déduction en amont de la TVA qu'elle a payée à son fournisseur, même dans l'hypothèse où ce dernier ne se conformerait pas aux lois fiscales applicables. En effet, le plus important c'est qu'elle soit en conformité avec les lois fiscales en vigueur. De l'avis de la Cour, il s'agit d'une espérance légitime d'obtenir le bénéfice effectif d'un droit de propriété « amounting to a "possession" within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1 »<sup>1769</sup>, raison pour laquelle la Cour a également rappelé le besoin de trouver un « fair balance » entre l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux de l'individu<sup>1770</sup>.

1407. Finalement, le juge européen a conclu que l'entreprise avait effectivement des attentes légitimes quant à l'obtention d'une déduction d'impôts dont la protection devait être accordée au motif, d'une part, qu'elle remplissait tous les critères et, d'autre part, qu'elle avait agi de bonne foi.

---

<sup>1767</sup> *Ibidem*

<sup>1768</sup> P. MARCHESOU et B. TRESCHER, *Droit fiscal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 425. Voir également : A. PERIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et liberté fondamentaux*, Paris, Dalloz, collection « Bibliothèque des Thèses », 2014, p. 242.

<sup>1769</sup> CEDH (cinquième section), *Bulves AD c Bulgarie*, req. n° 3991/03, arrêt du 22 janvier 2009, §57.

<sup>1770</sup> *Ibidem*, §62. Voir également : CEDH (deuxième section), *S.A. Dangeville c. France*, req. n° 36677/97, arrêt du 16 avril 2002, §48 ; CEDH (deuxième section), *Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye c. France*, req. n° 49217/99 et 49218/99, arrêt du 22 juillet 2003, § 26 ; CEDH (Première Section), *Aon Conseil et Courtage S.A. et Christian de Clarens S.A. c. France*, req. n° 70160/01, arrêt du 25 janvier 2007, § 45. Voir également : K. PANTAZATOU, « Effective Legal Remedies and Fair Trial in Tax and Time », *op. cit.*, p. 282.

1408. Nous pouvons ainsi relever que la CEDH a admis l'application de l'article 1 du Protocole n° 1 à propos d'une affaire portant sur la rétroactivité d'une loi qui a entraîné le changement d'une situation en empêchant un particulier de profiter des avantages auxquels il avait droit. La protection se justifie ici par le fait que le contribuable avait rempli les critères établis dans une loi antérieure l'autorisant à bénéficier d'un avantage fiscal qui lui a ensuite été soudainement retiré par une nouvelle loi.

1409. Après avoir constaté la reconnaissance du principe de protection des attentes légitimes en droit de la fiscalité internationale et en droit fiscal européen, il convient à présent d'examiner la notion d'attentes légitimes au sein du droit fiscal étatique.

### **Section 3. Les attentes légitimes des contribuables en droit étatique**

1410. Le droit interne joue un rôle déterminant au regard de la fiscalité internationale étant donné que c'est à travers lui que chaque État détermine les sujets et les activités imposables<sup>1771</sup>. Il importe également de garder à l'esprit que ce sont les administrations fiscales de chaque État partie à une convention fiscale qui appliquent ces accords bilatéraux sur leur territoire.

1411. La certitude et la continuité des réglementations fiscales nationales sont des caractéristiques indispensables pour attirer et promouvoir des investissements sachant qu'avant de s'engager dans un pays, un investisseur vérifie avant tout les taux d'imposition en vigueur ainsi que la stabilité des dispositions fiscales<sup>1772</sup>. Le droit interne concerne non seulement les entités nationales mais aussi la coopération entre les administrations étrangères<sup>1773</sup>, notamment lorsque plusieurs droits sont applicables à une même activité économique.

---

<sup>1771</sup> P. HARRIS et D. OLIVER, *International Commercial Tax*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 49.

<sup>1772</sup> G. DONAYRE LOBO, « El principio de confianza legítima: ¿es posible su aplicación al Derecho Tributario? », in M. MARTÍNEZ CENTENO, C. ROBLES MORENO *et al.*, *Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, Comentarios a las modificaciones de los Procedimientos Tributarios y Aduaneros: hacia una relación de equidad*, Lima, Palestra Editores S.A.C., 1<sup>re</sup> éd., 2017, p. 14.

<sup>1773</sup> P. HARRIS et D. OLIVER, *International Commercial Tax*, *op. cit.*, p. 51.

1412. Notre étude requiert une analyse non exhaustive du droit fiscal étatique afin de pouvoir déterminer l'existence de la notion d'attentes légitimes dans le cadre de son application mais aussi, dans la mesure du possible, lors de l'application interne de conventions fiscales.

1413. À cette fin, nous avons décidé d'étudier plus particulièrement le droit de plusieurs États, à savoir ceux que nous avons déjà abordés dans le chapitre introductif : le droit français, le droit anglais et le droit latino-américain en nous concentrant sur le droit mexicain et le droit colombien.

### **1. La confiance légitime en droit fiscal français**

1414. La confiance légitime est un principe reconnu en droit privé mais aussi en droit public<sup>1774</sup> dont relève le droit fiscal. Nous allons concentrer notre étude sur une analyse de la doctrine publiciste ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel et, dans une moindre mesure, celle des Cours d'appel et de la Cour de cassation.

1415. En effet, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'application de lois fiscales en tenant compte des attentes légitimes des contribuables<sup>1775</sup>. Toutefois, nous ne comptons pas nous attarder sur cette notion en droit français, car cette question a déjà fait l'objet d'une analyse générale dans le chapitre introductif de la présente thèse.

1416. Le principe de confiance légitime vient enrichir la garantie contre les changements d'interprétation formelle des textes fiscaux par l'administration créée par l'article L. 80A du Livre des procédures fiscales (LPF) dès lors qu'il autorise les requérants « à se prévaloir de supports aujourd'hui écartés sur la base de l'article L. 80A du LPF (notices explicatives des déclarations par exemple), voire à opposer à

---

<sup>1774</sup> Voir Chapitre introductif de la présente thèse.

<sup>1775</sup> M. DISANT, « Une petite rétroactivité fiscale peut en cacher une grande. L'effectivité de la protection constitutionnelle de l'attente légitime » *Gazette du Palais*, vol. n° 178, 2015, p. 19. Voir aussi : Conseil constitutionnel, QPC n° 2014-435 du 5 décembre 2014, *Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus*, §5.

l'Administration fiscale des textes liés à la procédure d'imposition afin de conforter les garanties du contribuable »<sup>1776</sup>.

1417. Les articles L. 80A et L. 80B du LPF prévoient l'opposabilité des positions de l'administration sur des questions de droit ou de fait, y compris lorsqu'elles contreviennent à la loi<sup>1777</sup>. Cette protection peut être considérée comme l'équivalent du principe communautaire de protection de la confiance légitime selon lequel « les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef des citoyens »<sup>1778</sup>. Cela a notamment été confirmé dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 25 mars 2010. Il en résulte que l'application de ces articles permet au contribuable qui a agi de bonne foi de se prévaloir de l'interprétation d'une disposition faite par l'administration fiscale, même lorsqu'elle est contraire au droit de l'Union, sachant toutefois qu'en principe les États ont l'obligation « de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la pleine efficacité du droit communautaire »<sup>1779</sup>.

1418. La sécurité fiscale repose ainsi sur deux principes complémentaires mais de nature différente : l'un de nature objective qui stipule la prévisibilité des actes ; l'autre de nature subjective « porté par le principe de confiance légitime et par métonymie celui d'espérance légitime dans le maintien des actes de l'Administration »<sup>1780</sup>.

1419. Dans le cadre des rapports fiscaux, le principe de protection de la confiance légitime permet notamment de contrebalancer le principe de légalité pour contenir l'application de règles rétroactives et « limiter le retrait d'actes créateurs de droits ou encore d'imposer des mesures transitoires en cas de changement de réglementation »<sup>1781</sup>. Il permet ainsi de maintenir la stabilité et la prévisibilité des situations juridiques.

---

<sup>1776</sup> J.-R. PELLAS, « La sécurité fiscale : Quels enjeux juridiques ? » *Revue française de finances publiques*, n° 130, 2015, p. 15.

<sup>1777</sup> O. FOUQUET, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Rapport au Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Conseil d'État, 2008, p. 17.

<sup>1778</sup> *Ibidem*

<sup>1779</sup> CAA Paris, assemblée plénière, 25 mars 2010, n° 08PA03658, *SARL À La Frégate*, *RJF* 7/10, §4.

<sup>1780</sup> J.-R. PELLAS, « La sécurité fiscale : Quels enjeux juridiques ? », *op. cit.*, p. 8.

<sup>1781</sup> *Ibidem*, p. 12.

## **Le principe de confiance légitime au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel**

1420. Bien que le Conseil constitutionnel ne semble pas reprendre le principe de protection de la confiance légitime ni celui d'espérance légitime issus du droit européen, il s'en inspire fortement à chaque fois qu'il se réfère aux attentes légitimes<sup>1782</sup> sur la base du principe de garantie des droits contenus dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

1421. La protection des attentes légitimes a été consacrée pour la première fois par le Conseil constitutionnel<sup>1783</sup> dans une décision du 19 décembre 2013 concernant le maintien des avantages liés au régime de l'assurance vie à l'occasion de laquelle il a été précisé que le législateur « ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »<sup>1784</sup>. Ce principe est ici conçu comme un moyen de mettre le contribuable à l'abri d'actes arbitraires de l'administration. Cette dernière ne peut soudainement modifier ses actes que sur le fondement d'un motif d'intérêt général ou d'autres motifs dûment justifiés. Nous constatons ainsi que le Conseil constitutionnel protège les contribuables qui, s'ils remplissent les critères prescrits par la loi, acquiert un droit et une attente légitime au maintien d'une situation déterminée<sup>1785</sup> que le juge détermine au cas par cas compte tenu des particularités de chaque affaire qui lui est soumise.

## **Le principe de confiance légitime au sein de la jurisprudence du Conseil d'État**

1422. Le Conseil d'État a également fait mention de cette notion, sous la dénomination d'espérances légitimes (notion empruntée à la CEDH), pour la première fois dans l'arrêt *Société Gétécom* du 19 novembre 2008. Néanmoins, le juge administratif a considéré qu'en l'espèce, les critères conditionnant la protection des

---

<sup>1782</sup> P. MARCHESSOU et B. TRESCHER, *Droit fiscal international et européen*, op. cit., p. 433.

<sup>1783</sup> G. BLANLUET, « Rétroactivité, rétrospectivité, rétro-prospectivité : quelle protection des attentes légitimes des contribuables ? », *Revue de droit fiscal*, n° 6, 2016, p. 62.

<sup>1784</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, §14. Voir également : Conseil constitutionnel, QPC n° 2015-475 du 17 juillet 2015, *Règles de déduction des moins-values de cession de titres de participation - Modalités d'application*, §6.

<sup>1785</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2013-682 DC, précit., §17.

espérances légitimes n'étaient pas réunis au motif que le gouvernement avait porté à la connaissance des contribuables qu'il entendait modifier l'état du droit en la matière<sup>1786</sup>.

1423. La protection d'une espérance légitime a toutefois été retenue dans l'arrêt *Société EPI* du 9 mai 2012 concernant la remise en cause d'une loi qui prévoyait un crédit d'impôts pour la création d'emplois dont le montant dépendait des variations d'effectifs constatées pendant la période 1998-2000. En l'espèce, la société EPI avait décidé de recruter des salariés supplémentaires afin de bénéficier du crédit d'impôt durant toute la période prévue par cette loi, raison pour laquelle le Conseil d'État a conclu que ce bénéfice était suffisamment certain et établi avant sa suppression. De ce fait, la société EPI « pouvait légitimement espérer avoir droit au bénéfice du crédit d'impôt correspondant »<sup>1787</sup>.

1424. Puis, dans l'arrêt *Société Mécanique Automobile de l'Est* du 21 octobre 2011, le Conseil d'État a considéré qu'une créance consistant en la restitution de cotisations versées au titre de la taxe professionnelle indûment acquittées constituait un bien au sens de l'article 1 du Protocole n°1 de la Convention EDH protégé par la notion d'espérance légitime, car les éléments présentés par l'État « ne caractérisaient pas un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la rétroactivité de la loi »<sup>1788</sup>.

1425. Il résulte des considérations qui précèdent que le principe de protection des attentes légitimes, peu importe la dénomination qu'il prend, vise à renforcer la protection des droits des contribuables mais aussi à garantir le maintien de leur confiance envers l'administration fiscale en promouvant la stabilité et la prévisibilité de situations et des dispositions fiscales. Ce principe ne suppose pas une interdiction de modifier l'ordre juridique en vigueur mais une obligation de motiver toute modification sur la base de l'intérêt général ou d'une autre justification valable. Le législateur doit également prévoir un délai de transition afin de permettre aux contribuables de s'adapter à la nouvelle situation. Le but est d'éviter les actes

---

<sup>1786</sup> Conseil d'État, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> sous-sections, contentieux, 19 novembre 2008, n° 292948, *Sté Gétécom*, Recueil Lebon, §7.

<sup>1787</sup> Conseil d'État, 3<sup>e</sup> - 8<sup>e</sup> - 9<sup>e</sup> - 10<sup>e</sup> sous-sections, contentieux, 9 mai 2012, n° 308996, *Min. c. société EPI*, Recueil Lebon, §3.

<sup>1788</sup> Conseil d'État, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> sous-sections, contentieux, 21 octobre 2011, n° 314768, *Société Mécanique Automobile de l'Est*, Recueil Lebon, §5.

arbitraires de l'administration et les changements soudains au détriment des contribuables.

## 2. Les attentes légitimes des contribuables en droit anglais

Comme nous l'avons précédemment relevé, la notion d'attentes légitimes existe également en droit public anglais.

### La protection des attentes légitimes au sein du contentieux fiscal

1426. Les tribunaux des pays du *Common Law* ont mis au point un certain nombre d'outils pour atteindre un équilibre entre l'exercice du pouvoir réglementaire et les attentes légitimes des particuliers. Illustrative d'une volonté de renforcer la doctrine de la protection des attentes légitimes, l'affaire *Bibi* a mis en évidence que dans toutes les affaires où elle s'applique, qu'il s'agisse d'attentes légitimes procédurales ou substantielles, trois questions pratiques peuvent se poser. Lord Justice Schiemman a, en effet, précisé à cette occasion : « *The first question is to what has the public authority, whether by practice or by promise, committed itself; the second is whether the authority has acted or proposes to act unlawfully in relation to its commitment; the third is what the court should do* »<sup>1789</sup>.

1427. Dès lors que l'administration fiscale oriente ou renseigne les contribuables sur l'application des lois fiscales, des attentes légitimes peuvent inévitablement naître quant aux démarches à suivre parce qu'elles ont été directement fournies par l'entité compétente. Ce raisonnement est bien établi depuis l'arrêt *M.F.K. Underwriting Agents Ltd*<sup>1790</sup>. Cependant, la demande du contribuable doit être assez précise et le renseignement ou la décision sur lequel/laquelle il s'est basé doit être clair(e), non-ambigu(e) et « *devoid of relevant qualification* »<sup>1791</sup>.

1428. Lorsqu'un juge est amené à analyser une affaire portant sur la protection des attentes légitimes, il doit prendre en compte plusieurs facteurs de pondération tels

---

<sup>1789</sup> *R (Bibi) v. Newham LBC (No.1)* [2001] EWCA Civ 607; [2002] 1 WLR 237, §19.

<sup>1790</sup> *R v. IRC ex p M.F.K. Underwriting Agents Ltd* [1990] 1 WLR 1545, p. 1569.

<sup>1791</sup> *R. (on the application of Veolia ES Landfill Ltd) v. Revenue and Customs Commissioners*, [2016] EWHC 1880, §101.

que le caractère non ambigu de la déclaration, si cette représentation est destinée à un individu ou à un groupe d'individus, ou encore si ces derniers se sont fiés « *against the greater public interest issues (such as consistency of treatment of all taxpayers) of enforcing the legitimate expectation* »<sup>1792</sup>. Il est toutefois généralement admis que *prima facie* la seule attente légitime d'un contribuable est celle d'être imposé conformément aux lois fiscales en vigueur<sup>1793</sup>.

1429. Par conséquent, les déclarations de l'administration fiscale peuvent engendrer plusieurs degrés de protection des attentes légitimes des particuliers. Ainsi, une autorisation spécifique et non-ambigüe en réponse à la lettre d'un contribuable dans laquelle il demande un renseignement en précisant tous les faits pertinents peut ensuite être légitimement invoquée et suivie par ce dernier<sup>1794</sup>. Un autre élément à considérer pour reconnaître ou non la protection d'attentes légitimes est la constance de la pratique dans le temps<sup>1795</sup>.

1430. Dans une autre affaire, Lord Justice Green a rappelé que la stabilité des politiques publiques ne peut être présumée. De ce fait, il est indispensable de pouvoir démontrer qu'il existe une représentation offrant une certitude suffisante que la politique en question ne sera pas modifiée, peu importe les circonstances<sup>1796</sup>. Toutefois, une représentation n'a pas la même valeur qu'une promesse ; cela équivaut uniquement à une intention de maintenir une politique en vigueur pour une période déterminée<sup>1797</sup>. Nous en déduisons qu'une attente légitime basée sur un élément plus précis et déterminé qu'une simple représentation générale bénéficiera d'un degré de protection plus élevé.

1431. En effet, une représentation ne peut constituer une base pour accorder une protection renforcée des attentes légitimes notamment lorsqu'elle repose sur une erreur. De plus, comme en témoigne l'affaire *MFK Underwriting Agents Ltd*, il n'est

---

<sup>1792</sup> T. BOWLER, « HMRC's Discretion: The Application of the Ultra Vires Rule and the Legitimate Expectation Doctrine », *TLRC Discussion Paper n° 10*, Londres, IFS, 2014, p. 3, §2.09.

<sup>1793</sup> *R. v. Attorney-General, ex parte Imperial Chemical Industries Plc. [1985] BTC 8055, §108.*

<sup>1794</sup> T. BOWLER, « HMRC's Discretion: The Application of the Ultra Vires Rule and the Legitimate Expectation Doctrine », *op. cit.*, p. 3, §2.10.

<sup>1795</sup> *Ibidem*, p. 3, §2.11.

<sup>1796</sup> *Solar Century Holdings Ltd v. Secretary of State for Energy and Climate Change [2014], §72.*

<sup>1797</sup> *Ibidem*

pas possible de contraindre l'autorité fiscale à agir contrairement à ses obligations légales<sup>1798</sup>, car « *every ordinarily sophisticated taxpayer knows that the revenue is a tax-collecting agency, not a tax-imposing authority* »<sup>1799</sup>. Toutefois, si l'autorité fiscale a agi de manière à faire croire aux contribuables qu'une certaine voie d'action serait suivie en créant ainsi des attentes légitimes à leur égard, il serait « *unfair* » de lui permettre d'agir autrement et ainsi décevoir les attentes légitimes notamment lorsque les contribuables ont agi en conséquence de ce comportement de l'administration fiscale<sup>1800</sup>. La notion d'équité comprend également celles de juste et d'équitable auxquelles les autorités étatiques et les contribuables doivent se soumettre. Dans certaine hypothèse, une injustice pourrait même être constitutive d'un abus de pouvoir<sup>1801</sup>, c'est pourquoi l'administration est obligée d'agir de manière transparente en rendant toute la documentation publique accessible aux contribuables, ce qui est également conforme à la pratique internationale<sup>1802</sup>.

1432. Par ailleurs, Lord Justice Nugee a dégagé plusieurs éléments amplement admis et appliqués par la jurisprudence, par exemple dans les affaires *M.F.K. Underwriting Agents Ltd* et *R (Davies) v. HMRC* et *R (Gaines-Cooper) v. HMRC*<sup>1803</sup>. Précisément, il a été considéré que :

« (1) *HMRC may create a legitimate expectation that a person's tax affairs will be treated in a particular way either by the promulgation of general guidance to a body of taxpayers or by a specific statement or ruling given to a taxpayer. (2) A legitimate expectation will only arise if the guidance or the specific statement is clear, unambiguous and devoid of any relevant qualification. (3) If a taxpayer approaches HMRC for a ruling, he has an obligation to place all his cards face up on the table, in the sense of giving full details of the transaction on which he seeks the revenue's decision. (4) Provided there was a clear and unambiguous statement and provided the taxpayer has placed all his cards face up on the table, he will generally be entitled to rely on an assurance given to him as binding on HMRC. A similar entitlement arises in relation to guidance issued by HMRC* »<sup>1804</sup>.

1433. Ces déclarations sont le résultat d'une jurisprudence constante en matière fiscale. Nous constatons ainsi une certaine uniformité de l'application générale de ce

---

<sup>1798</sup> *R v. Inland Revenue Commissioners, ex parte MFK Underwriting Agents Ltd* [1990] 1 WLR 1545, p.1566

<sup>1799</sup> *Ibidem*, p. 1569.

<sup>1800</sup> *Ibidem*

<sup>1801</sup> *R v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Preston* [1985] 1 AC 835, p. 853.

<sup>1802</sup> Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 de la présente thèse.

<sup>1803</sup> *R v. Inland Revenue Commissioners, ex parte MFK Underwriting Agents Ltd* [1990] 1 WLR 1545, p. 1570 ; *R (Davies) v. HMRC, R (Gaines-Cooper) v. HMRC* [2011] UKSC 47, p. 11.

<sup>1804</sup> *R. (on the application of Veolia ES Landfill Ltd) v. Revenue and Customs Commissioners* [2016] EWHC 1880, §103.

principe au sein du droit fiscal. Pour autant, les attentes légitimes basées sur des actes *ultra vires* ne peuvent être protégées. Autrement dit, un avantage fiscal obtenu frauduleusement ou contrairement aux règles fiscales en vigueur ne peut créer d'attentes légitimes à l'égard de son bénéficiaire<sup>1805</sup>.

### **La protection des attentes légitimes dans le cadre de l'application ou de l'interprétation des conventions fiscales**

1434. Dans l'affaire *Aozora GMAC Investment Ltd*, la question qui se posait était celle de savoir si l'allégement fiscal unilatéral prévu à l'article 790 de la loi ICTA de 1988 était applicable dans les cas où une convention fiscale conclue avec les États-Unis prévoyait déjà cette hypothèse. De manière générale, l'invocation de cette disposition est uniquement admise lorsqu'il n'existe pas de convention fiscale applicable ou lorsque cette dernière ne prévoit aucune mesure applicable à la situation concrète du contribuable.

1435. Or, selon l'administration fiscale, l'article 23 de la convention fiscale en question rendait non applicable l'article 790 de la loi ICTA au motif que la société *Aozora* n'était pas une personne qualifiée. Cependant, cette dernière soutenait que même si cette analyse portant sur l'article 23 de la convention était correcte, l'administration avait mal appliqué l'article 793A sachant qu'elle avait des attentes légitimes sur la base de représentations de l'administration fiscale dans son manuel-guide pendant les trois exercices comptables concernés, raison pour laquelle la seule disposition de la convention qui pouvait relever du champ d'application dudit article était l'article 24, paragraphe 4, point c), du traité : « *during the relevant three accounting years to the effect that the only provision then extant in a double taxation arrangement that fell within the scope of section 793A was Article 24(4)(c) of the Treaty* »<sup>1806</sup>. En l'occurrence, l'article 24(4)(c) auquel la société *Aozora* faisait référence permet un allégement fiscal des dividendes lorsque l'État partie à la

---

<sup>1805</sup> *Vestey v. Inland Revenue Commissioners* [1980] A.C. 1148. Voir également : *R. v. Attorney-General, ex parte Imperial Chemical Industries Plc.* [1985] BTC 8055, §108.

<sup>1806</sup> *R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) v. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643, §15.

convention traite les dividendes en question comme appartenant effectivement à son ressortissant<sup>1807</sup>.

1436. Toutefois, les manuels de l'administration fiscale visant à guider les contribuables n'indiquent pas que la section 793A n'est pas applicable lorsque le contribuable n'est pas une personne qualifiée au sens de l'article 23 de la convention fiscale. Selon Lady Justice Rose, cela constituait « *a clear and unambiguous representation here on which taxpayers were entitled to rely* »<sup>1808</sup>. Ce raisonnement suppose que lorsqu'un engagement clair et sans ambiguïté a été pris, l'autorité fiscale ne pourra arbitrairement y déroger, sauf s'il est démontré qu'il est juste de le faire. Il revient donc au juge de déterminer ce qui est juste ou « *fair* » au cas par cas<sup>1809</sup>.

1437. Lady Justice Rose a ainsi rejeté l'appel formé par Aozora étant donné qu'en l'espèce, le type de représentation sur laquelle Aozora basait ses attentes légitimes, même si elle était claire et non-ambigüe, constituait uniquement une opinion de l'autorité fiscale sur l'application de la convention fiscale en rapport avec le droit fiscal anglais. En outre, le requérant n'avait pas démontré le préjudice subi en agissant conformément à cette représentation<sup>1810</sup>, une lacune qui avait indéniablement affaibli ses arguments.

1438. Nous pouvons ainsi remarquer que l'application des dispositions contenues dans les conventions fiscales peut faire l'objet d'une décision d'un juge national, notamment lorsque l'opinion ou le comportement de l'administration fiscale d'un État partie crée dans l'esprit du contribuable l'attente légitime de voir sa situation traitée conformément à la pratique.

1439. Il convient à présent de proposer une analyse de la notion d'attentes légitimes en droit fiscal latino-américain.

---

<sup>1807</sup> *R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643, §6.

<sup>1808</sup> *R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643, §23.

<sup>1809</sup> *R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643, §34; *In the matter of an application by Geraldine Finucane for Judicial Review (Northern Ireland)* [2019] UKSC 7, §63.

<sup>1810</sup> *R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643, §60.

### 3. La protection de la confiance légitime en droit fiscal latino-américain

1440. La notion d'attentes légitimes est reconnue dans plusieurs États d'Amérique latine. Afin d'illustrer cette vaste application, nous allons tout d'abord brièvement analyser le « *principe de protection de la confiance légitime* » tel qu'il est abordé dans plusieurs États avant de nous consacrer à un examen plus approfondi et concret du droit mexicain et du droit colombien. Deux éléments justifient ce choix de nous concentrer sur ces pays : d'une part, ces deux ordres juridiques étatiques ont une grande influence sur le droit des autres États latino-américains ; d'autre part, ils disposent d'une jurisprudence bien répertoriée et accessible.

1441. En droit péruvien, le principe de protection de la confiance légitime a fait l'objet d'une application dans une opinion concordante du Magistrat Eto Cruz prononcée à l'occasion de la décision n° 00011-2010-PI/TC du Tribunal constitutionnel. Cette première approche n'a eu pour seule finalité que de renforcer les arguments du magistrat à l'appui de ce principe emprunté du droit colombien<sup>1811</sup>. Il semble, en effet, que ce principe ait vu le jour en droit fiscal péruvien grâce à l'influence du droit colombien et du droit espagnol. Il a été récemment consacré dans la législation de ce pays par le biais de la modification de la loi sur la procédure administrative générale<sup>1812</sup> qui dispose à l'article IV que :

« L'autorité administrative fournit aux administrés ou à leurs représentants des informations véridiques, complètes et fiables sur chaque procédure, de sorte qu'ils puissent à tout moment avoir une bonne compréhension des critères d'application de chaque disposition, des procédures, de leur durée estimée et des possibles résultats qu'ils peuvent obtenir. Les actes administratifs doivent être conformes aux attentes légitimes des administrés raisonnablement créées par la pratique et les antécédents administratifs, à moins que, pour des raisons indiquées dans un document, l'administration décide de s'en écarter. L'autorité administrative est soumise au système juridique en vigueur et ne peut pas agir de manière arbitraire. En ce sens, l'autorité administrative ne peut pas modifier de manière déraisonnable et non justifiée l'interprétation des normes applicables »<sup>1813</sup>.

---

<sup>1811</sup> Tribunal constitutionnel du Pérou (assemblée), 14 juin 2011, décision n° 000011-2010-PI/TC, *Fundamento de Voto (opinion individuelle) del Magistrado Eto Cruz*.

<sup>1812</sup> Decreto Supremo n° 004-2019-JUS contenant le « *Texto Único Ordenado de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General* », publié dans le Diario Oficial del Bicentenario 'El Peruano' du 25 janvier 2019, article IV.

<sup>1813</sup> C'est nous qui traduisons, Decreto Supremo n° 004-2019-JUS, *ibidem*, article IV, 1.15 : « Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente

1442. La protection de la confiance légitime s'applique en cas d'attentes créées dans l'esprit d'un administré qui agit de bonne foi et sur la base d'actes ou de comportements antérieurs de l'État qui est ainsi obligé de garantir la cohérence de ses actes et ne peut les modifier de manière soudaine au risque de décevoir les attentes des contribuables et de porter atteinte au principe de sécurité juridique<sup>1814</sup>.

1443. S'agissant du Costa Rica, comme en témoigne un arrêt du Tribunal contentieux administratif du 22 juillet 2005, c'est grâce à la doctrine du droit public que le principe de protection de la confiance légitime a vu le jour dans le droit de ce pays, notamment lorsqu'il existe des conditions ou une base permettant raisonnablement à l'individu de conclure que son activité est légitime. De ce fait :

« un acte administratif créant une confiance légitime dans l'esprit du particulier doit exister et être rédigé dans des termes qui lui permettent de penser que ses attentes sont raisonnables. En même temps, une situation juridique individualisée doit également exister, dont le particulier pense avoir rempli tous les devoirs et les obligations nécessaires à sa stabilité, c'est-à-dire qu'il croit fermement - selon les actes et les indices reçus par l'administration - que ses actes sont adaptés au bloc de légalité, qu'il ne veut pas enfreindre »<sup>1815</sup>.

1444. Le principe de protection de la confiance légitime vient ainsi limiter les actes étatiques lorsque des attentes légitimes ont été créées dans l'esprit des administrés afin d'empêcher la déception injustifiée de cette confiance et de garantir la stabilité des situations juridiques<sup>1816</sup>.

---

generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables ».

<sup>1814</sup> G. DONAYRE LOBO, « El principio de confianza legítima: ¿es posible su aplicación al Derecho Tributario? », *op. cit.*, p. 18.

<sup>1815</sup> C'est nous qui traduisons : « La doctrine del Derecho Público ha abierto espacio a la aplicación del principio de la confianza legítima cuando hay signos externos de la Administración que le permiten concluir al particular, razonablemente, que su actividad es legítima. Debe existir, por ello, un acto administrativo que otorgue confianza, en términos que le permita pensar que sus expectativas son razonables. Paralelamente, debe haber surgido una situación jurídica individualizada, en cuya estabilidad confía el administrado que, ha cumplido con los deberes y obligaciones correspondientes, es decir, cree firmemente, -a partir de los signos que ha recibido de la administración-, que su actuación se encuentra ajustada al bloque de legalidad, que no ha querido infringir » (Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica (Sección II), 22 juillet 2005, décision n° 330-2005). Voir également : M. GUEVARA LEANDRO et R. ECHEVERRÍA VARGAS, *La consulta tributaria: Análisis Jurídico a la luz de la Reforma al Código de Normas y Procedimientos Tributarios introducida mediante Ley Número 9069*, mémoire réalisé sous direction du professeur D. SALTO VAN DER LAAT, Universidad de Costa Rica, 2016, p. 23.

<sup>1816</sup> C. MATA COTO, « La Confianza Legítima », *Revista Judicial*, Costa Rica, vol. 119, juin 2016, p. 196.

1445. Ainsi, comme dans la majorité des systèmes juridiques latino-américains, l'application du principe de protection de la confiance légitime en droit costaricien a comme objectif d'éviter l'adoption de tout acte arbitraire pouvant décevoir de manière injustifiée la confiance que le contribuable a déposée en l'administration, notamment s'agissant de l'application d'un acte administratif dont il est le bénéficiaire<sup>1817</sup>. Ce principe a été plus précisément défini dans un arrêt du Tribunal contentieux administratif en date du 16 septembre 2013 à l'occasion duquel il a été précisé que « la confiance légitime est le fait de savoir à quoi s'attendre, c'est reconnaître la bonne foi de l'administré pour ne pas le soumettre à des changements politiques »<sup>1818</sup>.

1446. Ces mêmes critères d'application du principe de protection de la confiance légitime sont présents en droit fiscal argentin. En effet, afin que les attentes légitimes des individus soient protégées, elles doivent reposer sur le maintien de l'acte administratif en question à moins que l'intérêt général justifie son retrait<sup>1819</sup>. Cette protection n'est due que lorsqu'il s'agit d'actes licites. Si l'acte a été obtenu par des moyens illicites (corruption, menaces, etc.) ou par de fausses données fournies par l'individu, il n'est pas possible pour ce dernier d'invoquer le principe de protection de la confiance légitime à son bénéfice. Ce principe est également lié au principe de sécurité juridique, c'est d'ailleurs pour cela que la rétroactivité des lois fiscales est en principe interdite sauf en cas de situations justifiées et conformément à l'intérêt général. En effet, la rétroactivité rend impossible de prévoir les effets des actes des contribuables notamment lorsqu'ils sont face à une loi dont la validité s'étend aux actes antérieurs à sa promulgation, pour la simple raison qu'il est impossible d'agir conformément à une disposition dont le contenu n'est pas encore connu<sup>1820</sup>.

---

<sup>1817</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>1818</sup> C'est nous qui traduisons : « La confianza legítima es un saber a qué atenerse válidamente, es reconocer la buena fe del administrado para no someterlo a los cambios políticos. Siendo importante indicar que este principio se concreta fundamentalmente en la teoría de la intangibilidad de los actos propios declaratorios de derechos para el administrado » (Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica (Sección II), 16 septembre 2013, décision n° 84-2013).

<sup>1819</sup> M. VÁZQUEZ CUESTAS, « La protección de la confianza del contribuyente, como derivación de los principios generales del derecho », *Revista Argentina de Derecho Tributario*, n° 2, juin 2000, p. 479.

<sup>1820</sup> G. TOZZINI, « La seguridad jurídica, la confianza legítima de los contribuyentes frente a las facultades recaudatorias municipales », *Portal de la Editorial Zeus*, Sección Colección Zeus, n° 7299, p. 1.

1447. Le principe de protection de la confiance légitime est donc reconnu au sein de plusieurs droits latino-américains mais la notion d'attentes légitimes est particulièrement intéressante en droit mexicain et en droit colombien.

### ***3.1. La confiance légitime en droit fiscal mexicain***

1448. Le principe de protection de la confiance légitime est encore une notion juridique en cours de développement au sein de la jurisprudence mexicaine. En 2018, la Cour suprême de justice ne s'était prononcée au total sur ce sujet en matière fiscale que dans huit arrêts<sup>1821</sup>. Cette dernière a défini ce principe comme désignant la protection des attentes « raisonnablement créées en faveur des contribuables par les actions ou les omissions de l'autorité publique, maintenues de manière persistante dans le temps, à manière de générer dans l'esprit du particulier, l'attente de la stabilité d'une décision déterminée par rapport à laquelle il avait ajusté son comportement, mais qu'en raison d'un changement soudain et imprévisible, cette attente a été déçue »<sup>1822</sup>. Nous en déduisons qu'il s'agit ici de protéger les attentes qui portent sur le maintien d'une situation juridique, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas abordée différemment par la suite ou qu'elle ne fasse pas l'objet d'une modification abrupte et soudaine, sauf motif impérieux justifié<sup>1823</sup>.

1449. Nous pouvons dégager de la jurisprudence de la Cour suprême de justice mexicaine plusieurs critères d'application du principe de protection de la confiance légitime dans le cadre du contentieux fiscal. Il est tout d'abord requis qu'un rapport juridique entre au moins deux individus existe et qui puisse permettre l'émergence

---

<sup>1821</sup> J. VELASCO FUENTES, *Aproximación al concepto de confianza legítima desde la doctrina judicial española y colombiana*, mémoire réalisé sous direction du professeur X. MEDELLÍN URQUIAGA, Centro de Investigación y docencia económicas A.C., 2018, p. 41.

<sup>1822</sup> C'est nous qui traduisons. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MEXICO, « Tesis 2ª XXXVIII/2017 (10ª) de la Segunda Sala (2013881) », *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 40, Tomo II, mars 2017 : « tratándose de actos de la administración, la confianza legítima debe entenderse como la tutela de las expectativas razonablemente creadas en favor del gobernado, con base en la esperanza que la propia autoridad le indujo a partir de sus acciones u omisiones, las cuales se mantuvieron de manera persistente en el tiempo, de forma que generen en el particular la estabilidad de cierta decisión, con base en la cual haya ajustado su conducta, pero que con motivo de un cambio súbito e imprevisible, esa expectativa se vea quebrantada ».

<sup>1823</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Contradicción de tesis 20/2015: 2a./J.139/2015 (10a.) de la Segunda sala* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Tomo I, décembre 2015, p. 361. Voir également : Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito de Mexico, 14 janvier 2016, Amparo en revisión 389/2014, *Moda Rapsodia, S.A. de C.V. y otras*, (M.P. Urbano Martínez Hernández). Voir également : SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis aislada I.11.o.A.2 A (2011717)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 30, Tomo IV, mai 2016, p. 2781; J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, mémoire réalisé sous direction du professeur J. CASANOVAS ESQUIVEL, Universidad Panamericana, 2017, p. 88.

d'attentes légitimes sur la base d'une situation ou déclaration objective et raisonnable. Cela suppose de connaître au préalable son contenu et sa portée afin que le bénéficiaire puisse adapter son comportement en conséquence. À titre d'exemple, toute déclaration permettant l'émergence d'attentes légitimes doit exister concrètement au sein du droit mexicain et produire des effets juridiques suffisamment importants pour suggérer la stabilité de l'engagement ou du droit sur lequel elle porte. La personne lésée doit par ailleurs agir diligemment à l'appui du droit applicable en vue du rétablissement de la situation qui a créé des attentes légitimes à son égard<sup>1824</sup>.

1450. Le principe de protection de la confiance légitime suppose que l'État respecte les attentes légitimes des contribuables nées sur la base de ses actions et donc qu'il ne puisse pas méconnaître les situations qui ont ainsi été créées<sup>1825</sup>. En ce sens, si l'État envisage de modifier une loi ou d'imposer une nouvelle disposition affectant les situations juridiques et fiscales existantes, notamment si elle impacte le patrimoine des contribuables, il doit prévoir un délai raisonnable de transition entre la disposition actuelle et la nouvelle afin de garantir la stabilité et du droit qui doit prévaloir en toute circonstance et permettre que les contribuables se préparent au mieux à ce changement<sup>1826</sup>.

1451. Autrement, la sécurité juridique serait gravement atteinte et entraînerait des ajustements constants des comportements des contribuables en rendant impossible l'engagement de négociations commerciales ou la prise d'une quelconque décision d'investir<sup>1827</sup>.

1452. Nous relevons donc à nouveau un lien incontestable entre le principe de sécurité juridique et le principe de protection de la confiance légitime qui a été reconnu par la Cour suprême de justice<sup>1828</sup>.

---

<sup>1824</sup> J. CASTRO FARRÉS, *ibidem*, p. 89. Voir également : Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 22 juin 2016, Amparo en Revisión 101/2016, M.P. Alberto Pérez Dayán, p. 30.

<sup>1825</sup> J. CASTRO FARRÉS, *ibidem*, p. 90.

<sup>1826</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito de México, 7 février 2013, Amparo directo 241/2012-II, *Promotora Leo, S.A. de C.V.*, (M.P. José Elías Gallegos Benítez). Voir également: SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *tesis aislada IV.2o.A.41 A (10a.) (2003700)* », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Tomo III, mai 2013, p. 2028. Voir également : J. CASTRO FARRÉS, *ibid.*, pp. 90-91.

<sup>1827</sup> J. CASTRO FARRÉS, *ibid.*, p. 91.

<sup>1828</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 8 février 2017, Amparo en revisión 670/2015, *Bachoco, S.A. de C.V.* (M.P. José Fernando Franco González Salas), p.129 ; Voir également : SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1453. Toutefois, selon cette dernière, une distinction doit être faite selon l'organe de l'État émetteur des actes. D'une part, s'agissant des actes édictés par le pouvoir exécutif, la confiance légitime est une manifestation du droit à la sécurité juridique ayant pour objectif d'interdire tout comportement et action arbitraire de l'État lorsque cela a fait naître une attente légitime de stabilité à l'égard des particuliers. Cela suppose que ces mesures ne doivent pas faire l'objet d'une modification imprévisible et soudaine, sauf motif d'intérêt général<sup>1829</sup>. D'autre part, concernant les actes du pouvoir législatif, le principe de protection de la confiance légitime peut être invoqué afin de protéger les droits acquis des administrés lors de l'application rétroactive des normes. Consacré à l'article 14 de la Constitution politique du Mexique<sup>1830</sup>, cette possibilité ne peut toutefois se traduire en l'interdiction d'édicter des lois<sup>1831</sup>.

1454. Le but ainsi recherché est que les administrés ne se retrouvent jamais dans une situation d'insécurité juridique<sup>1832</sup>. Le principe de protection de la confiance légitime comprend donc deux volets : un volet positif qui tend à préserver un sentiment de certitude et de stabilité dans l'esprit des citoyens et un volet négatif qui vise à éviter tout acte arbitraire des autorités<sup>1833</sup>.

1455. Une telle approche doit néanmoins être nuancée dans la mesure où la perpétuité du droit porterait atteinte à l'État de droit et aux besoins de chaque société de s'adapter à une réalité en constante évolution<sup>1834</sup>. En effet, il ne s'agit de maintenir

---

DE MÉXICO, « *tesis 2a./J. 103/2018 (10a.) (2018050)* », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Tomo I, octobre 2018, p. 847.

<sup>1829</sup> J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, op. cit., p. 99.

<sup>1830</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 5 octobre 2016, Amparo en revisión 894/2015, *Aguilares, S. de P.R. de R.L. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), pp. 9,65. Voir également: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MEXICO, « Tesis 2ª XXXVIII/2017 (10ª) de la Segunda Sala (2013882) », Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Tomo II, mars 2017

<sup>1831</sup> SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis aislada 2a. XXXIX/2017 (10a.)* », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Tomo II, mars 2017, p. 1387.

<sup>1832</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 8 février 2017, Amparo en revisión 670/2015, *Bachoco, S.A. de C.V.*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), pp. 126-127; Voir également: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *tesis 2a./J. 103/2018 (10a.) (2018050)* », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Tomo I, octobre 2018, p. 847.

<sup>1833</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 5 octobre 2016, Amparo en revisión 894/2015, *Aguilares, S. de P.R. de R.L. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), p.67. Voir également: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MEXICO, « Tesis 2ª XXXVIII/2017 (10ª) de la Segunda Sala (2013882) », Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Tomo II, mars 2017; *tesis 2a./J. 29/2017*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Tomo II, mars 2017, p. 950.

<sup>1834</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 8 février 2017, Amparo en revisión 670/2015, *Bachoco, S.A. de C.V.*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), p.131 ; Voir également: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *tesis 2a./J. 103/2018 (10a.) (2018050)* », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Tomo I, octobre 2018, p. 847.

indéfiniment une situation fiscale en vigueur<sup>1835</sup> ; le but de ce principe est de protéger les individus de changements abrupts, soudains et imprévisibles causés par un acte unilatéral de l'État susceptible de modifier leur situation juridique à leur détriment<sup>1836</sup>. Dès lors, il est également possible de protéger la confiance légitime des individus lorsque l'attente en question repose sur l'application d'une disposition qui n'est pas encore en vigueur. Cela est notamment le cas lorsqu'un avantage fiscal a été annoncé et que des entreprises ont agi en conséquence. En effet, si l'État décide de modifier la date d'entrée en vigueur d'une telle disposition, cela aurait comme conséquence de décevoir les attentes légitimes des entreprises mais reviendrait également à immobiliser le système juridique en vigueur, ce qui est aussi susceptible de porter atteinte au secteur économique<sup>1837</sup>.

1456. Ainsi, d'aucuns soutiennent que la Cour doit plutôt se borner à déterminer la légitimité de l'attente et non pas si la disposition sur laquelle elle repose est en vigueur ou non, notamment lorsqu'il s'agit d'une disposition prise par une autorité compétente ayant suivi la procédure d'entrée en vigueur prévue par la loi<sup>1838</sup>.

1457. Selon le deuxième Tribunal collégial administratif du 4<sup>e</sup> circuit du Mexique, lorsqu'une disposition générale de l'administration autorisant l'octroi d'avantages fiscaux à la condition de remplir certains critères entre en vigueur - par exemple, la possibilité de paiements différés d'impôts - et que sur ce fondement tous les contribuables qui remplissent les critères nécessaires décident de l'appliquer de bonne foi et conformément aux conditions établies, des attentes légitimes naissent à leur égard.

---

<sup>1835</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 8 février 2017, Amparo en revisión 914/2015. *Granjas Ojai, S.A. de C.V. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), p. 133. Voir également: SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « tesis 2a./J. 4/2020 (10a.) (2021455) », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 74, Tomo I, janvier 2020, p. 869.

<sup>1836</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, « Tesis 2ª./J.103/2018 (10ª) de la Segunda Sala », *Semanario Judicial de la Federación*, Estados Unidos Mexicanos, 2018. Voir également : J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, op. cit., p. 99.

<sup>1837</sup> G. SÁNCHEZ CHAO et G. CANSECO ROMERO, « Protección de la confianza legítima y la "promesa" de disminución de aranceles de importación. Análisis de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación », *La Barra*, vol. 109, 2017, p. 13. Voir également : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Primera Sala), 13 avril 2016, Amparo en revisión No. 57/2016, (M.P. Sergio Urzúa Hernández); Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 20 septembre 2017, *Amparo en revisión No. 787/2016*, (M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), pp.43-44; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 27 juin 2017, *Amparo en revisión No. 355/2016*, (M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), p. 53.

Segunda Sala, Estados Unidos Mexicanos, Amparos en revisión números 57/2016, 355/2016 y 787/2016.

<sup>1838</sup> G. SÁNCHEZ CHAO et G. CANSECO ROMERO, *ibidem*, p. 13.

1458. Dès lors, si une fois cet avantage mis en œuvre l'administration fiscale décidait d'établir des conditions supplémentaires pour en bénéficier, cela serait contraire aux attentes légitimes des individus en raison de cette modification imprévue et soudaine de la disposition en question. Il serait impossible pour les contribuables de savoir quelle est la disposition applicable, de la respecter et surtout de bénéficier des avantages fiscaux pour lesquels ils pensaient remplir les critères initialement requis<sup>1839</sup>. Cette situation nous rappelle également le besoin de maintenir un équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés des parties.

1459. Les tribunaux mexicains ont ainsi reconnu l'existence du principe de protection de la confiance légitime dont la finalité principale est d'assurer la stabilité et la préservation des droits des individus afin de prévenir tout acte arbitraire de l'administration susceptible d'affecter la prévisibilité de ses actes futurs<sup>1840</sup>. Ce droit ne limite toutefois aucunement la capacité de l'État de modifier ses lois ou ses règlements lorsque des besoins ou l'intérêt général le requièrent dans la mesure où cela est le résultat de faits dûment justifiés et moyennant des dispositions transitoires garantissant la prévisibilité du système juridique<sup>1841</sup>.

1460. Or, il ressort de l'arrêt du 8 février 2017 de la Cour suprême de Justice que « la modification des règles fiscales a, en règle générale, un but d'intérêt public prépondérant sur l'intérêt particulier de chaque contribuable, car, en vertu du principe de la généralité fiscale, l'intérêt de l'État dans la perception des revenus est protégé. Il s'agit d'un intérêt public qui vise à répondre aux besoins sociaux basé sur une protection constitutionnelle, ainsi que le besoin de prendre la contribution des citoyens au soutien des dépenses publiques sur des critères de solidarité »<sup>1842</sup>. Nous constatons

---

<sup>1839</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito de México, 7 février 2013, Amparo directo 241/2012-II, *Promotora Leo, S.A. de C.V.* (M.P. José Elías Gallegos Benítez). Voir également: SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « tesis aislada IV.2o.A.41 A (10a.) (2003700) », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Tomo III, mai 2013, p. 2028. Voir également : J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, op. cit., p. 103 ; G. SÁNCHEZ CHAO et G. CANSECO ROMERO, *ibidem*, p. 11.

<sup>1840</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 8 février 2017, Amparo en revisión 914/2015. *Granjas Ojai, S.A. de C.V. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas), p. 127. Voir également: SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « tesis 2a./J. 4/2020 (10a.) (2021455) », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 74, Tomo I, janvier 2020, p. 869.

<sup>1841</sup> J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, op. cit., p. 108.

<sup>1842</sup> C'est nous qui traduisons. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 8 février 2017, Amparo en revisión 670/2015, *Bachoco, S.A. de C.V.* (M.P. José Fernando Franco González Salas), p. 117 : « la modificación de las normas tributarias tiene, por regla general, un fin de interés público que es preponderante al interés particular de cada contribuyente, pues con base en el principio de generalidad tributaria se tutela el interés del Estado en la percepción de ingresos, que es un

donc que pour la haute juridiction mexicaine, toute action entreprise dans le but d'adopter ou bien de modifier une règle fiscale est en principe fondée sur un impératif d'intérêt général. On peut en déduire que le contribuable qui souhaite être protégé doit démontrer concrètement l'existence d'attentes légitimes et raisonnables, la circonstance qui a conduit à leur déception ainsi que les conséquences juridiques et le dommage que cela lui a causé.

1461. Par conséquent, en ce qui concerne l'application de la notion d'attentes légitimes, le droit fiscal mexicain repose sur un équilibre entre les intérêts des particuliers et les intérêts de l'État. S'agissant d'une notion récente et en pleine évolution, nous pensons qu'elle sera plus clairement définie et délimitée dans les années à venir.

1462. Nous achevons cette section avec une analyse des attentes légitimes en droit fiscal colombien.

### ***3.2. La confiance légitime en droit fiscal colombien***

1463. En Colombie, deux instances sont compétentes pour se prononcer sur les affaires fiscales : d'une part, le Conseil d'État lorsque l'administré conteste un acte de l'administration fiscale<sup>1843</sup> ; d'autre part, la Cour constitutionnelle qui intervient pour connaître toute affaire portant sur la constitutionnalité des lois et sur la portée des normes constitutionnelles<sup>1844</sup>. L'objectif de ces deux institutions est d'établir, à partir

---

interés público encaminado a atender necesidades sociales relevantes con amplio respaldo o tutela constitucional, así como la necesidad de basar la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos en criterios de solidaridad ». Voir également : SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « tesis 2a./J. 103/2018 (10a.) (2018050) », Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Tomo I, octubre 2018, p. 847.

<sup>1843</sup> Ley 1437 contenido del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, publiée dans le *Diario Oficial* n° 47.956 du 18 janvier 2011, article 149 : « El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional. (...) ». Voir également l'article 157 de la même loi : « Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones (...) ».

<sup>1844</sup> *Constitución política de Colombia*, publiée dans la Gaceta Constitucional n° 116 du 20 juillet 1991, article 241.

de leur jurisprudence, une interprétation harmonieuse et cohérente du droit, notamment du système juridique fiscal colombien<sup>1845</sup>.

1464. Le principe de protection de la confiance légitime vise à créer un équilibre entre le pouvoir réglementaire de l'État, qui permet d'adopter et de modifier des normes fiscales, et la protection des attentes légitimes des particuliers<sup>1846</sup>.

1465. Dans le domaine fiscal, il est courant d'observer les conséquences juridiques occasionnées par une modification des lois en vigueur, notamment l'impact négatif et immédiat que cela engendre sur les droits des individus sachant que ces derniers prennent leurs décisions en la matière en fonction de deux considérations principales : « 1. l'activité à développer et 2. l'optimisation fiscale, c'est-à-dire le moyen d'optimiser le paiement des impôts en prenant une décision en fonction de la réglementation en vigueur »<sup>1847</sup>.

1466. Ce principe est donc un mécanisme permettant de concilier l'éventuel conflit qui peut intervenir entre l'intérêt public et les intérêts privés lorsque l'administration a créé des attentes favorables à l'égard des contribuables mais les surprend en éliminant ou en modifiant subitement ces conditions. La confiance portant sur la stabilité de la situation juridique au regard de laquelle les contribuables ont agi mérite d'être protégée et doit être respectée<sup>1848</sup>. Le but est de garantir que l'administration agisse de manière cohérente et compatible avec ses comportements passés afin d'éviter toute modification arbitraire de ses actions et de son comportement<sup>1849</sup>.

---

<sup>1845</sup> A. DELGADO PEREA, « El rompecabezas tributario en la Constitución colombiana », *Revista de Derecho Fiscal*, vol. 9, 2016, p. 96.

<sup>1846</sup> J. AYALA GÓMEZ, J. TORRES MARÍN, F. ORTIZ BELTRÁN, *El principio de Confianza Legítima – una mirada práctica desde la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en Colombia*, mémoire réalisé sous direction du professeur N. ARANGO RAMÍREZ, Pontificia Universidad Javeriana, 2016, p. 9.

<sup>1847</sup> C'est nous qui traduisons. J. AYALA GOMEZ, J. TORRES MARIN, F. ORTIZ BELTRAN, *ibidem*, p. 5.

<sup>1848</sup> C'est nous qui traduisons. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 18 février 2000, sentence No. 25000-23-31-000-2000-09502-01(AC) (C.P. Delio Gómez Leyva), *Acción de Tutela incoada contra el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, el Secretario de Gobierno del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Alcalde Menor de la localidad de Santafé y el Gerente del Fondo de Ventas Populares*.

<sup>1849</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 2 février 2012, sentence 2007-00115 (17883) (C.P. William Giraldo Giraldo), *Almacenes Éxito S.A. c. Secretaría de Hacienda Distrital*; Voir également: Corte constitucional de Colombia. Sentencia C - 131, 19 février 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

## **Le principe de confiance légitime au sein de la jurisprudence du Conseil d'État**

1467. Dans un arrêt du 28 mai 2005<sup>1850</sup>, le Conseil d'État colombien a subordonné l'application du principe de confiance légitime à certaines conditions objectives<sup>1851</sup>. Il a effectivement précisé que pour constater l'existence d'une attente légitime à l'égard des particuliers, il est requis de considérer la durabilité d'une réglementation ainsi que les conséquences qui peuvent résulter de sa modification soudaine sachant qu'un tel changement ne peut être prévisible lorsqu'il s'agit d'une loi qui est restée en vigueur pendant une longue période sans avoir subi de modifications ; une situation qui empêche qu'elle puisse être l'objet d'une abrogation discrétionnaire et injustifiée par les autorités responsables<sup>1852</sup>.

1468. Nous constatons ainsi qu'à cette époque, l'analyse du principe de protection de la confiance légitime réalisée par le Conseil d'État se limitait aux critères précédemment cités sans pour autant tenir compte d'autres éléments tels que l'émergence d'attentes légitimes dans l'esprit d'un administré, les bénéfices fiscaux dérivant d'une loi avant sa modification, ou encore le préjudice potentiel qui peut découler d'un changement radical de situation.

1469. Dans un arrêt du 3 août 2006, le Conseil d'État va cependant préciser que lorsqu'un administré, en vertu d'une loi de promotion de l'emploi, décide d'engager du personnel en vue d'obtenir un bénéfice fiscal, à la condition de maintenir ce personnel pendant une durée minimale, il peut légitimement s'attendre à ce qu'une fois la condition de durée remplie, il bénéficiera d'un tel avantage fiscal<sup>1853</sup>. Nous en déduisons que la situation juridique protégée par le principe de protection de la

---

<sup>1850</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2005, sentence No. 11001-03-27-000-2003-00080-01 (14130) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Martin Acero Salazar c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, pp. 1-20.

<sup>1851</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2005, sentence No. 11001-03-27-000-2003-00080-01 (14130) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Martin Acero Salazar c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, p. 7. Voir également : J. AYALA GÓMEZ, J. TORRES MARÍN, F. ORTIZ BELTRÁN, *El principio de Confianza Legítima – una mirada práctica desde la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en Colombia*, op. cit., p. 14.

<sup>1852</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2005, sentence No. 11001-03-27-000-2003-00080-01 (14130) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Martin Acero Salazar c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, p. 16.

<sup>1853</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 3 août 2006, sentence No. 11001-03-27-000-2004-00077-00 (14897) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Carlos Alberto Bernal Botero c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, pp. 9-10

confiance légitime se consolide lorsque la personne a décidé de bénéficier de cette disposition, en remplissant les conditions d'embauche du personnel, même si la condition de durée minimale des relations de travail n'était pas encore remplie. De ce fait, une méconnaissance de cette situation porterait atteinte au principe de protection de la confiance légitime du demandeur.

1470. Les deux arrêts précités révèlent une différence d'approche quant à l'application du principe de confiance légitime par le Conseil d'État colombien. En effet, dans la seconde affaire, le juge administratif ne retient plus le critère de durabilité de la loi et de prévisibilité d'éventuelles modifications mais se base sur une lecture de la législation fiscale en considérant les attentes que son contenu peut créer dans l'esprit du contribuable.

1471. L'interprétation de ce principe continuera d'évoluer. Dans un arrêt concernant la taxation d'un produit qui avait jusqu'à alors été exempté, le Conseil d'État a déterminé que lorsque le contribuable agit de bonne foi, en se fondant sur une raison objective découlant de la législation en vigueur, il peut légitimement s'attendre à ce qu'elle lui soit applicable<sup>1854</sup>.

1472. D'une manière générale, il se dégage de la jurisprudence du Conseil d'État colombien une absence de critères bien établis pour l'application du principe de confiance légitime en matière fiscale. Cependant, nous pouvons relever que la confiance légitime crée des obligations à l'égard de l'administration et des administrés. D'une part, l'Administration doit avoir un comportement cohérent dans le temps et respecter les règles juridiques et les procédures en vigueur. En ce sens, les actes de l'administration doivent être certains et clairs<sup>1855</sup>. D'autre part, l'administré doit agir de bonne foi et fonder son action sur une disposition légale dont il est convaincu qu'elle lui est applicable.

---

<sup>1854</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 24 mai 2012, sentence No. 05001-23-31-000-2003-00421-01 (18768) (C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia), *Laboratorios Ecar Ltda. c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, p. 7.

<sup>1855</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2015, sentence No. 13001-23-33-000-2012-00026-01 (20318) (C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez), *Unión de Droguistas S.A. c. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias*, p. 2.

1473. Nous en concluons que malgré des efforts visant à établir des critères précis pour la protection de la confiance légitime, le Conseil d'État l'applique plutôt au cas par cas en tenant compte des éléments précédemment cités, notamment l'obligation de l'administration d'agir de manière cohérente et constante afin de créer un sentiment de certitude et de stabilité parmi les administrés<sup>1856</sup>.

### **Le principe de confiance légitime au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle**

1474. Pour sa part, la Cour constitutionnelle colombienne indique que le principe de confiance légitime est applicable lorsqu'il s'agit de protéger les attentes légitimes des contribuables fondées sur « des faits concrets, objectifs et non équivoques de l'administration »<sup>1857</sup>. En conséquence, les espoirs ou les interprétations subjectives portant sur une disposition fiscale ne sont pas protégés. L'État ne peut donc pas changer soudainement « les règles du jeu qui régissent ses relations avec les particuliers sans pour autant avoir accordé le temps et les mécanismes qui permettent à l'individu de se conformer à la nouvelle réglementation fiscale »<sup>1858</sup>.

1475. Selon la Cour, cette protection est due aux particuliers même lorsqu'ils ne sont pas titulaires d'un droit, car une disposition fiscale peut prévoir un critère qui n'a pas pu être rempli par le contribuable à cause d'une modification soudaine. De ce fait, en l'absence de modification, il aurait bien rempli ces critères afin de devenir titulaire du droit en question<sup>1859</sup>.

1476. La portée du principe de confiance légitime peut toutefois être limitée, notamment lorsque l'acte en question relève du pouvoir législatif. L'appliquer de manière absolue reviendrait en effet à geler l'ordre juridique en vigueur. Dès lors, « il n'est pas possible de parler de droits acquis des administrés, car le législateur a le

---

<sup>1856</sup> J. AYALA GÓMEZ, J. TORRES MARÍN, F. ORTIZ BELTRÁN, *El principio de Confianza Legítima – una mirada práctica desde la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en Colombia*, op. cit., p. 25.

<sup>1857</sup> Corte constitucional de Colombia, 14 novembre 2018, sentence C-119/18 (M.P.: Alejandro Linares Cantillo), *Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016*.

<sup>1858</sup> Corte constitucional de Colombia, 14 novembre 2018, sentence C-119/18 (M.P.: Alejandro Linares Cantillo), *Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016*.

<sup>1859</sup> Corte constitucional de Colombia, 29 août 2018, sentence C-083/18 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 99 de la Ley 1819 de 2016*

pouvoir d'établir des modifications ou de créer des impôts pour des raisons de politique fiscale »<sup>1860</sup>. L'impératif de l'intérêt général limite la portée des attentes légitimes.

1477. Toutefois, l'administration doit toujours prendre en compte les attentes légitimes des particuliers et en conséquence prévoir une ou plusieurs mesures parmi les suivantes : 1. Une période de transition entre les politiques fiscales afin d'éviter que le changement soit soudain et permettre que le contribuable puisse s'adapter à la nouvelle situation. Cela suppose également d'éviter tout obstacle qui les empêche de s'adapter aux nouvelles dispositions ; 2. Lors de l'abrogation d'une loi fiscale, il est possible d'accorder aux contribuables une période additionnelle pour bénéficier d'un avantage acquis grâce à cette loi, par exemple, jusqu'à la fin de l'année fiscale en cours<sup>1861</sup>.

1478. L'administration doit aussi ne pas induire en erreur l'administré. En effet, à travers son comportement, des suggestions ou même des lettres persuasives, elle peut influencer le comportement de l'administré qui agit de bonne foi en suivant la direction qui lui est indiquée et en pensant appliquer correctement les dispositions fiscales<sup>1862</sup>. Il est donc indispensable qu'elle évite de fournir tout renseignement erroné ou incomplet afin que sa responsabilité ne soit pas engagée.

1479. Cette analyse comparative nous permet de conclure à la reconnaissance du principe de protection de la confiance légitime au sein d'une majorité de droits nationaux. Nous ne nous attarderons pas sur la dénomination précisément retenue dans l'un ou l'autre ordre juridique, son objectif étant toujours le même : d'une part, protéger les contribuables contre les comportements ou les actes arbitraires de l'administration fiscale ; d'autre part, garantir la stabilité (sauf motif d'intérêt général ou autres dûment justifiés) et la prévisibilité des actes afin que les individus puissent faire confiance au système fiscal en vigueur.

---

<sup>1860</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-785/12, 10 de octubre de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Voir également: Corte Constitucional, Sentencia C-809/2007, 03 de octubre de 2007, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>1861</sup> Corte constitucional de Colombia, 14 novembre 2018, sentence C-119/18 (M.P.: Alejandro Linares Cantillo), *Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016*.

<sup>1862</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 02 octubre 2002, sentence No. 25000-23-27-000-2001-0274-01(13265) (M.P. Juan Angel Palacio Hincapié), *Auto Union S.A. c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*, p. 12.

1480. L'examen de ces droits nationaux, nous a en outre permis d'observer une application conjointe quasi systématique des principe de confiance légitime et de sécurité juridique. De plus, ils semblent tous retenir les mêmes éléments indispensables à l'invocation des attentes légitimes, à savoir : l'existence d'attentes objectives reposant sur une déclaration claire et non ambiguë de l'autorité fiscale ayant été déçues par une mesure imprévisible.

## Conclusion du Chapitre 1

1481. Les questions fiscales en droit international ne se posent essentiellement que lorsqu'une même transaction peut faire l'objet d'une imposition par deux États. Or, le droit international reposant sur la volonté étatique et en l'absence d'une autorité supérieure qui puisse régler les questions de compétence, il est nécessaire que ces derniers s'entendent et établissent des traités bilatéraux pour apporter une solution à toutes les questions fiscales qui peuvent se poser.

1482. À cet égard, il est intéressant de noter que l'ONU et l'OCDE ont rédigé des modèles de convention qui servent actuellement de point de départ pour la négociation et la conclusion des conventions fiscales. La plupart sont effectivement rédigées en se basant sur l'un des deux modèles. Cela permet de garantir une certaine cohérence et stabilité du système fiscal au niveau international.

1483. On compte aujourd'hui plus de 1500 conventions fiscales qui tendent à prévenir la fraude et l'évasion fiscales mais aussi à éviter la double imposition. Toutefois, l'absence de convention multilatérale en la matière empêche que les États puissent atteindre cet objectif. En effet, le système actuel présente des lacunes dont les entreprises peuvent se servir pour payer moins d'impôts, notamment en faisant du « *treaty shopping* » qui consiste à s'installer sur le territoire de l'État pratiquant un taux d'imposition plus faible.

1484. Les États, plus précisément leurs administrations fiscales, sont chargés de l'application et de l'interprétation des conventions fiscales. Cette tâche est plus facilement réalisée grâce aux commentaires présentés dans les deux modèles de convention qui créent des attentes légitimes dans l'esprit des contribuables.

1485. En cas de différends, ceux-ci sont résolus différemment selon les parties qui interviennent : s'il s'agit d'une question d'application de la convention, cela se règle d'un commun accord entre les administrations fiscales des États parties ; lorsque le contribuable estime qu'une mesure prise par l'un des États contractants peut entraîner une imposition non conforme à la convention, il peut soumettre son affaire à l'autorité fiscale de l'État où il réside et cela indépendamment d'autres recours prévus par le droit interne. Ces procédures amiables sont cependant généralement confidentielles, ce qui nous a empêché de les étudier en détail.

1486. C'est pour cette raison que nous avons privilégié l'étude du contentieux des investissements touchant la matière fiscale afin d'illustrer l'application des attentes légitimes « fiscales ». Ainsi, nous avons constaté que les tribunaux arbitraux semblent établir un seuil assez élevé pour conclure qu'une mesure fiscale est discriminatoire ou expropriatrice. L'existence d'une assurance spécifique, claire et non ambiguë semble préférable pour assurer la protection des attentes légitimes sur lesquelles se fonde l'investissement. En effet, celles basées sur une loi générale peuvent ne pas être retenues.

1487. Les attentes légitimes jouent donc un rôle limité en droit fiscal international à défaut de juridiction internationale qui appliquerait ces conventions et réglerait les éventuels différends survenant durant leur exécution. Toutefois, notre analyse a pu dégager cette notion au sein des modèles de l'ONU et de l'OCDE et de leurs commentaires ainsi que dans des dispositions portant sur les prix de transfert, plus précisément dans les accords de répartition des coûts.

1488. Il importe également de garder à l'esprit que ces conventions jouent un rôle important dans le maintien d'un équilibre nécessaire entre le besoin des États de protéger leurs recettes fiscales et l'impératif de sécurité juridique et de protection des attentes légitimes des contribuables.

1489. C'est là où le droit fiscal international rencontre le droit fiscal interne, ce qui justifie notre choix d'étudier la notion d'attentes légitimes développées dans plusieurs États sachant que ce sont les administrations fiscales de chaque État contractant qui sont chargées non seulement de garantir la bonne application et la bonne

interprétation des conventions fiscales mais également d'établir le cadre juridique applicable en matière fiscale aux nationaux et aux étrangers résidant sur leur territoire.

1490. Nous avons ainsi rencontré cette notion dans tous les droits étatiques choisis pour cette étude, sous la forme d'attentes légitimes ou de principe de confiance légitime. Le degré de protection varie selon le pays analysé mais en toute hypothèse les attentes légitimes tendent à assurer un équilibre entre l'intérêt public et les intérêts des particuliers. Elles permettent également de garantir la stabilité du système fiscal mais aussi de consolider la confiance que les contribuables ont en l'administration.

1491. En outre, nous avons décidé de compléter notre analyse en étudiant cette notion au sein du droit européen. Prenant le nom de confiance légitime dans la jurisprudence de la CJUE ou d'espérance légitime dans celle de la CEDH, elle vise à protéger les intérêts des contribuables notamment lorsqu'une nouvelle loi entre en vigueur rétroactivement.

1492. D'une part, au vu de sa nature et de son mandat, l'Union européenne garantit la bonne application des dispositions fiscales et protège les contribuables de toute action qui pourrait aller à l'encontre des règles fiscales en vigueur.

1493. D'autre part, la CEDH reconnaît et protège l'espérance légitime en matière fiscale lorsqu'il est porté atteinte au droit de propriété des contribuables en application d'une loi fiscale rétroactive.

1494. Notre étude s'achève avec une analyse des attentes légitimes dans le cadre des champs du droit international économique relevant du droit souple, à savoir le droit monétaire international et le droit financier international.

## CHAPITRE 2. L'ÉMERGENCE DES ATTENTES LEGITIMES AU SEIN DES CHAMPS DU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE RELEVANT DU DROIT SOUPLE

1495. L'intérêt d'étudier la *soft law* réside dans le fait qu'elle constitue une composante indispensable de l'« *economic governance* »<sup>1863</sup>. En effet, elle permet une adoption plus rapide de normes, de standards, de pratiques ou autres en s'adaptant plus facilement à l'évolution de la société internationale<sup>1864</sup>. Une fois que ces instruments sont incorporés au sein de plusieurs droits étatiques ou appliqués par un grande majorité d'États, il devient réellement difficile de ne pas s'y conformer<sup>1865</sup>.

1496. L'absence d'éléments contraignants n'empêche donc pas que les États respectent les dispositions issues de la *soft law*. Dès lors, l'État qui applique et respecte ces normes a une attente légitime que les autres États le fassent également. Si tel n'est pas le cas, il peut décider de ne plus les appliquer ou de contraindre les autres États à les respecter soit en les ajoutant sur sa « *blacklist* »<sup>1866</sup>, ce qui aura des effets négatifs pour l'économie de ces États récalcitrants, soit par le biais d'une pression publique, ou encore au moyen d'encouragements. Le droit souple joue ainsi un rôle « sans égal en droit international économique, d'autant qu'il inclut des normes d'origine privée »<sup>1867</sup>.

1497. Les acteurs économiques ont un intérêt particulier à la stabilité monétaire et financière dans la mesure où celle-ci tend à « éviter la volatilité des taux de change, la suspension de la convertibilité d'une monnaie, ou encore la restriction de l'accès au crédit à la suite d'une crise financière mondiale »<sup>1868</sup>. La société internationale agit conformément à des dispositions relevant du droit souple qui permettent la régulation

---

<sup>1863</sup> A. NEWMAN et E. POSNER, *Voluntary Disruptions International Soft Law, Finance, and Power*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 13.

<sup>1864</sup> P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 236 : « One important reason for implementing soft law and not binding hard law is that the implementation of a rule through a non-binding instrument is significantly faster, so the long-lasting process of deliberating, signing and ratifying of, for instance, a multilateral convention can be avoided ».

<sup>1865</sup> A. NEWMAN et E. POSNER, *Voluntary Disruptions International Soft Law, Finance, and Power*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1866</sup> P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>1867</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris, PUF, collection « Thémis », 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 16.

<sup>1868</sup> *Ibidem*, p. 297.

et l'évolution du droit monétaire international et du droit financier international mais aussi des instruments juridiques issus du droit conventionnel tels que les statuts du FMI conférant à ce dernier les compétences nécessaires pour superviser leur bon déroulement.

1498. Les obligations qui découlent des statuts sont parfois qualifiées de « codes de bonne conduite monétaire »<sup>1869</sup> et portent sur les régimes de change et la liberté des paiements courants. Ces obligations doivent ainsi être comprises « comme une restriction à l'exercice de la souveraineté monétaire des États, laquelle leur permet par principe non seulement d'émettre et de régir la monnaie nationale, mais également de contrôler les changes et d'autoriser ou non les transferts de fonds vers ou à partir de leur territoire »<sup>1870</sup>.

1499. La *soft law* est ainsi « une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international »<sup>1871</sup>. Elle permet une plus grande flexibilité d'action aux acteurs économiques que les sources traditionnelles du droit international tels que la coutume et le droit conventionnel. En effet, régis par des codes de conduite, des standards ou d'autres bonnes pratiques qui créent des obligations à l'égard des États, ces domaines peuvent évoluer plus rapidement en s'adaptant à une économie internationale qui est constamment en évolution.

1500. Les finances et les affaires monétaires sont des champs régis par le droit international économique. Ces deux matières sont en lien avec celles précédemment étudiées, mais sont encore plus liées entre elles, jusqu'à devenir parfois indissociables. Cette frontière, parfois très fine, peut complexifier leur délimitation, c'est pourquoi nous risquons parfois de nous placer simultanément au sein de ces deux domaines.

1501. Les attentes légitimes jouent ici un rôle important, car l'application même de ces règles repose sur la réciprocité des acteurs économiques. Autrement dit, les États qui les appliquent s'attendent à ce que les autres les appliquent également afin de maintenir une stabilité financière et monétaire internationale. Il est également

---

<sup>1869</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>1870</sup> *Ibid.*

<sup>1871</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, Université Nice - Sophia-Antipolis, 2012, p. 63.

possible de constater que des dispositions de droits nationaux et de droits régionaux contribuent à l'application et au respect de ces règles.

1502. La souplesse qui caractérise ces deux domaines ne présente aucunement un obstacle à leur bonne application. En l'absence de sanctions, il existe effectivement d'autres moyens susceptibles de contraindre les États de respecter les règles posées, notamment toute mesure pouvant les impacter négativement. La protection des attentes légitimes est garantie par une réciprocité du respect des règles.

1503. En raison de la difficulté d'encadrer l'application interne des politiques monétaires internationales, il est nécessaire de faire également appel aux principes et aux règles qui régissent et stabilisent les marchés publics ainsi que les échanges commerciaux en tant que composantes essentielles du système monétaire<sup>1872</sup>.

1504. Une telle souplesse présente plusieurs avantages. En effet, les négociations sont plus rapides étant donné que la prise de décision est guidée par des spécialistes du sujet traité « *who develop shared expectations and trust allowing them to dispense with time-consuming treaties and formal international organizations* »<sup>1873</sup>. Il en résulte un gain en termes de coûts et de temps en l'absence de procédure de ratification et surtout les accords adoptés sont plus adaptés aux besoins économiques réels de l'ensemble de la communauté internationale.

1505. Alors que le droit monétaire entraîne une coopération automatique des États dans le cadre d'organisations internationales, notamment le FMI et la Banque Mondiale, le système financier est quant à lui encore en cours de construction.

1506. Il convient tout de même de préciser que bien qu'au sein de ces deux domaines, la notion d'attentes légitimes soit caractérisée par différentes dénominations et applications, celles-ci ont la même finalité que les attentes légitimes que nous avons déjà étudiées, à savoir la stabilité et la prévisibilité de l'environnement juridique. Cependant, certains types d'attentes au sein de ces deux champs requièrent l'application de formules mathématiques et/ou de calculs spécifiques qui dépassent le

---

<sup>1872</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, Oxford, Oxford University Press, 1<sup>re</sup> éd., 2012, p. 370.

<sup>1873</sup> *Ibidem*, p. 105.

domaine (juridique) de notre étude. Pour cette raison, nous n'allons pas les étudier mais uniquement les mentionner. Cela n'enlève aucune importance aux attentes légitimes qui émergent à partir du droit souple.

1507. Ce chapitre se divisera en trois sections. Il s'agira, en premier lieu, de proposer une brève analyse du droit international souple (Section 1) afin de déterminer ses caractéristiques générales sachant que le droit souple se base sur un minimum de confiance entre les États. À ce titre, la protection des attentes légitimes joue un rôle important à défaut de mesures contraignantes obligeant les États à respecter leurs engagements. Nous allons ensuite étudier les attentes légitimes issues du droit international financier (Section 2) et du droit international monétaire (Section 3).

1508. Ce plan se justifie car même si en droit souple, les attentes légitimes occupent déjà une place claire et concrète, cela n'est pas encore le cas dans ces deux domaines, car ici nous sommes uniquement en mesure de dégager des éléments pouvant faire référence à la notion d'attentes légitimes en raison de son caractère récent.

## **Section 1. Le droit informel ou souple : ses principales caractéristiques**

1509. Le droit souple se définit comme un ensemble de règles adoptées par les États ou d'autres sujets de droit international qui ne sont pas juridiquement contraignantes mais qui présentent pourtant un intérêt juridique particulier<sup>1874</sup>. Il est le résultat d'une procédure informelle de création normative par opposition à la procédure formelle de création du droit conventionnel<sup>1875</sup>.

1510. Selon Daniel Tührer, ce droit se compose de plusieurs éléments intrinsèques. Tout d'abord, il exprime des attentes communes sur la conduite des relations internationales à travers des dispositions qui émanent d'organisations internationales ou directement des États. Ces règles informelles sont adoptées sans suivre la procédure prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités et, de

---

<sup>1874</sup> D. THÜRER, « Soft law », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, §8.

<sup>1875</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », in J. PAUWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 15.

ce fait, ne découlent pas d'une source formelle de droit et n'ont donc pas de force juridique contraignante<sup>1876</sup>, ce qui n'empêche pas de garder une certaine proximité avec le droit « dur », raison pour laquelle elles peuvent produire des effets juridiques<sup>1877</sup>.

1511. Le droit souple est donc une catégorie de droit caractérisée par l'adoption d'instruments (codes de bonne conduite, standards, etc.) par un État ou une organisation internationale qui influencent le comportement des acteurs d'un système déterminé. Il ne s'agit donc pas d'une source officielle de droit international au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ étant donné qu'il ne produit pas de conséquences juridiques précises<sup>1878</sup>. Autrement dit, ces normes sont habituellement appliquées et respectées en créant des attentes légitimes de conformité même en l'absence de toute obligation positive.

1512. Cette souplesse ne veut pas forcément dire qu'il n'existe aucune contrainte garantissant leur bonne application. Ainsi, le non-respect des principaux standards internationaux peut conduire les autres États à réévaluer leurs attentes légitimes sur le comportement futur de l'autorité en question, ce qui va indiscutablement diminuer leur motivation à coopérer avec elle à l'avenir<sup>1879</sup> ; une attitude qui affecterait plus largement les relations internationales.

1513. Il en résulte que le droit souple est constitué d'actes juridiques et de faits juridiques. En tant que fait juridique, le droit souple peut constituer un fondement à toute requête portant sur l'estoppel, la bonne foi ou bien la protection des attentes légitimes<sup>1880</sup>. En ce sens, le principe de bonne foi contribue à l'existence des attentes légitimes issues du droit souple. En effet, même si ce principe ne change pas la nature non-contraignante de ce dernier, il contribue à la protection juridique des attentes légitimes qui émergent du droit souple sur la base du comportement des parties concernées<sup>1881</sup>.

---

<sup>1876</sup> D. THÜRER, « Soft law », *op. cit.*, §9.

<sup>1877</sup> *Ibidem*

<sup>1878</sup> P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>1879</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>1880</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », *op. cit.*, p. 156.

<sup>1881</sup> D. THÜRER, « Soft law », *op. cit.*, §27.

1514. En outre, selon la théorie des « *legal effects produced by informal soft law* », les principes de bonne foi et de protection des attentes légitimes peuvent être considérés comme des faits juridiques capables de produire des effets juridiques, car ils permettent l'application d'un acte juridique distinct qui produira des effets juridiques<sup>1882</sup>.

1515. Par ailleurs, les attentes légitimes contribuent à une meilleure évaluation des faits dans le cadre d'un litige comme en témoignent Enrico Milano et Niccolò Zugliani qui ont identifié cinq types de faits légaux<sup>1883</sup>.

1516. En tant qu'acte juridique, le droit souple reflète un accord ou un large consensus des parties ou de l'ensemble de la société internationale sur une question particulière et peut ainsi constituer un guide d'orientation de l'action des États ou bien contribuer à l'interprétation d'un traité<sup>1884</sup>. Joost Pauwelyn fait une distinction entre l'acte juridique compris comme celui entrepris consciemment par un sujet de droit afin de produire un effet juridique déterminé et le fait juridique qui peut émaner d'un comportement ou d'une situation dont les effets juridiques dérivent de l'application d'un acte juridique distinct<sup>1885</sup>.

1517. Le droit souple doit donc être analysé sous « *an expectation-based lens* », à savoir définir des principes généraux de l'ordre international afin de favoriser à la fois son efficacité et sa légitimité<sup>1886</sup>. Ainsi, des accords tacites peuvent tout à fait découler de déclarations faites par les parties dans le cadre de négociations et ce n'est qu'une fois soumis à l'analyse d'une juridiction internationale qu'ils peuvent être qualifiés de traités. Cela est généralement admis par la CIJ comme en témoignent plusieurs affaires issues de sa jurisprudence.

---

<sup>1882</sup> E. MILANO et N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 2, 2019, p. 169.

<sup>1883</sup> *Ibidem*, p. 169 : « explicit or implicit incorporation in legally binding instruments that give soft law instruments the legal status of the former or implementation of standards in binding instruments by reference; interpretative guidance to legally binding instruments, reflecting the agreement of the parties or consensus between members of a particular community on a particular issue; factual relevance in litigation that guides assessments based on estoppel, good faith, or legitimate expectations; permissive effect and material source of legislation ».

<sup>1884</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », *op. cit.*, p. 156.

<sup>1885</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>1886</sup> E. MILANO et N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *op. cit.*, p. 170.

1518. Par exemple, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la Cour a retenu que compte tenu d'un communiqué conjoint émis par la Grèce et la Turquie ainsi que de l'intention des parties, l'objet de ce communiqué n'était pas de nature à constituer un engagement immédiat « pris au nom de leurs gouvernements respectifs, d'accepter inconditionnellement que le présent différend soit soumis à la Cour par requête unilatérale »<sup>1887</sup>. En conséquence, la compétence de la CIJ ne pouvait être fondée sur ce document.

1519. Cependant, dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, la Cour a conclu que l'échange de lettres ainsi que les procès-verbaux signés par les ministres des Affaires étrangères de ces deux pays constituaient « un accord international créant des droits et des obligations pour les Parties »<sup>1888</sup>. Une telle reconnaissance se justifie par leur intention de s'engager à exécuter les actions inscrites dans ces documents.

1520. Plus récemment, dans l'affaire *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la CIJ a également estimé que peu importe sa dénomination particulière « et l'instrument dans lequel il [le procès-verbal de la commission] est consigné, cet "arrangement" liait les Parties dans la mesure où elles y avaient consenti, et elles devaient s'y conformer de bonne foi »<sup>1889</sup>.

1521. Dans ces trois arrêts, la CIJ semble retenir le critère de l'intentionnalité des parties en tenant également compte, même si elle le fait tacitement, des attentes légitimes qui découlent des accords informels entre ces dernières. Le but est de ne pas permettre que l'une des parties puisse échapper à ses obligations.

## 1. La création du droit souple

1522. Le droit souple est le résultat d'une coopération internationale qui au lieu de prendre la forme d'un traité prend celle d'un guide, de standards, de déclarations ou

---

<sup>1887</sup> CIJ, *Plateau continental de la mer Égée*, compétence de la Cour, arrêt du 19 décembre 1978, *Recueil CIJ*, 1978, §107.

<sup>1888</sup> CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt du 1<sup>er</sup> janvier 1994, *Recueil CIJ*, 1994, §30.

<sup>1889</sup> CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010, §128.

encore d'une politique de coordination, entre autres<sup>1890</sup>. À la différence du droit conventionnel, les acteurs du droit informel sont les ministres ou d'autres autorités spécialisées qui peuvent valablement représenter l'État sans aucune obligation de produire des pleins pouvoirs. Cela se justifie par l'expertise technique requise au sein du système économique international qui suppose également une bonne coopération réglementaire<sup>1891</sup>.

1523. L'émission de ce type d'actes, notamment les standards monétaires et financiers, se réalise à travers des *Standard-setting bodies*, telle l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), qui élaborent des instruments sur divers sujets. L'intégration, la mise en œuvre et l'application de standards « donnent une impression d'intégrité du marché »<sup>1892</sup>, ils constituent une règle de référence. Même si les États n'ont pas spécialement participé à leur élaboration, ils sont « courtoisement contraints de les appliquer »<sup>1893</sup> comme nous le verrons en détail dans les deux prochains chapitres.

1524. Toute organisation internationale et/ou organisme de normalisation édicte des normes formelles ou informelles qui vont inévitablement contribuer à la création de régimes juridiques, ce qui est notamment le cas en droit international financier et en droit international monétaire. Ces régimes se définissent comme un ensemble implicite ou explicite de principes, règles et procédures qui contribuent à la prise de décisions des institutions internationales spécialisées dans ces domaines compte tenu des attentes légitimes des principaux acteurs<sup>1894</sup>. La coordination et la coopération sont assurées par des autorités nationales spécialisées sur un sujet particulier, par exemple les ministres des Finances, les banques centrales, les agences régulatrices, ou encore les superviseurs bancaires.

---

<sup>1890</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », *op. cit.*, p. 15.

<sup>1891</sup> A. BERMAN et R. WESSEL, « The international legal form and Status of Informal International Lawmaking Bodies: Consequences for accountability », in J. PAUWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, *op. cit.*, p. 579.

<sup>1892</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>1893</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>1894</sup> N. WHITE, « Law Making », in J. KATZ COGAN, Ian HURD, Ian JOHNSTONE (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 565.

1525. On peut à cet égard mentionner le cas des standards adoptés par le Comité de Bâle qui ne deviennent juridiquement applicables et effectifs que lorsque les autorités nationales les adoptent au sein de leur droit<sup>1895</sup>. Pour autant, cela n'empêche pas qu'ils puissent influencer et façonner le comportement des États<sup>1896</sup> en visant à assurer le bon fonctionnement de la gouvernance financière et monétaire internationale. Ainsi, les principales sources de ces deux domaines du droit international économique sont les codes de conduite, les standards et les bonnes pratiques émises par des organisations internationales telles que le G20, le Comité de Bâle, le FMI, entre autres<sup>1897</sup>.

1526. Nous en déduisons qu'un élément essentiel du droit souple est l'attente légitime qui naît quant au respect de ses dispositions par les États<sup>1898</sup>. Il requiert une volonté collective de s'engager de l'ensemble de la société internationale. En outre, il permet au contenu d'une norme d'évoluer plus facilement en faisant face aux différentes « variabilités des circonstances qu'elle devra régir puisque c'est en fonction de la conception de la normalité propre au contexte où la norme est appliquée que son contenu sera déterminé »<sup>1899</sup>.

1527. Ce type d'engagement est de fait généralement respecté et appliqué dans la mesure où il correspond aux intérêts des parties, créant ainsi un parfait équilibre au sein des rapports interétatiques. Les conséquences de sa non-application constituent parfois une dissuasion bien plus forte que les conséquences de l'inexécution d'une obligation positive<sup>1900</sup>. De plus, le principe de réciprocité qui régit le droit international conventionnel s'applique aussi au droit souple et constitue une incitation au respect des États indépendamment du type d'engagement.

---

<sup>1895</sup> A. KERN, « Global Financial Standard Setting, the G10 Committees, and International Economic Law », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2009, p. 874.

<sup>1896</sup> *Ibidem*, p. 875.

<sup>1897</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>1898</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume II International Monetary and Financial Law*, Londres, Routledge, 1<sup>re</sup> éd., 2001, p. 12.

<sup>1899</sup> A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>1900</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », *op. cit.*, p. 147.

## 2. La confiance : un élément indispensable

1528. Les attentes légitimes jouent un rôle essentiel en matière de droit informel. La souplesse de ce dernier requiert que les parties intervenantes - qu'il s'agisse de fournisseurs de service, d'autorités régulatrices, de superviseurs ou bien d'investisseurs - aient confiance dans le système. Or, cela n'est possible que si toutes les parties agissent conformément aux règles en vigueur et surtout de bonne foi.

1529. La notion de confiance est ainsi indissociable de la protection des attentes légitimes. Elle suppose de s'attendre à un comportement spécifique de personnes ou d'institutions. S'agissant des deux domaines du droit international économique étudiés, nous pouvons appliquer le raisonnement suivant qui, à notre avis, traite avec pertinence de l'application concrète des attentes légitimes :

*« Confidence as a legitimate expectation can therefore be lost and betrayed. Confidence in the financial system is based on the combination of a regulatory framework and actors' loyalty to both the framework and to each other. Loyalty in financial markets take different forms: trust among the parties is the basis of any private business relationship in financial services. An investor needs confidence in the financial institution before he or she entrusts it with managing his or her assets. Vice versa, an investment bank benefits from clients who will not lightly withdraw their money in cases of market turbulence »<sup>1901</sup>.*

1530. La transparence est donc une précondition à l'émergence de la confiance<sup>1902</sup> dans ces deux matières, à la condition que les documents disponibles soient clairs et rédigés en termes précis.

1531. Nous en déduisons que la nature souple de ces deux domaines ne leur soustrait aucune importance dans la mesure où elle ne remet pas en cause le respect que ces États doivent avoir des dispositions en vigueur. En effet, il est généralement admis que le droit souple est aussi respecté que le droit conventionnel<sup>1903</sup>.

1532. Ce type de droit cherche à garantir une coopération interétatique et se traduit par le respect d'accords non-contraignants grâce à différents types d'encouragements et de motivations tels que la permanence de bonnes relations, la continuité de la coopération entre les États ainsi que le maintien d'une bonne

---

<sup>1901</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>1902</sup> Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 4 de la présente thèse.

<sup>1903</sup> J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », *op. cit.*, p. 151.

réputation. Il est indéniable qu'une mauvaise réputation peut impacter défavorablement un État, car elle peut conduire d'autres États à éviter de traiter à l'avenir avec lui. Ce risque motive encore davantage la coopération interétatique<sup>1904</sup>.

1533. Plusieurs principes généraux et notions du droit conventionnel sont également applicables au droit souple afin de garantir le respect des engagements non-contraignants ; en particulier l'intérêt général, le principe de proportionnalité, le principe d'équité, le principe de protection contre des comportements arbitraires<sup>1905</sup>, le principe de protection des attentes légitimes, entre autres. Le droit souple coexiste ainsi avec d'autres sources du droit international qu'il vise à compléter.

1534. Nous allons à présent nous consacrer à une étude plus détaillée de ces deux champs du droit international économique relevant de la *soft law*. Le droit international monétaire présente une particularité qui le différencie du droit financier international étant donné qu'il relève à la fois du droit positif et du droit souple, aussi connus comme les « *rules of the game* »<sup>1906</sup>. Il a pour but de protéger les investisseurs étrangers des actions monétaires susceptibles de leur porter atteinte comme le contrôle des changes. Le droit international financier ne se compose quant à lui que de règles de droit souple qui peuvent prendre la forme de standards, de régulations etc.<sup>1907</sup>. Cependant, les différences entre ces deux domaines sont parfois floues<sup>1908</sup>.

1535. Nous savons qu'ils ont tous les deux un objectif commun, à savoir apporter un sentiment de sécurité et de confiance aux acteurs économiques et aux États qui participe au bon déroulement du système économique international.

1536. En toute hypothèse, grâce à l'évolution constante de ces deux domaines, il nous semble que la notion d'attentes légitimes s'y consolidera progressivement jusqu'au niveau atteint dans d'autres champs du droit international économique tels

---

<sup>1904</sup> Y. SVETIEV, « The limits of Informal International Law », in J. PAWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, op. cit., p. 276.

<sup>1905</sup> A. FLÜCKIGER, « Keeping domestic Soft Law Accountable », in J. PAWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking*, op. cit., p. 151.

<sup>1906</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume II International Monetary and Financial Law*, op. cit., p. 119.

<sup>1907</sup> D. ARNER et U. ASHRAF, « International Financial Law », in A. CARTY (ed.), *Oxford Bibliographies*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

<sup>1908</sup> R. LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, §14.06.

que le droit international des investissements et le droit commercial international. Nous aborderons en premier lieu les attentes légitimes en droit financier international.

## Section 2. Les attentes légitimes en droit financier international

1537. Le droit financier international est constitué d'un ensemble de règles, de normes et de pratiques régissant les transactions et les marchés financiers internationaux. Il tend ainsi à encadrer les échanges d'actifs financiers que sont les prêts, les obligations et les actions. La particularité de ces actifs est qu'ils requièrent deux personnes pour exister ; par exemple, un prêteur et un emprunteur ou un actionnaire et une entreprise ou encore un vendeur et un acheteur<sup>1909</sup>.

1538. Quant aux marchés financiers, ils peuvent être analysés suivant trois points de vue : celui de l'émetteur, celui de l'investisseur et celui des intermédiaires. Les points de vue des deux premiers sont ceux qui nous intéressent le plus ici, car c'est à leur égard que peuvent naître des attentes légitimes. Néanmoins, la pratique des marchés étant généralement confidentielle au vu de sa nature, notre étude n'est pas aisée. On peut cependant constater que l'objectif principal du droit international financier est de créer une stabilité financière au niveau mondial qui est possible grâce aux efforts réalisés par chaque État<sup>1910</sup>.

1539. Les organisations internationales régissant le droit international financier recourent rarement au droit conventionnel. En effet, les principaux organismes de normalisation tels que le Comité de Bâle et l'OICV produisent des instruments de *soft law* afin d'encadrer les différents aspects de ce droit<sup>1911</sup>. Même si quelques *treaty-based organizations* telles que le FMI, la Banque mondiale et l'OCDE jouent un rôle de collaboration nécessaire dans ce domaine, c'est essentiellement le droit souple qui sert de lien entre les États en permettant une cohérence du système financier international. La stabilité de ce dernier suppose que les participants aient confiance en lui<sup>1912</sup>, d'où

---

<sup>1909</sup> P. WOOD, « The Future of International Banking and Financial Law and Lawyers », *Singapore Journal of Legal Studies*, vol. 2, 2014, p. 361.

<sup>1910</sup> PEACE PALACE LIBRARY, « International Financial Law: Research Guide » ; disponible sur : <https://www.peacepalacelibrary.nl/research-guides/economic-and-financial-law/international-financial-law/> (consulté le 31 octobre 2019).

<sup>1911</sup> A. NEWMAN et E. POSNER. *Voluntary Disruptions International Soft Law, Finance, and Power*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>1912</sup> C. WARBURTON, *The Development of International Monetary Policy*, Londres, Routledge, 1<sup>re</sup> éd., 2018, p. 90.

l'importance des attentes légitimes au sein de cette branche du droit international économique.

1540. Toutefois, ce n'est que depuis la crise financière de 2008 que les États ont pris davantage conscience de son importance<sup>1913</sup>. À l'époque, le droit financier international reposait principalement sur des instruments de droit souple « émis par des organismes internationaux faiblement institutionnalisés et composés de régulateurs nationaux »<sup>1914</sup>, une situation qui n'incitait pas vraiment les États à respecter ou à incorporer ces dispositions financières dans leur droit respectif afin qu'elles puissent produire des effets juridiques et influencer le comportement des acteurs du marché ainsi le marché lui-même<sup>1915</sup>.

1541. À présent, plusieurs organisations internationales interviennent dans le système financier international, parmi lesquelles le Comité de Bâle, l'OICV, le G20, etc.<sup>1916</sup>. Étant composées d'autorités étatiques spécialisées sur le sujet traité, ces organisations organisent des rencontres régulières pour coordonner leurs positions et articuler des approches politiques communes. À la suite de la crise de 2008, leurs fonctions ont été renforcées afin de remédier aux défaillances qui étaient devenues bien trop évidentes. La coopération financière ainsi que les actions des régulateurs en vue de l'adoption de normes de surveillance macro-prudentielle<sup>1917</sup> ont également été consolidées.

1542. Cette souplesse du système financier international se manifeste notamment par un processus de création de normes moins complexe et formel, notamment en raison de l'absence de procédure de ratification qui permet aux États de bénéficier d'une plus grande flexibilité dans l'application des pratiques et des standards. La globalisation a rendu encore plus nécessaire la coopération internationale afin de garantir une stabilité financière et de prévenir des futures crises<sup>1918</sup>. En outre,

---

<sup>1913</sup> D. ARNER et U. ASHRAF, « International Financial Law », *op. cit.*

<sup>1914</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique, op. cit.*, p. 303.

<sup>1915</sup> Y. V. REDDY, « Legal Aspects of International Financial Standards: A National Law Perspective », *Yearbook of International Financial and Economic Law*, vol. 5, 2000-2001, p. 114.

<sup>1916</sup> H. ASCENSIO, *Droit international économique, op. cit.*, p. 303.

<sup>1917</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *Georgetown Law Journal*, vol. 99, n° 2, 2011, p. 259.

<sup>1918</sup> *Ibidem*, p. 267.

des attentes légitimes sont nées en raison de la nature même de la *soft law* de telle sorte que même en l'absence de contrainte, les États appliquent et respectent les dispositions financières<sup>1919</sup> conformément au principe de réciprocité.

1543. En cas de violation d'obligations issues d'un accord financier international, la partie lésée peut voir ses attentes légitimes déçues, notamment lorsqu'un régulateur « *rely on another in order to gain access to witnesses or evidences concerning a domestic violation that may be located in another jurisdiction* »<sup>1920</sup>. Les attentes légitimes jouent un rôle très important, la partie déçue pouvant décider de ne plus coopérer ou de ne pas s'acquitter des obligations qui lui incombent au motif que les avantages prévus dans l'accord en question ont disparu à cause du nouveau comportement de l'autre partie<sup>1921</sup>.

1544. La surveillance de l'application des codes et des standards financiers est assurée par le FMI ainsi que par la Banque Mondiale dont les statuts et autres documents relèvent de la *hard law*, ce qui est rare, on l'a déjà noté, en droit international financier<sup>1922</sup>. La supervision reste très importante, car une surveillance effective et efficace crée un sentiment de confiance parmi les utilisateurs quant au bon fonctionnement et la capitalisation des institutions financières<sup>1923</sup> en contribuant à créer un environnement idéal pour l'émergence d'attentes légitimes.

1545. Les acteurs du système financier doivent agir de bonne foi et avec loyauté envers les autres acteurs mais aussi envers le système lui-même qui doit être transparent et caractérisé par un cadre juridique clair et non-ambigu sachant qu'il est susceptible de créer des obligations entre les investisseurs et les institutions financières desquelles des attentes légitimes peuvent dériver. Le respect des dispositions financières est garanti par plusieurs méthodes d'encouragement tels que des avantages, le maintien d'une bonne réputation, etc.<sup>1924</sup>. De plus, la coopération transfrontalière peut prévoir

---

<sup>1919</sup> A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume II International Monetary and Financial Law*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1920</sup> T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA, *International law in financial regulation and monetary affairs*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>1921</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>1922</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 280.

<sup>1923</sup> C. WARBURTON, *The Development of International Monetary Policy*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1924</sup> R. LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, *op. cit.*, p. 516. Voir également : C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 263.

des mécanismes disciplinaires accordant alors à cette matière une nature plus coercitive.

1546. Selon Yaga Venugopal Reddy, l'une des principales critiques que l'on peut adresser au système financier international est que parfois les standards et les codes en vigueur ne semblent pas suffisants pour apporter une solution complète et adaptée aux problèmes existant au sein du système financier international<sup>1925</sup>. C'est notamment le cas lors de crises financières durant lesquelles ils apportent des solutions au niveau national à des situations ou difficultés provenant de l'étranger. Ainsi, même s'ils peuvent contribuer à une stabilité financière internationale, les standards et les codes ne peuvent complètement la garantir.

1547. Les pouvoirs publics et les autorités nationales ont intérêt à respecter les normes et les codes internationaux pour plusieurs raisons, principalement pour atteindre l'efficacité et la stabilité de leur secteur financier. En ce sens, une approche souhaitable serait l'examen des normes et des codes internationaux au regard de l'intérêt national<sup>1926</sup>, toutefois le lien entre le droit financier international et le droit financier national présente une certaine complexité en dépit de la coopération interétatique qui existe. Les régulateurs financiers peuvent, en effet, ne pas appliquer les mêmes types de politiques, notamment en raison des coûts qui peuvent être plus onéreux dans certains États, ou encore pour des questions historiques ou culturelles<sup>1927</sup>. Il en résulte que l'application de règles internationales en droit national nécessite parfois des ajustements plus importants pour certains États que pour d'autres<sup>1928</sup>.

1548. Une deuxième problématique concernant la coopération interétatique est l'exportation de produits financiers dits « *mauvais* » résultant généralement des États en voie de développement qui adoptent des règles financières souvent peu contraignantes dans le but d'attirer les investissements et les capitaux<sup>1929</sup>. Dans cette situation, les États peuvent être moins motivés à coopérer avec l'État adepte d'une telle pratique en souhaitant adopter des règles strictes à son égard. Une dernière

---

<sup>1925</sup> Y. V. REDDY, « Legal Aspects of International Financial Standards: A National Law Perspective », *op. cit.*, p. 116.

<sup>1926</sup> *Ibidem*

<sup>1927</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 269.

<sup>1928</sup> *Ibidem*

<sup>1929</sup> *Ibid.*, p. 270.

problématique concerne les règles applicables à des opérations touchant à plusieurs droits<sup>1930</sup>. Le droit financier international se caractérise donc par un degré élevé de technicité et de complexité résultant de son lien avec le droit financier national et de l'évolution économique inégale des États.

1549. Pour autant, même en l'absence de règles juridiquement contraignantes, ce droit a une certaine influence sur le comportement des acteurs du marché et des régulateurs<sup>1931</sup>. Ces derniers ont également commencé à opérer sur une base internationale en tant qu'acteurs transfrontières. De ce fait, ils peuvent élaborer des instruments bilatéraux ou même régionaux en vertu desquels les entreprises se trouvant dans leur État respectif peuvent effectuer des opérations sans aucun contrôle national, à la condition que certains critères soient remplis ou que des réformes soient mises en œuvre. Ils interagissent également entre eux par le biais d'institutions internationales afin de générer de meilleures pratiques au niveau mondial et de s'accorder sur des réglementations communes. Cette démarche les rend responsables de la transposition et de la mise en œuvre des normes internationales au niveau local<sup>1932</sup>.

1550. À défaut de tribunal spécialisé sur le sujet en raison même de la nature confidentielle de la plupart des opérations financières, nous adopterons une approche essentiellement théorique. Nous partons de l'essence même du droit souple qui, en l'absence de tout élément de contrainte, voit son application garantie par la bonne volonté des États mais aussi par leurs attentes de réciprocité. Nous aborderons ensuite l'existence irréfutable d'attentes légitimes au sein de la plupart des droits nationaux.

---

<sup>1930</sup> À titre d'exemple, Paul Sebastianutti illustre cette complexité en indiquant : « an international loan under English law between a bank incorporated and regulated in New York and a Chinese corporate borrower guaranteed by its Italian parent company. In theory, the legal systems potentially impinging upon this situation include English law (the law of the loan contract), New York and US state or federal law (the law of the lender) Chinese law (the law of the borrower) and Italian law (the law of the guarantor). This multi-system context is typical of the cross-border context in which international finance operates » (P. SEBASTIANUTTI, « What is This Thing Called International Financial Law », *Law and Financial Markets Review*, vol. 3, n° 1, 2009, p. 64).

<sup>1931</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 272.

<sup>1932</sup> *Ibidem*, p. 274 : « Increasingly, however, national regulators are operating on an international basis as actors transact across borders. Regulators may, for example, craft bilateral or even regional instruments. under which firms in one another's countries can transact free of domestic oversight, assuming certain conditions are met or reforms made. They also interact through international institutions to generate global best practices and to commit to common regulatory approaches. After committing to international. practices, regulators are then responsible for both translating and implementing international standards locally ».

## 1. Les attentes légitimes : une notion aux applications multiples

1551. Le droit financier international permet une coordination et une collaboration interétatique à travers des régulateurs financiers. Ces derniers, aussi connus sous le nom d'autorités de régulation des marchés, sont des organisations gouvernementales ou bien non gouvernementales chargées de la supervision des institutions financières. Ils peuvent imposer certaines exigences, restrictions et directives visant à maintenir l'intégrité du système financier<sup>1933</sup>.

1552. Les régulateurs peuvent notamment conclure des accords de portée différente et sur des sujets variés « *to then clarify (or change) over time the expectations of states as contexts change or more market or regulatory information becomes available* »<sup>1934</sup>. Ils émettent des règles persuasives tout préservant une certaine flexibilité nécessaire pour répondre aux nouveaux besoins de régulation du système financier international compte tenu des conditions particulières de chaque État. À défaut de règles contraignantes, des attentes légitimes de réciprocité naissent à l'égard des parties. En effet, un État qui respecte ces règles souples s'attend à ce que les autres États le fassent également.

1553. La souplesse de ces règles n'empêche donc pas que les parties s'engagent réellement à respecter leurs obligations dérivées d'un accord bilatéral ou multilatéral adopté sous la forme d'un protocole d'entente ou d'un code de conduite ou de bonnes pratiques. Ces instruments sont conclus avec la même solennité que celle qui caractérise les traités, à l'exception du fait que les représentants des États n'ont aucune obligation de produire des pleins pouvoirs pour pouvoir engager ces derniers<sup>1935</sup>.

---

<sup>1933</sup> Extrait du site internet Investing sur la définition de régulateurs financiers : <https://fr.investing.com/brokers/regulation>

<sup>1934</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 284.

<sup>1935</sup> *Ibidem*, p. 285.

### ***1.1. Les marchés financiers : une institution essentielle de l'architecture financière internationale et potentielle source d'attentes légitimes***

1554. Les marchés sont des institutions socio-politiques régies par différents types de règles<sup>1936</sup> dont l'homogénéité est un élément indispensable pour leur bon fonctionnement conformément aux pratiques régulatrices et aux attentes des parties<sup>1937</sup>.

1555. Le droit financier international est en constante évolution afin de s'adapter aux nouvelles situations qui surgissent sans cesse, raison pour laquelle il est qualifié de droit des praticiens. Les usages en constituent une composante essentielle. Les marchés financiers requièrent une réglementation claire et efficace pour attirer les investisseurs, ce qui suppose un équilibre à maintenir en toute circonstance, c'est-à-dire éviter d'être trop laxiste ou trop strict sachant que les deux situations peuvent bien évidemment faire fuir les potentiels investisseurs.

1556. Un État disposant d'un marché financier stable encadré par une réglementation claire peut devenir une place financière internationale importante, autrement dit « un pôle d'attraction et de redistribution des capitaux disponibles au niveau mondial »<sup>1938</sup>. L'ouverture internationale des marchés financiers permet aux investisseurs d'avoir accès aux marchés étrangers même lorsqu'il ne réside pas dans l'État du marché auquel il souhaite accéder. Or, les investisseurs ainsi attirés vont avoir des attentes légitimes quant à la stabilité et le maintien de cet équilibre.

1557. Les marchés financiers requièrent une certaine stabilité et le respect des réglementations applicables afin d'éviter une crise comme celle survenue en 2008 qui, originaire des États-Unis, a produit des effets sur l'ensemble de la société internationale avec des conséquences néfastes significatives pour l'économie mondiale. Depuis cette crise, plusieurs réformes ont été mises en œuvre. En effet, la majorité des États développés ont adopté des mesures semblables afin d'éviter la survenance d'une nouvelle crise financière<sup>1939</sup>.

---

<sup>1936</sup> A. NEWMAN et E. POSNER. *Voluntary Disruptions International Soft Law, Finance, and Power*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1937</sup> C. BRUMMER et M. SMALLCOMB, « Institutional Design: The International Architecture », *in* N. MOLONEY, E. FERRAN, J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 130.

<sup>1938</sup> A. COURET *et al.*, *Droit financier*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2019, p. 1474.

<sup>1939</sup> *Ibidem*, p. 1488.

1558. Ce phénomène a ainsi permis une « convergence internationale, qui s’explique par l’interconnexion des marchés »<sup>1940</sup>. Précisément, deux mécanismes permettent une cohérence des modèles de marchés financiers en contribuant à l’émergence d’attentes légitimes chez les acteurs financiers : le mimétisme et l’acculturation.

1559. Le mimétisme se caractérise par une proximité des acteurs qui va conduire à ce que ces derniers adoptent un modèle financier similaire. Autrement dit, faisant face aux mêmes risques et contraintes, ils choisissent des « réponses institutionnelles et normatives semblables (sans être identiques) »<sup>1941</sup>. Le mimétisme est inévitable dans la mesure où les institutions internationales se composent des acteurs responsables de la gestion des marchés financiers au niveau national.

1560. L’acculturation désigne le phénomène selon lequel une solution adoptée au niveau international se développe ensuite au sein des États. Elle est également possible grâce à une interconnexion des marchés et à la proximité des acteurs.

1561. C’est dans ce cadre et grâce à la prévisibilité et à la stabilité des marchés que les attentes vont influencer les décisions prises par les différents acteurs de l’économie mondiale<sup>1942</sup>. En effet, l’un des indicateurs pris en compte par les banques centrales lors de l’adoption de politiques financières ou bien monétaires sont les « *markets' expectation on policy rates* »<sup>1943</sup>.

1562. Il existe deux méthodes visant à mesurer les attentes reposant sur des indicateurs économiques : la *market-based method* et la *survey-based method*. Selon la première, les attentes sont estimées sur la base de « *the movement of the price of certain instruments in financial markets* »<sup>1944</sup>. Cette méthode permet d’identifier les attentes réelles sur le marché sachant que le prix d’un produit financier peut évoluer en fonction de ce type d’attentes, car le risque monétaire est directement lié au produit.

---

<sup>1940</sup> *Ibid.*, p. 1488.

<sup>1941</sup> *Ibid.*, p. 1514.

<sup>1942</sup> A. ANDHIKA ZULEN et O. WIBISONO, « Measuring Stakeholders’ Expectation on Central Bank’s Policy Rate », *Ninth IFC Conference on “Are post-crisis statistical initiatives completed?”*, vol. 30-31, 2018, p. 3.

<sup>1943</sup> *Ibidem*

<sup>1944</sup> *Ibid.*, p. 5.

1563. Selon la seconde méthode, qui a une nature plus subjective, il s'agit de mener une enquête. Par exemple, la banque centrale peut directement interroger les utilisateurs sur leurs attentes futures en matière de « *policy rate* »<sup>1945</sup>.

1564. Les attentes légitimes ont également un rôle de prédiction sur la base des données et des dispositions applicables permettant d'analyser si un acteur du marché va prendre la décision d'investir. À cet égard, nous pouvons notamment citer les « *oversight expectations* » qui se créent à la charge des fournisseurs de services indispensables au fonctionnement des infrastructures des marchés financiers<sup>1946</sup>.

1565. Le respect de ce type d'attentes peut être garanti de deux manières : « (a) *the authority monitors adherence to the expectations itself in a direct relationship with the critical service provider or (b) the authority communicates the standards to the FMI, which obtains assurances from its critical service providers that they comply with the expectations* »<sup>1947</sup>. L'autorité régulatrice peut ainsi décider d'évaluer le fournisseur par rapport au respect des attentes qu'il a fait naître. Ce type d'attentes assurent donc un seuil minimal de qualité des services indispensables pour le bon fonctionnement des marchés financiers. Leur but est de mieux identifier les risques mais aussi améliorer la gestion du marché, la sécurité de l'information, la fiabilité et la résilience des systèmes ainsi que garantir un environnement transparent, entre autres<sup>1948</sup>.

### ***1.1.1. La place des attentes légitimes au sein des investissements financiers***

1566. Le droit financier international s'adresse non seulement aux États signataires d'accords mais également à tous les acteurs des marchés financiers<sup>1949</sup>. De ce fait, il peut influencer les perceptions des investisseurs portant sur la valeur d'un type particulier de comportement.

---

<sup>1945</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>1946</sup> CPSS-OICV, *Consultative report: Principles for financial market infrastructures: Assessment methodology for the oversight expectations applicable to critical service providers*, Bâle, Banque des règlements internationaux, 2013, p. 1.

<sup>1947</sup> *Ibidem*

<sup>1948</sup> *Ibid.*

<sup>1949</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 281.

1567. Nous constatons que sa souplesse permet l'apparition d'accords tacites accompagnés d'attentes des acteurs des marchés financiers quant à la manière dont les autres devraient agir, ce qui contribue à établir les préférences des investisseurs<sup>1950</sup>. Son influence sera particulièrement importante lorsque ces derniers ne sont pas en mesure de prévoir concrètement ce à quoi s'attendre compte tenu des nouvelles conditions du marché ou du secteur en question<sup>1951</sup>. L'investisseur doit être diligent, car les mauvaises décisions sont généralement le résultat d'« *expectations that were too high* » et d'une absence de maîtrise ou d'étude des taux de rendement ainsi que du risque de volatilité pour l'investissement en question<sup>1952</sup>. L'investisseur a donc également une obligation de *due diligence*.

1568. Il en résulte que lorsqu'un investisseur décide d'investir au sein d'un marché financier, il doit connaître au préalable les potentiels risques de son investissement afin de prendre une bonne décision et d'invoquer, si besoin, la protection d'attentes légitimes et raisonnables. Les investissements sur un marché financier ne sont pas les seuls concernés. En effet, il peut également s'agir d'un investissement dans une entreprise, aussi connu comme « *portfolio investment* ». Dès lors, peu importe la nature de l'investissement, un environnement transparent peut définitivement créer des attentes légitimes à l'égard des potentiels investisseurs, une configuration qui peut les inciter à investir. Cependant, cette hypothèse suppose qu'en cas de litige, le tribunal arbitral saisi détermine si ce type d'investissements entre dans la définition de l'investissement tel qu'elle a été déterminée par le TBI applicable au cas d'espèce<sup>1953</sup>.

1569. L'affaire *Gruslin c. Malaisie* illustre cette situation. En l'occurrence, un investisseur affirmait avoir effectué un investissement portant sur des titres cotés à la bourse de Kuala Lumpur *via* un fonds commun de placements sur des marchés

---

<sup>1950</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>1951</sup> *Ibid.*

<sup>1952</sup> C. ERDOES et J. LOW, « Investment Expectations: Are Yours Realistic », *Experience*, vol. 6, n° 4, 1996, p. 36.

<sup>1953</sup> C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2017, p. 258, §6.155.

émergents d'Asie basé au Luxembourg<sup>1954</sup>. Le tribunal a cependant conclu qu'il ne s'agissait pas d'un investissement au regard du traité applicable au cas d'espèce.

1570. Toutefois, dans l'affaire *Ablacat c. Argentine* qui portait sur la définition de l'investissement retenue dans le TBI conclu entre l'Argentine et l'Italie, le tribunal arbitral a conclu que des bons souverains relevaient des éléments précisés au sein du TBI concerné comme constituant un investissement<sup>1955</sup>. Il en résulte que l'analyse des produits financiers à la lumière de la définition de l'investissement actée dans le TBI applicable est possible et se fait au cas par cas.

1571. Par ailleurs, dans l'affaire *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka* portant sur l'expropriation de la valeur totale d'une banque en conséquence d'une mesure régulatrice prise par la Banque centrale et d'autres mesures prises par la Cour Suprême, le tribunal arbitral a considéré que le comportement et les représentations de la Banque centrale avaient inévitablement créé des attentes légitimes portant sur le respect par l'autorité régulatrice des droits du demandeur. Or, cette autorité n'ayant pu démontrer que la mesure régulatrice en question était légitime et financièrement motivée, le tribunal a conclu à l'existence d'une expropriation<sup>1956</sup>.

1572. Nous en déduisons que les attentes légitimes apparaissent timidement dans le cadre des marchés financiers, notamment à l'égard des investisseurs. Plusieurs tribunaux arbitraux ont effectivement déjà été amenés à se prononcer sur des investissements de nature financière en garantissant la protection des attentes légitimes des investisseurs dès lors que ces derniers ont rempli le critère de *due diligence*.

1573. Il s'agit à présent d'aborder la question des attentes légitimes issues de l'activité réglementaire des organismes de normalisation ou d'autres organisations internationales.

---

<sup>1954</sup> *Philippe Gruslin c. Malaisie (II)*, affaire CIRDI n° ARB/99/3, sentence du 27 novembre 2000, §25.7. Voir également : C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, *ibidem*, p. 258, §6.156 : « The issue arose between the parties in Gruslin v. Malaysia, but ultimately the Tribunal was not asked to rule on the issue. Mr Gruslin claimed he had made an investment in securities listed on the Kuala Lumpur stock exchange through an emerging Asian markets mutual fund based in Luxembourg ».

<sup>1955</sup> *Abaclat and others (formerly Giovanna A. Beccara and others) c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011, §367.

<sup>1956</sup> *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, affaire CIRDI n° ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012, §524.

## ***1.2. La confiance : un outil indispensable au sein des institutions financières internationales***

1574. Le droit financier international, en l'absence de règles contraignantes, dispose d'autres dispositifs aussi efficaces pour assurer son respect comme le risque en termes de réputation des États qui ne s'y conformeraient pas ou encore les attentes créées à l'égard des potentiels investisseurs sur les marchés financiers. Nous avons, en effet, déjà constaté que son caractère de droit souple ne représente aucunement un obstacle à sa bonne application dans la mesure où son non-respect peut conduire les autres États à reconsidérer voire à réadapter leurs attentes et leurs actions par rapport au comportement futur de l'autorité régulatrice en question. Ils peuvent en particulier mettre en cause sa réputation et tout accord de coopération jusque-là en vigueur<sup>1957</sup>.

1575. L'État en défaut peut toutefois sauver sa réputation en invoquant l'inefficacité de l'accord en question, une réaction qui met en évidence ses connaissances en matière de finances internationales et donne ainsi à voir une certaine image de sécurité financière<sup>1958</sup>. Ces éléments permettent d'avoir une idée de l'état général du système financier international ainsi que de ses besoins. Ainsi, si le respect des engagements financiers est impossible, notamment lorsqu'un État ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires ou du capital financier ou humain requis pour remplir ses engagements, ce dernier peut invoquer cette situation afin que les organisations financières internationales ou régionales puissent lui prêter l'assistance technique nécessaire.

1576. Ainsi, bien que non contraignantes, ces règles sont tout de même appliquées et respectées par les autorités nationales parce qu'elles sont indispensables pour la stabilité financière nationale et internationale<sup>1959</sup>. Selon Jan Riepe, cela suppose plusieurs conditions, « *such as proportionality, rational relation between means and ends, use of less restrictive means, or legitimate expectations* »<sup>1960</sup>.

---

<sup>1957</sup> C. BRUMMER et M. SMALLCOMB, « Institutional Design: The International Architecture », *op. cit.*, p. 286

<sup>1958</sup> *Ibidem*

<sup>1959</sup> J. PRIETO MUÑOZ, « Governance of the Global Financial System: The Legitimacy of the BCBS 10 years after the 2008 Crisis », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 2, 2019, p. 250.

<sup>1960</sup> J. RIEPE, « Basel and the IASB: Accountability Interdependencies and Consequences for Prudential Regulation », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 2, 2019, p. 269.

1577. Il semble par conséquent pertinent de présenter, ne serait-ce que brièvement, ces institutions internationales à l'origine de standards et de réglementations financières internationales qui semblent appliquer d'une manière ou d'une autre la notion d'attentes légitimes. Nous tenons ainsi compte de plusieurs sources du droit financier international, à savoir les conventions internationales, les accords entre autorités financières ainsi que les travaux d'organisations telles que l'OICV ou encore le FMI.

### ***1.2.1. L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV)***

1578. L'OICV est une organisation internationale créée en 1983 qui regroupe les régulateurs des principales bourses du monde. Elle est chargée de l'élaboration et de la promotion de standards internationalement reconnus<sup>1961</sup> en travaillant en étroite collaboration avec le G20 et le Conseil de stabilité financière (CSF).

1579. Les standards et les autres instruments élaborés par l'OICV visent à garantir l'efficacité des marchés et leur transparence afin de protéger les investisseurs ainsi que promouvoir et faciliter la coopération entre agents régulateurs. Parmi ces standards, nous pouvons notamment citer le standard d'attentes légitimes qui constitue un seuil minimum de respect des dispositions émises par l'OICV auquel tout État peut légitimement s'attendre.

1580. Par ailleurs, l'OICV et le Comité sur les paiements et les infrastructures de marché ont conjointement adopté des Principes pour les infrastructures des marchés financiers selon lesquels le FMI peut établir des attentes minimales portant sur la qualité des fournisseurs de services essentiels. La vérification de leur respect peut se faire de deux manières, à la discrétion de l'autorité : soit l'autorité le vérifie elle-même en ayant un rapport direct avec le prestataire de services essentiels ; soit l'autorité de régulation « *communicates the standards to the FMI, which obtains assurances from its critical service providers that they comply with the expectations* »<sup>1962</sup>. Ces attentes

---

<sup>1961</sup> Extrait du site de l'OICV : [https://www.iosco.org/about/?subsection=about\\_iosco](https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco)

<sup>1962</sup> CPSS-OICV, *Principles for financial market infrastructures*, Madrid, OICV, 2012, p. 100, §3.17.22.

sont également prises en compte lorsqu'il s'agit de conclure de nouveaux contrats ou de réviser des contrats en cours entre le FMI et un fournisseur de services essentiels.

1581. Ce type de dispositions révèle que les attentes légitimes occupent bien une place, même si elle est encore timide, au sein du droit financier international. Toutefois, elles diffèrent significativement de celles qui relèvent d'autres domaines du droit international économique. En effet, cette notion est ici plutôt un standard qui correspond au seuil minimum à atteindre par ceux qui appliquent la réglementation financière afin de garantir son bon fonctionnement, notamment en ce qui concerne l'application et le respect des Principes sur les infrastructures des marchés financiers. Afin de mieux le comprendre, il convient d'analyser brièvement les différents types d'attentes issues des différents documents adoptés par l'OICV.

1582. Le Principe 21 des Principes précités prévoit une nouvelle catégorie d'attentes légitimes. En effet, il porte sur l'efficacité et l'effectivité des infrastructures des marchés financiers qui doivent avoir des buts et objectifs clairement définis, mesurables et réalisables, notamment en ce qui concerne les « *risk-management expectations, and business priorities* »<sup>1963</sup>.

1583. Ces « *risk-management expectations* » peuvent permettre d'établir, par exemple, un niveau de ressources financières à détenir<sup>1964</sup> et donner une idée précise de la gestion du risque dans un cas déterminé. Afin d'éviter tout acte ou comportement arbitraire et d'assurer leur respect, ces attentes doivent être établies par écrit ou du moins être connues par ceux qui doivent les respecter. La transparence est ainsi requise et indispensable pour ce type d'attentes légitimes.

1584. Les « référentiels centraux » ou « *trade repositories* » sont quant à elles des entités qui administrent une base de données électronique centralisée où sont enregistrées les transactions. Conformément au Principe 24, ces entités doivent fournir aux autorités compétentes et aux acteurs du marché des données conformes aux « *regulatory and industry expectations* »<sup>1965</sup>. Ce type d'attentes est issu d'un calcul

---

<sup>1963</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>1964</sup> *Ibid.*, p.117

<sup>1965</sup> *Ibid.*, p.124. C'est nous qui soulignons.

visant à établir un standard minimum à atteindre, raison pour laquelle une obligation de transparence des marchés est nécessaire en vue de protéger les investisseurs ainsi que le bon fonctionnement du marché.

1585. Par ailleurs, la divulgation des politiques financières au public permet d'exposer les responsabilités et les attentes des autorités financières<sup>1966</sup>. En ce sens, les « *oversight expectations* » contribuent à l'efficacité et à la sécurité des infrastructures des marchés financiers. Précisément, ces attentes permettent de garantir que les opérations et services de tout fournisseur de services essentiels soient de la même qualité que si le FMI les fournissait lui-même<sup>1967</sup>. Elles visent plus spécifiquement à « *cover risk identification and management, robust information security management, reliability and resilience, effective technology planning, and strong communications with users* »<sup>1968</sup>. Cependant, leur contenu est volontairement vague afin d'accorder un degré de flexibilité aux fournisseurs de services dans le but de leur permettre de démontrer plus aisément qu'ils répondent aux attentes créées.

1586. L'OICV a toutefois précisé que même si plusieurs de ces principes visent à établir des « *uniform expectations* », il ne s'agit pas ici de mettre en place une méthode « unique » applicable à toutes les situations, cela est notamment le cas des principes pour « *financial benchmarks* »<sup>1969</sup>. De ce fait, ces principes fournissent davantage un « *framework of standards, which might be met in different ways depending on the specificities of each benchmark* »<sup>1970</sup>. En effet, les États n'ayant pas tous atteint le même niveau financier, les standards doivent pouvoir s'adapter au besoin de chaque marché. Il s'agit donc de standards qui cherchent à établir des attentes homogènes tout en prenant en compte les spécificités de chaque État.

1587. Dès lors, les acteurs des marchés financiers doivent connaître le cadre juridique et réglementaire qui leur est applicable afin de mieux comprendre les

---

<sup>1966</sup> *Ibid.*, p. 130, §4.3.2.

<sup>1967</sup> *Ibid.*, p. 170 ; CPMI-OICV, *Principles for financial market infrastructures: Assessment methodology for the oversight expectations applicable to critical service providers*, Banque des règlements internationaux, 2014, p. 1.

<sup>1968</sup> CPSS-OICV, *Principles for financial market infrastructures*, *ibidem*, p. 170.

<sup>1969</sup> OICV, *Report on Guidance on the IOSCO Principles for Financial Benchmarks*, Doc. n° FR13/2016, Madrid, OICV, 2016, p. 1.

<sup>1970</sup> *Ibidem*

« *regulatory expectations of behavior* » et d'identifier clairement les obligations et les conséquences concrètes du non-respect de celles-ci<sup>1971</sup>.

1588. L'OICV est ainsi une importante source de standards en matière de régulation financière et nous avons pu identifier plusieurs types d'attentes légitimes parmi ses principes.

1589. On peut à présent se demander ce qu'il en est des instruments d'une autre organisation internationale centrale en matière financière : le FMI.

### ***1.2.2. Le Fonds monétaire international (FMI)***

1590. Cette organisation joue plusieurs rôles en matière de droit financier international : d'une part, une fonction de création de règles et, d'autre part, une fonction de supervision lui permettant de sanctionner les États lorsqu'ils agissent contrairement à ces règles.

1591. Le FMI recommande en particulier aux États membres de prendre les mesures nécessaires afin d'orienter leur politique budgétaire et « *anchor expectations regarding public finance sustainability* »<sup>1972</sup>. En effet, il n'est pas nouveau qu'une réglementation claire et bien définie puisse créer des attentes légitimes à l'égard de ses bénéficiaires au regard notamment de l'idée de soutenabilité financière étatique. Nous constatons également à quel point le lien est inévitable entre chaque domaine du droit international économique, car le droit de la fiscalité internationale entretiendra toujours une relation avec le droit financier international, en particulier lorsqu'il s'agit de mesures applicables en droit interne.

1592. Une analyse de plusieurs documents rédigés par le FMI permet de conclure à l'existence d'un autre type d'attentes légitimes qui permettent de prévoir l'évolution de certaines situations portant sur des sujets spécifiques. Cette démarche suppose généralement d'effectuer un calcul à l'aide d'une formule mathématique généralement admise pour établir précisément l'évolution ou prévoir un élément du

---

<sup>1971</sup> OICV, *Credible Deterrence in The Enforcement of Securities Regulation*, Doc. n° FR09/2015, Madrid, OICV, 2015, §27.

<sup>1972</sup> FMI, « Fiscal Rules - Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances », *Policy Papers Series*, 16 décembre 2009, p. 37, §63.

marché financier. Cette question dépasse néanmoins notre sujet et notre domaine d'analyse uniquement limité au droit<sup>1973</sup> mais ne nous empêche pas de relever les différents rôles des attentes qui changent de dénomination mais ont un effet similaire aux attentes légitimes objet de notre étude, à savoir qu'elles permettent toutes de garantir la stabilité et la prévisibilité de l'environnement juridique dans lequel elles émergent.

1593. Le cadre du système financier international fait naître des « *market expectations* » qui permettent aux investisseurs de disposer de toutes les informations nécessaires concernant les prix du marché dès lors qu'ils se trouvent sur un marché transparent et stable leur permettant de réaliser des calculs spécifiques<sup>1974</sup> afin notamment de déterminer le taux de volatilité et ainsi garantir une meilleure prise de décision.

1594. La protection des attentes légitimes est ici assurée par le FMI et la Banque Mondiale qui, dans l'exercice de leur fonction de supervision des activités financières, peuvent édicter des sanctions pour non-respect des obligations financières. Ils peuvent notamment refuser un prêt ou une assistance au développement à l'État non respectueux des règles financières ou conditionner l'aide à l'application et au respect de ces dernières<sup>1975</sup>, une décision qui peut incontestablement nuire à l'économie nationale notamment celle des pays en voie de développement. Ce risque de sanction n'a toutefois pas empêché que plusieurs États dont la Chine, la Colombie ou encore le Chili aient décidé de ne pas suivre les politiques du FMI<sup>1976</sup>. Pour autant, aussi ironique que cela puisse paraître, dans le cas de la Chine, ce refus de respecter les règles financières internationales s'est accompagné d'une forte croissance économique ; un constat qui a semé le doute quant à l'efficacité réelle de cette institution.

---

<sup>1973</sup> L. AUERNHEIMER et S. GEORGE, « Shock Versus Gradualism in Models of Rational Expectations: The Case of Trade Liberalization », *IMF Working Paper n° 97/122*, Washington, FMI, 1997. Voir également : O. COIBION et Y. GORODNICHENKO, « Information Rigidity and the Expectations Formation Process: A Simple Framework and New Facts », *IMF Working Paper n° 12/296*, Washington, FMI, 2012, p. 10.

<sup>1974</sup> N. KRICHENE, « Deriving Market Expectations for the Euro-Dollar Exchange Rate from Option Prices », *IMF Working Paper n° 04/196*, 1<sup>er</sup> octobre 2004, pp. 6-14.

<sup>1975</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 289. Voir également : R. BUCKLEY, *International Financial System: Policy and Regulation*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 6.

<sup>1976</sup> *Ibidem*, p. 12.

1595. Bien que les institutions puissent procéder à la publication de cas de non-respect des règles financières en guise de sanction, les informations fournies à travers les principaux mécanismes de surveillance (les rapports d'observation, les évaluations du secteur financier et les enquêtes informelles menées par les régulateurs nationaux sur les approches et les techniques de leurs homologues) ne sont néanmoins généralement publiées qu'avec l'autorisation de l'État inspecté. La décision de divulguer des informations reste donc en grande partie à la discrétion de l'État fautif<sup>1977</sup>.

1596. Certes, la nature souple du droit financier international n'empêche pas en soi son respect, toutefois le non-respect des réglementations financières est plus difficile à identifier et peu communiqué aux autres acteurs des marchés financiers<sup>1978</sup>. Pour autant, au vu de l'obligation de *due diligence* qui repose sur les principaux acteurs mais également de leur niveau d'expertise, cette situation semble lentement s'améliorer avec l'adoption de mesures visant à garantir le respect de ces règles. Un État peut subir à la fois une perte de crédibilité et une augmentation des coûts de capital s'il ne s'y conforme pas. Par conséquent, si une autorité financière nationale sait ou s'attend à ce qu'un rapport tire des conclusions négatives quant à son respect des règles, elle peut décider qu'il ne soit pas publié. Le seul mécanisme qui pourrait contrer cette tendance serait d'accepter la publication. Cependant, cela reste encore incertain dans la mesure où au moins un quart des États ayant fait l'objet de rapports de conformité, la plupart en voie de développement, ont pris la décision qu'ils ne soient pas publiés<sup>1979</sup>.

1597. Une autre conséquence est le risque accru de mauvaise réputation même lorsqu'il s'agit d'une atteinte à un accord informel. En effet, lorsque les régulateurs ne respectent pas leurs engagements, ils perdent toute possibilité de mettre en avant leurs préférences en matière de politiques financières et les acteurs du marché risquent d'internaliser des coûts de capital plus élevés. La réglementation financière

---

<sup>1977</sup> C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *op. cit.*, p. 292 : « Here again the architecture for international financial regulation is often weak. Although in some rare cases institutions may publicize noncompliance, information gained from the key surveillance mechanisms-the observance reports, the financial sector assessments, and informal surveys conducted by national regulators of approaches and techniques of homologues-have traditionally been published only with the permission of the inspected country. It thus remained largely at that country's discretion as to whether information regarding its compliance was shared with other regulators or market participants ».

<sup>1978</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>1979</sup> *Ibid.*, p. 292.

internationale remet ainsi en cause une conception classique selon laquelle la *hard law* est le seul dispositif permettant le contrôle réglementaire exercé par les autorités nationales<sup>1980</sup>.

1598. Le système financier requiert un certain degré de transparence de la réglementation en vigueur<sup>1981</sup> afin de permettre à ses acteurs de connaître les « règles du jeu » mais aussi de se conformer aux standards et aux attentes légitimes de chacun d’eux. Le FMI, en tant qu’organisation chargée de surveiller son bon fonctionnement, peut mettre en œuvre des mesures coercitives afin de garantir le respect des accords, standards et attentes légitimes des parties. Toutefois, cela n’est pas suffisant pour conclure à l’existence sans équivoque d’attentes légitimes dans ce domaine.

1599. Néanmoins, il nous semble qu’en matière de droit financier régional, cette notion est plus avancée. Tel est le cas au sein du droit de l’Union où le principe de protection de la confiance légitime est applicable aux marchés financiers régionaux et à toute autre réglementation financière en vigueur. Les investisseurs sont généralement protégés par les principes de non-discrimination, de proportionnalité, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime inscrits dans les traités européens ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne ou bien issus de la jurisprudence. La CJUE a effectivement admis ces principes en les appliquant quasi-systématiquement dans le cadre du contentieux portant sur le droit de l’Union. Ainsi, par analogie, il est possible de considérer qu’ils sont également applicables en matière financière. La pratique à cet égard est toutefois difficile à établir dans la mesure où les informations financières sont généralement confidentielles.

1600. En outre, le droit financier des États membres est largement issu du droit de l’Union en raison de la transposition des règlements et des directives édictés sur le sujet, un constat qui soutient notre hypothèse d’une protection des attentes légitimes dans le cadre du contentieux financier européen.

---

<sup>1980</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>1981</sup> E. DENTERS et A. VITERBO, *International Monetary Fund*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2<sup>e</sup> éd., 2015, p. 65, §145 : « Increased transparency both on the part of the IMF and the members is a requirement for a more effective functioning of global and domestic financial markets. More systematic and diversified information on macroeconomic data and financial markets performance contributes to more transparency ».

1601. À titre de conclusion sur cette question, il convient de relever que les attentes légitimes émergent dans le but de renforcer les obligations informelles des parties. Il s'agit d'un mécanisme visant à garantir la stabilité des rapports entre acteurs des marchés financiers mais aussi à créer un sentiment d'obligatorité. Un autre élément qui semble contribuer à la consolidation des obligations financières est la volonté de chaque État de préserver sa réputation.

1602. Au sein des marchés financiers, la notion d'attentes légitimes prend la forme d'un standard trouvant une application concrète avec des formules mathématiques visant à prévoir la stabilité à long terme de ces marchés ou encore à contrôler le respect des réglementations en vigueur par les acteurs du marché.

1603. En matière de finances, « *money is loaned and repaid; and in foreign exchange dealings money is exchanged for money* »<sup>1982</sup>. En d'autres termes, toute transaction commerciale requiert un échange monétaire pour obtenir un service ou un bien. Il est ainsi indispensable d'analyser à présent le droit international monétaire afin de compléter nos réflexions sur le droit financier.

### **Section 3. Les attentes légitimes au sein du droit international monétaire : une notion récente**

1604. Le droit international monétaire constitue une autre branche du droit international économique qui repose essentiellement sur du droit souple mais dispose d'une base conventionnelle résultant des conventions instituant des organisations internationales dans ce domaine, notamment les statuts du FMI<sup>1983</sup>. Étant également un domaine en pleine évolution, la notion d'attentes légitimes peut y émerger et évoluer plus facilement. Son objectif est de garantir la stabilité des systèmes monétaires étatiques comme international. Les pratiques monétaires d'origine coutumière contribuent également à accomplir cet objectif<sup>1984</sup>.

---

<sup>1982</sup> C. BAMFORD, *Principles of International Financial Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2015, §2.01.

<sup>1983</sup> C. WARBURTON, *The Development of International Monetary Policy*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1984</sup> *Ibidem*, p. 19.

1605. Le cadre juridique du droit international monétaire est donc, pour l'essentiel, du *soft law*. C'est l'intention commune qui crée la norme et pousse les États à la respecter. Il en résulte des attentes légitimes quant au respect et l'application des règles ainsi déterminées. Le traitement non-discriminatoire et la transparence sont également des principes importants en droit international monétaire.

1606. Le commerce international et les marchés financiers sont des éléments clés pour le système monétaire, car la concurrence entre différentes monnaies dépend d'un système commercial ouvert et stable<sup>1985</sup>. Il en résulte que la souveraineté monétaire des États peut parfois être subordonnée au respect des principes d'investissements<sup>1986</sup>. Autrement dit, l'État d'accueil doit éviter de se comporter contrairement à ses engagements afin de ne pas occasionner un préjudice à l'investisseur résultant de la déception de ses attentes légitimes.

1607. Afin de ne pas connaître cette situation, la plupart des TBI contiennent des clauses de stabilité ou de balance des paiements qui permet à un État d'agir au nom de l'intérêt général. Dans la première hypothèse, il peut prendre des mesures monétaires conformes au droit international, notamment des mesures de contrôle de capital lorsqu'il existe des craintes au sein de la société internationale sur la stabilité de sa monnaie<sup>1987</sup>.

1608. La seconde hypothèse suppose une situation de déséquilibre de la balance des paiements risquant de compromettre les réserves monétaires d'un État. Dans ce cas, ce dernier peut d'adopter des restrictions quantitatives conformément à l'article XII du GATT. Cette procédure a aussi été encadrée par le Mémorandum d'accord sur les dispositions du GATT relatives à la balance des paiements qui dispose que les Membres doivent prendre la mesure qui perturbe « le moins les échanges », celle-ci devant être notifiée au Conseil général et pouvant faire l'objet de consultations avec les Membres affectés par la mesure. Les restrictions de change prévues à l'article VII section 4 des statuts du FMI sont également autorisées au regard de l'article XIV du GATT. En effet,

---

<sup>1985</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>1986</sup> T. COTTIER, R. LASTRA, C. TIETJE (eds.), *The Rule of Law in Monetary Affairs: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 571.

<sup>1987</sup> *Ibidem*, p. 591.

dès lors que les restrictions de change adoptées sont compatibles avec les statuts du FMI, elles ne constituent pas une violation des Accords de l'OMC.

1609. C'est ainsi que les restrictions de change et le contrôle des capitaux sont à l'intersection du droit monétaire, du droit international des investissements et du droit du commerce international<sup>1988</sup>, raison pour laquelle nous sommes convaincus de pouvoir retrouver ici la notion d'attentes légitimes.

1610. Plusieurs institutions, qui peuvent être communes aux deux domaines informels du droit international économique étudiés, prévoient en effet des dispositions susceptibles de créer des attentes légitimes. Cette notion figure même expressément dans plusieurs de ces dispositions.

1611. Au vu de la nature macroéconomique de cette branche du droit international économique, qui dépasse notre objet d'étude, nous ne réaliserons pas une analyse exhaustive de chaque institution ni de toutes les dispositions qui encadrent leur fonctionnement. Il s'agira cependant de les présenter brièvement et de mettre en évidence les dispositions liées ou faisant référence aux attentes légitimes.

1612. Plusieurs organisations internationales sont chargées de réglementer le droit international monétaire et de veiller à son bon fonctionnement. La grande majorité d'entre elles établit des dispositions relevant du droit souple, ce qui n'empêche aucunement leur influence sur le déroulement des opérations monétaires et donc l'émergence, même si elle est encore timide, d'attentes légitimes.

### **1. Les principales organisations internationales du système monétaire international : leur rôle dans l'émergence d'attentes légitimes**

1613. Nous concentrerons notre étude sur le Comité de Bâle (1) et l'OICV (2) avant de finir notre analyse en abordant le FMI (3).

---

<sup>1988</sup> A. VITERBO, *International Economic Law and Monetary Measures: Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 151.

### **1.1. Le Comité de Bâle : une institution facilitant la reconnaissance d'attentes légitimes**

1614. La Charte du Comité de Bâle indique que ses décisions ne sont pas contraignantes, toutefois l'exécution de son mandat suppose l'engagement de ses membres<sup>1989</sup>. Ce comité existe depuis 1974 et a pour mission de renforcer la stabilité financière en améliorant la qualité de la surveillance bancaire internationale<sup>1990</sup>. La particularité de son action est la souplesse mais cela n'empêche pas l'existence d'une coopération transnationale légitime et efficace<sup>1991</sup>.

1615. Les Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace ont été reconnus comme favorisant sa mise en œuvre en tenant notamment compte des « *supervisory expectations of banks* » et en mettant en évidence l'importance de la bonne gouvernance ainsi que de la gestion des risques dans ce domaine<sup>1992</sup>. Nous identifions ainsi un type d'attentes propres à cette matière connues sous la dénomination d'« attentes prudentielles ».

1616. Ces principes visent à renforcer « les obligations faites aux autorités de contrôle, les approches du contrôle et les attentes prudentielles à l'égard des banques, en mettant davantage l'accent sur un contrôle efficace, en fonction des risques, et sur la nécessité d'une intervention précoce des autorités de contrôle et de l'adoption, en temps opportun, de mesures prudentielles »<sup>1993</sup>.

1617. Nous en déduisons que les attentes prudentielles ont comme principaux objectifs d'augmenter le niveau de convergence du contrôle bancaire et de garantir une égalité de traitement, notamment en matière de prêts non performants, *i.e.* lorsque la probabilité de non-remboursement d'un prêt est très élevée permettant ainsi à la banque de décider de ne pas l'octroyer sur la base d'un risque allant au-delà du raisonnable. Ces attentes sont soumises à une évaluation au cas par cas. C'est sur cette base que les autorités de supervision vérifient la conformité des stratégies adoptées par les banques.

---

<sup>1989</sup> E. MILANO et N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *op. cit.*, p. 163.

<sup>1990</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>1991</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>1992</sup> COMITE DE BALE, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace du Comité*, Bâle, Banque des règlements internationaux, 2012, p.2

<sup>1993</sup> *Ibidem*, §12.

1618. S'agissant de droit souple, les attentes prudentielles ne constituent pas des exigences contraignantes mais les banques les respecteront afin de préserver leur réputation et une bonne évaluation. En outre, la proportionnalité est indispensable à l'application des principes portant sur l'évaluation de la gestion des risques étant donné que les attentes doivent être proportionnelles au « profil de risque et [à] l'importance systémique de l'établissement en question »<sup>1994</sup>.

1619. Nous constatons que la pratique reconnaît le besoin d'un contrôle bancaire évolutif afin d'être efficace. Pour atteindre cet objectif, les principes doivent définir « des pratiques prudentielles qui vont au-delà des actuelles exigences de base, mais qui contribuent à améliorer la solidité des cadres prudeniels »<sup>1995</sup> dans le but de bien refléter la modification des attentes qui en résultent.

1620. La notion d'attentes légitimes au sein du Comité de Bâle semble correspondre à un seuil minimal, une sorte de standard visant à établir les normes à suivre par le secteur bancaire et surtout à garantir un contrôle bancaire efficace qui peuvent bien évidemment évoluer selon les besoins spécifiques du cadre prudentiel.

1621. Étudions à présent l'émergence d'attentes légitimes dans le cadre de l'OICV.

### ***1.2. L'influence de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV-IOSCO) sur l'émergence d'attentes légitimes***

1622. L'OICV émet des documents visant à donner des outils aux autorités régulatrices pour dissuader les comportements répréhensibles au sein des marchés des valeurs mobilières et des investissements.

1623. La sécurité juridique étant indispensable afin d'identifier les conséquences des comportements répréhensibles, il est nécessaire d'avoir un cadre

---

<sup>1994</sup> *Ibid.*, §17.

<sup>1995</sup> *Ibid.*, §32. La version en anglais remplace « exigences actuelles de base » par « current baseline expectations ». Il semblerait ainsi que les attentes prennent ici la forme d'un seuil minimum à atteindre.

réglementaire clair et transparent qui va inévitablement favoriser l'émergence d'attentes légitimes portant sur son respect<sup>1996</sup>.

1624. On peut relever l'existence d'attentes légitimes « négatives » à l'égard de celui qui envisage de se comporter contrairement aux principes des marchés. En effet, dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'attentes légitimes reposant sur un comportement permettant d'espérer l'obtention d'un avantage ou le maintien d'une situation. Au contraire, il s'agit d'attentes légitimes qui reposent sur le fait que le comportement répréhensible sera dûment identifié, enquêté et sanctionné<sup>1997</sup> par les autorités de régulation.

1625. Ces autorités ont ainsi des attentes légitimes portant sur le comportement des utilisateurs des marchés. Dans la mesure où elles reposent sur un cadre juridique clair, prévisible et transparent, elles bénéficient d'un degré de protection plus élevé, car personne ne pourra se prévaloir de l'absence d'informations ou de clarté dans les dispositions applicables pour ne pas les respecter. Cela favorise également la détection de ce type de comportement.

1626. Ces comportements peuvent effectivement être dissuadés dès lors que le cadre juridique est public et accessible, ce qui permet d'identifier les dispositions applicables à chacun et les conséquences de leur non-respect. Les autorités de régulation doivent aussi clairement établir « *the behavioural expectations for market and industry participants* » en publiant les résultats de l'application des différentes réglementations (et des sanctions en cas de non-respect de ces dernières) complétés par des guides visant à orienter les comportements des acteurs et éviter l'atteinte aux règles posées<sup>1998</sup>.

1627. Nous constatons l'importance du lien entre la transparence, la sécurité juridique et les attentes légitimes. À l'instar de ce qu'exige la bonne foi, le régulateur doit prévoir un cadre juridique clair, transparent et accessible afin d'envisager sa possible évolution et dissuader les acteurs des marchés d'agir contrairement à ses

---

<sup>1996</sup> OICV, *Credible Deterrence in The Enforcement of Securities Regulation*, op. cit., p. 10.

<sup>1997</sup> *Ibidem*

<sup>1998</sup> *Ibid.*, p. 41, §102.

dispositions. Les attentes légitimes soit naissent à l'égard des autorités de régulation, soit découlent des dispositions adoptées par ces mêmes autorités qui précisent les attentes de comportement de l'ensemble des acteurs dans ce domaine.

1628. Cette notion existe-elle également au sein du FMI ?

### ***1.3. Le Fonds monétaire international (FMI) : l'émergence timide d'attentes légitimes***

1629. Le FMI est la seule organisation qui administre et supervise les rapports monétaires entre les États<sup>1999</sup>. Les dispositions de ses statuts présentent une particularité propre à cette fonction : elles établissent des obligations<sup>2000</sup>. Par exemple, un État est contraint de ne pas imposer des restrictions de change sur les paiements et les transferts s'agissant des transactions internationales courantes<sup>2001</sup>. En cas de plusieurs violations avérées des dispositions, le Fonds peut imposer plusieurs sanctions telles que la suspension du droit de vote, le refus de pouvoir utiliser ses ressources générales ou le retrait obligatoire<sup>2002</sup>. Les États cherchent généralement à éviter ces sanctions, notamment le retrait obligatoire, car cela envoie un message au reste de la communauté internationale qu'il s'agit d'un État qui ne respecte pas les dispositions visant à garantir la stabilité économique internationale mais aussi le libre-échange. Il en résulte une mauvaise image de ce dernier à l'égard de tous les investisseurs potentiels.

1630. Nous nous trouvons donc face à une organisation qui peut contraindre les États membres au respect de ses statuts mais également adopter des règles relevant du droit souple comme des codes de bonnes pratiques et des standards. En effet, le FMI a notamment adopté le Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaires et financières qui dispose dans son alinéa 5 que lors de l'établissement des objectifs de politiques publiques monétaires, les banques centrales doivent les rendre publics afin de permettre aux particuliers de mieux comprendre ce qu'elles cherchent

---

<sup>1999</sup> E. DENTERS et A. VITERBO, *International Monetary Fund*, op. cit., p. 15.

<sup>2000</sup> D. SIEGEL, « Legal Aspects of the IMF/WTO relationship: the Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements », *American Journal of International Law*, vol. 96, n° 3, 2002, p. 563.

<sup>2001</sup> *Ibidem*

<sup>2002</sup> *Ibid.*, p. 564.

à réaliser et expliquer leurs choix politiques dans le but de contribuer à l'efficacité de la politique monétaire en question.

1631. Cette publication va inévitablement favoriser l'émergence d'attentes légitimes, notamment des « *market expectations* » qui sont susceptibles de naître lorsque le secteur privé dispose d'une description claire de leur contenu qui permettra d'orienter leurs décisions. Les « *market expectations* » se forment ainsi plus efficacement<sup>2003</sup>. La crédibilité de la banque s'en trouve par ailleurs renforcée dès lors que ses déclarations et politiques publiques correspondent à ses actions.

1632. Ce dispositif garantit un environnement stable, prévisible et cohérent qui aboutit à l'émergence, même si elle est à nouveau timide, d'attentes légitimes au sein de l'ensemble du système monétaire international.

1633. Le droit international monétaire, branche du droit international économique, est intimement lié aux autres domaines qui composent ce dernier. En ce sens, il n'est pas étonnant que plusieurs organisations internationales et organismes de normalisation soient communs au système financier international et au système monétaire international. Ce domaine a un lien avec le droit du commerce international, toutefois, au vu de l'absence de jurisprudence à ce sujet, nous précisons uniquement que la nature de leur relation fonde notre hypothèse principale selon laquelle les attentes légitimes, principe amplement reconnues en droit commercial international, peuvent également s'appliquer en cas de différends touchant ces deux domaines. De ce fait, nous allons uniquement nous limiter à l'étude de son lien avec le droit international des investissements.

## **2. Le système monétaire international : garant de l'équilibre entre les politiques monétaires indispensables pour l'État et la protection des investissements**

1634. Le droit international des investissements est automatiquement pris en compte dans la formulation des politiques publiques des États. Cela résulte du fait que

---

<sup>2003</sup> COMITE INTERIMAIRE FMI, *Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaire et financière : Déclaration de principes*, Washington, FMI, 1999, p. 2, §5.

la protection des investissements suppose généralement de subordonner la souveraineté monétaire à son respect, par exemple la stabilité monétaire peut dépendre de l'existence de clauses de stabilité<sup>2004</sup>. En effet, les TBI tendent à établir un cadre juridique clair et transparent en vue d'éviter toute conduite arbitraire des États pouvant porter atteinte aux attentes légitimes et aux droits des investisseurs.

1635. D'aucuns soutiennent que ce lien entre les politiques monétaires et le droit international des investissements est le résultat d'une dichotomie entre le besoin pour l'État d'accueil de maintenir une stabilité monétaire, à travers l'adoption de politiques monétaires ou financières particulières, et le droit souvent concurrent des investisseurs qui suppose la protection de leurs attentes légitimes portant sur le cadre juridique, réglementaire et politique affectant leurs investissements<sup>2005</sup>.

1636. Ainsi, de la même manière qu'en droit international des investissements, les attentes légitimes peuvent pousser un investisseur à prendre la décision d'investir, en droit monétaire international, les acteurs agissent en se basant sur « *the future development of policy rates in turn influence a wide range of longer-term bank and market interest rates* »<sup>2006</sup>.

1637. Une affaire relevant du droit international public, plus spécifiquement de la question de la protection diplomatique, est particulièrement intéressante à cet égard. Il s'agit de l'affaire relative à *certaines emprunts norvégiens (France c. Norvège)*<sup>2007</sup> au sujet d'emprunts émis en France dont le montant était indiqué en or mais les intérêts étaient payés en couronnes norvégiennes. La France a décidé de soumettre l'affaire à la CIJ afin que les intérêts soient payés sur la base de leur valeur en or mais la Norvège a invoqué des exceptions préliminaires en alléguant que cela relevait de sa compétence nationale et que la Cour internationale ne pouvait donc pas connaître de l'affaire. Ce qui nous intéresse le plus dans ce litige est l'opinion séparée du Juge Lauterpatch qui a considéré que « *the question of the obligation to act in good faith arises only - in*

---

<sup>2004</sup> T. COTTIER, R. LASTRA, C. TIETJE (eds.), *The Rule of Law in Monetary Affairs: World Trade Forum*, op. cit., p. 571.

<sup>2005</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>2006</sup> D. GERDESMEIER, *Eurosystem: Price Stability, Why is it important for you?*, Francfort-sur-le-Main, Banque centrale européenne, 2009, p. 38.

<sup>2007</sup> CIJ, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, exceptions préliminaires, arrêt du 6 juillet 1957, *Recueil CIJ*, 1957, p. 13.

*relation to legitimate expectations of the other party* »<sup>2008</sup> ; une position qui n'a toutefois pu être retenue dans le cas d'espèce, car la Cour ne s'est pas reconnue compétente pour se prononcer. Il ressort néanmoins de ce raisonnement que les attentes légitimes constituent un élément indissociable des obligations des parties.

1638. Des questions monétaires ont également été invoquées dans le cadre du contentieux des investissements, cependant les États semblent refuser de soumettre leurs politiques monétaires à l'examen d'une instance internationale. En effet, selon plusieurs auteurs, « *the respect of investment law as opposed to respect for monetary stability is a net loss to the host country* »<sup>2009</sup>, raison pour laquelle il est généralement admis que la stabilité monétaire devrait prévaloir sur la protection des investissements.

1639. Les TBI comprennent généralement des dispositions qui visent non seulement à protéger les investissements mais aussi à accorder une certaine marge de manœuvre à l'État se retrouvant dans une situation le forçant à protéger sa balance des paiements ou à imposer des contrôles de capitaux.

1640. Effectivement, les questions monétaires relèvent de la souveraineté étatique, ce qui explique que la plupart du temps les États se réservent ce domaine et ne permettent aucune ingérence. À l'occasion de l'affaire *SD Myers c. Canada*, dans son opinion concurrente, l'arbitre Schwartz a mis en exergue que dans cette hypothèse, les investisseurs ne peuvent raisonnablement pas s'attendre à être indemnisés lorsqu'une dévaluation a lieu « *but rather should have continued to insure themselves or hedge their risks in other ways* »<sup>2010</sup>.

1641. Pour autant, un examen de la pratique arbitrale révèle que plusieurs affaires portant sur des questions monétaires touchant à des investissements ont été traitées. On peut mentionner plusieurs recours engagés contre l'Argentine à la suite de la politique dite de « pesification » qui avait pour objectif de faire face à une forte crise économique durant les années 2000. Cette politique consistait à convertir des actifs libellés en dollars en pesos à un taux de 1,4 pesos pour un dollar au lieu d'un taux

---

<sup>2008</sup> *Ibidem*, opinion individuelle du Juge Lauterpatch, pp. 47-48.

<sup>2009</sup> T. COTTIER, R. LASTRA, C. TIETJE (eds.), *The rule of Law in Monetary Affairs: World Trade Forum*, op. cit., p. 588.

<sup>2010</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000, opinion individuelle de Bryan Schwartz, §235.

antérieur d'un peso pour un dollar, ce qui entraîna un gain nominal de la valeur pondérale de l'actif bien que la valeur réelle des actifs avait en réalité diminué. L'Argentine a ensuite mis en place un impôt sur la plus-value résultant de cette augmentation.

1642. Plusieurs investisseurs ont engagé une procédure arbitrale à l'encontre de l'Argentine en contestant ces mesures. Les tribunaux arbitraux les ont examinées afin de déterminer si elles étaient discriminatoires ou bien justifiées par l'intérêt général<sup>2011</sup>.

1643. Dans la plupart des affaires que nous allons à présent analyser à la lumière des attentes légitimes, l'Argentine arguait que ces mesures étaient une solution proportionnelle et raisonnable à la situation d'urgence en insistant sur le fait qu'il s'agissait des seules mesures envisageables pour faire face à la crise. Le pays invoquait ainsi l'état de nécessité comme défense principale<sup>2012</sup>.

1644. Or, dans l'affaire *HOCHTIEF c. Argentine*, il a été reconnu que les seules attentes légitimes de l'investisseur susceptibles d'être protégées concernaient le maintien de la valeur en dollar des profits issus du contrat. Dès lors, pour éviter une déception desdites attentes et une éventuelle violation du TJE, il suffisait que l'État indemnise l'investisseur dans un délai raisonnable pour les pertes causées en raison du nouveau taux de parité<sup>2013</sup>. En effet, le tribunal arbitral a statué qu'il y avait « *a clear expectation that the commercial balance of the Contract would be maintained by the continuation of peso-dollar parity* »<sup>2014</sup> mais qu'aucune assurance ou promesse spécifique avait été faite par l'État sur le maintien de cette situation. La seule attente légitime était donc de pouvoir renégocier les termes du contrat si l'équilibre contractuel se voyait remis en cause en raison de la nouvelle parité<sup>2015</sup>. De ce fait, le tribunal a conclu que cette mesure ne constituait pas *per se* une violation du TJE.

---

<sup>2011</sup> K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 43, n° 1, 2010, p. 80.

<sup>2012</sup> *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §394.

<sup>2013</sup> *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/31, décision sur la responsabilité du 29 décembre 2014, §238.

<sup>2014</sup> *Ibidem*, §239.

<sup>2015</sup> *Ibid.*, §241. Voir également : *National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, §179.

1645. Une approche opposée a néanmoins été retenue dans l'affaire *LG&E c. Argentine*. En effet, le tribunal arbitral a en l'espèce considéré que l'Argentine avait mis en place un cadre législatif et réglementaire attractif qui répond aux « *specific concerns of foreign investors with respect to the country risks* »<sup>2016</sup> mais que cela avait eu comme conséquence que les investisseurs se sont fiés à ses assurances portant sur le régime juridique relatif au gaz. Des attentes spécifiques ont ainsi été créées parmi les investisseurs de ce secteur, raison pour laquelle l'abrogation de ces garanties portait directement atteinte à la stabilité et à la prévisibilité de l'environnement juridique allant à l'encontre du TJE.

1646. D'autre part, l'affaire *Sempra c. Argentine* a mis en lumière l'importance de respecter les attentes légitimes issues de promesses lorsque le bénéficiaire a agi en conséquence de ces dernières<sup>2017</sup>. Il a ici été statué que les mesures en cause avaient inévitablement changé le cadre juridique et commercial qui constituait la base de la décision d'investir et de l'exécution de l'investissement<sup>2018</sup> en portant atteinte à la stabilité et à la sécurité juridique, ce qui a automatiquement entraîné la déception des attentes légitimes ainsi nées et la violation du TJE.

1647. Pareille analyse a été retenue dans l'affaire *BG c. Argentine* à propos de laquelle le tribunal arbitral a considéré que la mesure monétaire adoptée par l'Argentine avait modifié le cadre juridique applicable aux investissements<sup>2019</sup>. Ce faisant, l'Argentine avait déçu les attentes légitimes et raisonnables de ces derniers quant à la stabilité et la prévisibilité de son environnement juridique et commercial.

1648. Il serait cependant imprudent d'affirmer que toutes les affaires portant sur les mesures adoptées par l'Argentine ont été jugées en faveur de l'investisseur. En effet, dans l'affaire *Metalpar c. Argentine* portant sur les conséquences de ces mesures dans le secteur de l'automobiles dont faisaient partie les demandeurs, le tribunal arbitral a conclu que « *both Claimants had business experience in Argentina as well as*

---

<sup>2016</sup> *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §133. Voir également : *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007, §264.

<sup>2017</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, §299.

<sup>2018</sup> *Ibidem*, §§303-304.

<sup>2019</sup> *BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007, §394.

*in and that they knew that the automobile industry in Argentina was in bad conditions since 1997* »<sup>2020</sup>. Il en découle que lorsqu'il s'agit de déterminer si les mesures monétaires prises par l'Argentine sont ou non contraires au TBI, les tribunaux tiennent aussi compte de la *due diligence* dont l'investisseur doit faire preuve avant de décider d'investir. Ils vont également analyser s'il y a eu un comportement arbitraire de l'État ou une situation contractuelle pouvant créer des attentes légitimes à l'égard des demandeurs<sup>2021</sup>.

1649. La déception des attentes légitimes des investisseurs, et conséquemment la violation du TJE, a également été écartée dans l'affaire *Continental Casualty c. Argentine*. En effet, l'argument portant sur l'état de nécessité invoquée par l'Argentine a été retenu en indiquant que les mesures en question n'étaient pas discriminatoires.

1650. Le tribunal arbitral a également statué que l'investisseur ne pouvait invoquer une déception de ses attentes légitimes même en présence de déclarations des autorités publiques assurant que la convertibilité allait être maintenue, car il n'aurait jamais dû faire autant confiance à la « *Intangibility Law of September 2001, since this was enacted when the worsening of the crisis was evident* »<sup>2022</sup>. Encore une fois, il est fait référence à l'obligation de *due diligence* qui pèse sur l'investisseur souhaitant se voir accorder une protection de ses attentes légitimes.

1651. Comme le précise Kenneth Vandavelde, la restructuration de certains crédits par l'Argentine ont pu porter atteinte au TJE mais en soi cette politique pouvait se justifier par un état de nécessité<sup>2023</sup>. Il en découle que, sous certaines conditions, l'état de nécessité peut constituer une justification d'une mesure préjudiciable aux investisseurs.

1652. Nous pouvons en déduire que les investissements internationaux touchent simultanément plusieurs matières. Nous avons, en effet, constaté que les mesures et les politiques monétaires prises par un État peuvent avoir des répercussions

---

<sup>2020</sup> *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008, §187.

<sup>2021</sup> *Ibidem*

<sup>2022</sup> *Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §262.

<sup>2023</sup> K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *New York University Journal of International Law and Politics*, *op. cit.*, p. 80.

sur les investissements, ce qui autorise l'investisseur à engager une procédure à l'encontre de cet État afin d'être indemnisé pour le préjudice subi. Le meilleur exemple en matière monétaire est la politique de « pesification » adoptée par l'Argentine à la suite de la crise financière subie durant les années 2000.

1653. Les tribunaux ont semblé appliquer les différents éléments du TJE au cas par cas. Toutefois, d'une manière générale, ils ont tous cherché à déterminer les effets de la mesure en question et si l'Argentine, à travers des représentations ou des assurances, avait pu raisonnablement créer dans l'esprit des investisseurs des attentes légitimes sur le maintien de la situation.

## Conclusion du Chapitre 2

1654. Le droit souple ou *soft law* permet aux États de bâtir un système international conforme à leurs besoins pouvant évoluer plus facilement grâce aux procédures simplifiées qui le caractérisent. Les attentes légitimes semblent à cet égard jouer un rôle essentiel. En effet, un rapport de confiance est indispensable lorsque les parties ne sont pas contraintes juridiquement de respecter leurs engagements. Les attentes légitimes émergent ainsi d'un besoin de réciprocité quant au respect et à l'application de l'engagement en question. Il s'agit d'une sorte d'« effet domino » sachant que le non-respect des uns entraînera automatiquement le non-respect des autres.

1655. Le droit souple constitue une expression des attentes communes des parties sur la conduite des relations internationales. L'adoption de dispositions se fait plus facilement en l'absence de toute procédure préétablie, elles peuvent émaner directement des États ou d'une organisation internationale spécialisée. De ce fait, il se compose de faits juridiques et d'actes juridiques.

1656. La nature informelle du droit financier international présente quelques avantages, notamment celui de permettre la conclusion accélérée d'accords afin de répondre aux besoins évolutifs de la société internationale. C'est dans le but de renforcer les obligations informelles des parties que les attentes légitimes interviennent. Il s'agit ainsi d'un mécanisme visant à garantir la stabilité des rapports

mais aussi à créer un sentiment d'obligatorité. Un autre élément qui contribue à la consolidation des obligations financières est la réputation de chaque État. Cette notion prend ici la forme d'un standard trouvant une application concrète au sein des marchés financiers, sous la forme de formules mathématiques permettant de prévoir la stabilité à long terme de ces derniers ou même de contrôler la conformité de l'action des acteurs de marché aux réglementations en vigueur.

1657. En droit international monétaire, les attentes légitimes sont encore une notion émergente. La souplesse de ce droit permet une reconnaissance plus rapide d'attentes légitimes mais celle-ci est pour l'instant très limitée. Cela crée toutefois un sentiment de devoir respecter les dispositions parmi les acteurs, même en l'absence de tout élément contraignant. Cette notion est ici un référent du comportement de chaque État qui permet d'évaluer son degré de conformité aux règles établies mais également de créer un sentiment de confiance au sein de la communauté internationale. Ce domaine étant toujours en pleine évolution, nous pensons que la notion d'attentes légitimes évoluera également et pourra éventuellement devenir un principe essentiel notamment pour les organisations internationales et les organismes de normalisation qui régissent ce domaine.

1658. Enfin, le lien qui existe entre ces deux domaines du droit international économique et le droit international des investissements nous a permis d'identifier certaines affaires dans le cadre desquelles les tribunaux arbitraux ont pris en compte les attentes légitimes au moment d'analyser des mesures monétaires ou financières pouvant porter atteinte à des investissements.

## Conclusion de la seconde partie

---

1659. Cette seconde partie nous a permis d'analyser l'application *in concreto* de la notion d'attentes légitimes au sein de chaque domaine relevant du droit international économique.

1660. La protection des attentes légitimes est l'un des principes appliqués par les juges et les arbitres internationaux lorsqu'ils sont confrontés à la résolution de différends issus du droit international économique.

1661. Au sein du droit international des investissements, nous avons pu constater une évolution vers une définition plus claire de ce principe. Sa place devient, en effet, plus concrète au fur et à mesure de son application. L'absence de principe du précédent en droit international des investissements ne semble pas porter atteinte à la cohérence et à la prévisibilité de son contentieux. La notion d'attentes légitimes dispose à présent d'un contenu plus précis et délimité, ce qui permet une meilleure protection des parties et constitue une limitation du pouvoir d'interprétation des arbitres.

1662. Le droit du commerce international applique quant à lui ce principe depuis plusieurs décennies. Présent dès le GATT de 1947, il est actuellement reconnu comme principe intégrant les Accords de l'OMC. La jurisprudence de l'Organe de règlement des différends a permis son application constante et homogène grâce aux efforts de l'Organe d'appel pour définir cette notion et garantir le respect du principe du précédent.

1663. Le droit de la fiscalité internationale favorise également la protection des attentes légitimes des contribuables grâce aux multiples conventions fiscales conclues entre les États et à son lien avec les droits nationaux et européen qui reconnaissent l'application du principe de protection des attentes légitimes. Tout comme en droit international des investissements, nous pensons que l'existence d'un réseau de traités bilatéraux empêche une certaine harmonie et cohérence mais cette situation peut

éventuellement changer car les États sont plus conscients d'un besoin de cohérence au niveau international, que cela soit en matière d'investissements ou de fiscalité.

1664. Dans la pratique, tous ces domaines se croisent à travers l'action des principaux acteurs sujets du droit international économique, à savoir les États et les investisseurs. De ce fait, le contentieux arbitral aborde les investissements sous différents angles en vue de garantir une protection efficace aux investisseurs. Il peut concerner des questions relevant de la fiscalité ou du commerce mais toujours sous l'égide des TBI.

1665. S'agissant du droit souple, les attentes légitimes sont une notion essentielle. L'élément informel de ce droit suppose l'absence de moyens de contrainte pour obliger à respecter et à appliquer les dispositions en vigueur. Dès lors, il repose essentiellement sur la confiance entre les parties.

1666. À défaut de contraintes, la confiance devient indispensable pour garantir le bon fonctionnement du système monétaire et financier international. En effet, les États s'attendent à ce que la bonne exécution de leurs obligations pousse les autres à les respecter également selon un principe de réciprocité qui favorise la bonne réputation des États.

1667. En effet, les investisseurs tiennent généralement compte de la situation juridique et socio-politique de l'État d'accueil, notamment des politiques monétaires qu'il met en œuvre et du respect de ses engagements internationaux, avant de prendre la décision d'investir mais aussi pendant l'exécution de son investissement.

1668. La souplesse de ces champs du droit international économique contribue à l'adaptation de leurs dispositions aux besoins actuels de la communauté internationale. Par conséquent, il nous semble que les attentes légitimes sont bien un standard émergent. Elles sont une référence, un seuil minimum à atteindre pour garantir le respect des dispositions. Autrement dit, si ce seuil n'est pas atteint, la disposition en question est réputée non-respectée.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

1669. La notion d'attentes légitimes dispose d'un double statut en droit international économique. Elle prend la forme d'un principe général du droit ou d'un standard selon le degré d'évolution du domaine où elle trouve application. Plusieurs types d'attentes légitimes ont été identifiés tout au long de notre étude et la liste va sûrement s'accroître à l'avenir tant cette notion semble continuer à évoluer jusqu'à ce qu'elle atteigne un statut uniforme et un contenu précis.

1670. Les attentes légitimes sont une notion empruntée des droits étatiques et régionaux par le droit international économique. Leur invocation systématique dans le cadre de son contentieux a permis une évolution rapide dans certaines de ses branches, notamment en droit international des investissements et en droit commercial international.

1671. Cette notion prend la forme d'un principe général du droit au sein de ces deux domaines. Même si en matière d'investissements, les tribunaux évitent de s'y référer sous cette dénomination, ils ont tendance à l'appliquer. En droit commercial international, les attentes légitimes sont reconnues comme un principe général du droit faisant partie intégrante des Accords de l'OMC. Cette notion se retrouve également au sein du droit de la fiscalité internationale, notamment grâce au lien indissociable entre les droits nationaux et le droit international.

1672. Nous avons pu également relever l'existence, même si elle est encore timide, de cette notion dans deux autres domaines relevant du droit international économique, à savoir le droit financier international et le droit international monétaire où cette notion encore émergente prend plutôt la forme d'un standard qui permet d'établir un seuil de respect et d'application des normes.

1673. S'agissant de l'application des attentes légitimes au sein du contentieux arbitral, tous ces domaines semblent s'associer au sein des TBI afin d'accorder une protection complète aux investisseurs. De ce fait, le champ de protection des attentes légitimes est élargi dans la mesure où un investissement va bien au-delà d'une simple

transaction, pouvant ainsi se voir affecté par plusieurs mesures d'ordre fiscale, monétaire, financière ou même par des restrictions pouvant résulter du système commercial international.

C'est sur cette base que nous désirons conclure notre étude en souhaitant que ce lien indissociable entre les champs du droit international économique puisse permettre une évolution uniforme de la notion d'attentes légitimes en vue d'atteindre le statut de principe général du droit général. S'agissant d'une notion qui est aussi ancienne que le droit international, il serait temps qu'on lui accorde sa juste valeur.

# BIBLIOGRAPHIE, JURISPRUDENCES, TEXTES

## JURIDIQUES

---

### I. DOCTRINE

#### 1. Manuel et ouvrages généraux

- A. COURET, et al. *Droit Financier*. 3<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, 2019
- A. DE LA PRADELLE et N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Tome I (1798-1855), Paris, Pedone, 1905
- A. LYMER et J. HASSELDINE (Eds.), *The international taxation system*, 1<sup>ère</sup> Edition, New York, Springer, 2002
- A. MILLER et L. OATS, *Principles of International Taxation*, 5<sup>ème</sup> Edition, Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2016
- A. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, 1<sup>ère</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015
- A. NEWCOMBE et L. PARADELL. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009
- A. NEWMAN et E. POSNER. *Voluntary Disruptions International Soft Law, Finance, and Power*, 1<sup>ère</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2018
- A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume II International Monetary and Financial Law*, 1<sup>ère</sup> Edition, Londres, Routledge, 2001
- A. QURESHI et X. GAO, *International Economic Law: Critical Concepts in Law. Volume III World Trade Law*, 1<sup>ère</sup> Edition, Londres, Routledge, 2001
- A. VITERBO, *International Economic Law and Monetary Measures: Limitations to States' Sovereignty and Dispute Settlement*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2012
- C. BAMFORD, *Principles of International Financial Law*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015
- C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, 1<sup>ère</sup> Edition, Paris, Dalloz, Collection Sirey, 2016

- C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration Substantive Principles*. 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2017
- C. WARBURTON, *The Development of International Monetary Policy*, 1<sup>ère</sup> Edition, Londres, Routledge, 2018
- D. ALLAND, *Manuel de droit international*, 7<sup>ème</sup> Edition, Paris, PUF, 2020
- D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001
- D. COLLINS, *An introduction to International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
- D. GAURIER, *Histoire du droit international : De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, PUR, 2014
- E. DENTERS et A. VITERBO. *International Monetary Fund*, 2<sup>ème</sup> Edition, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2015
- F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8<sup>ème</sup> Edition, Paris, PUF, Collection Thémis, 2017
- G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York, Oxford University Press, 2007
- H. ASCENSIO, *Droit international économique*, 1<sup>ère</sup> Edition, Paris, PUF, Collection Thémis, 2018
- J. COMBACAU et S. SUR. *Droit International Public*, 13<sup>ème</sup> Édition, Paris, LGDJ, Collection Précis Domat, 2019
- J. SALACLUSE, *The Law of Investment Treaties*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015
- K. JAMES, *The Bible*, San Francisco, Otbebookpublishing, 2015
- M. ZÜGER, *Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2001
- P. HARRIS et D. OLIVER, *International Commercial Tax*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- P. HONGLER, *Justice in International Tax Law a Normative Review of the International Tax Regime*, Amsterdam, IBFD, 2019
- P. MARCHESSOU et B. TRESCHER, *Droit fiscal international et européen*, 1<sup>ère</sup> Edition, Bruxelles, Bruylant, 2018

- P. MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade: Vol. 1 GATT*, Cambridge, MIT Press, 2016
- P-M. DUPUY et Y. KERBRAT. *Droit international public*, 14<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, Collection Précis, 2018
- R. AVI-YONAH (Ed.), *International Tax Law: Volume 1*. Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2016
- R. AVI-YONAH, *International Tax as International Law an Analysis of the International Tax Regime*, 1<sup>ère</sup> Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- R. BUCKLEY, *International Financial System: Policy and Regulation*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15<sup>ème</sup> Edition, Paris, Montchrestien, 2001
- R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of international Investment Law*, 2<sup>ème</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012
- R. LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2018-2019*, 26<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, 2019
- T. LAWRENCE, *The principles of International Law*, 4<sup>ème</sup> Edition, London, McMillan & Co., 1911
- V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 13<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, 2014
- Z. KRONFOL, *Protection of Foreign Investment: A Study in international law*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1972

## 2. Ouvrages spécialisés / Monographies

- A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- A. GENTILI, *Il diritto di guerra (De Jure Belli Libri III, 1598)*, traduit par P. NENCINI, Milan, Giuffrè, 2008
- A. NUSSBAUM, *A concise history of the Law of the Nations*. New York, McMillan & Co., 1954
- B. ARNOLD, *International Tax Primer*. 4<sup>ème</sup> Edition, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2019
- C. CALVO, *Le droit international théorique et pratique : précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Tome I, 4<sup>ème</sup> Edition, Paris, Guillaumin/Pedone, 1887
- C. DE VISSCHER, *Theory and Reality in Public International Law*, 3<sup>ème</sup> Edition, Princeton, Princeton University Press, 1957
- D. SERRIGNY, *Traité du droit public des Français*, Tome I, Paris, Joubert, 1846
- E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome I, traduit par M. P. ROYER-COLLARD, Paris, Guillaumin, 1835
- E. LEVY, *La confiance légitime*, Paris, L.Larose et L.Tenin, 1910
- E. SIPIORSKI, *Good Faith in International Investment Arbitration*. Oxford, Oxford University Press, 2019
- F. DE VITORIA, *De Indis et De Ivre Belli : Relectiones, First Relectio (1696)*, traduit par J.P. Bate, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1917
- G. DE MABLY, *Le droit public de l'Europe, fondé sur les traités*, Tome 2, 1<sup>ère</sup> Edition, Genève, Chez Barde, Manget & Co., 1768
- H. BURNETT et L-A. BRET, *Arbitration of international mining disputes law and practice*, 1<sup>ère</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2017
- H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix, Tome I*, traduit par J. BARBEYRAC, Amsterdam, chez Pierre de Coup. M. DCCXXIX, 1724, Chapitre XIII.4
- H. WHEATON, *Elements of international Law*. Boston, Little, Brown & Co, 1866
- H. WHEATON, *Histoire du progrès du droit des gens en Europe depuis la paix de Westphalie jusqu'au congrès de Vienne. Tome 1*, 4<sup>ème</sup> Edition, Leipzig, FA Brockhaus, 1865

- J. ALVAREZ, *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leyde, Martinus Nijhoff, 2011
- J. COX, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, 1<sup>ère</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2019
- J. MACQUERON, *Histoire des obligations : le droit romain*, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine : Séries Mémoires et travaux, Aix-en-Provence, 1971
- J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, 2010
- K. VANDEVELDE, *The first bilateral investment treaties: US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, New York, Oxford University Press, 2017
- L. MOUYAL, *International Investment Law and the Right to Regulate*. London, Routledge, 2016
- L. SERMET, *La convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété*, Séries : Dossiers sur les droits de l'Homme No.11, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1998
- O. DÖRR et K. SCHMALENBACH (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>ème</sup> Edition, Berlin, Springer, 2018
- P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000
- P. DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2013
- P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Tome II, Traduit par C. ANTOINE, 2<sup>ème</sup> Edition, Paris, Pedone, 1885
- R. SOPRANO, Roberto, *WTO Trade Remedies in International Law Their Role and Place in a Fragmented International Legal System* London, Routledge, 2019
- R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000
- S. MANTILLA BLANCO, *Full protection and security in international investment law*, Cham, Springer, 2019
- S. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*. Paris, PUF, 2012
- S. SCHILL, *The multilateralization of international investment law. Vol.2*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009

S. SCHONBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003

T. COTTIER, J. JACKSON, R. LASTRA *International law in financial regulation and monetary affairs*. 1<sup>ère</sup> Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012

T. COTTIER, R. LASTRA, C. TIETJE (Eds.), *The rule of Law in Monetary Affairs: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014

### 3. Ouvrages collectifs

A. BERMAN et R. WESSEL, « The international legal form and Status of Informal International Lawmaking Bodies: Consequences for accountability » in J. PAWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal international Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012

A. CARLEVARIS, « General Principles of Commercial law and International Investment Law » in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, et al. (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019

A. FLÜCKIGER, « Keeping domestic Soft Law Accountable » in J. PAWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal international Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012

A. MAGDELAIN, « L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain » in A. MAGDELAIN (dir.), *Jus imperium auctoritas : Études de droit romain*. Rome, École Française de Rome, 1990

A. PIRLOT, et E. TRAVERSA, « The temporal application of State Aid rules to domestic tax measures: A sensitive matter » in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2018

A. RAJPUT et S. MALHOTRA, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective » in M. SINGH et N. KUMAR (eds), *Indian Yearbook of Comparative Law*, Singapour, Springer, 2019

B. JEANNEAU, « Allocution », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000

B.KINGSBURY et S. SCHILL. « Public Law Concepts to Balance Investors' Right with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of proportionality » in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

- C. BRUMMER et M. SMALLCOMB, « Institutional Design: The International Architecture » in N. MOLONEY, E. FERRAN, J. PAYNE (eds.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2015
- C. SCHREUER et U. KRIEBAUM, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? » in J. WERNER, A. HYDER ALI (eds.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law beyond Conventional Thought*, Londres : CMP Publishing Ltd, 2009
- C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN, « International investment law and the global financial architecture: Identifying linkages, mapping interactions » in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2017
- C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment Law » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018
- D. CARREAU, « Changement fondamental de circonstances (la clause rebus sic stantibus) » in D. CARREAU, P. LAGARDE, H. SYNDET, *Répertoire de droit international / Traité international*, Paris, Dalloz, 2010
- D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime » in J-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, E. CHEVALIE, *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>ème</sup> Edition, Bruxelles, Bruylant, 2014
- D. MCRAE, « The Place of the WTO in the International System », in D. BETHLEHEM, D. MCRAE, et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- D. MUHVIC, « Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaties and General International Law » in M. BOŽINA BEROŠ, N. RECKER, M. KOZINA (eds.), *Economic and Social Development (Book of Proceedings)*, Varazdin, Development and Entrepreneurship Agency, 2018
- D. WEBER, « Tax Rules with Retroactive Effect Versus Legal Certainty and Legitimate Expectations » in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2018
- E. DE BRABANDERE, « Judicial and Arbitral Decisions as a Source of Rights and Obligations » in T. GAZZINI et E. DE BRABANDERE (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, Boston, Martinus Nijhoff, 2012
- F. LENCI, « General Principles of Law on the Legal Force of Provisional Measures in International Investment Arbitration » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018

- F. MUNARI et C. CELLERINO, « Investment Arbitration and EU General Principles of Law: Current Developments » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018
- F. SUAREZ, « On Laws and God the Lawgiver » in T. PINK (ed.), *Natural Law and Enlightenment classics: Selections from three works*. Indianapolis, Liberty Fund, 2015
- G. DONAYRE LOBO, « El principio de confianza legítima: ¿es posible su aplicación al Derecho Tributario? » in M. MARTÍNEZ CENTENO, C. ROBLES MORENO et. al, *Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, Comentarios a las modificaciones de los Procedimientos Tributarios y Aduaneros: hacia una relación de equidad*, 1ère Edition, Lima, Palestra Editores S.A.C., 2017
- G. ZORMAN, « The Non-Discrimination of Permanent Establishments under Tax Treaty Law » in H-J. AIGNER et M. ZUGER, *Permanent Establishments in International Tax Law*, Vienne, Linde Verlag, 2003
- H. MAIRAL, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations » in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- H. RONDÓN DE SANSÓ, « Las Potestades de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos » in A. BREWER-CARIAS (dir.), *Archivos de Derecho Público y Ciencias de la Administración: El Procedimiento Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1983
- I. FREIJA-PECCATI, « Value of Precedents in EU Direct Tax Law » in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2018
- J. CARBONNIER, « Introduction » in L. Cadiet (dir.), *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986
- J. CARTWRIGHT, « Protecting legitimate expectations and Estoppel: English Law » in B. FAUVARQUE-COSSON, *La confiance légitime et l'estoppel*, vol.4, Paris, Société de législation comparée, 2007
- J. MOLINIER, « Principes généraux du droit », in D. SIMON et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2014
- J. NE VARUHAS, « In Search of a Doctrine: Mapping the Law of Legitimate Expectations » in M. GROVES, G. WEEKS (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017
- J. OSTŘANSKÝ, « An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018

- J. PAUWELYN, « Informal international lawmaking: Framing the concept and research questions », in J. PAUWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal international Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- J. SASSEVILLE, « A Tax Treaty Perspective : Special Issues » in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam, IBFD, 2006
- J. WOUTERS et M. VIDAL, « The OECD Model Tax Convention Commentaries and the European Court of Justice: Law, Guidance, Inspiration? » in S. DOUMA et F. ENGELE (eds.), *The Legal Status of the OECD Commentaries*, Amsterdam, IBFD, 2008
- J. WOUTERS et V. MAARTEN, « The international Law Perspective » in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdam, IBFD, 2006
- J-B. AUBY et D. DERO-BUGNY. « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime » in J-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (eds.), *Droit administratif européen*, 1<sup>ère</sup> Edition, Bruxelles, Bruylant, 2007
- K. JOACHIM, « International Investment Arbitration: A Threat to State Sovereignty? » in W. SHAN, P. SIMONS, D. SINGH (eds.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law: Volume 7*, Oxford, Hart Publishing, 2008
- K. PANTAZATOU, « Effective Legal Remedies and Fair Trial in Tax and Time » in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, *Time and Tax: Issues in International, EU, and Constitutional Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2018
- L. LIBERTI, « Investissements et droits de l'Homme » in P. KAHN et T. WÄLDE (dir.), *New Aspects of International Investment Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2007
- L. RAMHANTER et R. SZUDOCZKY, « Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits » in M. LANG, P. PISTONE, et al. (eds.), *Tax Treaty Entitlement*, Amsterdam, IBFD, 2019
- L. TURCAN, « Dispute Resolution », in M. LANG, P. PISTONE (eds.), *The UN Model Convention and its Relevance for the Global Tax Treaty Network*, Amsterdam, IBFD, 2017
- M. GOLDMANN, « International investment law and financial regulation: Towards a deliberative approach » in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2017
- M. LATINA, « Contrats : généralités », in E. SAVAUX, *Répertoire Civil*, Dalloz, Paris, 2014
- M. ROSTOVTSSEFF, « International relations in the Ancient World, in The History and Nature of International Relations » in E. WALSH (ed.), *The history and nature of international relations*. Walsh, Edward. New York, Macmillan Co., 1922

- M. SUDREAU, « Bilateral investment treaties and the principles on responsible sovereign lending and borrowing: Working together towards the provision of an international legal framework addressing debt issues? » in C. TAMS, S. SCHILL, R. HOFMANN (dir.), *International Investment law and the global financial architecture*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2017
- N. MESSAGE, « Country Surveys: France » in G. MAISTO (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*. Amsterdam, IBFD, 2006
- N. WHITE, « Law Making », J. KATZ COGAN, Ian HURD, Ian JOHNSTONE (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- P. FARMER, « Tax Appeals to the European Court of Justice » in S. WHITEHEAD (ed.), *The Tax Disputes and Litigation Review*. 3<sup>ème</sup> Edition, London, Law Business Research, 2015
- P. JANIG, A. REINISCH, « General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents » in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, et al. (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019
- P. LAVIVE, « The Doctrine of Acquired Rights » in SYMPOSIUM ON THE RIGHTS AND DUTIES OF FOREIGNERS IN THE CONDUCT OF INDUSTRIAL AND COMMERCIAL OPERATIONS ABROAD ET AL., *Rights and Duties of Private Investors Abroad.*, New York, M. Bender, 1965
- P. PALCHETTI, « The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules » in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, et al. (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019
- P. PISTONE et C. MIGAI, « Entitlement to Protection against Discriminatory Taxation » in M. LANG, P. PISTONE et al. (eds.), *Tax Treaty Entitlement*, Amsterdam, IBFD, 2019
- P. STEPHAN, « Comparative Taxation Procedure and Tax Enforcement » in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- R. ATTARD, « Discriminatory Taxation and the European Convention on Human Rights » in P. PASQUALE, G. MAISTO, D. WEBER, *Non-discrimination in Tax Treaties: Selected Issues from a Global Perspective*, Amsterdam, IBFD, 2016
- R. ECHANDI, « What do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? » in J. ALVAREZ, K. SAUVANT, et al., *The Evolving international investment regime: expectations, realities, options*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- R. NEUFELD, « Trade and Investment » in D. BETHLEHEM, D. MCRAE, et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009

S. SCHILL, « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », in S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

U. KRIEBAUM, « Indirect Expropriation: A Comparative Approach », in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018

U. LINDERFALK, « General Principles as Principles of International Legal Pragmatics: The Relevance of Good Faith for the Application of Treaty Law » in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, et al. (eds), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leyde, Brill Nijhoff, 2019

V. KUBE, et E.U. PETERSMANN. « Human Rights Law in International Investment Arbitration » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018

W. HASLEHNER, « Nationality Non-Discrimination and Article 24 OECD Model: Perennial Issues, Recent Trends and New Approaches » in P. PASQUALE, G. MAISTO, D. WEBER, *Non-discrimination in Tax Treaties: Selected Issues from a Global Perspective*, Amsterdam, IBFD, 2016

Y. SVETIEV, « The limits of Informal International Law » in J. PAWELYN, R. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal international Lawmaking*, Oxford, Oxford University Press, 2012

Y. NOUVEL, « Les Standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015

#### **4. Cours de l'Académie de droit international de La Haye**

A. POCH DE CAVIEDES, « De la clause « rebus sic stantibus » a la clause de révision dans les conventions internationales », *RCADI*, vol. 118, 1966

A. VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, vol.37, 1931

C. LEBEN, « Les contrats d'Etat comme contrats rattachés à l'ordre juridique international », *RCADI*, vol.302, 2003

G. KAECKENBEECK, « La protection internationale des droits acquis », *RCADI*, vol. 59, 1937

H. WALDOCK, « General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 106, 1962

M. KAMIL YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol.151, 1976

P. ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *RCADI*, vol.44, 1933

P. WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, vol.151, 1976

P-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI*, vol. 297, 2002

## 5. Thèses et Mémoires de recherche

### i. Thèses

A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel : Essai d'une théorie*, Paris, Éditions Mare & Martin, Collection Bibliothèque des thèses, 2012

A. DIEHL, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law & Business, Collection International arbitration law library, 2012

A. LAGELLE, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, thèse, Université Nice - Sophia-Antipolis, 2012

A. PANDYA, *Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration*, thèse, London School of Economics, 2011

A. PERIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et liberté fondamentaux*, Paris, Dalloz, Collection Bibliothèque des Thèses, 2014

D. NGOUADJE, *Le standard minimum du traitement juste et équitable en droit international des investissements : Essai sur une technique conventionnelle de régulation substantielle*, thèse, Université Paris II, 2014

D-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, thèse, Université Paris I, 2018

F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat*, thèse en cotutelle, Universités Paris II et Humboldt-Universität zu Berlin, 30 novembre 2007

M. LEGENDRE LE CLOAREC, *L'interprétation par l'organe d'appel de l'OMC à l'aune de l'objectif de sécurité juridique*, thèse, Université Paris I, 2013

L. REY VÁZQUEZ, *El principio de confianza legítima: relevancia de su incorporación al Derecho Administrativo argentino: relación con otras instituciones*, 1<sup>ère</sup> Édition, Córdoba, Advocatus/Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2016

M. PANIZZON, *Good faith in the jurisprudence of the WTO: the protection of legitimate expectations, good faith interpretation and fair dispute resolution*, Oxford, HART Publishing, 2006

S. CALMES, *Du principe de la protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, Collection Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001

S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix en Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012

W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, Fondation Varenne, Collection des Thèses, 2011

X. LAMPRINI, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*. Bruxelles, Bruylant, Collection Droit administratif, 2017

## ii. Mémoires

A. MOLINA et D. RIVERA, *¿La vulneración del principio de confianza legítima genera responsabilidad administrativa en Colombia*, Mémoire réalisé sous direction du professeur L. CARVAJAL ALMEIDA. Universidad Industrial de Santander, 2012

J. AYALA GÓMEZ, J. TORRES MARÍN, F. ORTIZ BELTRÁN, *El principio de Confianza Legítima – una mirada práctica desde la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en Colombia*, Mémoire réalisé sous direction du professeur N. ARANGO RAMÍREZ, Pontificia Universidad Javeriana, 2016

J. CASTRO FARRÉS, *El Principio de Protección a la Confianza Legítima como límite al Poder Tributario Del Estado*, Mémoire réalisé sous direction du professeur J. CASANOVAS ESQUIVEL, Universidad Panamerica, 2017

J. VELASCO FUENTES, *Aproximación al concepto de confianza legítima desde la doctrina judicial española y colombiana*, Mémoire réalisé sous direction du professeur X. MEDELLÍN URQUIAGA, Centro de Investigación y docencia económicas A.C., 2018

M. GUEVARA LEANDRO et R. ECHEVERRÍA VARGAS, *La consulta tributaria: Análisis Jurídico a la luz de la Reforma al Código de Normas y Procedimientos Tributarios introducida mediante Ley Número 9069*, Mémoire réalisé sous direction du professeur D. SALTO VAN DER LAAT, Universidad de Costa Rica, 2016

## 6. Encyclopédies

- A. PAULUS, « Treaties of Friendship, Commerce and Navigation », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
- D. ARNER et U. ASHRAF, « International Financial Law », A. CARTY (ed.), *Oxford Bibliographies*, Oxford, Oxford University Press, 2016
- D. THÜRER, « Soft law », *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- G. GAJA, « General Principles of Law », R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- H. DICKERSON, « Minimum Standards », R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- LAROUSSE, « Notion », *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, Edition en ligne, 2020
- LAROUSSE, « relation », *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, Edition en ligne, 2020
- M. HINDRE-GUEGUEN, « Responsabilité des États membres », D. SIMON et S. POILLOT-PERUZZETTO, *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, 2014
- M. SALEM, « Validité Temporelle des Traités : Extinction et Suspension », *JurisClasseur LexisNexis de Droit international*, Paris, LexisNexis, 2009
- OPEN DALLOZ, « l'acte administratif », *Fiches d'orientation*, Dalloz en ligne, 2018
- P. KEHNE et N. FORGO, « Sponsio » in H. CANKIK et H. SCHNEIDER et al. (eds.), *Brill's New Pauly, Antiquity volumes*, Boston, Brill, 2005
- PEACE PALACE LIBRARY, « International Financial Law: Research Guide ». Consulté le 31 octobre 2019, Disponible sur : <https://www.peacepalacelibrary.nl/research-guides/economic-and-financial-law/international-financial-law/>
- T. KOIVUROVA, « Due Diligence », R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010

## 7. Articles

- A. BLANDFORD, « The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, no.2, 2017, pp.287-303

- A. CHUA, « Reasonable Expectations and Non-Violation Complaints in GATT/WTO Jurisprudence », *Journal of World Trade*, vol.32, no.2, 1998, pp. 27-50
- A. DAVIES, « Investment Treaty Interpretation, Fair and Equitable Treatment and Legitimate Expectations », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol.15, no.3, 2018, pp. 314-353
- A. DELGADO PEREA, « El rompecabezas tributario en la Constitución colombiana », *Revista de Derecho Fiscal*, vol.9, 2016, pp.93-109
- A. GIRAUD, « Study of the Notion of Legitimate Expectations in State Aid Recovery Proceedings: Abandon All Hope, Ye Who Enter Here », *Common Market Law Review*, Vol.45, No.5, 2008, pp. 1399-1432
- A. HERMAN et H. SHAWCROSS, « Draft Convention on Investments Abroad » in « The proposed convention to protect private foreign investment: a round table », *Journal of Public Law (Emory Law Journal)*, vol. 1, 1960, pp.115-118
- A. JAKSIC, « The Execution of Final Judgments and Vested Rights », *Russian Law Journal*, Vol. 2, No. 3, 2014, pp. 62-79
- A. KERN, « Global Financial Standard Setting, the G10 Committees, and International Economic Law », *Brooklyn Journal of International Law*, vol.34, no.3, 2009, pp. 861-882
- A. LARKIN, « Good Governance, Local Governments, and Legitimate Expectations: Accommodating Federalism in Investor-State Arbitration », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol.49, no.2, 2017, pp. 499-546
- A. LI et H. LEUNG, « The Doctrine of Substantive Legitimate Expectation: The Significance of Ng Siu Tung and Others v Director of Immigration Analysis », *Hong Kong Law Journal*, vol.32, no.3, 2002, pp. 471-496
- A. MCNAIR, « The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations », *British Yearbook of International Law*, vol.33, 1957, pp. 1-19
- A. MISHRA et A. MISHRA, « Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: An Analysis Vis-a-Vis Public International Law », *Korea University Law Review*, vol.11, 2012, pp. 107-121
- A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : La normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de Droit International*, vol.26, no.1, 2014, pp. 155-186
- A. PANDYA et A. MOODY, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future », *Tilburg Law Review*, vol.15, no.1, 2010, pp. 93-122
- A. POOROOYE et R. FEEHILY, « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance », *Harvard Negotiation Law Review*, vol.22, no.2, 2017, pp. 275-324

- A. QUINTAS SEARA, « Protection of Taxpayers' Property Rights in Light of the Recent ECtHR Jurisprudence: Anything New on the Horizon, or Just More of the Same », *Intertax Law Journal*, vol.42, no.4, 2014, pp.218-233
- A. TANZI, « The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith » in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill Nijhoff, 2018
- A. VON WALTER, « The Investor's Expectations in International Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management*, vol.6, no.1, March 2009, pp.1-34
- B. CHENG, « General Principles of Law as a Subject for International Codification », *Current Legal Problems*, vol.4, no.1, 1951, pp. 35-53
- B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime ». *Revue du droit public*, vol.3, 2016, pp. 799-814
- C. AMBROSE, « Force Majeure in International Contracts - The English Law Perspective », *Business Law International*, vol. 2003, no. 3, 2003, pp. 234- 240
- C. BASSIOUNI, « A Functional Approach to "General Principles of International Law" » *Michigan Journal of International Law*, vol.11, no.3, 1990, pp.768-818
- C. BROWN, « The Protection of Legitimate Expectations as a 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts », *Transnational Dispute Management*, vol.6, no.1, 2009, pp.1-10
- C. BRUMMER, « How International Financial Law Works (And How It Doesn't) », *Georgetown Law Journal*, vol.99, no.2, 2011, pp.257-327
- C. CAMPBELL, « House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law », *Journal of International Arbitration*, Vol.30, No.4, 2003, pp.361-380
- C. CHIOS, « WTO Obligations as Collective », *European Journal of International Law*, vol.17, no.2, 2006, pp.419-443
- C. ERDOES et J. LOW, « Investment Expectations: Are Yours Realistic », *Experience*, vol. 6, no. 4, 1996, pp.36-40
- C. GOODMAN, « Acta Sunt Servanda - A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law », *Australian Yearbook of International Law*, vol. 25, no. 1, 2006, pp. 68-72
- C. KNIGHT, « Expectations in Transition: Recent Developments in Legitimate Expectations », *Journal of Public Law*. Janvier, Vol.09, 2009, pp.15-24
- C. MATA COTO, « La Confianza Legítima », *Revista Judicial*, vol.119, Costa Rica, junio 2016, pp.195-219

C-E. CÔTE, « Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, no. 3, 2011, pp. 321-350

C-S. ZOELLNER, « Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law », *Michigan Journal of International Law*, vol.27, no.2, 2006, pp. 579-628

D. BLUNDELL, « Ultra Vires Legitimate Expectations », *Judicial Review*, vol. 10, no.1, 2005, pp.147-155

D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence », *Human Rights Law Review*, Vol. 12, no. 3, 2012, pp.421-453

D. DRAGUIEV, « Investment Treaty Arbitration in the Renewable Energy Sector: Overview of Arbitral Case Law on Legitimate Expectations in the Light of Policy », *Transnational Dispute Management*, vol.5, 2018, pp.1-21

D. FILIP, « The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in International Investment Law », *Manchester Review of Law, Crime & Ethics*, vol.5, 2016, pp.28-57

D. HENRIQUES, « Pathological arbitration clauses, good faith and the protection of legitimate expectations », *Journal of Arbitration International*, vol.31, no.2, June 2015, pp. 349-[iv]

D. KENNEDY, « Primitive Legal Scholarship », *Harvard International Law Journal*, vol. 27, no. 1, 1986, pp. 1-98

D. PEAT, « International Investment Law and the Public Law Analogy: The Fallacies of the General Principles Method », *Journal of International Dispute Settlement*, vol.9, no.4, 2018, pp.654-678

D. POPOVIC et S. KOSTIC, « Legal Certainty and Taxation: the Problem of Retroactive Interpretation », *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, vol. 2018, no.4, 2018, pp. 38-55

D. SIEGEL, « Legal Aspects of the IMF/WTO relationship: the Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements », *American Journal of International Law*, vol.96, no.3, 2002, pp. 561-599

E. ANGHEL, « General Principles of Law », *Lex et Scientia International Journal*, vol. 23, no. 2, 2016, pp.120-130

E. BROCHARD, « Minimum Standard of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review Journal*, vol.445, no.38, 1940

- E. DE BRABANDERE, « Host States' Due Diligence Obligations in International Investment Law », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 41, no. 2, 2015, pp. 319-362
- E. LAING, « Equal Access/Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *Wisconsin International Law Journal*, vol.14, no.2, 1996, pp. 246-348
- E. MILANO et N. ZUGLIANI, « Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *Journal of International Economic Law*, vol.22, no.2, 2019, pp.163–176
- E. MORGAN, « International Tax Law as a Ponzi Scheme », *Suffolk Transnational Law Review*, vol.34, no.1, 2011, pp. 69-115
- E. SERENDAHL, « Unilateral Acts in the Age of Social Media », *Oslo Law Review*, vol.5, no.3, 2018, pp. 126-146
- E. SHIRLOW, « Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures », *Goettingen Journal of International Law*, vol.8, no.1, 2017, pp. 73-100
- E. SNODGRASS, « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol.21, no.1, 2006, pp.1-58
- E. TRAVERSA et D. MODONESI, « Les principes de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime en droit douanier et fiscal. Une source d'inspiration pour les autres branches du droit européen », *Revue de droit de l'Union Européenne*, Vol. 2015/2, pp.261-292
- F. AHMED et A. PERRY, « The coherence of the doctrine of legitimate expectations », *Cambridge Law Journal*, vol.73 no.1, 2014, pp. 61-85
- F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et société*, Vol.2004/1, no.56-57, 2004, pp.143-149
- F. MUTIS TÉLLEZ, « Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol.27, no.2, 2012, pp. 432–442
- F. TRAIN, « L'articulation des conceptions nationale et communautaire en matière de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *Revue des Affaires Européennes*, vol.2007/2008, No.3, pp. 611-627
- G. BLANLUET, « Rétroactivité, rétrospectivité, rétro-prospectivité : quelle protection des attentes légitimes des contribuables ? », *Revue de droit fiscal*, vol. no.6, 2016, pp.60-67

G. HERCZEGH, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *Acta Juridica*, vol.6, no.1-2, 1964, pp. 1-36

G. SÁNCHEZ CHAO et G. CANSECO ROMERO, « Protección de la confianza legítima y la “promesa” de disminución de aranceles de importación. Análisis de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación », *La Barra*, vol.109, 2017, pp.1-17

G. TOZZINI, « La seguridad jurídica, la confianza legítima de los contribuyentes frente a las facultades recaudatorias municipales », *Portal de la Editorial Zeus*, Sección Colección Zeus, Vol. No. 7299, 2006, pp.1-9

H. ALEMA, « Reflections on Legitimate Expectations of Foreign Investors in Ethiopia », *Jimma University Journal of Law*, vol.9, 2017, pp. 28-53

H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d’attente légitime », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, no.3, 2005, pp. 627-651

I. FADLALLAH, C. LEBEN et al. « Investissements internationaux et arbitrage ». *Issu de Cahiers de l'arbitrage*, vol. no.4, 2018, 2018, pp.705-741

J. BURDA, « L’efficacité du mécanisme de règlement des différends de l’OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, vol.18, no.2, 2005, 1 octobre 2006, pp.1-38

J. CALDERON, « OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law ? » *Intertax Law Journal*, vol.35, no.1, 2007, pp.4-29

J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l’investisseur dans l’arbitrage international », *Revue internationale de droit économique*, Tome XXIII, vol. 2009/1, no.1, 2009, pp.5-32

J. CAZALA, « Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l’investisseur », *Gazette du Palais*, vol.2007/4, no. 348-349, 2007, pp.44-48

J. CAZALA, « Protection des attentes légitimes de l’investisseur : l’exigence d’un engagement spécifique », *Cahiers de l’arbitrage - Paris Journal of Arbitration*, vol. n° 4, 2012, pp.940-947

J. CHAISSE, « Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution », *Virginia Tax Review*, vol. 35, no.2, 2016, pp.149-222

J. CHAISSE, et R. NG, « The Doctrine of Legitimate Expectations: International Law, Common Law and Lessons for Hong Kong », *Hong Kong Law Journal*, vol. 48, no. 1, 2018, pp.79-104

- J. COYLE, « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.51, no.2, 2013, pp.302-359
- J. CRAWFORD, « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol.24, no.3, 2008, pp.351-374
- J. FEINMAN, « Good Faith and Reasonable Expectations », *Arkansas Law Review*, vol.67, no.3, 2014, pp. 525-570
- J. GODOLPHIN, « Resolution of Tax Disputes in International Arbitration », *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol.4, no.1, 2018, pp. 86-104
- J. PRIETO MUÑOZ, « Governance of the Global Financial System: The Legitimacy of the BCBS 10 years after the 2008 Crisis », *Journal of International Economic Law*, vol.22, no.2, 2019, pp. 247-260
- J. RIEPE, « Basel and the IASB: Accountability Interdependencies and Consequences for Prudential Regulation », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, no. 2, 2019, pp. 261-284
- J. STONE, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment », *Leiden Journal of International Law*, vol.25, no.1, 2012, pp. 77-107
- J-P. COT, « L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international (sentence arbitrale du 22 décembre 1963) ». *Annuaire français de droit international*, vol.10, 1964, pp. 352-383
- J-R. PELLAS, « La sécurité fiscale : Quels enjeux juridiques ? » *Revue française de finances publiques*, vol. no. 130, 2015, pp.7-32
- K. SADIQ, « The Inherent International Tax Regime and its Constraints on Australia's Sovereignty », *University of Queensland Law Journal*, vol.31, no.1, 2012, pp. 131-146
- K. SAUVANT et G. ÜNÜVAR, « Perspectives on topical foreign direct investment issues », *Columbia FDI Perspectives*, vol. no. 183, 2016
- K. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12, No. 1, 2015, pp. 157-194
- K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 43, No. 1, 2010, pp. 43-106
- L. SERMET, « Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'Homme », *Revue de réflexion et d'approfondissement en droit public*, Dalloz, 1998, pp.990-999
- L. TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public ». *Revue du droit public*, vol.2 no. 4, 2013, France, pp.307-315

M. BAQUERO-HERRERA, « Legal Certainty and Financial Markets Integration: The MILA case », *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 19, No. 4, 2013, pp.487-502

M. DISANT, « Une petite rétroactivité fiscale peut en cacher une grande. L'effectivité de la protection constitutionnelle de l'attente légitime » *Gazette du Palais*, vol. n° 178, 2015, pp.19-19

M. LÓPEZ MESA, « De nuevo sobre la confianza legítima, como forma de declaración unilateral de voluntad », *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 2, 2013, pp.1-32.

M. MARCEDDU, « The EU Dispute Settlement: Towards Legal Certainty in an Uneven International Investment System », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, no. 1, 2016, pp.33-75

M. MOROSIN, « Double Jeopardy and International Law: Obstacles to Formulating a General Principle », *Nordic Journal of International Law*, vol.64, no.2, 1995, pp. 261-274

M. ORTINO, « Thirty Years After the Basel Accord and Ten After the Financial Crisis: the Basel Committee on Banking Supervision and its Place in International Economic Law », *Journal of International Economic Law*, vol.22, no.2, 2018, pp. 159-161

M. PINCHIS-PAULSEN, « Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions », *Michigan Journal of International Law*, vol.41, no.1, 2020, pp. 109-194

M. POTESÀ, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol.28, no.1, 2013, pp.88-122

M. STANIVUKOVIC, « Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania », *Transnational Dispute Management*, vol.14, no.1, 2017, pp.1-35

M. VÁZQUEZ CUESTAS, « La protección de la confianza del contribuyente, como derivación de los principios generales del derecho », *Revista Argentina de Derecho Tributario*, Vol. No.2, junio 2000

M. ZHAO, « Transparency in International Commercial Arbitration: Adopting a Balanced Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol.59, no.2, 2019, pp. [ii]-218

N. DIEBOLD, « Standards of Non-Discrimination in International Economic Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol.60, no.4, 2011, pp. 831-866

N. TEGGI, « Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of Its Life Cycle », *Indian Journal of Arbitration Law*, vol.5, no.1, 2016, pp. 64-80

- O. MILJENIC, « Full Protection and Security Standard in International Investment Law », *Pravni Vjesnik (Journal of Law, Social Sciences and Humanities)*, Vol. 35, No. 3-4, 2019, pp.35-61
- P. AUVRET, « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'Homme ». *La Gazette du Palais*, vol. 100-102, 2005, pp. 2-10
- P. BERNARDINI, « Private law and general principles of public international law », *Uniform Law Review*, vol.21, nos.2-3, 2016, pp.184-196
- P. CRAIG, « Legitimate Expectations: A conceptual Analysis », *Law Quarterly Review*, vol.108, no.1, 1992, pp.79-98
- P. DUMBERRY, « The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law », *Journal of International Dispute Settlement*, vol.11, no.2, 2020, pp.194-216
- P. DUMBERRY, « The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 », *Journal of International Arbitration*, vol.31, no.1, 2014, pp. 47-74
- P. MUCHLINSKI, « Caveat Investor - The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *International and Comparative Law Quarterly*, vol.55, no.3, 2006, pp. 527-558
- P. PROTOPSALTIS, « Les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger : Conclusion d'une étude » *Transnational Dispute Management*, vol.4, no.4, 2007, pp.1-12
- P. SAGANEK, « General Principles of Law in Public International Law », *Polish Yearbook of International Law*, vol.37, 2017, pp.243-253
- P. SEBASTIANUTTI, « What is This Thing Called International Financial Law », *Law and Financial Markets Review*, vol.3, no.1, 2009, pp.64-71
- P. WOOD, « The Future of International Banking and Financial Law and Lawyers », *Singapore Journal of Legal Studies*, vol.2, 2014, pp.355-376
- R. CLAYTON, « Legitimate expectations, policy, and the principle of consistency », *Cambridge Law Journal*, vol. 62, no.1, 2003, United Kingdom, pp. 93-105
- R. KOLB, « La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques », *African Yearbook of International Law*, Vol. 10, 2002, pp. 103-142
- R. KOLB, « Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith) », *Netherlands International Law Review*, Vol.53, No.1, 2006, pp.1-36
- S. BOUTILLON, « The Precautionary Principle: Development of an International Standard », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, 2002, pp. 429-470

- S. DE SZASZY, « The Protection of Acquired Private Rights of Foreigners in International Law », *International Law Association Reports of Conferences*, vol.36, 1930, pp.583-589
- S. FIETTA, « Expropriation and the Fair and Equitable Standard: The Developing Role of Investors' Expectations in International Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol.23, no.5, 2006, pp. 375-400
- S. GRAMMOND, « Reasonable Expectations and the Interpretation of Contracts across Legal Traditions », *Canadian Business Law Journal*, vol.48, no.3, 2009, pp. 345-365
- S. JHAVERI, « The doctrine of substantive legitimate expectations: the significance of ChiuTeng@Kallang Pte Ltd v Singapore Land Authority », *Journal of Public Law*, 2016, pp. 1-9
- S. KETHIREDDY, « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *Yale Journal of International Law*, vol. 44, no. 2, 2019, pp. 315-354
- S. LOPEZ ESCARCENA, « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *Boston College Law Review*, vol. 59, no. 8, November 2018, pp. 2685-2716
- S. MAYNARD, « Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol.1, no.1, 2016, pp.99-114
- S. SCHILL, « Five Times Transparency in International Investment Law », *Journal of World Investment & Trade*, vol.15, no.3-4, 2014, pp. 363-374
- T. KILL, « Don't Cross the Streams: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations », *Michigan Law Review*, vol.106, no.5, 2008, pp. 853-880
- T. MANU, « Interpreting doctrine of legitimate expectations in WTO jurisprudence in its application to compulsory licensing », *Trade Law and Development*, vol.8, no.1, 2016, pp.63-116
- T. NGUYEN, « The Protection of Legitimate Expectations under Investor-State Dispute: Case Studies of Vietnam », *Transnational Dispute Management*, vol. 12, no.6, 2015, pp.1-30
- T. WÄLDE et A. KOLO, « Investor-State Disputes: The Interface between Treaty-Based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty », *Intertax Law Journal*, vol.35, no.8-9, 2007, pp. 424-449
- T. WESCOTT, « Recent Practice on Fair and Equitable Treatment », *Journal of World Investment & Trade*, vol.8 no.3, 2007, pp. 409-430

T. ZEYL, « Charting the Wrong Course: The Doctrine of Legitimate Expectations in investment Treaty Law », *Alberta Law Review*, vol. 49, no. 1, 2011, pp.203-236

W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, vol.5, No.2, 2013

W. ALSCHNER, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, vol.5, No.2, 2013

Y. FORTIER, et S. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor », *Asia Pacific Law Review*, vol. 13, no. 1, 2005, pp. 79-110

Y. HUANG, « Transparency Creates Expectations », *International Financial Law Review*, vol.28, no.5, 2009, pp.21-21

Y. NGANGJOH-HODU, « Regional Trade Courts in the Shadow of the WTO Dispute Settlement System: The Paradox of Two Courts », *African Journal of International and Comparative Law*, Vol.28, No.1, 2020, pp. 30-49

Y. NOUVEL, « Les attentes dans le droit de l'OMC », *Annuaire français de droit international*, vol.47, 2001, pp. 461-474

Y.V. REDDY, « Legal Aspects of International Financial Standards: A National Law Perspective », *Yearbook of International Financial and Economic Law*, vol.5, 2000-2001, pp. 113-126

Z. MEYERS, « Adapting Legitimate Expectations to International Investment Law: A Defence of Arbitral Tribunals' Approach », *Transnational Dispute Management*, vol. 11, no.3, 2014, pp.1-40

## **8. Actes de colloques, documents officiels et recueils de pratique**

### **i. Documents étatiques et recueils de pratique**

A. ANDHIKA ZULEN, et O. WIBISONO, « Measuring Stakeholders' Expectation on Central Bank's Policy Rate » *Ninth IFC Conference on « Are post-crisis statistical initiatives completed? »*, Bâle, BRI, Vol. 30-31, 2018

O. FOUQUET, *Rapport au Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique : Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Conseil d'Etat, 2008

T. BOWLER, « HMRC's Discretion: The Application of the Ultra Vires Rule and the Legitimate Expectation Doctrine », *TLRC Discussion Paper No.10*, Londres, IFS, 2014

R. EL HERFI, « Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen Interprétation et portée en droit de l'Union européenne et en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme ». Sous la supervision de M. Fabrice Burgaud, Bureau du droit européen, Cour de Cassation.

## ii. Colloques

B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'Estoppel », *Colloque sur Droit privé comparé et européen*, Paris, Société de législation comparée, 2007.

H. RONDÓN DE SANSÓ, « El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano », *El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998

M. VERPEAUX et B. MATHIEU (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle?*, Actes de la Deuxième journée d'étude annuelle du Centre de recherche de droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris, Dalloz, 2007

R. POUND, « *The Administrative Application of Legal Standard* », *Allocution à la rencontre de l'American Bar Association*, Boston, 2 novembre 1919

## II. PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES – DOCUMENTS SPECIALISES

### 1. OCDE

NEGOTIATING GROUP ON THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT (MAI), *The Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text*, doc. No. DAF/MAI(98)8/REVI, Paris, Editions OCDE 1998

OCDE, « MAP Statistics 2018 France » in *Mutual Agreement Procedure Statistics per jurisdiction for 2018*, disponible sur: < <http://www.oecd.org/tax/dispute/2018-map-statistics-france.pdf>>

OCDE, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, Paris, Editions OCDE, 1962

OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Paris, Editions OCDE, 2017

OCDE, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, Paris, Editions OCDE, 2015

OCDE. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris, Editions OCDE, 2017

OCDE, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Règles de communication obligatoire d'informations, Action 12 - Rapport final 2015*, Paris, Editions OCDE, 2016

OCDE, *Résolution du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, doc. No.OECD/LEGAL/0084, Paris, Editions OCDE, 2020

## 2. OICV

CPMI-OICV, *Principles for financial market infrastructures: Assessment methodology for the oversight expectations applicable to critical service providers*, Banque des règlements internationaux, 2014

CPSS-OICV, *Consultative report: Principles for financial market infrastructures: Assessment methodology for the oversight expectations applicable to critical service providers*, Bâle, Banque des règlements internationaux, 2013

OICV, *Report on Guidance on the IOSCO Principles for Financial Benchmarks*, Doc. No. FR13/2016, Madrid, OICV, 2016

CPSS-OICV, *Principles for financial market infrastructures*, Madrid, OICV, 2012

OICV, *Credible Deterrence in The Enforcement of Securities Regulation*, Doc. No. FR09/2015, Madrid, OICV, 2015

## 3. Commission du droit international

*Articles sur la responsabilité pour faits internationalement illicites*, doc. n°4/56/10, Annuaire de la Commission du droit international, vol.II (2), 2001

CDI, « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques », doc. n°. A/61/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2), 2006, pp.387-400

F. GARCIA-AMADOR, « Fourth report on State Responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens – Mesures affecting acquired rights », Doc n°. A/CN.4/119, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol.II, 1959, pp.1-36

CDI, « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, doc. n°. A/51/10, Vol. II, 1996

M. VAZQUEZ-BERMEDEZ, « Premier rapport sur les principes généraux du droit », Doc. n°. A/CN.4/732, Soixante et onzième session, *Commission du droit international*, 2019

V. RODRIGUEZ CEDEÑO, « Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États », Doc. n°. A/CN.4/569 et Add.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, pp.130-151

#### 4. ONU

B. ARNOLD, « An Introduction to tax treaties », Nations Unies, 2003, URL: [https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT\\_Introduction\\_Eng.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf)

CNUCED, « Contrats d'Etat », *Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement*, Doc. n° UNCTAD/ITE/IIT/2004/11, Genève, Nations Unies, 2004

CNUCED, *Fair and Equitable treatment: A Sequel*, Series on Issues in International Investment Agreements II, doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, Genève, Nations Unies, 2012

DESA-ONU, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, doc. n° ST/ESA/PAD/SER.E/213, New York, United Nations, 2017

ECOSOC, *Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement*, doc. N° ECOSOC/65832017, Nations Unies, 2017

ONU, « Documents on the Development and Codification of International Law », *American Journal of International Law*, Suppl., vol. 41, no. 4, 1947, pp. 29-147

Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (A/8082)*, 24 octobre 1970

Société des Nations, *Conférence internationale sur le traitement des étrangers : documents préparatoires*, Séries de la Société des Nations sur l'économie et les finances II, doc. n°1929.II.5, Genève, Nations Unies, 1929

#### 5. Fonds monétaire international

COMITE INTERIMAIRE FMI, *Code de bonnes pratiques pour la transparence des politiques monétaire et financière : Déclaration de principes*, Washington, FMI, pp.1-17

L. AUERNHEIMER et S. GEORGE, « Shock Versus Gradualism in Models of Rational Expectations: The Case of Trade Liberalization », *IMF Working Paper No.97/122*, Washington, FMI, 1997, pp.1-20

O. COIBION et Y. GORODNICHENKO, « Information Rigidity and the Expectations Formation Process: A Simple Framework and New Facts », *IMF Working Paper No. 12/296, 2012*, Washington, FMI, pp.1-54

N. KRICHENE, « Deriving Market Expectations for the Euro-Dollar Exchange Rate from Option Prices », *IMF Working Paper No. 04/196*, 1 October 2004

## 6. Autres

A. ANDHIKA ZULEN et O. WIBISONO, « Measuring Stakeholders' Expectation on Central Bank's Policy Rate », *Ninth IFC Conference on "Are post-crisis statistical initiatives completed?"*, vol. 30-31 2018

ALENA, Commission de libre-échange, *note interprétative sur certaines dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA*, 31 juillet 2001

COMITE DE BALE, *Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace du Comité*, Bâle, Banque des règlements internationaux, 2012

COMMISSION DE L'UNION EUROPEENNE, *décision (UE) 2015/1470*, 30 mars 2015, publiée dans le Journal Officiel de l'Union Européenne No.232/43 du 4 septembre 2015, pp.43-70

COMMISSION EUROPEENNE, Département de presse, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG)*, Communiqué de presse, Bruxelles, 29 février 2016

CONSEIL GENERAL, *Procès-verbal de la Réunion*, Doc. N° C/M/157, Genève, OMC, 1982

D. GERDESMEIER, *Eurosystem: Price Stability, Why is it important for you?*, Francfort-sur-le-Main, Banque centrale européenne, 2009

Extrait du site de la Direction générale des finances publiques, *la procédure amiable*, France, URL : <https://www.impots.gouv.fr/portail/international-professionnel/la-procedure-amiable>

Extrait du glossaire de l'OMC, Définition : transparence : URL : [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/glossary\\_f/transparence\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/transparence_f.htm)

*Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, UNIDROIT, Rome, 2016

OMC, *Guide des règles et pratiques du GATT : index analytique sur l'Annexe 1.2, Accord sur les obstacles techniques au commerce*, Edition en ligne, Genève, OMC, p.2

SECRETARIAT DE L'OMC, *GATT/WTO Dispute Settlement practice relating to GATT Article XX, paragraphs (b), (d) and (g)*, Doc. N°WT/CTE/W/203, OMC, 2002

*Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the encouragement and reciprocal protection investment*, disponible sur <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

UNION EUROPÉENNE, *Text proposal for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) on trade in services, investment and e-commerce*, soumis à discussion avec les Etats-Unis lors des cycles de négociation du 12-17 juin 2015.

### **III. JURISPRUDENCE**

#### **Cour permanente de Justice internationale**

CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Série A*, n° 20/21

CPIJ, *Affaire de l'Usine de Chorzow*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17

CPIJ, *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt, 7 juin 1932, *Série A/B*, n° 46

CPIJ, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 Septembre 1927, *Séries A*, n° 10

CPIJ, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7

CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2

CPIJ, *Interprétation des arrêts No. 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Série A*, n°13

CPIJ, *Statut juridique du Groënland Oriental*, arrêt du 5 avril 1933, *Série A/B*, n° 53

#### **Avis consultatifs**

CPIJ, *Affaire sur certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, *Séries B*, n° 6

#### **Cour internationale de justice**

CIJ, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1988, *Recueil CIJ*, 1988

CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt du 3 février 2006, *Recueil CIJ*, 2006

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *Recueil CIJ*, 1984

CIJ, *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe de Maine (Canada c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 12 octobre 1984, *Recueil CIJ*, 1984

CIJ, *Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt du 18 décembre 1951, *Recueil CIJ*, 1951

CIJ, *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt du 12 avril 1960, *Recueil CIJ*, 1960

CIJ, *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, *Recueil CIJ*, 1963

CIJ, *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, arrêt du 15 juin 1962, *Recueil CIJ*, 1962

CIJ, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, exceptions préliminaires, arrêt du 6 juillet 1957, *Recueil CIJ*, 1957

CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 Septembre 1997, *Recueil CIJ*, 1997

CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *Recueil CIJ*, 1952, Opinion Dissidente de MM. Hackworth, Badawi, Levi Carneiro et Sir Benegal Rau

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, 1970

CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt du 25 juillet 1974, *Recueil CIJ*, 1974, Opinion Individuelle du Juge De Castro

CIJ, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, compétence de la Cour, arrêt du 2 février 1973, *Recueil CIJ*, 1973

CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt du 1 janvier 1994, *Recueil CIJ*, 1994

CIJ, *Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, fond, arrêt du 22 décembre 1986, *Recueil CIJ*, 1986

CIJ, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras)*, requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt du 13 septembre 1990, *Recueil CIJ*, 1990

CIJ, *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *Recueil CIJ*, 1989

CIJ, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, compétence et recevabilité, arrêt du 20 décembre 1974, *Recueil CIJ*, 1974

CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, *CIJ Recueil*, 1998

CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, fond, arrêt du 1 octobre 2018, *Recueil CIJ*, 2018

CIJ, *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, fond, arrêt du 1 octobre 2018, *Recueil CIJ*, 2018, Opinion dissidente du juge Robinson

CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark)*, arrêt du 20 février 1969, *Recueil CIJ*, 1969

CIJ, *Plateau continental de la mer Egée*, compétence de la Cour, arrêt du 19 décembre 1978, *Recueil CIJ*, 1978

CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 6 novembre 2003, *Recueil CIJ*, 2003

CIJ, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt du 12 décembre 1996, *Recueil CIJ*, 1996, Opinion Individuelle du Juge Higgins

CIJ, *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *Recueil CIJ*, 1966, opinion dissidente du Juge Tanaka

CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *Recueil CIJ*, 2010

### **Avis consultatif**

CIJ, *Admission d'un État aux Nations unies (Charte, art. 4)*, avis consultatif du 28 mai 1948, *Recueil CIJ*, 1948, Opinion dissidente des Juges MM. Basdevant ; Winiarski ; Sir Arnold McNair et M. Read

### **Jurisprudence dans le cadre du GATT de 1947**

*Communauté économique européenne - Restrictions à l'importation de pommes de table - Plainte du Chili*, L/6491 - 36S/93, rapport du Groupe spécial, 22 juin 1989

*Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, L/6253 - 35S/163, rapport du Groupe spécial, 02 mars 1988

*Communauté économique européenne -Restrictions à l'importation de pommes -  
Plainte des États-Unis, L/6513 - 36S/135, rapport du Groupe spécial, 22 juin 1989*

*Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les  
vins et les boissons alcooliques importés, L/6216 - 34S/83, rapport du Groupe spécial,  
10 novembre 1987*

*États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930, L/6439 - 36S/345, rapport du  
Groupe spécial, 07 novembre 1989*

*Communauté européenne - Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur  
des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne, L/5776,  
rapport du Groupe spécial (non adopté), 07 février 1985*

*États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt,  
DS23/R - 39S/206, rapport du Groupe spécial, 19 juin 1992*

*États-Unis - Chapeaux en feutre de poil, GATT/CP/106, Rapport sur le retrait par les  
États-Unis d'une concession tarifaire en application de l'article XIX de l'Accord général  
sur les tarifs douaniers et le commerce, 22 octobre 1951*

*États-Unis - Taxes sur les automobiles, DS31/R, rapport du Groupe spécial (non  
adopté), 11 octobre 1994*

*Canada - Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or, L/5863, rapport du  
Groupe spécial (non adopté),*

*Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes,  
DS10/R - 37S/200, rapport du Groupe spécial, 07 novembre 1990*

*États-Unis - Restrictions à l'importation de thon, DS29/R, rapport du Groupe spécial (  
non adopté), 16 juin 1994*

*CEE - Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges  
de fruits en boîte et raisins secs, L/5778, rapport du Groupe spécial (non adopté), 20  
février 1985*

*Recours de l'Uruguay à l'article XXIII, L/1923 - 11S/95, rapport du Groupe spécial, 16  
novembre 1962*

*Japon - Commerce des semi-conducteurs, L/6309 - 35S/116, rapport du Groupe spécial,  
04 mai 1988*

*Espagne - Mesures concernant la vente d'huile de soja sur le marché intérieur —  
Recours des États-Unis à l'article XXIII:2, L/5142, rapport du Groupe spécial (non  
adopté), 17 juin 1981*

États-Unis - Mesures commerciales affectant le Nicaragua, L/6053, rapport du Groupe spécial (non adopté), 13 octobre 1986

*Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation d'amidon et de fécule de pomme de terre*, W.9/178 - 3S/77, rapport du Groupe spécial (non adopté), 12 février 1955

*États-Unis - Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la dérogation de 1955 et de la note introductive de la Liste de concessions tarifaires*, L/6631 - 37S/228, rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1990

*Les taxes intérieures brésiliennes*, GATT/CP.3/42 - II/181, premier rapport du Groupe spécial, 30 juin 1949

*Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L/5504 - 30S/140, rapport du Groupe spécial, 7 février 1984

*CE - Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136, rapport du Groupe spécial (non adopté), 28 avril 1995

*États-Unis/CEE — Groupe spécial de la volaille*, L/2088 - 12S/65, rapport du Groupe spécial (non adopté) 21 novembre 1963

*CEE - Régime d'importation applicable aux bananes (II)*, DS38/R, rapport du Groupe spécial, non adopté, 11 février 1994

*CEE - Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres (I)*, DS32/R, non adopté, 03 juin 1993

*Communauté économique européenne - Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS/28/R - 39S/91, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1992

*Communauté économique européenne - Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 - 37S/86, rapport du Groupe spécial, 25 janvier 1990

*Pratiques suivies par la France en matière d'impôt sur le revenu*, L/4423 - 23S/137, rapport du Groupe spécial, 07 décembre 1981

*Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, L/833 - 7S/60, rapport du Groupe spécial, 23 octobre 1958

*Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, L/5623 - 31S/94, rapport du Groupe spécial, 16 mai 1984

*Pratiques suivies par les Pays-Bas en matière d'impôt sur le revenu*, L/4425 - 23S/137, rapport du Groupe spécial, 07 décembre 1981

*Nouvelle-Zélande - Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, L/5814 - 32S/55, rapport du Groupe spécial, 20 février 1985

*Norvège — Restrictions à l'importation de certains produits textiles*, L/4959 - 27S/119, rapport du Groupe spécial, 18 juin 1980

*Droits antidumping en Suède*, L/328 - 3S/81, rapport du Groupe spécial, 26 février 1955

*Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT/CP.4/39, II/188, rapport du Groupe spécial, 03 avril 1950

*Régime des importations de sardines en Allemagne*, G/26 - 1S/53, rapport du Groupe spécial, 31 octobre 1992

*Législation fiscale des États-Unis*, L/4422 - 23S/98, rapport du Groupe spécial, 07 décembre 1981

*États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 - 34S/136, rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987

*États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, DS44/R, rapport du Groupe spécial, 04 octobre 1994

## **Organe de règlement des différends de l'OMC**

### **Organe d'appel**

*Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453, rapport de l'Organe d'appel, AB-2015-8, 14 avril 2016

*Argentine - Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121, rapport de l'Organe d'appel, AB-1999-7, 14 décembre 1999, §93

*Brésil - Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332, rapport de l'Organe d'appel, AB-2007-4, 3 décembre 2007

*Canada - Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412, rapport de l'Organe d'appel, AB-2013-1, 6 mai 2013

*Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/7, rapport de l'Organe d'appel, AB1997-2, 30 juin 1997

*Chili - Système des fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207, rapport du Groupe spécial, 3 mai 2002

*Chine - Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363, rapport de l'Organe d'appel, AB-2009-3, 21 décembre 2009

*Chine - Mesures affectant les importations de pièces automobiles, WT/DS339, rapport du Groupe spécial, 18 juillet 2008*

*Colombie - Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures, WT/DS461, rapport de l'Organe d'appel, AB-2016-1, 7 juin 2016*

*Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS62, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-2, 5 juin 1998*

*Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines, WT/DS231, rapport de l'Organe d'appel AB-2002-3, 26 septembre 2002*

*Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-11, 12 mars 2001*

*Communautés européennes - Mesures affectant le commerce des navires de commerce, WT/DS301, rapport du Groupe spécial, 22 Avril 2005*

*Communautés européennes - Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque, WT/DS400, rapports de l'Organe d'appel, AB-2014-1 et AB-2014-2, 22 mai 2014*

*Communautés européennes - Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque, WT/DS400, rapport du Groupe spécial, 25 novembre 2013*

*Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (III), WT/DS27, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-3, 9 septembre 1997*

*Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (III), WT/DS27, rapports de l'Organe d'appel suite au deuxième recours à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord distribué (Equateur-Etats-Unis), AB-2008-8 et AB-2008-9, 26 novembre 2008*

*Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre, WT/DS265, rapport de l'Organe d'appel, AB-2005-2, 28 avril 2005*

*Corée - Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, WT/DS98, rapport de l'Organe d'appel, AB-1999-8, 14 décembre 1999*

*Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161, rapport de l'Organe d'appel, AB-2000-8, 11 décembre 2000*

*Corée - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-7, 18 janvier 1999*

*États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS264, rapport de l'Organe d'appel, AB-2004-2, 11 août 2004

*États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217, rapport de l'Organe d'appel, AB-2002-7, 16 janvier 2003

*États-Unis - Mesure de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS177, rapport du Groupe spécial, 21 décembre 2000

*États-Unis - Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192, rapport de l'Organe d'appel, AB-2001-3, 8 octobre 2001

*États-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-1, 23 mai 1997

*États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285, rapport de l'Organe d'appel, AB-2005-1, 7 avril 2005

*États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, 29 avril 1996

*États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2, rapport du Groupe spécial, 29 janvier 1996

*États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58, rapport de l'Organe d'appel, AB-1998-4, 12 octobre 1998

*États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-3, 10 février 1997

*Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport de l'Organe d'appel, AB-1997-5, 19 décembre 1997

*Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-2, 4 octobre 1996

*Philippines - Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396, rapport de l'Organe d'appel, AB-2011-6, 21 décembre 2011

## **Rapport du Groupe spécial**

*Argentine - Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241, rapport du Groupe spécial, 22 avril 2003

*Argentine - Mesure de sauvegarde définitive à l'importation de pêches en conserve*, WT/DS238, rapport du Groupe spécial, 14 février 2003

*Argentine - Mesures affectant l'importation de marchandises*, WT/DS438, rapport du Groupe spécial, 22 août 2014

*Argentine - Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453, rapport du Groupe spécial, 30 septembre 2015

*Argentine - Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155, rapport du Groupe spécial, 19 décembre 2000

*Brésil - Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472, rapport du Groupe spécial, 30 août 2017

*Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22, rapport du Groupe spécial, 17 octobre 1996

*Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139, rapport du Groupe spécial, 11 février 2000

*Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31, rapport du Groupe spécial, 14 mars 1997

*Chili - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87, rapport du Groupe spécial, 15 juin 1999

*Colombie - Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366, rapport du Groupe spécial, 27 avril 2009

*Communautés européennes - Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, rapport du Groupe spécial, 5 février 1998

*Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000

*Communautés européennes et certains États membres - Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316, rapport du Groupe spécial, 30 juin 2010

*Corée - Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163, rapport du Groupe spécial, Report of the Panel, 1 mai 2000

*Corée - Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75, rapport du Groupe spécial, 17 septembre 1998*

*États-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152, rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999*

*États-Unis - Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO), WT/DS384, rapports finaux du Groupe spécial, 18 novembre 2011*

*États-Unis - Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, WT/DS213, rapport du Groupe spécial, 3 juillet 2002*

*États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, WT/DS217, rapport du Groupe spécial, 16 septembre 2002*

*États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro, WT/DS350, rapport du Groupe spécial, 1 octobre 2008*

*États-Unis - Mesure antidumping visant les crevettes en provenance de l'Équateur, WT/DS335, rapport du Groupe spécial, 30 janvier 2007*

*États-Unis - Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan, WT/DS192, rapport du Groupe spécial, 31 mai 2001*

*États-Unis - Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406, rapport du Groupe spécial, 2 septembre 2011*

*États-Unis - Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique, WT/DS344, rapport du Groupe spécial, 20 décembre 2007*

*États-Unis — Mesures antidumping visant les crevettes en provenance de Thaïlande, WT/DS343, rapport du Groupe spécial, 29 février 2008*

*États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, WT/DS24, rapport du Groupe spécial, 8 novembre 1996*

*États-Unis - Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger", WT/DS108, rapport du Groupe spécial, 8 octobre 1999*

*Guatemala - Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique, WT/DS156, rapport du Groupe spécial, 24 octobre 2000*

*Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50, rapport du Groupe spécial, 5 septembre 1997

*Inde - Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90, rapport du Groupe spécial, 6 avril 1999

*Indonésie - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS64, rapport du Groupe spécial, 2 juillet 1998

*Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, rapport du Groupe spécial, 31 mars 1998

*Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8, rapport du Groupe spécial, 11 juillet 1996

*Pérou - Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, WT/DS457, rapport du Groupe spécial, 27 novembre 2014

*République dominicaine - Mesures de sauvegarde visant les importations de sacs en polypropylène et de tissu tubulaire*, WT/DS415, rapport final du Groupe spécial, 31 janvier 2012

*Russie - Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512, rapport du Groupe spécial, 5 avril 2019

*Russie - Mesures concernant le trafic en transit*, WT/DS512/R/Add.1, rapport du Groupe spécial, 5 avril 2019

## **CIRDI**

*9REN Holding S.a.r.l c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/15, sentence du 31 mai 2019

*Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz et Trevor B. Berkowitz c. Costa Rica*, affaire CIRDI No. UNCT/13/2, sentence provisoire du 25 octobre 2016

*Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz et Trevor B. Berkowitz c. Costa Rica*, affaire CIRDI No. UNCT/13/2, CAFTA-RD Article 10.20.2 Soumission des États-Unis d'Amérique du 17 avril 2015

*Abaclat et al (formerly Giovanna A. Beccara and others) c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011

*ABCI Investments Limited c. Tunisie*, affaire CIRDI No. ARB/04/12, décision sur la compétence du 18 February 2011

*ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, affaire CIRDI No. ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006

*Adel A Hamadi Al Tamimi c. Oman*, affaire CIRDI No. ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015

*ADF Group Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003

*AES Corporation et Tau Power B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI No. ARB/10/16, sentence du 1 novembre 2013

*AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft. c. Hongrie (II)*, affaire CIRDI No. ARB/07/22, sentence du 23 septembre 2010

*Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, affaire CIRDI No. ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010

*Amco c. Indonesia*, affaire CIRDI No. ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984

*Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC et David Fischer c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/12/11, décision sur la compétence du 1 février 2016

*Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. et Antin Energia Termosolar B.V. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/13/31, sentence du 15 juin 2018

*Antoine Goetz et al. c. Burundi (I)*, affaire CIRDI No. ARB/95/3, sentence d'accord parties du 10 février 1999

*Apotex Holdings Inc. et Apotex Inc. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/12/1, sentence du 25 août 2014

*Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/04/5, sentence du 21 novembre 2007

*Ares International S.r.l. et MetalGeo S.r.l. c. Géorgie*, affaire CIRDI No. ARB/05/23, sentence du 26 février 2008

*Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, affaire CIRDI No. ARB/87/3, sentence finale du 27 juin 1990

*AWG Group Ltd. c. Argentine*, affaire CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010

*Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistan*, affaire CIRDI No. ARB/03/29, sentence du 27 août 2009

*BayWa r.e. Renewable Energy GmbH et BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/16, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 2 décembre 2019

*Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, affaire CIRDI No. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017

*Belenergia S.A. c. Italie*, affaire CIRDI No. ARB/15/40, sentence du 6 août 2019

*Bernhard von Pezold et al. c. Zimbabwe*, affaire CIRDI No. ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015

*Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie*, affaire CIRDI No. ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008

*Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier et Michael Stein c. Italie*, affaire CIRDI No. ARB/14/3, sentence du 27 décembre 2016

*Burlington Resources, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI No. ARB/08/5, décision sur la compétence du 2 juin 2010

*Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. Cameroun*, affaire CIRDI No. ARB/15/18, sentence du 22 juin 2017

*Cargill, Incorporated c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/05/2, sentence du 18 septembre 2009

*Cargill, Incorporated c. Pologne*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/04/2, sentence définitive du 29 février 2008

*Cavalum SGPS, S.A. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives concernant le quantum du 31 août 2020

*Cervin Investissements S.A. et Rhone Investissements S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI No. ARB/13/2, sentence du 7 mars 2017

*Churchill Mining et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, affaire CIRDI No. ARB/12/40 et 12/14, sentence du 6 décembre 2016

*CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, affaire Ad hoc, sentence partielle, du 13 septembre 2001

*CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et Compagnie Générale des Eaux) c. Argentine (I)*, affaire CIRDI No. ARB/97/3, sentence No. II du 20 août 2007

*Consortium R.F.C.C. c. Maroc*, affaire CIRDI No. ARB/00/6, sentence du 22 décembre 2003

*Continental Casualty Company c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008

*Crystallex International Corporation c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016

*David Minnotte et Robert Lewis c. Pologne*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/10/1, sentence du 16 mai 2014

*Desert Line Projects LLC c. Yemen*, affaire CIRDI No. ARB/05/17, sentence du 6 février 2008

*Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, affaire CIRDI No. ARB/09/2, sentence du 31 octobre 2012

*Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. Equateur*, affaire CIRDI No. ARB/04/19, sentence du 18 août 2008

*Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, affaire SCC No. 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007

*Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque*, affaire SCC No. 088/2004, opinion partiellement dissidente de Volterra du 12 avril 2007

*EDF (Services) Limited c. Roumanie*, affaire CIRDI No. ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009

*EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/03/23, sentence du 11 juin 2012

*Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/13/36, sentence du 4 mai 2017

*El Paso Energy International Company c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011

*Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI No. ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012

*Electrabel S.A. c. Hongrie*, affaire CIRDI No. ARB/07/19, sentence du 25 novembre 2015

*Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) No. UNCT/14/2, Soumission des États-Unis d'Amérique au titre de l'article 1128 de l'ALENA du 18 mars 2016

*Eli Lilly & Co. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) No. UNCT/14/2, sentence finale du 16 mars 2017

*Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/97/7, sentence du 13 novembre 2000

*Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007

*Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/02/1, sentence du 17 juillet 2006

*Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. et Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, affaire CIRDI No. ARB/13/38, sentence du 14 décembre 2017

*Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines (I)*, affaire CIRDI No. ARB/03/25, sentence du 16 août 2007

*Gemplus, S.A., SLP, S.A., et Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/04/3, sentence du 16 juin 2010

*Getma International et al. c. Guinée (II)*, affaire CIRDI No. ARB/11/29, sentence du 16 août 2016

*Glencore International A.G. et C.I. Prodeco S.A. c. Colombie*, affaire CIRDI No. ARB/16/6, sentence du 27 août 2019

*Global Telecom Holding S.A.E. c. Canada*, affaire CIRDI No. ARB/16/16, sentence du 27 mars 2020

*Gold Reserve Inc. c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014

*Grenada Private Power Limited et WRB Enterprises, Inc. c. Grenade*, affaire CIRDI No. ARB/17/13, sentence du 19 mars 2020

*Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, affaire CIRDI No. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010

*Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. & Alfa El Corporation c. Roumanie*, affaire CIRDI No. ARB/10/13, sentence du 2 mars 2015

*HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/07/31, decision sur la responsabilité du 29 décembre 2014

*Hydro Energy 1 S.à r.l. et Hydroxana Sweden AB c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/42, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 9 mars 2020

*Impregilo S.p.A. c. Argentine (I)*, affaire CIRDI No. ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011

*InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited et al. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/14/12, sentence du 2 août 2019

*Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. et IGB18 Las Rozas, S.L. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/12/17, sentence du 14 août 2015

*Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (II)*, affaire CIRDI No. ARB/14/29, sentence du 5 mars 2020

*Ioan Micula, Viorel Micula et al. c. Roumanie (I)*, affaire CIRDI No. ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013

*Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, affaire CIRDI No. ARB/05/18, sentence du 3 mars 2010

*Joseph Charles Lemire c. Ukraine (I)*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/98/1, sentence d'accord parties du 18 septembre 2000

*Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, affaire CIRDI No. ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010

*Joseph Houben c. Burundi*, affaire CIRDI No. ARB/13/7, sentence du 12 janvier 2016

*Koch Minerals Sàrl et Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/11/19, sentence du 30 octobre 2017

*Krederi Ltd. c. Ukraine*, affaire CIRDI No. ARB/14/17, sentence du 2 juillet 2018

*KT Asia Investment Group B.V. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI No. ARB/09/8, sentence du 17 octobre 2013

*LESI, S.p.A. et Astaldi, S.p.A. c. Algérie*, affaire CIRDI No. ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/02/1, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006

*Lidercón, S.L. c. Pérou*, affaire CIRDI No. ARB/17/9, sentence du 6 mars 2020

*Liman Caspian Oil BV et NCL Dutch Investment BV c. Kazakhstan*, affaire CIRDI No. ARB/07/14, sentence du 22 juin 2010

*Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003

*M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. Equateur*, affaire CIRDI No. ARB/03/6, sentence du 31 juillet 2007

*Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI No. ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015

*Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. Albanie*, affaire CIRDI No. ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, opinion dissidente de Steven A. Hammond

*Marion Unglaube c. Costa Rica*, affaire CIRDI No. ARB/08/1, sentence du 16 mai 2012

*Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002

*Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/14/1, sentence du 16 mai 2018

*Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, affaire CIRDI (règlement CNUDCI) No. UNCT/07/1, sentence du 31 mars 2010

*Metalclad Corporation c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000

*Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/03/5, sentence sur le fond du 6 juin 2008

*Metal-Tech Ltd. c. Ouzbékistan*, affaire CIRDI No. ARB/10/3, sentence du 4 octobre 2013

*Middle East Cement Shipping & Handling Co. c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002

*MNSS B.V. et Recupero Credito Acciaio N.V c. Montenegro*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/12/8, sentence du 4 mai 2016

*Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation et al. c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010

*Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada (I)*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 22 mai 2012

*Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002

*Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie*, affaire CIRDI No. ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013

*MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, affaire CIRDI No. ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004

*Nations Energy, Inc. et al. c. Panama*, affaire CIRDI No. ARB/06/19, sentence du 24 novembre 2010

*Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, affaire CIRDI No. ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005

*Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration & Production Company c. Equateur*, affaire CIRDI No. ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012

*OKO Pankki Oyj et al. c. Estonie*, affaire CIRDI No. ARB/04/6, sentence du 19 novembre 2007

*OperaFund Eco-Invest SICAV PLC et Schwab Holding AG c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/36, sentence du 6 septembre 2019

*Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. c. Algérie*, affaire CIRDI No. ARB/17/1, sentence du 29 avril 2020

*Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI No. ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007.

*Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. Uruguay*, affaire CIRDI No. ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016

*Philippe Gruslin c. Malaisie (II)*, affaire CIRDI No. ARB/99/3, sentence du 27 novembre 2000

*Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, affaire CIRDI No. ARB/06/5, arrêt du 15 avril 2009

*Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, affaire CIRDI No. ARB/03/24, sentence du 27 août 2008

*PSEG Global Inc. et Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c Turquie*, affaire CIRDI No. ARB/02/5, sentence du 19 janvier 2007

*Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg et RSM Production Corporation c. Grenade*, affaire CIRDI No. ARB/10/6, sentence du 10 décembre 2010

*Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala*, affaire CIRDI No. ARB/07/23, sentence du 29 juin 2012

*Reinhard Hans Unglaube c. Costa Rica*, affaire CIRDI No. ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012

*Renée Rose Levy de Levi c. Pérou*, affaire CIRDI No. ARB/10/17, sentence du 26 février 2014

*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/2, sentence du 1 novembre 1999

*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/97/2, sentence du 1 novembre 1999

*Ron Fuchs c. Géorgie*, affaire CIRDI No. ARB/07/15, sentence du 3 mars 2010

*RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/13/30, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 novembre 2018

*RSM Production Corporation c. République Centrafricaine*, affaire CIRDI No. ARB/07/2, décision sur la compétence et la responsabilité du 7 décembre 2010

*Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, affaire CIRDI No. ARB/05/16, sentence du 29 juillet 2008

*Rupert Joseph Binder c. République Tchèque*, affaire Ad hoc, sentence sur la compétence du 6 juin 2007

*RWE Innogy GmbH et RWE Innogy Aersa S.A.U. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/14/34, décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions concernant le quantum du 30 décembre 2019

*Saar Papier Vertriebs GmbH c. Pologne (I)*, affaire CNUDCI, sentence du 16 octobre 1995

*Saba Fakes c. Turquie*, affaire CIRDI No. ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010

*Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/12/13, décision sur la responsabilité et les principes relatifs au quantum du 30 décembre 2016

*Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire CIRDI No. ARB/05/7, sentence du 30 juin 2009

*SAUR International c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité du 6 juin 2012

*Sempra Energy International c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007

*Siemens A.G. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/02/8, sentence du 6 février 2007

*Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. Kirghizistan*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/06/1, sentence du 9 septembre 2009

*SOABI c. Senegal*, affaire CIRDI No. ARB/82/1, sentence du 25 février 1988

*SolEs Badajoz GmbH c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/38, sentence du 31 juillet 2019

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992

*Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire CIRDI No. ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011

*Stadtwerke München GmbH et al. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/1, sentence du 2 décembre 2019

*Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003

*TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, affaire CIRDI No. ARB/10/23, sentence du 19 décembre 2013

*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/09/1, sentence du 21 juillet 2017

*Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, affaire CIRDI No. ARB/12/1, décision sur la compétence et la responsabilité, 10 November 2017

*Theodoros Adamakopoulos, Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos et al. c. Chypre*, affaire CIRDI No. ARB/15/49, decision sur la competence du 7 février 2020

*Total S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010

*Toto Construzioni SpA c. Liban*, affaire CIRDI No. ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012

*UAB E energija (Lituanie) c. Lettonie*, affaire CIRDI No. ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017

*Unión Fenosa Gas, S.A. c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/14/4, sentence du 31 août 2018

*Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire CIRDI No. ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016

*Vestey Group Ltd c. Venezuela*, affaire CIRDI No. ARB/06/4, sentence du 15 avril 2016

*Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, et Atlantic Investment Partners LLC c. Pologne*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/11/3, sentence du 24 novembre 2015

*Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/05/15, sentence du 1 juin 2009

*Waste Management c. Mexique (II)*, affaire CIRDI No. ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004

*Watkins Holdings S.a r.l. et al. c. Espagne*, affaire CIRDI No. ARB/15/44, sentence du 21 janvier 2020

*Wena Hotels Limited c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/98/4, décision du 31 octobre 2005 sur la demande d'interprétation de la sentence arbitrale présentée par Wena Hotels Ltd

*Wena Hotels Limited c. Egypte*, affaire CIRDI No. ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000

## CPA

*A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2017-15, sentence finale du 11 mai 2020

*AES Solar et al. (PV Investors) c. Espagne*, affaire CPA No. 2012-14, sentence définitive du 28 février 2020

*Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2014-01, sentence du 2 mai 2018

*British Caribbean Bank Ltd. c. Belize*, affaire CPA No. 2010-18, sentence du 19 décembre 2014

*CC/Devas (Maurice) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, et Telcom Devas Mauritius Limited c. Inde*, affaire CPA No. 2013-09, sentence sur la compétence et sur le fond du 25 juillet 2016

*Chagos Marine Protected Area Arbitration (Maurice c. Royaume Unie)*, affaire CPA No. 2011-03, sentence du 18 mars 2015

*Consutel Group S.P.A. in liquidazione c. Algérie*, affaire CPA No. 2017-33, sentence finale du 3 février 2020

*Crompton (Chemtura) Corp. c. Canada*, affaire CPA No. 2008-01, sentence du 2 août 2010

*Deutsche Telekom c. Inde*, affaire CPA No. 2014-10, sentence provisoire du 13 décembre 2017

*Dunkeld International Investment Limited c. Belize (I)*, affaire CPA No. 2010-13, sentence du 28 juin 2016

*ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2010-05, sentence finale du 19 septembre 2013

*Flemingo DutyFree Shop Private Limited c. Pologne*, affaire CPA No. 2014-11, sentence du 12 août 2016

*Frontier Petroleum Services Ltd. c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2008-09, sentence finale du 12 novembre 2010

*Hulley Enterprises Ltd. c. Russie*, affaire CPA No. 2005-03/AA226, sentence finale du 18 juillet 2014

*I.C.W. Europe Investments Limited c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2014-22, sentence du 15 mai 2019

*Iberdrola Energía, S.A. c. Guatemala*, affaire CPA No. 2017-41, sentence finale du 24 août 2020

*Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. Indonésie*, affaire CPA No. 2015-40, sentence finale du 29 mars 2019

*Mesa Power Group LLC c. Canada*, affaire CPA No. 2012-17, sentence du 24 mars 2016

*Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Egypte*, affaire CPA No. 2012-07, sentence définitive du 23 décembre 2019

*Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2014-03, sentence finale du 11 octobre 2017

*Murphy Exploration & Production Company – International c. Equateur (II)*, affaire CPA No. 2012-16, sentence partielle définitive du 6 mai 2016, §247

*OAo “Tatneft” c. Ukraine*, affaire CPA No. 2008-8, sentence du 29 juillet 2014

*Pêcheries côtières de l’Atlantique Nord (The North-Atlantic Coast Fisheries Case), Grande Bretagne c. Etats-Unis d’Amérique*, affaire CPA No. 1909-01, sentence du 7 septembre 1910

*Peter A. Allard c. Barbade*, affaire CPA No. 2012-06, sentence du 27 juin 2016

*Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2014-21, sentence du 15 mai 2019

*Russian Claim for Interest on Indemnities (Russie c. Turquie)*, affaire CPA No. 1910-02, sentence du 11 novembre 1912

*Saluka Investments BV (Pays-bas) c. République Tchèque*, affaire CPA, sentence partielle du 17 mars 2006

*South American Silver Limited (Bermudes) c. Bolivia*, affaire CPA No. 2013-15, sentence du 22 novembre 2018

*Ulysseas, Inc. c. Equateur*, affaire CPA No. 2009-19, sentence finale du 12 juin 2012

*Voltaic Network GmbH c. République Tchèque*, affaire CPA No. 2014-20, sentence du 15 mai 2019

*William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton et Bilcon of Delaware, Inc. c. Canada*, affaire CPA No. 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité du 17 mars 2015

*Windstream Energy LLC c. Canada*, affaire CPA No. 2013-22, Soumission des États-Unis d'Amérique au titre de l'article 1128 de l'ALENA du 12 janvier 2016

*Windstream Energy LLC c. Canada*, affaire CPA No. 2013-22, sentence du 27 septembre 2016

## SCC

*Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati et Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazakhstan*, affaire SCC No. 116/2010, sentence du 19 décembre 2013

*CEF Energia BV c. Italie*, affaire SCC No. 2015/158, sentence du 16 janvier 2019

*Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC No. 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016, opinion dissidente de Guido Santiago Tawil

*Charanne B.V. & Construction Investments S.A.R.L. c. Espagne*, affaire SCC No. 062/2012, sentence finale du 21 janvier 2016

*Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., et al. c. Espagne*, affaire SCC No. 2015/150, sentence définitive du 14 novembre 2018

*GPF GP S.à.r.l c. Pologne*, affaire SCC No. 2014/168, sentence définitive du 29 avril 2020

*Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II Italian Portfolio SA c. Italie*, affaire SCC No. V2015/095, sentence du 23 décembre 2018, opinion dissidente de Giorgio Sacerdoti

*Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. Espagne*, affaire SCC No. V2013/153, sentence du 12 juillet 2016

*Iurii Bogdanov et Yulia Bogdanova c. Moldavie (IV)*, affaire SCC No. 091/2012, sentence finale du 16 avril 2013

*Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, affaire SCC No. 064/2008, sentence définitive du 8 juin 2010

*Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tadjikistan*, affaire SCC No. 064/2008, sentence partielle sur la compétence et sur la responsabilité du 2 septembre 2009

*Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Luxembourg), SICAR c. Espagne*, affaire SCC No. 2015/063, sentence finale du 15 février 2018

*Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, affaire SCC No. 118/2001, sentence du 16 décembre 2003

*Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Lettonie*, affaire SCC No. 118/2001, opinion de Thomas Wälde de juin 2003

*SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, affaire SCC No. 132/2016, sentence définitive du 25 mars 2020

*William Nagel c. République Tchèque*, affaire SCC No. 049/2002, sentence finale du 9 septembre 2003

## **LCIA**

*Occidental Exploration & Production Company c. Equateur (I)*, affaire LCIA No. UN3467, sentence du 1 juillet 2004

*EnCana Corporation c. Equateur*, affaire LCIA No. UN3481, sentence du 3 février 2006

## **CNUDCI - UNCITRAL**

*Antoine Biloune et Marine Drive Complex Ltd. c. Ghana Investments Centre et le gouvernement ghanéen*, affaire CNUDCI, sentence du tribunal Ad hoc sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989

*BG Group Plc c. Argentine*, affaire UNCITRAL, sentence finale du 24 décembre 2007

*Gami Investments Inc. c. Mexique*, affaire CNUDCI, sentence du 15 novembre 2004

*Glamis Gold Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 8 juin 2009

*Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et. al. c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI du 12 janvier 2011

*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006

*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, affaire ALENA (règlement CNUDCI), sentence du 26 janvier 2006, opinion individuelle de Thomas Wälde

*Invesmart c. République Tchèque*, affaire Ad hoc (CNUDCI), sentence du 26 juin 2009

*Jan Oostergetel et Theodora Laurentius c. Slovaquie*, affaire Ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 23 avril 2012

*Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, affaire CNUDCI, sentence finale sur la compétence et sur le fond du 3 août 2005

*National Grid PLC c. Argentine*, affaire CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008

*Oxus Gold plc c. Ouzbékistan*, sentence finale du 17 décembre 2015

*Peter Franz Vöcklinghaus c. République Tchèque*, affaire Ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 19 septembre 2011

*Pope & Talbot c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence provisoire du 26 juin 2000

*Pope & Talbot c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence sur le fond (phase 2) du 10 avril 2001

*Ronald S. Lauder c. République Tchèque*, affaire CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001

*S.D. Myers, Inc. c. Canada*, affaire CNUDCI, sentence partielle (fond) du 13 novembre 2000

*White Industries Australia Limited c. Inde*, affaire Ad hoc (CNUDCI), sentence finale du 30 novembre 2011

## CCI

*Bridas S.A.P.I.C., et al, c. Turkménistan et Turkmenneft*, affaire CCI No. 9058/FMS/KGA, sentence partielle du 25 juin 1999

*Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S c. Libye*, affaire CCI No. 21537/ZF/AYZ, sentence du 7 novembre 2018

*G.E. Transport S.P.A. et Athena S.A. c. Albanie*, affaire CCI No. 14403/FM, sentence partielle du 1 octobre 2007

*Olin Holdings Limited c. Libye*, affaire CCI No. 20355/MCP, sentence finale du 25 mai 2018

*Stans Energy Corp. et Kutisay Mining LLC c. Kirghizistan (I)*, affaire MCCI No. A-2013/29, sentence du 30 juin 2014

### **Autres tribunaux arbitraux**

*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, affaire Ad hoc, sentence sur le fond du 9 décembre 1978, RSA Vol. XVIII, pp. 454-493

*Compagnie d'électricité de Varsovie (France c. Pologne)*, affaire Ad hoc, sentence sur le fond du 24 novembre 1932, RSA, Vol. III, pp. 1679-1688

*Jablonsky c. Allemagne*, Affaire du tribunal arbitral de Haute-Silésie No. C22/34, sentence du 24 juin 1936, Vol. 6, No. 99

*Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Company c. Libye*, affaire Ad hoc, sentence du 19 janvier 1977

*The American Independent Oil (AMINOIL) Company c. Kuwait*, affaire Ad hoc, sentence finale du 24 mars 1982

Tribunal arbitral mixte turco-grec, *Aristotelis A. Megalidis c. Turquie*, sentence du 26 juillet 1928, *Recueil des Décisions des Tribunaux Mixtes*, Vol. VII

*Walter Bau c. Thaïlande*, Affaire Ad hoc, sentence du 1 juillet 2009

### **Commissions de réclamations**

*Affaire concernant Maria J. Dennison, administratrice c. Mexique (Affaire Archibald Gracie)*, Commission mixte des réclamations États-Unis – Mexique, décision du Surarbitre, Sir Edward Thornton, du 4 juillet 1868, RSA, Vol. XXIX, pp.149-151

*Affaire Fulda*, Commission mixte des réclamations germano-mexicaine, sentence du 1 janvier 1903 RSA, Vol. X, pp.384-388

*Affaire Sambiaggio*, Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, sentence du 1 janvier 1903, RSA, Vol. X, pp.499-525

Commission des réparations du Traité de Versailles, *Affaire Goldenberg (Allemagne c. Roumanie)*, sentence du 27 septembre 1928, RSA, Vol. II, pp.901-910

Commission mixte des réclamations anglo-mexicaines, *John Gill (Royaume-Uni) c. Mexique*, sentence du 19 mai 1931, RSA, Vol. V, pp. 157-162

Commission mixte des réclamations Etats-Unis – Mexique, *L.F.H. Neer and Pauline Neer (Etats-Unis d'Amérique) c. Mexique*, sentence du 15 octobre 1926, RSA, Vol. IV, pp.60-66

Commission mixte des réclamations Etats-Unis - Mexique, *W. C. Greenstreet, Receiver Of The Burrowes Rapid Transit Company (Etats-Unis) c. Mexique*, sentence du 10 avril 1929, RIAA, Volume IV, 1929, pp. 462-468

Commission mixte des réclamations franco-vénézuéliennes, *Pieri Dominique & Co.*, sentence du 14 août 1905, RSA, Vol. X, 1902, pp.139-159

Commission mixte des réclamations germano-vénézuéliennes, *Affaire Kummerow*, sentence du 1 janvier 1903, RSA, Vol. X, pp.370-380

Commission mixte des réclamations italo-vénézuéliennes, *Heirs of Jean Maninat*, sentence du 31 juillet 1905, RSA, Vol. X, pp. 55-83

*Francisco Mallen (Mexique) c. Etats-Unis d'Amérique*, Commission mixte des réclamations Etats-Unis – Mexique, sentence du 27 avril 1927, RSA, Vol. IV, pp. 173-190

*Santa Gertrudis Jute Mill Company (Ltd.) (Royaume-Uni) c. Mexique*, Commission mixte des réclamations anglo-mexicaines, sentence du 15 février 1930, RSA, Vol. V, pp.108-115

## **Sentences arbitrales interétatiques**

*Affaire Alabama (Etats-Unis d'Amérique c. Royaume-Uni)*, Sentence du Tribunal arbitral constitué en vertu du Traité de Washington conclu le 8 mai 1871, 14 septembre 1872, RSA, Vol. XXIX, pp.125-134

*Affaire relative au différend concernant la souveraineté sur l'île de Bulama, et sur une partie du territoire continental adjacent (Portugal c. Royaume-Uni)*, sentence du 21 avril 1870, RSA, Vol. XXVIII, pp. 131-140

*Company General of the Orinoco Case (Les Etats-Unis d'Amérique c. Venezuela)*, Sentence du 31 juillet 1905, RSA, vol. X, pp. 184-285

*Norwegian Shipowners' Claims (Norvège c. Etats-Unis)*, sentence du Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du compromis signé le 30 juin 1921 entre les Etats-Unis et la Norvège, La Haye, 13 octobre 1922, RSA, Vol. I, pp. 307-346

## **Tribunal irano-américain de réclamations**

*Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates et les Etats-Unis d'Amérique*, affaire No.880, Sentence No. 460-880-2, 29 décembre 1989, IUSCT

*INA Corporation c. Iran*, affaire No. 161, sentence No. 184-161-1, 13 août 1985, IUSCT, opinion individuelle du juge Lagergren

*Mobil Oil Iran Inc. et Mobil Sales and Supply Corporation c. Iran & National Iranian Oil Company*, affaire No.74, sentence partielle No. 311-74/76/81/150-3, 14 juillet 1987, IUSCT

*San Jacinto Eastern Corporation et San Jacinto Service Company c. Iran & National Iranian Oil Company*, affaire No. 76, sentence partielle No. 311-74/76/81/150-3, 14 juillet 1987, IUSCT

## **Commission européenne des droits de l'Homme**

Comm. EDH (Plénière), *A, B, C, et D c. Royaume-Uni*, req. n° 8531/79, décision du 10 mars 1981

Comm. EDH (Plénière), *Ladislav et Aurel Brezny c. Slovaquie*, req. n° 23131/93, décision du 4 mars 1996

Comm. EDH (Plénière), *X c. Allemagne*, req. n° 8410/78, décision du 13 décembre 1979

## **Cour européenne des droits de l'Homme**

CEDH (Chambre), *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n° 7819/77, arrêt du 28 juin 1984

CEDH (Chambre), *Halford c. Royaume-Uni*, req. n° 20605/92, arrêt du 25 juin 1997

CEDH (Chambre), *Pine Valley Development Ltd c. Irlande*, req. n° 12742/87, arrêt du 29 novembre 1991

CEDH (Chambre), *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n° 17849/91, arrêt du 20 novembre 1995

CEDH (Cinquième Section), *Bulves AD c Bulgarie*, req. n° 3991/03, arrêt du 22 janvier 2009

CEDH (Cinquième Section), *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris) c. France*, req. No. 12268/03, arrêt du 23 juillet 2009

CEDH (Cinquième Section), *Peev c. Bulgarie*, req. n° 64209/01, arrêt du 26 juillet 2007

CEDH (Deuxième Section), *BIKIĆ c. Croatie*, req. n° 50101/12, arrêt du 29 mai 2018

CEDH (Deuxième Section), *Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye c. France*, req. n° 49217/99 et 49218/99, arrêt du 22 juillet 2003

CEDH (Deuxième Section), *Di Belmonte c. Italie*, req. n° 72665/01, arrêt du 16 mars 2010

CEDH (Deuxième Section), *Hamer c. Belgique*, req. n° 21821/03, arrêt du 27 novembre 2007

CEDH (Deuxième Section), *Karaman c. Turquie*, req. n° 6489/03, arrêt du 15 janvier 2008

CEDH (Deuxième Section), *Murat Akin c. Turquie*, req. n° 40865/05, arrêt du 09 octobre 2018

CEDH (Deuxième Section), *S.A. Dangeville c. France*, req. n° 36677/97, arrêt du 16 avril 2002

CEDH (Grande Chambre), *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, req. n° 73049/01, arrêt du 11 janvier 2007

CEDH (Grande Chambre), *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt du 22 juin 2004

CEDH (Grande Chambre), *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n° 39665/98 et 40086/98, arrêt du 9 octobre 2003

CEDH (Grande Chambre), *Gratzinger et Gratzingerova c. République Tchèque*, req. n° 39794/98, décision sur la recevabilité du 10 juillet 2002

CEDH (Grande Chambre), *J. Malhous c. République Tchèque*, req. n° 33071/96, décision sur la recevabilité du 13 décembre 2000

CEDH (Grande Chambre), *Kopecky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt du 28 septembre 2004, Opinion Dissidente du Juge Straznicka

CEDH (Grande Chambre), *Kopecky c. Slovaquie*, req. n° 44912/98, arrêt du 28 septembre 2004

CEDH (Grande Chambre), *Oneryildiz c. Turquie*, req. n° 48939/99, arrêt du 30 novembre 2004

CEDH (Grande Chambre), *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, req. n° 42527/98, arrêt du 12 juillet 2001

CEDH (Grande Chambre), *Scoppola c. Italie (No.2)*, req. n° 10249/03, arrêt du 17 septembre 2009

CEDH (Grande Section), *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, arrêt du 15 mars 2018

CEDH (Première Section), *Aon Conseil et Courtage S.A. et Christian de Clarens S.A. c. France*, req. n° 70160/01, arrêt du 25 janvier 2007

CEDH (Première Section), *Lykouvros c. Grèce*, req. n° 33554/03, arrêt du 15 juin 2006

CEDH (Première Section), *Malysh et autres c. Russie*, req. n° 30280/03, arrêt du 11 février 2010

CEDH (Première Section), *OA O Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, req. n° 14902/04, arrêt du 20 septembre 2011

CEDH (Première Section), *Paschalidis, Koutemeris et Zaharakis c. Grèce*, reqs. n° 27863/05, 28028/05, 28422/05, arrêt du 10 avril 2008

CEDH (Première Section), *Yuriy Lobanov c. Russie*, req. n° 15578/03, arrêt du 2 décembre 2010

CEDH (Quatrième section), *Jokela c. Finlande*, req. n° 28856/95, arrêt du 21 mai 2002

CEDH (Quatrième Section), *M.A. et autres c. Finlande*, req. n° 27793/95, décision sur la recevabilité du 10 juin 2003

CEDH (Quatrième Section), *Stretch c. Royaume-Uni*, req. n° 44277/98, arrêt du 24 juin 2003

CEDH (Troisième Section), *Stere et autres c. Roumanie*, req. n° 25632/02, arrêt du 23 février 2006

CEDH (Troisième Section), *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004

CEDH, (Première Section), *Ouzounis et autres c. Grèce*, req. n° 49144/99, arrêt du 18 avril 2002

### **Cour de justice des Communautés européennes (avant 2009) / Cour de justice de l'Union européenne (après 2009)**

CE, *Régime d'aide mis en œuvre par la Belgique en faveur des centres de coordination établis en Belgique et modifiant la décision 2003/757/CE*, affaire C(2007) 5416, décision du 13 novembre 2007, *Rec. OJ L 90, 2.4.2008*

CJCE, *Affish BV c. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, affaire C-183/95, arrêt du 17 juillet 1997, *Rec. 1997 I-04315*

CJCE, *Alexandros Kefalas e.a. c. Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, affaire C-367/96, arrêt du 12 mai 1998, *Rec. 1998 I-02843*

CJCE, *Belgique et Forum 187 c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-182/03 et C-217/03, arrêt du 22 juin 2006, *Rec. 2006 I-05479*

CJCE, *Belgocodex SA c. Etat belge*, affaire C-381/97, arrêt du 3 décembre 1998, *Rec. 1998 I-08153*

CJCE, *Deufil GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, affaire 310/85, 24 février 1987, *Rec. 1987-00901*

CJCE, *Di Lenardo Adriano Srl et Dillexport Srl c. Ministero del Commercio con l'Estero*, affaires jointes C-37/02 et C-38/02, arrêt du 15 juillet 2004, *Rec. 2004 I-06911*.

CJCE, *Dionysios Diamantis contre Elliniko Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, affaire C-373/97, arrêt du 23 mars 2000, *Rec. 2000 I-01705*

CJCE, *Elmeka NE c. Ypourgos Oikonomikon*, affaires jointes C-181/04 à C-183/04, arrêt du 14 septembre 2006, *Rec. 2006 I-08167*

CJCE, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire C-110/99, arrêt du 14 décembre 2000, *Rec. 2000 I-11569*

CJCE, *Finanzamt Goslar c. Brigitte Breitsohl*, affaire C-400/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04321*

CJCE, *Finanzamt Sulingen c. Walter Sudholz*, Affaire C-17/01, arrêt du 29 avril 2004, *Rec. 2004 I-04243*

CJCE, *Firma Anton Dürbeck c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, affaire C-112/80, arrêt du 5 mai 1981, *Rec. 1981 -01095*

CJCE, *Firma Schwarzwaldmilch GmbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette*, affaire C-4/68, arrêt du 11 juillet 1968, *Rec. 1968 00549*

CJCE, *General Milk Products GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire C-8/92, arrêt du 3 mars 1993, *Rec. 1993 I-00779*

CJCE, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commission des Communautés européennes*, affaire 112/77, arrêt du 3 mai 1978, *Rec. 1978 -01019*

CJCE, *Grundstückgemeinschaft Schloßstraße GbR c. Finanzamt Paderborn*, affaire C-396/98, arrêt du 8 juin 2000, *Rec. 2000 I-04279*

CJCE, *I/S Fini H c. Skatteministeriet*, affaire C-32/03, arrêt du 3 mars 2005, *Rec. 2005 I-01599*

CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire 11-70, arrêt du 17 décembre 1970, *Rec. 1970 -01125*

CJCE, *J. M. Mulder et autres et Otto Heinemann c. Conseil des Communautés européennes et Commission des Communautés européennes*, affaires Jointes C 104/89 et C 37/90, arrêt du 27 janvier 2000, *Rec. 2000 I-00203*

CJCE, *Johann Lührs c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire 78/77, arrêt du 1 février 1978, *Rec. 1978-00169*

CJCE, *Land Rheinland-Pfalz Deutschland c. Alcan Deutschland GmbH*, affaire C-24/95, arrêt du 20 mars 1997, *Rec. 1997 I-01591*

CJCE, *Marks & Spencer c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-62/00, arrêt du 11 juillet 2002, *Rec. 2002 I-06325*

CJCE, *Mulder c. Ministre de l'Agriculture et de la pêche*, affaire 120/86, arrêt du 28 avril 1988, *Rec. 1988-02321*

CJCE, *Pesquerias De Bermeo SA et Naviera Laida SA c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-258/90 et C-259/90, arrêt du 7 mai 1992, *Rec. 1992 I-2901*

CJCE, *Peter Cremer c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, affaire C-125/76, 11 octobre 1977, *Rec. 1977 -01593*

CJCE, *Rijn-Schelde-Verolme (RSV) Machinefabrieken en Scheepswerven NV c. Commission des Communautés européennes*, affaire 223/85, arrêt du 24 novembre 1987, *Rec. 1987-04617*

CJCE, *Royaume d'Espagne c. Conseil de l'Union Européenne*, affaire No. C-310/04, arrêt du 7 septembre 2006, *Rec. 2006 I-07285*

CJCE, *Royaume des Pays-Bas c. Commission des Communautés européennes*, affaire C-326/85, arrêt du 15 décembre 1987, *Rec. 1987 -05091*

CJCE, *Royaume des Pays-Bas c. Conseil de l'Union européenne*, affaire C-301/97, arrêt du 22 novembre 2001, *Rec. 2001 I-08853*

CJCE, *Royaume d'Espagne contre Conseil de l'Union européenne*, affaire C-284/94, arrêt du 19 novembre 1998, *Rec. 1998 I-07309*

CJCE, *SpA Alois Lageder et autres c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, affaires jointes C 31/91 et C 44/91, arrêt du 1er avril 1993, *Rec. 1993 I-01761*

CJCE, *Tomadini c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, affaire 84/78, arrêt du 16 mai 1979, *Rec.1979-01801*

CJCE, *Vassilis Mavridis c. Parlement européen*, affaire C-289/81, arrêt du 19 mai 1983, *Rec. 1983-01731*

CJUE, *Administratīvā rajona tiesa c. Ministru kabinets*, affaire C-120/17, arrêt du 7 août 2018, *Rec. général*

CJUE, *Agrargenossenschaft Neuzelle eG c. Landrat des Landkreises Oder-Spree*, affaire C-545/11, arrêt du 14 mars 2013, *Rec. général*

CJUE, *Agroferm A/S c. Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, affaire C-568/11, arrêt du 20 juin 2013, *Rec. général*

CJUE, *BUPA Hospitals Ltd et Goldsbrough Developments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-419/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01685*

CJUE, *Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. GMAC UK plc*, affaire C-589/12, arrêt du 3 septembre 2014, *Rec. général*

CJUE, *Enel Maritsa Iztok 3 AD c. Direktor «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» NAP*, affaire C-107/10, arrêt du 12 mai 2011, *Rec. 2011 I-03873*

CJUE, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen c. Agrarmarkt Austria*, affaire C-516/16, arrêt du 20 décembre 2017, *Rec. général*

CJUE, *France Télécom SA c. Commission européenne*, affaire C-81/10, arrêt du 8 décembre 2011, *Rec. 2011 I-12899*

CJUE, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd et County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-255/02, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01609*

CJUE, *Județul Neamț et Județul Bacău c. Ministerul Dezvoltării Regionale și Administrației Publice*, affaires jointes C-260/14 et C-261/14, arrêt du 26 mai 2016, *Rec. général*

CJUE, *Kahla Thüringen Porzellan c. Commission Européenne*, affaire C-537/08 P, arrêt du 16 décembre 2010, *Rec. 2010 I-12917*

CJUE, *Masdar (UK) Ltd c. Commission des Communautés Européennes*, affaire C-47/07P, arrêt du 16 décembre 2008, *Rec. ECR I-9761*

CJUE, *Plantanol GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, affaire No. C-201/08, arrêt du 10 septembre 2009, *Rec. ECR I-8343*

CJUE, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, affaire C-5/16, arrêt du 21 juin 2018, *Rec. général* [non encore publié]

CJUE, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, affaire C-284/16, arrêt du 6 mars 2018, *Rec. général*

CJUE, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, affaire 283/81, arrêt du 6 octobre 1982, *Rec. 1982 -03415*

CJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c. RBS Deutschland Holdings GmbH*, affaire C-277/09, arrêt du 22 décembre 2010, *Rec. 2010 I-13805*

CJUE, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs contre Weald Leasing Ltd.*, affaire C-103/09, arrêt du 22 décembre 2010, *Rec. 2010 I-13589*

CJUE, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise*, affaire C-223/03, arrêt du 21 février 2006, *Rec. 2006 I-01751*

TJUE, *d.d. Synergy Hellas Anonymi Emporiki Etaireia Parochis Ypiresion Pliroforikis c. Commission européenne*, affaire T-106/13, arrêt du 18 novembre 2015, *Rec. général* [non encore publié]

TPI, *République de Pologne c. Commission européenne*, affaire T-290/12, arrêt du 22 avril 2015, *Rec. général*

TPI, *République hellénique c. Commission des Communautés européennes*, affaire No. T-231/04, arrêt du 17 janvier 2007, *Rec. 2007 II-00063*

TPICE, *Alpharma Inc c. Conseil de l'Union européenne*, affaire No. T-70/99, arrêt du 11 septembre 2002, *Rec. 2002 II-03495*

TPICE, *G c. Commission des Communautés européennes*, Affaire T-199/01, arrêt du 7 novembre 2002, *Rec. 2002 FP-I-A-00217 ; FP-II-01085*

TPICE, *Koninklijke Friesland Foods NV c. Commission des Communautés européennes*, affaire T-348/03, arrêt du 12 septembre 2007, *Rec. 2007 II-00101*

TPICE, *Opel Austria c. Conseil de l'Union Européenne*, affaire T-115/94, arrêt du 22 janvier 1997, *Rec. 1997 II-00039*

## Juridictions nationales

### i. Juridictions anglaises

*Abdi & Nadarajah c. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1363

*R (Bibi) c. Newham LBC (No.1)* [2001] EWCA Civ 607; [2002] 1 WLR 237

*R (Davies) c. HMRC, R (Gaines-Cooper) c. HMRC* [2011] UKSC 47

*R (Niazi) c. Secretary of State for the Home Department; R (Bhatt Murphy (A Firm) and Others c. Independent Assessor*, [2008] EWCA Civ 755, WL 2596087

*R (on the application of Aozora GMAC Investment Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners Court of Appeal (Civil Division)* [2019] EWCA Civ 1643

*R c. Inland Revenue Commissioners, ex parte MFK Underwriting Agents Ltd* [1990] 1 WLR 1545

*R c. Secretary of State for Health, ex p US Tobacco International Inc*, [1992] QB 353

*R c. Torbay Borough Council, Ex p Cleasby* [1991] COD 142

*R. (Alansi) c. Newham London Borough Council* [2013] EWHC 3722

*R. (Drax Power Ltd and another) c. HM Treasury and another* [2016] EWCA Civ 1030

*R. (on the application of Veolia ES Landfill Ltd) c. Revenue and Customs Commissioners*, [2016] EWHC 1880

*R. c. Attorney-General, ex parte Imperial Chemical Industries Plc.*, [1985] BTC 8055

*R. c. Brent LBC ex parte Gunning* [1985] 84 LGR 168

*R. c. British Coal Corp ex parte Vardy* [1993] ICR 720

*R. c. Devon County Council, ex parte Baker* [1995] 1 All ER 73

*R. c. Home Secretary, ex parte Hargreaves* [1997] 1 WLR 906

*R. c. IRC ex parte Unilever Plc* [1996] STC 681

*R. c. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [1999] EWCA Civ 1871, [2001] Q.B. 213, Court of Appeal (England and Wales)

*R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Asif Mahmood Khan* [1984] 1 WLR 1337

*R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Ruddock* [1987] 1 WLR 1482

*Rowland c. Environment Agency* [2003] EWCA Civ 1885; [2005] Ch. 1

*Solar Century Holdings Ltd c. Secretary of State for Energy and Climate Change* [2014] WL 5599571

*Vestey c. Inland Revenue Commissioners* [1980] A.C. 1148

## ii. Juridictions argentines

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, sala 4<sup>a</sup>, Causa: 5.242/97, arrêt du 03 juillet 2001, *Bendimir, Jorge Pablo v. E.N. (M° de Economía)*

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, sala 4<sup>a</sup>, Causa: 11.265/2000, arrêt du 5 juillet 2001, *Lagos Alcaino, María Teresa y otros v. Universidad de Buenos Aires (Resol. Cs 938/98)*

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, causa N° 46/85 A, arrêt du 11 août 2009, *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años*

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa No. B 64.343, arrêt du 24 août 2011, *Vaccaro Hnos S.A.I.C. c/ Provincia de Buenos Aires*, p.26

## iii. Juridictions françaises

Conseil constitutionnel, décision No.2013-682 DC du 19 décembre 2013, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*

Conseil constitutionnel, QPC No. 2014-435 du 5 décembre 2014, *Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus*

Conseil constitutionnel, QPC n° 2015-475 du 17 juillet 2015, *Règles de déduction des moins-values de cession de titres de participation - Modalités d'application*

Conseil d'État, assemblée, 11 juillet 2001, No. 219494, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres*

Conseil d'État, assemblée, 24 mars 2006, No. 288460, *Société KPMG*, Recueil Lebon CAA Paris, Assemblée Plénière, 25 mars 2010, No. 08PA03658, *SARL À La Frégate*, RJJF 7/10

Conseil d'Etat, 3<sup>ème</sup> - 8<sup>ème</sup> - 9<sup>ème</sup> - 10<sup>ème</sup> sous-sections, contentieux, 9 mai 2012, No.308996, *Min. c. société EPI*, Recueil Lebon

Conseil d'État, 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> Sous-sections réunies, 07 juillet 2010, No. 329897, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Recueil Lebon

Conseil d'État, 5<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> Sous-Sections réunies, contentieux, 12 décembre 2003, No. 243430, *Syndicat des commissaires et des hauts fonctionnaires de la police nationale*, Recueil Lebon

Conseil d'Etat, 5<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> Sous-sections réunies, 4 octobre 1999, No. 142377, *Syndicat des copropriétaires du 14-16 Bd Flandrin*, Recueil Lebon

Conseil d'Etat, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sous-sections, contentieux, 19 novembre 2008, No. 292948, *Sté Gétécom*, Recueil Lebon, Consulté le 02 août 2019

Conseil d'Etat, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> sous-sections, contentieux, 21 octobre 2011, No.314768, *Société Mécanique Automobile de l'Est*, Recueil Lebon

Conseil d'Etat, contentieux, 30 mars 1916, No. 59928, *Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux*, Recueil Lebon

Conseil d'Etat, contentieux, 9 mai 2001, No. 211162, 6/4 SSR, Recueil Lebon

Conseil d'Etat, 18 octobre 1957, Bouveret, Recueil 542 (sur les promesses non tenues)

Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 11 mars 1997, No. 95-16.853, *Cassation partielle sans renvoi*

Cour d'appel Paris, 5<sup>ème</sup> Chambre, Section A, 16 décembre 1998, No. 1997/07313, *Société Première Music Group c. Garzon*, Bull. Joly Sociétés 1999

Cour d'appel de Douai, 1<sup>ère</sup> Chambre, Section 1, 28 juin 2018, No.17/03672

#### **iv. Juridictions vénézuéliennes**

Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, arrêt No. 5082, 15 décembre 2005, *Rafael José Flores Jiménez*

Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, arrêt No. 3180, 15 décembre 2004, *Tecnoagrícola Los Pinos Tecpica, C.A*

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, arrêt No. 956, 1 juin 2001, *Fran Valero*

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, arrêt No. 00403, 14 avril 2016, *Inversiones 221822, C.A.*

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, arrêt No. 00401, 19 mars 2004, *Servicios La Puerta, S.A*

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político-Administrativa, arrêt No. 00002, 25 janvier 2017, *Play/VBC Comunicación creativa*

## v. Juridictions colombiennes

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 02 février 2012, arrêt 2007-00115 (17883) (C.P. William Giraldo Giraldo), *Almacenes Éxito S.A. c. Secretaría de Hacienda Distrital*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2005, arrêt No. 11001-03-27-000-2003-00080-01 (14130) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Martin Acero Salazar c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 03 août 2006, arrêt No. 11001-03-27-000-2004-00077-00 (14897) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa), *Carlos Alberto Bernal Botero c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 24 mai 2012, arrêt No. 05001-23-31-000-2003-00421-01 (18768) (C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia), *Laboratorios Ecar Ltda. c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 28 mai 2015, arrêt No. 13001-23-33-000-2012-00026-01 (20318) (C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez), *Unión de Droguistas S.A. c. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 18 février 2000, arrêt No. 25000-23-31-000-2000-09502-01(AC) (C.P. Delio Gómez Leyva), *Acción de Tutela incoada contra el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, el Secretario de Gobierno del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Alcalde Menor de la localidad de Santafé y el Gerente del Fondo de Ventas Populares*

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 02 octobre 2002, arrêt No. 25000-23-27-000-2001-0274-01(13265) (M.P. Juan Angel Palacio Hincapié), *Auto Union S.A. c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*

Corte constitucional de Colombia, 03 octobre 2007, arrêt C-809/07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), *Demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 1111 de 2006 por vicios de forma et al.*

Corte constitucional de Colombia, 10 octobre 2012, arrêt C-785/12, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la ley 1430 de 2010*

Corte constitucional de Colombia, 12 juin 2012, arrêt T-437/12 (M.P. Adriana Maria Guillén Arango), *Acción de tutela instaurada por Eliseo Santa Vargas c. Secretaría de Gobierno de Ibagué y la Secretaría de Espacio Público y Control Urbano de Ibagué*

Corte constitucional de Colombia, 14 novembre 2018, arrêt C-119/18 (M.P.: Alejandro Linares Cantillo), *Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 3° del artículo 100 de la Ley 1819 de 2016*

Corte Constitucional de Colombia, 15 août 2002, arrêt T-660/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *Acción de tutela promovida por Nicéforo Gallego Trujillo contra Francisco Policarpo Ortiz Ordóñez, Presidente de la “Asociación de Auxiliares Tributarios Plaza de Cayzedo” –Atribucay- de Santiago de Cali, Valle*

Corte constitucional de Colombia, 18 décembre 2003, arrêt T-807/03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), *Acción de tutela instaurada por Benigno Hernán Díaz Cárdenas, et al. contra la Escuela Superior de Administración Pública*

Corte constitucional de Colombia, 19 février 2004, arrêt C-131/04 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002*

Corte constitucional de Colombia, 23 janvier 2002, arrêt C-007/02, (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), *demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 58 de la Ley 633 de 2000*

Corte Constitucional de Colombia, 24 janvier 2000, arrêt T-020/00 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo), *Acción de tutela instaurada por Ivan Mancera Prieto contra la Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera*

Corte constitucional de Colombia, 29 août 2018, arrêt No. C-083/18 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 99 de la Ley 1819 de 2016*

Corte Constitucional de Colombia, 30 novembre 2015, arrêt T-736/15, (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), *Acción de tutela instaurada por Jannet Martínez contra la Alcaldía de Yopal, el Concejo Municipal de Yopal y la Inspección Tercera de Policía de Yopal.*

Corte constitucional de Colombia, 4 juillet 2017, arrêt T-424/17 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), *Acción de tutela interpuesta por la ciudadana Ángela Patricia Herrera Colorado contra el municipio de Caldas (Antioquia)*

Corte constitucional de Colombia, 4 juillet 2017, arrêt T-424/17 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), *Ángela Patricia Herrera Colorado contra el municipio de Caldas (Antioquia).*

Corte constitucional de Colombia, 4 mai 1999, arrêt T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), *Tutela contra Sociedad de Economía Mixta*

Corte Constitucional de Colombia, 9 septembre 2001, arrêt T-961/01, (M.P. Gerardo Monroy Cabra), *Isaura Gamarra c. la Alcaldía y la Secretaría de Salud del municipio de Soledad*

#### **vi. Juridictions américaines**

*Carpenter c. Wabash R. Co.*, 309 U. S. 23 (1940)

*Fleming c. Rhodes*, 331 U. S. 100 (1947)

*Home Bldg. & Loan Assn. c. Blaisdell*, 290 U. S. 398 (1934)

*Louisville & Nashville R. Co. c. Mottley*, 219 U. S. 467 (1911)

*Norman c. Baltimore & Ohio R. Co.*, 294 U. S. 240 (1935)

*Penn Central Transportation Company et al. c. New York City et al.*, 438 U.S. 104 (1978)

*Pennsylvania Coal Co. c. Mahon et al.*, 260 U.S. 393 (1922)

*United States c. Percheman*, 32 (7 Pet.) U.S. 51 (1832)

#### **vii. Juridictions mexicaines**

Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito de Mexico, 14 janvier 2016, Amparo en revisión 389/2014, *Moda Rapsodia, S.A. de C.V. y otras*, (M.P. Urbano Martínez Hernández).

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito de México, 7 février 2013, Amparo directo 241/2012-II, *Promotora Leo, S.A. de C.V.*, (M.P. José Elías Gallegos Benítez).

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 8 février 2015, Amparo en revisión 670/2015, *Bachoco, S.A. de C.V.*, (M.P. José Fernando Franco González Salas)

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda sala), 5 octobre 2016, Amparo en revisión 894/2015. *Aguilares, S. de P.R. de R.L. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas)

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 8 février 2017, Amparo en revisión 914/2015. *Granjas Ojai, S.A. de C.V. y otra*, (M.P. José Fernando Franco González Salas)

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 27 juin 2017, *Amparo en revisión No. 355/2016*, (M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea), p.53

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 20 septembre 2017, *Amparo en revisión No. 787/2016*, (M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea)

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Segunda Sala), 22 juin 2016, *Amparo en Revisión 101/2016*, M.P. Alberto Pérez Dayán

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Primera Sala), 14 avril 2016, *Amparo en revisión No. 57/2016* (M.P. Sergio Urzúa Hernández),

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Contradicción de tesis 96/2015: 2a./J. 57/2016 (10a.) (2011841)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, Tomo II, juin 2016, p. 1067

### **Jurisprudence**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Contradicción de tesis 20/2015: 2a./J.139/2015 (10a.) de la Segunda sala* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 25, Tomo I, décembre 2015, p.361

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis aislada I.11.o.A.2 A (2011717)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 30, Tomo IV, mai 2016, p.2781

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis aislada IV.2o.A.41 A (10a.) (2003700)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 20, Tomo III, mai 2013, p.2028

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis 2ª XXXVIII/2017 (10ª) de la Segunda Sala (2013882)* », *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 40, Tomo II, mars 2017, p.1385

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis 2a./J. 103/2018 (10a.) (2018050)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 59, Tomo I, octobre 2018, p.847

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis 2a./J. 4/2020 (10a.) (2021455)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 74, Tomo I, janvier 2020, p.869

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN DE MÉXICO, « *Tesis aislada 2a. XXXIX/2017 (10a.)* », *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 40, Tomo II, mars 2017

### **viii. Autres juridictions**

Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica (Sección II), 16 septembre 2013, *sentence No. 84-2013*

Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica (Sección II), 22 juillet 2005, *sentence No. 330-2005*

Tribunal constitucional de Peru (Pleno jurisdiccional), 14 juin 2011, *sentence N° 000011-2010-PI/TC, Fundamento de Voto (opinion individuelle) del Magistrado Eto Cruz*

## IV. TRAITES ET LOIS

### Traités / conventions

*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

Charte des Nations Unies, signé à San Francisco, le 26 juin 1945, P-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Les grands textes du droit international public*, 8<sup>ème</sup> Edition, Paris, Dalloz, 2012, pp. 1-27

*Convention ayant comme objectif l'établissement d'une Commission Mixte ayant comme mission le règlement des différends intervenus après le 2 février 1848 entre les nationaux d'un Etat et les autorités de l'autre Etat*, signé le 4 juillet 1868 15 Stat. 679, Treaty Series 212 ; remplacée par la convention conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique le 8 septembre 1923, 43 Stat. 1730, Treaty Series 678

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, signé à Vienne le 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155, vol. 18232, p. 331

*Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités*, signé à New York le 10 décembre 2014, entré en vigueur le 18 octobre 2017, RTNU, No 54749

*Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée à Paris le 8 novembre 1993, adoptée par décret n° 95-1236 du 16 novembre 1995 publiée dans le JO du 23 novembre 1995

*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950, R.T.N.U., vol. 213, no 2889, p. 223

OMC, *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1.2, Accord sur les obstacles techniques au commerce*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1B, *Accord général sur le commerce des services (AGCS)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2, *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*, signé à Marrakech le 15 avril 1994, RTNU, vol. 1867-1869

Pacte de la Société des Nations signé à Versailles, le 28 avril 1919, H. TRIEPEL, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international - Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3<sup>ème</sup> série, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, p. 331

*Protocole n°1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signé à Paris le 20 mars 1952, entré en vigueur le 18 mai 1954, R.T.N.U., vol. 213, no 2889, p. 263

*Statut de la Cour Internationale de Justice*, signé à San Francisco le 24 octobre 1945, R.T. Can. 1945 No. 7

*Statuts du Fonds Monétaire International* signé à Washington le 27 décembre 1945, entré en vigueur ce même jour, RTNU, vol.2, No.20(a), pp.40-133

*Traité instituant la Communauté européenne publié dans le Journal officiel No. C 235 du 24 décembre 2002*, pp.0033-0184

*Traité sur la Charte de l'énergie*, signé à Lisbonne, le 17 décembre 1994, RTNU, vol. 2080

*Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, 2012/C 326/01, Publié dans Journal officiel n° C326 du 26 octobre 2012 p. 0001 – 0390

### **Traités bilatéraux d'investissements (TBI) et Traités d'amitié, de commerce et de navigation (TACN)**

*Agreement Between Canada and the Republic of Cameroon for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Toronto, le 03 avril 2014, entré en vigueur le 16 décembre 2016, Oxford University Press, ref. IC-BT 1717 (2014)

*Agreement between Canada and the republic of Peru for the promotion and protection of investments*, signé à Hanoi le 14 novembre 2006, entré en vigueur le 20 juin 2007, Oxford University Press, ref. IC-BT 014 (2006)

*Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Belgrade, le 01 septembre 2014, entré en vigueur le 27 avril 2015, Oxford University Press, ref. IC-BT 1731 (2014)

*Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the promotion and protection of investments*, signé à Ottawa le 12 juin 2018, entré en vigueur le 23 août 2019, site CNUCED.

*Agreement between the Government of the Republic of India and the government of the republic of Senegal for the promotion and protection of investments*, signé le 3 juillet 2008, entrée en vigueur le 17 octobre 2009

*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of Belize for the Promotion and Protection of Investments*, signé à Belmopan le 30 avril 1982, entré en vigueur le 20 avril 1982, HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE, Treaty series: Belize, Vol. No.33, 1982

*Agreement between the Government of the Republic of Belarus and the Government of Hungary for the promotion and the reciprocal protection of investments*, signé à Minsk le 14 janvier 2019, entré en vigueur le 28 septembre 2019

*Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Armenia for the promotion and the reciprocal protection of investments*, signé à Erevan le 19 octobre 2018, entré en vigueur le 03 octobre 2019

*Agreement between the Republic of Turkey and the Federal democratic republic of Ethiopia concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, signé à Addis Ababa, le 16 novembre 2000, entré en vigueur le 10 mars 2005, publié dans le journal officiel turque 'Gazette' No. 25749

*Agreement on Investment under the Framework Agreement establishing a Free Trade Area between the Republic of Turkey and the Republic of Korea*, signé à Seoul le 26 février 2015, entré en vigueur le 01 août 2018, en ligne, site du Ministère du Commerce turque.

*Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, signé à Téhéran le 19 janvier 2016, entré en vigueur le 30 août 2017, Oxford University Press, ref. IC-BT 1868 (2016)

*Agreement on reciprocal promotion and protection of investment between the government of the People's republic of China and the government of the Islamic republic of Iran*, signé à Beijing le 22 juin 2000, entré en vigueur le 1 juillet 2005, Oxford University Press, ref. IC-BT 507 (2000)

*Bilateral Investment Treaty Investment Between the Chad and Italy*, signé le 11 juin 1969, entré en vigueur le 11 juin 1969

*Hawaiian-American Treaty of Friendship, Commerce and Navigation*, signé à Washington, le 20 décembre 1849, entré en vigueur le 24 août 1850, J. HASWELL et le DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ETATS-UNIS, *Treaties And Conventions Concluded Between the United States of America And Other Powers Since July 4, 1776*, Washington, *Government Print. Off.*, 1889, p.540

*Investment agreement between the government of Australia and the government of the Hong Kong special administrative region of the People's republic of China*, signé à Sydney le 26 mars 2019, entré en vigueur le 17 janvier 2020

*Investment Agreement Between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile*, signé à Lima le 18 novembre 2016, entré en vigueur le 17 juin 2019

*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*, signé à Denver le 1 juillet 1995, entré en vigueur le 11 juillet 2001, approuvé par Décret No. 207-98, publié dans le Journal officiel de la République du Honduras "La Gaceta" No. 29339 du 28 novembre 2011

*Treaty between the United States of America and the oriental republic of Uruguay concerning the encouragement and reciprocal protection of investment*, signé à Mar del Plata le 04 novembre 2005, entré en vigueur le 31 octobre 2006

*Treaty between the United States of America and the republic of Senegal concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, signé à Washington le 6 décembre 1983, entré en vigueur le 25 octobre 1990, DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ETATS-UNIS, *Treaties and other international acts series*, Vol. 90-1025, 1990

*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol) between the United States of America and Nicaragua*, signé à Managua le 21 janvier 1956, RTNU vol.367

*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation Between the United States of America and the Republic of Honduras* signé à Comayagua, le 4 juillet 1864, entré en vigueur le 30 mai 1865, J. HASWELL et le DÉPARTEMENT D'ÉTAT DES ETATS-UNIS, *Treaties And Conventions Concluded Between the United States of America And Other Powers Since July 4, 1776*, Washington, *Government Print. Off.*, 1889, p.566

### **Accords de libre-échange**

*Accord Canada-États-Unis-Mexique (USMCA)*, signé à Buenos Aires le 30 novembre 2018, adoptée par décret (Implementation Act) n° 116-113 [H.R.5430] du 9 janvier 2020

*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1 janvier 1994, 32 I.L.M 289 (1993).

*Accord économique et commercial global (Comprehensive Economic and Trade Agreement)*, signé à Bruxelles, le 30 octobre 2016, adopté par décret (Implementation Act) [S.C. 2017 c. 6] du 16 mai 2017, application provisoire le 21 septembre 2017

*Agreement to Amend the Singapore-Australia Free Trade Agreement*, signé à Canberra le 13 octobre 2016, entré en vigueur le 1 décembre 2017

*Free Trade Agreement between Chili and the United States of America*, Annex 10-A, signé à Miami, le 6 juin 2003, adoptée par décret (Implementation Act) n° 108-77 [H.R. 2738] du 3 septembre 2003

*New Zealand–China Free Trade Agreement*, signé à Beijing le 7 avril 2008, entré en vigueur le 1 octobre 2008.

## **Lois**

### **i. France**

*Code Civil*, 120<sup>ème</sup> Edition, Xavier HENRY; Pascal ANCEL et al. (Eds.) Paris, Dalloz, 2020

*Code Général des Impôts*, 29<sup>ème</sup> Edition, Gérard ZAQUIN (Eds.), Paris, Dalloz, 2020

### **ii. Venezuela**

*Civil*, publiée dans la ‘Gaceta Oficial de la República de Venezuela’ No. 2990 du 26 juillet 1982

*Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo*, publiée dans la ‘Gaceta Oficial de la República de Venezuela’ No. 2818 du 1 juillet 1981

### **iii. Colombie**

*Constitución política de Colombia*, publiée dans la Gaceta Constitucional No. 116 du 20 juillet 1991

*Ley 1437 contenido del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, publicado en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011

#### **iv. Etats-Unis**

Constitution des Etats-Unis d'Amérique adopté par la Convention du 17 septembre 1787, entrée en vigueur le 4 mars 1789

#### **v. Pérou**

Decreto Supremo No.004-2019-JUS contenant le “*Texto Único Ordenado de la Ley No.27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*”, publié dans le Diario Oficial del Bicentenario ‘El Peruano’ du 25 janvier 2019.

#### **V. Divers**

Mineral Sharing Agreement conclu le 28 septembre 2009 entre Leyte Ironsand Corporation – MPSA et les Phillipines, MPSA No. 290-2009-VIII, 2009

## TABLE DES ANNEXES

---

ANNEXE 1. CHRONOLOGIE SUR L'APPLICATION DES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU CONTENTIEUX ARBITRAL DES INVESTISSEMENTS .....	588
ANNEXE 2. TABLEAU CHRONOLOGIQUE SUR LES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU GATT DE 1947 .....	801
ANNEXE 3. TABLEAU CHRONOLOGIQUE SUR LES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU GATT DE 1994 .....	821

## **ANNEXE 1. CHRONOLOGIE SUR L'APPLICATION DES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU CONTENTIEUX ARBITRAL DES INVESTISSEMENTS**

Cette annexe contient les sentences arbitrales présentant des éléments visant à compléter la notion d'attentes légitimes. Le principe de protection des attentes légitimes ayant fait l'objet d'une application par les tribunaux arbitraux depuis plusieurs décennies, il n'est pas toujours l'objet d'une analyse approfondie. De ce fait, nous retenons uniquement les affaires portant une analyse visant à compléter la notion en question.

DATE	AWARD	APPLICABLE LAW	SUMMARY OF THE DISPUTE (INVESTMENT POLICY HUB)	APPLICATION DES AL
<p><b>24 March 1982</b></p>	<p><i>The American Independent Oil Company v. The Government of the State of Kuwait</i>, Final Award, 24 March 1982</p>	<p>Contract / French Law</p>	<p>Claims arising from the termination of the contract by decision of the State through Legislative Decree No.124 and consequently the establishment of financial compensation for the damage caused.</p> <p>See also :  <i>Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited</i>, IUSCT Case No. 56, Partial Award (Award No. 310-56-3), 14 July 1987, §265</p>	<p><b>149.</b> For assessment of that equilibrium itself, and of the legitimate expectations to which it gives rise, it is above all the text of the contract that signifies, and it is of moment that this text should be precise and exhaustive. But it is not only a question of the original text; there are also the amendments, the interpretations, and the behaviour manifested along the course of its existence, that indicate (often fortuitously) how the legitimate expectations of the Parties are to be seen, and sometimes seen as becoming modified according to the circumstances.</p> <p><b>159.</b> [...] whereas the contract of concession did not forbid nationalisation, the stabilisation clauses inserted in it (and equally - by 1977 - not forbidding that) were nevertheless not devoid of all consequence, for they prohibited any measures that would have had a confiscatory character. These clauses created for the concessionaire a legitimate expectation that must be taken into account.</p> <p><b>178.</b> Amounts due to Aminoil -  (1) These are made up of the values of the various components of the undertaking separately considered, [...], the value of which is greater than that of its component parts, and which must also</p>

				take account of the legitimate expectations of the owners.
<b>1985</b>				
<b>13 August 1985</b>	<i>INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran</i> , IUSCT Case No. 161, Separate Opinion of Judge Lagergren	Algiers Declaration (1981)	Claims arising from the expropriation of 20% of Bimeh Shargh company's shares.	<b>4.</b> This flexibility of approach, which seeks to accommodate the legitimate expectations of the foreign investor together with the needs of a state undergoing a process of radical economic restructuring, found its most concrete and widely accepted expression in Resolution 1803 (XVII) of the United Nations General Assembly of 1962 (the Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources).
<b>1987</b>				
<b>14 July 1987</b>	<i>San Jacinto Eastern Corporation and San Jacinto Service Company v. The Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company</i> , IUSCT Case No. 76, Partial Award (Award No. 311-74/76/81/150-3), 14 July 1987	Algiers Declarations-Contrat	Claims based on alleged breaches, repudiation and expropriation of the SPA on the part of NIOC and Iran  See also : <i>Arco Iran, Inc. and Atreco, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company</i> , IUSCT Case No. 81, Partial Award (Award No. 311-74/76/81/150-3), 14 July 1987, §162	<b>161.</b> In such case, the duty of the Tribunal in ascertaining the damages or compensation to be paid by one Party to the other is to determine what the parties could legitimately have expected from negotiations conducted in good faith on the basis of the March 1979 agreement. In order to assess these legitimate expectations, the Tribunal has to take into account all the relevant factual and legal circumstances of the case [...] Finally, all circumstances affecting the exercise of such rights and the performance of such obligations, as they could be observed or foreseen at the time of the

			<p><i>Mobil Oil Iran Inc. and Mobil Sales and Supply Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company</i>, IUSCT Case No. 74, Partial Award (Award No. 311-74/76/81/150-3), 14 July 1987, §161-162</p>	<p>March 1979 agreement, are also relevant in order to determine the legitimate expectations of the Parties when they concluded such an agreement. <b>162.</b> [...] Since the Tribunal, however, must assess the legitimate expectations of the parties in the negotiations initiated pursuant to the March 1979 agreement, it would be difficult indeed to consider issues which the parties had not raised in the negotiations. The fact that a party refrained from raising a specific issue in the negotiations is a strong presumption, indeed, that this party did not expect to obtain anything on such an issue.</p>
<b>1995</b>				
<p><b>16 October 1995</b></p>	<p><i>Saar Papier Vertriebs GmbH v. Republic of Poland (I)</i>, Final Award, 16 October 1995</p>	<p>BIT Germany - Poland (1989)</p>	<p>Claims arising out of alleged damages for a subsequent time period during which Poland had continued to block Saar Papier's operations, despite a prior arbitration award rendered in favour of the investor.</p>	<p><b>96.</b> [...] Since the state issues a constitutional guarantee of the right of property it may not frustrate without compensation the legitimate expectations of the parties who rely on this promise when they acquire property. <b>97.</b> Accordingly, when the state parties to the investment Treaty provided that the host country would not be allowed to take measures having an effect equivalent to expropriation without compensation they also must be understood to have provided for compensation if the host country first encourages an investment under particular interpretation of the law and then</p>

				changes its mind to make the investment economically worthless.
<b>1999</b>				
<b>25 June 1999</b>	<i>Bridas S.A.P.I.C., et al, v. Government of Turkmenistan and Turkmenneft, ICC Case No. 9058/FMS/KGA, Partial Award, 25 June 1999</i>	Contract - ICC ARBITRATION	Claims arising from the execution of the JV Agreement.	<b>72.</b> The legitimate expectation of a party can translate into intention. That is, the legitimacy of the expectation reflects the intention of the representor for the representee to have an expectation. The expectation reflects the intention of the representee. The Claimants were entitled to have a legitimate expectation that what was represented and guaranteed to them in the JV Agreement would be fulfilled. Only the Government could perform these requirements. It saw fit to have them included in the JV Agreement, by Presidential Decree it confirmed that the requisite approvals and consents were in place to conduct operations "...based on the conditions established in the [JV Agreement]" and it saw fit to have the most important of them guaranteed with its consent. It cannot now resile from these facts or from the conclusion to which they lead: the Government is bound by the contractual commitments that only it could perform.
<b>1 November 1999</b>	<i>Robert Azinian, Kenneth Davitian, &amp; Ellen Baca v. The United Mexican</i>	NAFTA	Claims arising out of the cancellation by the Mexican city council of Naucalpan of a	<b>114.</b> In a phrase, Mr Proctor's testimony, perhaps unintentionally, supports the conclusion that the Claimants' main effort was focused on getting the

	<i>States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award, 1 November 1999		concession contract for commercial and industrial waste collection.	<p>Concession Contract signed, after which they intended to offer bits and pieces of valuable contract rights to more capable partners.</p> <p><b>115.</b> The Ayuntamiento was entitled to expect much more.</p> <p><b>118.</b> If this is what the Mayor who signed the Concession Contract still thought in March 1994, the Claimants cannot seriously contend that, whatever they say might have been their earlier "puffery" in 1992 (to use Mr St. Louis' hopeful euphemism), they had revealed all relevant elements of their modest experience, and Global Waste's short and woeful corporate history, by the time the Concession Contract was signed in November 1993.</p> <p><b>124.</b> The Arbitral Tribunal obviously disapproves of this attitude and observes that it comforts the conclusion that the annulment of the Concession Contract did not violate the Government of Mexico's obligations under NAFTA.</p>
<b>2000</b>				
<b>30 August 2000</b>	<i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000	NAFTA	Claims arising out of the alleged interference of the Mexican local governments of San Luis Potosí and Guadalcázar with the investor's development and operation of a hazardous waste landfill.	<b>32.</b> In fact, the Governor acknowledged at the hearing that a reasonable person might expect that the Governor would support the project if studies confirmed the site as suitable or feasible and if the environmental impact was consistent with Mexican standards.

				<p><b>89.</b> Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill. In following the advice of these officials, and filing the municipal permit application on November 15, 1994, Metalclad was merely acting prudently and in the full expectation that the permit would be granted.</p> <p><b>99.</b> Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad’s business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA.</p> <p><b>103.</b> Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.</p>
--	--	--	--	--

<p><b>18 September 2000</b></p>	<p><i>Joseph Charles Lemire v. Ukraine (I)</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/98/1, Award (embodying the parties' agreement), 18 September 2000</p>	<p>BIT (Ukraine-US)</p>	<p>Claims arising out of the alleged breach of a settlement agreement concluded with the respondent concerning claimant's investment, and regarding the Ukraine regulators' handling of broadcasting licensing and trademark applications. (amicable settlement)</p>	<p><b>24.</b> Each Party shall cooperate with the other Party when such cooperation may be reasonably expected for the performance of that Party's obligations under the present Agreement.</p>
<p><b>13 November 2000</b></p>	<p><i>S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada</i>, Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz concurring except with respect to performance requirements, in the partial award of the tribunal</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of Canada's ban on the export of PCB wastes from Canada to the United States in late 1995 and alleged economic harm to the investor resulting from the imposition of such ban through interference with its operations, lost contracts and opportunities in Canada.</p>	<p><b>34.</b> Pulling out of a trade agreement may create too much risk of reverting to trade wars and may upset the settled expectations of many participants in the economy. But amending a trade agreement can be very hard to do, just as it is usually very hard to change a provision of a domestic constitution.</p> <p><b>48.</b> A government that targets a specific U.S. company for a trade-restrictive measure can reasonably be expected to investigate and take into account the extent of that company's investment in Canada. A government that fails to do so cannot reasonably claim as a result that that the measure was not "in relation" to the Canadian investment as well as the investor.</p> <p><b>213.</b> Expropriations without compensation tend to upset an owner's reasonable expectations concerning what belongs to him, in law and in fairness. Regulation is something that owners</p>

				ought reasonably to expect. It generally does not amount to an unfair surprise. <b>235.</b> Investors could not reasonably expect to be compensated should a devaluation occur, but rather should have continued to insure themselves or hedge their risks in other ways.
<b>2001</b>				
<b>23 July 2001</b>	<i>Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco</i> , ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001	BIT (Morocco – Italy)	Claims arising out of the non-payment of the contract price to the claimant in relation to a public procurement contract for the construction of a highway, which had been awarded to the investor through tender.	<b>30.</b> Since the claims of the Italian companies are being directed against the State and are founded on the violation of the Bilateral Treaty, it is not necessary, in order to determine whether the Tribunal has jurisdiction, to know whether ADM is a State entity. However, as this issue has been discussed at length by the Parties and may possibly, as the case may be, have an influence on the merits of the case, the Tribunal considers that it is of use to rule on the matter in order to satisfy the legitimate expectations of the Parties.
<b>13 September 2001</b>	<i>CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic</i> , Partial Award, 13 September 2001	BIT (Czech Republic – Netherlands)	Claims arising out of actions and omissions attributed to the Media Council, an organ of the Czech Republic that allegedly commercially destroyed the broadcasting station operator which was partly owned by the investor.	<b>356.</b> CME contradicts the position that CNTS has taken in its successful litigation in the Czech courts. It cannot be argued that investors have any right to suppose that positions taken by State authorities and provisions of State law are forever unalterable. Nor can it be argued that every regulatory change made by a State in accordance with its laws must be accompanied by compensatory payments to anyone whose profits

				are adversely altered by the change. There can be no legitimate expectation that provisions, and laws become frozen the minute that they touch the interests of a foreign investor.
<b>7 December 2001</b>	<i>Salini Costruttori S.P.A. v. The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority</i> , ICC Case No. 10623/AER/ACS, Award, 7 December 2001	Contract / ICC Rules	Claims in relation with the alleged breaches of the contract for the construction and completion of the Emergency Dire Dam and Raw Water Transmission Line Project.	<b>143.</b> To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally.
<b>2002</b>				
<b>12 April 2002</b>	<i>Middle East Cement Shipping and Handling Co. v. Arab Republic of Egypt</i> , ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002  <i>Middle East Cement Shipping &amp; Handling Co. c. Egypte</i> , affaire CIRDI No. ARB/99/6, sentence du 12 avril 2002	BIT (Egypt – Greece)	Claims arising out of Egypt's alleged expropriation of Middle East Cement's interests in a business concession located in Egypt and Egypt's alleged failure to ensure the re-exportation of Middle East Cement's assets.	<b>127.</b> The circumstance that some of the cement supply contracts take into consideration possible increases in quantities and/ or extension of duration lends support to the conclusion that the License had not exhausted its potentiality of yielding further profits to Claimant's benefit and that, accordingly, Claimant had a legitimate expectation that it could have earned additional profits under the License. <b>128.</b> However, in order to add such expectations to the "market value" of the investment (Art.4.c) of the BIT), it would have been necessary for the Claimant to provide proof of concrete contracts

				missed and of the profit lost from them. The Tribunal concludes that the Claimant has not fulfilled that burden of proof and that, therefore, no additional compensation is due in this regard.
<b>16 December 2002</b>	<i>Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002	NAFTA	Claims arising out of Mexico's application of certain tax laws to the export of tobacco products which allegedly denied claimant's local company, an exporter of cigarettes from Mexico, the benefits of a law that allowed certain tax refunds to exporters.	<b>146.</b> The tribunal, in reaching its finding of indirect expropriation, not only cited "reasonably-to-be-expected economic benefit," but found it important that Metalclad had relied on the representations of the Mexican federal government of its exclusive authority to issue permits for hazardous waste disposal facilities. It also faulted the lack of transparency in the Mexican legal system for siting of hazardous waste facilities. Separately, without much discussion, the Tribunal found that the state government's decree fixing Metalclad's site as an "ecological preserve" effectively barring the landfill operation permanently, was a "further ground for a finding of expropriation."
<b>2003</b>				
<b>29 May 2003</b>	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003	BIT (Mexico-Spain)	Claims arising out of Mexico's alleged non-renewal of a licence necessary to operate a landfill of hazardous industrial waste.	<b>149.</b> [...] There is no doubt that, even if Cytrar did not have an indefinite permit but a permit renewable every year, the Claimant's expectation was that of a longterm investment relying on the recovery of its investment and the estimated return through the operation of the Landfill during its entire useful life.

**150.** This shows that even before the Claimant made its investment, it was widely known that the investor expected its investments in the Landfill to last for a long term and that it took this into account to estimate the time and business required to recover such investment and obtain the expected return upon making its tender offer for the acquisition of the assets related to the Landfill. To evaluate if the actions attributable to the Respondent—as well as the Resolution—violate the Agreement, such expectations should be considered legitimate and should be evaluated in light of the Agreement and of international law.

**154.** The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and

				<p>comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.</p> <p><b>157.</b> Upon making its investment, the fair expectations of the Claimant were that the Mexican laws applicable to such investment, as well as the supervision, control, prevention and punitive powers granted to the authorities in charge of managing such system, would be used for the purpose of assuring compliance with environmental protection, human health and ecological balance goals underlying such laws.</p>
<b>1 June 2003</b>	<i>Nykomb Synergetics Technology Holding AB</i>	Energy Charter Treaty (ECT)	Claims arising out of a dispute over the purchase price to be paid under	<b>58.</b> [...] a violation of international law, but the use of sovereignty authority of a state, contrary to

	<i>v. The Republic of Latvia, SCC, Opinion of Professor Thomas Wälde, 1 June 2003</i>		<p>a contract entered into between claimant's subsidiary and a State enterprise for the building of a cogeneration plant in Latvia.</p> <p>Reference: <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, §99</p>	<p>the expectations of the parties, to abrogate or violate a contract with an alien is a violation in international law.”</p> <p><b>125.</b> These arbitral awards suggest that there are several ways to give concrete and specific shape to the “fair and equitable”, “constant protection” and “no unreasonable impairment” standards of Art. 10 (1): [...] The reference to such other established legal standards as “disappointment of legitimate expectations, induced by government, upon which the investor acted (“investment backed legitimate expectations” counterbalanced by reasonable actions for public policy and public interest. The standard of protecting “investment-backed legitimate expectations” is universal in comparative constitutional law of developed countries, in the general of EU law developed by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights and international arbitral jurisprudence.</p>
<b>9 September 2003</b>	<i>William Nagel v. The Czech Republic, SCC Case No. 049/2002, Final Award, 9 September 2003</i>	BIT (Czech Republic – UK)	<p>Claims arising out of the respondent's failure to grant a public tender for mobile phone contracts to the investor, despite the signature of a cooperation agreement with a State telecommunications company wholly owned by the respondent</p>	<p><b>96.</b> Expropriation is not limited to physical seizures of tangible property. The taking of contract rights is clearly expropriation. Moreover, acts of expropriation or its equivalent need not be direct or declared. An expropriation occurs under international law when a State interferes with either the use of an asset or the enjoyment of its benefits. It also occurs when a State fails to</p>

			<p>under which the parties would seek to obtain, through a consortium, the necessary licenses and permits to establish, own and operate a GSM mobile telephone network in the Czech Republic.</p>	<p>honour expectations it has created, and on which an investor has reasonably relied. The key issue is not the form of the measures, but the reality of their impact.</p> <p><b>212.</b> Moreover, the Cooperation Agreement contained no binding rights under Czech law which were capable of being expropriated, and mere expectations are not investments under the Investment Treaty. If expectations could be regarded as investments for the purposes of the Treaty, Mr Nagel would have to prove that his expectations were reasonable, which they were not.</p>
<p><b>16 September 2003</b></p>	<p><i>Generation Ukraine Inc. v. Ukraine</i>, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003</p>	<p>BIT (Ukraine – US)</p>	<p>Claims arising out of the alleged obstruction and interference by local authorities with the realization of the investor's construction project.</p>	<p><b>20.29.</b> Predictability is one of the most important objectives of any legal system. It would be useful if it were absolutely clear in advance whether particular events fall within the definition of an "indirect" expropriation. It would enhance the sentiment of respect for legitimate expectations if it were perfectly obvious why, in the context of a particular decision, an arbitral tribunal found that a governmental action or inaction crossed the line that defines acts amounting to an indirect expropriation. But there is no checklist, no mechanical test to achieve that purpose. The decisive considerations vary from case to case, depending not only on the specific facts of a grievance but also on the way the evidence is</p>

				presented, and the legal bases pleaded. The outcome is a judgment, i.e. the product of discernment, and not the printout of a computer programme.
<b>2004</b>				
<b>30 April 2004</b>	<i>Waste Management v. United Mexican States (II)</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004	NAFTA	Claims arising out of the alleged breach of a 15-year concession granted by the State of Guerrero and the municipality of Acapulco to Acaverde, USA Waste's Mexican subsidiary, for public waste management services.	<b>159.</b> [...] the present Tribunal does not regard the conduct of Mexico in the present case as tantamount to expropriation of the enterprise as such, within the meaning attributed to that term in Metalclad. Acaverde at all times had the control and use of its property. It was able to service its customers and earn collection fees from them. It is true that the City failed to make available the promised land for the disposal site—but a failure by a State to provide its own land to an enterprise for some purpose is not converted into an expropriation of the enterprise just because the failure involves a breach of contract. It is also true that the City's breaches (not remedied by Guerrero and remedied only to a limited extent by Banobras) had the effect of depriving Acaverde of "the reasonably-to-be-expected economic benefit" of the project so far as the monthly fees due from the City were concerned. But that will be true of any serious breach of contract: the loss of benefits or expectations is not a sufficient criterion for an expropriation, even if it is a necessary one.

<p><b>25 May 2004</b></p>	<p><i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile</i>, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004</p>	<p>BIT (Chile – Malaysia)</p>	<p>– Claims arising out of the Government's denial of a zoning modification allegedly necessary for the claimant to execute a residential development project in Chile.</p> <p>Référence: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003</i>, §114</p>	<p><b>163.</b> The Tribunal considers that the ministerial membership of the FIC is by itself proof of the importance that Chile attributes to its function, and it is consequent with the objective to coordinate foreign investment at the highest level of the Ministries concerned. It is also evident from the DL 600 that the FIC is required to carry out a minimum of diligence internally and externally. Approval of a Project in a location would give prima facie to an investor the expectation that the project is feasible in that location from a regulatory point of view.</p> <p><b>205.</b> The Tribunal draws a distinction between permits to be granted in accordance with the laws and regulations of the country concerned and those actions that require a change of said laws and regulations. To the extent that the application for a permit meets the requirements of the law, then, in accordance with the BIT and Article 3(2) of the Croatia BIT, the investor should be granted such permit. On the other hand, said provision does not entitle an investor to a change of the normative framework of the country where it invests. All that an investor may expect is that the law be applied.</p>
<p><b>1 July 2004</b></p>	<p><i>Occidental Exploration and Production Company v. Republic of</i></p>	<p>BIT (Ecuador – US)</p>	<p>– Claims arising out of resolutions issued by the Ecuadorian tax authority denying applications for</p>	<p><b>88.</b> Even in the context of such a broad definition, the Metalclad Tribunal identified standards to the effect that there must be a deprivation, that this</p>

	<p><i>Ecuador (I)</i>, LCIA Case No. UN3467, Award, 1 July 2004</p>		<p>VAT refunds by Occidental, and requiring the return of the amounts previously reimbursed in connection with a participation contract entered into by the claimant with Petroecuador, a State-owned corporation of Ecuador, to undertake oil exploration and production in Ecuador.</p> <p>Référence: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154 <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, §185</p>	<p>deprivation must affect at least a significant part of the investment and that all of it relates to the use of the property or a reasonably expected economic benefit.</p> <p><b>89.</b> The Tribunal holds that the Respondent in this case did not adopt measures that could be considered as amounting to direct or indirect expropriation, in fact, there has been no deprivation of the use or reasonably expected economic benefit of the investment, let alone measures affecting a significant part of the investment..</p> <p><b>185.</b> Various arbitral tribunals have recently insisted on the need for this stability. [...]. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly...".</p>
<p><b>15 November 2004</b></p>	<p>GAMI Investments, Inc. v. United Mexican States, Final Award, 15 November 2004</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of the issuance of a decree for the stated purpose of revitalizing the Mexican sugar industry under which Mexican</p>	<p><b>76.</b> There are doubtless answers to these questions under Mexican law. Whether this Tribunal may and should provide such answers is another matter. At this juncture it suffices for the Tribunal to observe that the Mexican regulatory regime did</p>

			authorities expropriated sugar mills owned by its local subsidiaries.	not contain an unambiguous affirmation to the effect that the Government shall announce annually individual export quotas for all mills and shall promptly enforce any non-compliance. The questions identified in Paragraph 75 demonstrate that the regulatory regime was far more complex. The Tribunal holds that a foreign investor contemplating this regime could not have acted on the certain expectation that it had the import of the italicized words.
<b>2005</b>				
<b>8 February 2005</b>	<i>Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria</i> , ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005	BIT (Cyprus – Bulgaria) – ECT	Claims arising out of the Bulgarian government, national legislative, judicial authorities, and other public authorities and agencies' alleged damage to the operation of the investor's refinery, as well as their refusal or unreasonable delay in adopting adequate corrective measures.	<b>161.</b> The covered investor enjoys the advantages of Part III unless the host state exercises its right under Article 17(1) ECT; and a putative covered investor has legitimate expectations of such advantages until that right's exercise. A putative investor therefore requires reasonable notice before making any investment in the host state whether or not that host state has exercised its right under Article 17(1) ECT. At that stage, the putative investor can so plan its business affairs to come within or without the criteria there specified, as it chooses. It can also plan not to make any investment at all or to make it elsewhere. <b>162.</b> In the Tribunal's view, therefore, the object and purpose of the ECT suggest that the right's

				<p>exercise should not have retrospective effect. A putative investor, properly informed and advised of the potential effect of Article 17(1), could adjust its plans accordingly prior to making its investment. If, however, the right's exercise had retrospective effect, the consequences for the investor would be serious. The investor could not plan in the "long term" for such an effect (if at all); and indeed such an unexercised right could lure <b>putative</b> investors with legitimate expectations only to have those expectations made retrospectively false at a much later date. Moreover, in the present case, the Respondent asserts a retrospective effect from a very late date, even after the Claimant's Request for Arbitration and the accrual of the Claimant's causes of action under Part III ECT.</p>
<b>12 May 2005</b>	<i>CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005	BIT (Argentina - US)	<p>Claims arising out of Argentina's suspension/ termination of the claimant right to calculate tariffs in US dollars and to make inflation adjustments.</p> <p>Reference : <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No.</p>	<b>277.</b> It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse legal effects.

			<p>ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154 <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, §278</p>	<p><b>280.</b> The Tribunal believes this is an objective requirement unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question. Of course, such intention and bad faith can aggravate the situation but are not an essential element of the standard.</p>
<p><b>22 September 2005</b></p>	<p><i>Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova (I)</i>, SCC Case No. 093/2004, Award, 22 September 2005</p>	<p>BIT (Moldova – Russia)</p>	<p>Claims arising out of the alleged wrongdoing on the part of Moldova's Customs Department, after it supposedly restricted the operations of claimant's company in a so-called free economic zone by unilaterally collecting from claimant's investment a fee for each customs declaration which was considered by the investor as a more onerous customs regime than that existing at its time of registration.</p>	<p><b>79.</b> Even if the evaluation of what is fair and equitable is necessarily based on the specific circumstances of the case, various criteria have been developed in international law to define the fair and equitable standard. Among the parameters that are recurrently applied to verify the compliance with this standard, are the principles of transparency and the protection of the investor's legitimate expectations <b>83.</b> the Respondent was not entitled to choose the Compensation Shares in such a way that the compensation was deprived of its value. By taking this measure, the Respondent has in practice avoided to pay compensation for the Transferred Assets, thus negatively affecting the Claimant's legitimate expectations of obtaining compensation (even if not necessarily a fully satisfactory compensation).</p>

2006

<p><b>26 January 2006</b></p>	<p><i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, Arbitral Award, 26 January 2006</i></p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of the closure of the investor's gaming facilities by the Mexican government agency that had jurisdiction over gaming activity.</p>	<p><b>147.</b> Having considered recent investment case law and the good faith principle of international customary law, the concept of "legitimate expectations" relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.</p> <p><b>148.</b> The threshold for legitimate expectations may vary depending on the nature of the violation alleged under the NAFTA and the circumstances of the case. Whatever standard is applied in the present case however - be it the broadest or the narrowest - the Tribunal does not find that the Oficio generated a legitimate expectation upon which EDM could reasonably rely in operating its machines in Mexico.</p> <p><b>166.</b> Considering the foregoing, the Tribunal finds that there was no legitimate expectation created by the Oficio to the effect of bringing Thunderbird's claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 of the Nafta.</p>
<p><b>26 January 2006</b></p>	<p><i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The</i></p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of the closure of the investor's gaming facilities by the Mexican government agency</p>	<p><b>25.</b> First the doctrinal structure: "Legitimate expectation" is not explicitly mentioned in Art. 1105 nor in other similar Investment treaties. It is,</p>

	<p><i>United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, Separate Opinion of Mr. Thomas Wälde</p>		<p>that had jurisdiction over gaming activity.</p>	<p>however, considered to be part of the "good faith" principle which is a guiding principle (also a general principle of International law) for applying the "fair and equitable treatment" standard in Art. 1105, a standard that is repeated, more or less identically, in most of the other over 2500 Investment treaties in force at present.</p> <p><b>26.</b> But what can be used from International, inter-state law is the concept that "good faith" and "legitimate expectation" under Art. 1105 of the NAFTA trump the application of domestic law - such as Mexican gambling law as interpreted by the - then - new Mexican government. The good-faith and legitimate expectations principle control, for the relationship between the parties (e.g. Mexico and Thunderbird), the way the Mexican gambling law has to be interpreted. The implication of this analysis is that the principle of "legitimate expectation" under Art. 1105 of the NAFTA overrides any dominant interpretation of applicable Mexican law on the legality of the operation at issue if SEGOB can be considered to have given -reasonably and legitimately - such an assurance. [...] If its officials have created an Investment-backed legitimate expectation with a specific investor that another, or earlier, Interpretation would prevail.</p>
--	--	--	--	--

**28.** The principle of legitimate expectation is also recognised in several developed systems of administrative law<sup>38</sup>. The principle is recognised in the Spanish and Latin American civil law systems and presumably forms - as part of the overall principle of "good faith" - part of Mexican civil and administrative law.

**29.** Legitimate expectation has also been recognised as an Important principle guiding the interpretation of other obligations in International economic law. In the main, the principle is here used to protect negotiated concessions from being undermined by conduct of member states contrary to the purpose and spirit of such concessions.

**30.** [...] The wide acceptance of the "legitimate expectations" principle therefore supports the concept that it is indeed part of "fair and equitable treatment" as owed by governments to foreign Investors under modern Investment treaties and under Art. 1105 of the NAFTA. It is before this International and comparative law background that one needs to make sense out of several recent Investment treaty awards which have applied the legitimate expectations principle, both under Art. 1105 of the NAFTA and the equivalent provisions of applicable bilateral Investment treaties.

**32.** A review of these cases suggests that conduct, informal, oral or general assurances can give rise

to or support the existence of a legitimate expectation. But the threshold for such Informal and general representations is quite high. On the other hand, a legitimate expectation is assumed more readily if an Individual Investor receives specifically formal assurances that display visibly an official character and if the official(s) perceive or should perceive that the Investor intends, reasonably, to rely on such representation (the element of "Investment-backed expectation"). [...]. A most recent analysis suggests that specific "expectations that have been created by the acts, statements or omissions of the relevant public authorities" are "close parallels" to the requirement to accord "treatment that is fair and equitable".

**37.** In the role and scope of the legitimate expectation principle, from an earlier function as a subsidiary Interpretative principle to reinforce a particular interpretative approach chosen, to its current role as a self-standing subcategory and independent basis for a claim under the "fair and equitable standard" as under Art. 1105 of the NAFTA. It is probably partly for these reasons that "legitimate expectation" has become for tribunals a preferred way of providing protection to claimants in situations where the tests for a "regulatory taking" appear too difficult, complex

				and too easily assailable for reliance on a measure of subjective judgment. objectives are the main "purpose" of the Treaty as relevant for interpretation under Art. 31(1) of the Vienna Convention.
<b>3 February 2006</b>	<i>EnCana Corporation v. Republic of Ecuador</i> , LCIA Case No. UN3481, Award, 3 February 2006	BIT (Canada-Ecuador)	Claims arising out of VAT refunds to which the claimant's subsidiaries were allegedly entitled under Ecuadorian laws and regulations.	<b>173.</b> In the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment.
<b>3 February 2006</b>	<i>EnCana Corporation v. Republic of Ecuador</i> , LCIA Case No. UN3481, Partial Dissenting Opinion of Mr. Horacio A. Grigera Naón	BIT (Canada-Ecuador)	Claims arising out of VAT refunds to which the claimant's subsidiaries were allegedly entitled under Ecuadorian laws and regulations.	<b>17.</b> The foreign investor's legitimate return expectations are inextricably linked to the foreign investor's entitlement under the Treaty to its investment and returns and are an indivisible part of such entitlement. [...] Precisely, investment returns are premised on expectations essentially formed when the investment is made or about to be made. Legitimate expectations to a return are a part of (and almost invariably determine) the investment sale value, are taken into account in case of a sale of the investment property to a third party, and thus have economic substance and meaning of their own. Thus, the foreign investor's return entitlement protected by the Treaty is not limited to returns already accrued and extends to the legitimate investor's expectations throughout its investment's life and embodied in the very notion of returns.

				<p><b>18.</b> Further, the Treaty definition of Investment clearly indicates that it refers to "... assets, tangible or intangible [...] acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes"<sup>4</sup>. Legitimate expectations inherent in the right to obtain a return on an investment necessarily depend on future return projections made by the investor on or around the point in time of making its investment premised, among other things, on foreseeable tax burdens that impact the recouping of the investment and investment returns throughout the investment life</p> <p><b>25.</b> An interference in legitimate expectations of the foreign investor protected by the Treaty as a foreign investor's proprietary interest includes State incoherent conduct obscuring the national legal treatment of matters directly determining the foreign investor's entitlement to returns covered by the Treaty. Indeed, also under Ecuadorian law, expectations based on legal provisions are valid expectations protected by the law, so that the frustration of such expectations through State conduct may constitute a legal infringement under the laws of Ecuador.</p>
<b>17 March 2006</b>	<i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2001-04,	BIT (Czech Republic- The Netherlands)	Claims arising out of the imposition of a forced administration upon the investor's	<b>301.</b> [...]. An investor's decision to make an investment is based on an assessment of the state of the law and the totality of the business

	<p>Partial Award, 17 March 2006</p>		<p>banking enterprise by the Czech National Bank.</p> <p>Reference :  <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154; <i>CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic</i>, Final Award, 14 March 2003, §155; <i>Waste Management v. United Mexican States (II)</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, §98; <i>S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada</i>, Partial Award (Merits), 13 November 2000, §261</p>	<p>environment at the time of the investment as well as on the investor's expectation that the conduct of the host State subsequent to the investment will be fair and equitable.</p> <p><b>302.</b> The standard of "fair and equitable treatment" is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard. By virtue of the "fair and equitable treatment" standard included in Article 3.1 the Czech Republic must therefore be regarded as having assumed an obligation to treat foreign investors so as to avoid the frustration of investors' legitimate and reasonable expectations.</p> <p><b>303.</b> The expectations of foreign investors certainly include the observation by the host State of such well-established fundamental standards as good faith, due process, and nondiscrimination.</p> <p><b>305.</b> No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well.</p> <p><b>309.</b> [...] A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect</p>
--	-------------------------------------	--	---	---

that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions). In applying this standard, the Tribunal will have due regard to all relevant circumstances.

**329.** The Tribunal finds that the Claimant's reasonable expectations to be entitled to protection under the Treaty need not be based on an explicit assurance from the Czech Government. It is sufficient that Nomura (and subsequently Saluka), when making its investment, could reasonably expect that, should serious financial problems arise in the future for all of the Big Four banks equally and in case the Czech Government should consider and provide financial support to overcome these problems, it would do so in a consistent and even-handed way.

**363.** [...] An investor is, however, entitled to expect that the host State takes seriously a proposal that has sufficient potential to solve the problem and deal with it in an objective, transparent, unbiased and even-handed way.

**446.** Having said this, the Tribunal also emphasises that the host State, in providing State aid, is clearly bound not to frustrate an investor's legitimate and reasonable expectation to be

				treated fairly and equitably. The host State is therefore obliged to provide financial assistance to firms or industries in a way that does not amount to an unfair or inequitable treatment of a foreign investor.
<b>14 July 2006</b>	<i>Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)</i> , ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006	BIT (Argentina-United States)	<p>Claims arising out of Argentina's alleged interference with the tariff regime applicable to claimant's investment, as well as other alleged breaches of obligations under a water concession agreement.</p> <p>Référence: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §§316;371</p> <p>[On Necessity] <i>CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, §372</p>	<p><b>316.</b> The issue of whether an expropriation may take place without formally affecting the contract rights has been discussed by the parties in the context of the frustration of the investor's legitimate expectations when a State repudiates former assurances, or refuses to give assurances that it will comply with its obligations depriving the investor in whole or significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of its investment.</p> <p><b>318.</b> The expectations as shown in that case are not necessarily based on a contract but on assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment.</p> <p><b>372.</b> [...] The standards of conduct agreed by the parties to a BIT presuppose a favorable disposition towards foreign investment, in fact, a pro-active behavior of the State to encourage and protect it. To encourage and protect investment is the purpose of the BIT. It would be incoherent with such purpose and the expectations created by</p>

				such a document to consider that a party to the BIT has breached the obligation of fair and equitable treatment only when it has acted in bad faith or its conduct can be qualified as outrageous or egregious.
<b>2 October 2006</b>	<i>ADC Affiliate Limited and ADC &amp; ADMC Management Limited v. Republic of Hungary</i> , ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006	BIT (Cyprus – Hungary)	Claims arising out of the issuance of a decree by the Minister of Transport of Hungary resulting in the takeover of all the activities related to the operation of claimants' investment, following the completion of the construction and renovation of the airport terminals at issue.	<b>424.</b> [...] It is one thing to say that an investor shall conduct its business in compliance with the host State's domestic laws and regulations. It is quite another to imply that the investor must also be ready to accept whatever the host State decides to do to it. In the present case, had the Claimants ever envisaged the risk of any possible depriving measures, the Tribunal believes that they took that risk with the legitimate and reasonable expectation that they would receive fair treatment and just compensation and not otherwise.
<b>3 October 2006</b>	<i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006	BIT (Argentina – US)	Claims arising out of certain measures adopted by Argentina, in particular the adoption of the Emergency Law of 2002, which modified the regulatory environment under which the claimants invested in three natural gas distribution enterprises in Argentina.  Reference:	<b>127.</b> In addition to the State's obligation to provide a stable legal and business environment, the fair and equitable treatment analysis involves consideration of the investor's expectations when making its investment in reliance on the protections to be granted by the host State. <b>130.</b> It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be enforceable by law;

			<p><i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §127</p>	<p>in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns.</p> <p><b>133.</b> [...] Having created specific expectations among investors, Argentina was bound by its obligations concerning the investment guarantees vis-à-vis public utility licensees, and in particular, the gas-distribution licensees. The abrogation of these specific guarantees violates the stability and predictability underlying the standard of fair and equitable treatment.</p> <p><b>190.</b> In evaluating the degree of the measure's interference with the investor's right of ownership, one must analyze the measure's economic impact - its interference with the investor's reasonable expectations - and the measure's duration.</p>
<b>2007</b>				
<p><b>19 January 2007</b></p>	<p><i>PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey</i>,</p>	<p>BIT (Turkey – US)</p>	<p>Claims arising out of several disagreements concerning a concession contract entered into with the government for the construction of an agnrite-fired</p>	<p><b>241.</b> Although the Claimants, as noted above, provide a long list of legitimate expectations that in their view have not been met, the Tribunal is not persuaded that all such complaints relate to legitimate expectations. Legitimate expectations</p>

	<p>ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007</p>		<p>thermal power plant, as well as subsequent measures adopted by the respondent such as preventing the claimant from obtaining certain necessary treasury guarantee for the project.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §240</p> <p><i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §255</p>	<p>by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed.</p> <p><b>246.</b> The Tribunal is persuaded nonetheless that the fair and equitable treatment standard has been breached, and that this breach is serious enough as to attract liability. The fact that key points of disagreement went unanswered and were not disclosed in a timely manner, that silence was kept when there was evidence of such persisting and aggravating disagreement, that important communications were never looked at, and that there was a systematic attitude not to address the need to put an end to negotiations that were leading nowhere, are all manifestations of serious administrative negligence and inconsistency. The Claimants were indeed entitled to expect that the negotiations would be handled competently and professionally, as they were on occasion.</p> <p><b>279.</b> The Tribunal is not persuaded that any such extreme forms of interference took place in this case. Many things were wrongly handled, but none could be considered to amount to regulatory expropriation. The rights that were affected one way or the other, including the Claimants' legitimate expectation, have indeed resulted in a finding of breach of the standard of fair and equitable treatment, yet none of the measures</p>
--	--	--	---	---

				adopted envisaged the taking of property, which is still the essence of expropriation, even indirect expropriation. Although measures tantamount to expropriation may well make the question of ownership irrelevant, it does require a strong interference with clearly defined contract rights that in this case were in the end incomplete.
<b>6 February 2007</b>	<i>Siemens A.G. v. The Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007	BIT (Argentina – Germany)	<p>Claims arising out of the government's suspension and subsequent termination of a contract to establish a system of migration control and personal identification.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §298</p> <p><i>CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, §299</p>	<b>300.</b> The Tribunal has already noted that the standards of conduct agreed by the parties to the Treaty indicate a favorable disposition to foreign investment. The purpose of the Treaty is to promote and protect investments. It would be inconsistent with such commitments and purpose and the expectations created by such a document to consider that a party to the Treaty has breached its obligation of fair and equitable treatment only when it has acted in bad faith.
<b>21 March 2007</b>	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile</i> , ICSID Case No.	BIT	Respondent sought annulment on 3 grounds, [§5] specifically, that the Tribunal had manifestly exceeded	<b>67.</b> The Committee can appreciate some aspects of these criticisms. For example the TECMED Tribunal's apparent reliance on the foreign

	<p>ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007</p>		<p>its powers; that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; and that the Award has failed to state the reasons on which it is based. The Application also contained a request, under Article 52(5) of the Convention and Rule 54(1) of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (the "Arbitration Rules"), for a stay of enforcement of the Award pending decision on the Application for Annulment.</p>	<p>investor's expectations as the source of the host State's obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.</p> <p>68. But however that may be, the Tribunal did not manifestly exceed its powers in the account it gave of the fair and equitable treatment standard, and this for three reasons.</p> <p><b>69.</b> The first is that legitimate expectations generated as a result of the investor's dealings with the competent authorities of the host State may be relevant to the application of the guarantees contained in an investment treaty. This is expressly accepted by the Respondent and in the case-law.<sup>80</sup> The Committee examines below the question of MTD's reasonable expectations deriving from the conclusion of the Foreign Investment Contracts.</p>
--	---	--	---	---

<p><b>27 March 2007</b></p>	<p><i>Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic</i>, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007</p>	<p>BIT (Czech Republic - Netherlands)</p>	<p>Claims arising out of various regulatory sugar regimes put in place by the respondent from 2000 onwards; particularly, the Czech Republic's allocation of sugar quotas based on the European Union's agricultural quota system that allegedly affected the claimant's investments.</p>	<p><b>237.</b> In 2000, an investor such as Eastern Sugar accordingly had to expect that the regulation of the sugar market would, as accession neared, become roughly the protectionist regime prevailing in European Union countries. <b>242.</b> Eastern Sugar could therefore expect in 2000 that its historical quota acquired from December 1994 onwards (see above, point 6) would be maintained.</p>
<p><b>12 April 2007</b></p>	<p><i>Eastern Sugar B.V. v. The Czech Republic</i>, SCC Case No. 088/2004, Partial Dissenting Opinion of Robert Volterra (Final Award)</p>	<p>BIT (Czech Republic - Netherlands)</p>	<p>Concerns only arbitration costs.  Reference: <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §29</p>	<p><b>26.</b> As the Award finds, the Claimant had a legitimate expectation in 2000 that its historical quota would be maintained in absolute terms. For the same reasons, the Claimant also had a legitimate expectation in 2000 that its quota within the closed cartel of the sugar regime would be maintained in relative terms. <b>27.</b> As described by the Award, and noted above, this did not occur as of the introduction and implementation of the "disturbing" feature of the "politically established" reserve quota in the First Sugar Decree and its "illogical" and nonsensical use by the Respondent to open the cartel to newcomers. The fair and equitable treatment obligation in Article 3.1 of the BIT protects the Claimant's legitimate subjective expectations. The Respondent therefore violated Article 3.1 of the BIT.</p>

<p><b>22 May 2007</b></p>	<p><i>Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007</p>	<p>BIT (Argentina – US)</p>	<p>Claims arising out of certain tax assessments allegedly imposed by Argentinean provinces in respect to a gas transportation company in which the claimants participated through investments in various corporate arrangements, as well as the Government’s alleged refusal to allow tariff adjustments in accordance with the US Producer Price Index.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §262</p>	<p><b>103.</b> Even if the Information Memorandum was in fact prepared by private consultants and the responsibility of the Government was expressly disclaimed, if it had been in error in this respect, what is not quite likely in the case of highly prestigious consulting firms engaged by the Government to explain the privatization plan to prospective foreign investors, such error would not have passed unnoticed to competent government officials. In such case, moreover, the Government would have been under the duty to issue a clarification, as otherwise a false legitimate expectation would have been created. No such clarification was ever issued until the US PPI was first suspended and next discontinued under the Emergency Law.</p> <p><b>262.</b> The protection of the ‘expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment ‘ has likewise been identified as a facet of the standard. [...] What seems to be essential, however, is that these expectations derived from the conditions that were offered by the State to the investor at the time of the investment and that such conditions were relied upon by the investor when deciding to invest.</p>
---------------------------	---	-----------------------------	---	--

<p><b>6 July 2007</b></p>	<p><i>Ioannis Kardassopoulos v. Georgia</i>, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007</p>	<p>BIT (Georgia - Greece)</p>	<p>Claims arising out of a Government's decree cancelling the concession rights of an investment vehicle, in which Mr. Ioannis Kardassopoulos and Mr. Ron Fuchs held interests, devoted to the development of an oil pipeline to transport oil and gas from Azerbaijan to the Black Sea.</p> <p>Reference: <i>Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt</i>, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, §81</p>	<p><b>192.</b> The Tribunal further observes that in the years following the execution of the JVA and the Concession by SakNavtobi and Transneft, respectively, Georgia never protested nor claimed that these agreements were illegal under Georgian law. In light of all of the above circumstances, the Tribunal is of the view that Respondent created a legitimate expectation for Claimant that his investment was, indeed, made in accordance with Georgian law and, in the event of breach, would be entitled to treaty protection.</p> <p><b>194.</b> [...]. Claimant had every reason to believe that these agreements were in accordance with Georgian law, not only because they were entered into by Georgian State-owned entities, but also because their content was approved by Georgian Government officials without objection as to their legality on the part of Georgia for many years thereafter. Claimant therefore had a legitimate expectation that his investment in Georgia was in accordance with relevant local laws. Respondent is accordingly estopped from objecting to the Tribunal's jurisdiction <i>ratione materiae</i> under the ECT and the BIT on the basis that the JVA and the Concession could be void <i>ab initio</i> under Georgian law.</p> <p><b>259.</b> In the Tribunal's view, this is not a case where Claimant's bare allegations that these</p>
---------------------------	--	-------------------------------	---	---

				<p>assurances and commitments were given and made after the entry into force of the BIT can be accepted pro tem. The Tribunal must be briefed by the parties on the nature of these "assurances" and "commitments". The Tribunal is unable to resolve the jurisdictional question of timing of these "assurances" and "commitments" without a complete picture of their scope and content, the circumstances in which they were made, the different actors involved and the impact they may have had on Claimant's investment in Georgia.</p>
<b>31 July 2007</b>	<i>M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador</i> , ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007	BIT (Ecuador – US)	<p>Claims arising out of a series of differences between the investor and Ecuador's Electricity Institute regarding the execution of a contract concerning an electric power generation project, including the suspension of operations alleging the non-payment of invoices, and the subsequent termination of the contract.</p>	<p><b>278.</b> The investor's expectations of fair and equitable treatment and good faith, in accordance with the BIT, must be paired with a legitimate objective. The legitimacy of the expectations for proper treatment entertained by a foreign investor protected by the BIT does not depend solely on the intent of the parties, but on certainty about the contents of the enforceable obligations.</p> <p><b>279.</b> [...]. The fact that the parties did not achieve a definitive settlement at the Liquidation Commission could not give rise to a breach of the fair and equitable treatment standards by Ecuador based on Seacoast's expectation, not based on a valid and binding obligation.</p> <p><b>324.</b> In the Tribunal's view, the failure of the negotiations for an arbitration agreement did not violate the BIT standard of fair and equitable</p>

				<p>treatment, and hence did not engage Ecuador’s responsibility for any expectations that Seacoast might have entertained for reaching such agreement.</p> <p><b>349.</b> The Tribunal holds that the alleged legitimate expectations of an investor with respect to the behavior required of a host State cannot include merely subjective assessments as to the impossibility of achieving a viable solution through the State’s domestic judicial remedies, when those remedies have not been properly pursued.</p>
<p><b>20 August 2007</b></p>	<p><i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)</i>, ICSID Case No. ARB/97/3, Award II, 20 August 2007</p>	<p>BIT (Argentina – France)</p>	<p>Claims arising out of a series of alleged acts and omissions by Argentina, including its alleged failure or refusal to apply previously agreed adjustments to the tariff calculation and adjustment mechanisms affecting claimants' investment.</p>	<p><b>5.3.10.</b> In this case, based on the Province’s own undertakings in the Concession Agreement, Claimants legitimately expected that their investment would operate and be governed consistent with those terms. The Province’s actions thus worked an expropriation, not only as a direct deprivation of valuable rights, but also as an interference with Claimants’ reasonably expected economic benefits of their investment in the concession. [...]. Claimants legitimately expected that they would be paid for the services they rendered, but the Tucumán authorities actively and relentlessly undermined that expectation.</p> <p><b>5.3.15.</b> [...] This interference with Claimants’ legitimate expectations constituted a clear</p>

				<p>deprivation of their property. And when government officials incite the population to take action against a specific foreign party, as happened here, the government under international law is responsible for the actions taken by the population.</p> <p><b>7.4.42.</b> [...] Thus, measured by a "do no harm" standard, Respondent directly undermined Claimants' legitimate expectations of their investment and breached its Treaty commitments under Article 3.</p> <p><b>7.5.24.</b> Where, as here, there has been no taking or dispossession, as such, and the question turns on whether there have been measures equivalent to expropriation which have had an effect similar to the dispossession of Claimants' rights and expectations, it is necessary to consider whether the challenged measures have or will (i) radically deprive Claimants of the economic use and enjoyment of its investment - Deemed (ii) effectively neutralise the benefit of Claimants' property - CME (iii) deprive the owner of the benefit and economic use of its contractual rights - Santa Elena (iv) render Claimants' property rights useless - Starrett Housing or have a similar dispossession effect.</p>
--	--	--	--	--

<p><b>11 September 2007</b></p>	<p><i>Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania</i>, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007</p>	<p>BIT (Lithuania – Norway)</p>	<p>Claims arising out of the alleged repudiation by the Lithuanian municipality of Vilnius of an agreement entered into with the investor concerning a public parking system.</p>	<p><b>330.</b> In order to determine whether an investor was deprived of its legitimate expectations, an arbitral tribunal should examine the basic expectation that were taken into account by the foreign investor to make investment [...]. In other words, the Fair and Equitable Treatment standard is violated when the investor is deprived of its legitimate expectation that the conditions existing at the time of the Agreement would remain unchanged.</p> <p><b>331.</b> The expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or if implicitly, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate.<sup>81</sup> In order to determine the legitimate expectation of an investor, it is also necessary to analyse the conduct of the State at the time of the investment.</p> <p><b>332.</b> It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a</p>
---------------------------------	--	---------------------------------	---	--

stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power.

**333.** In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations provided it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment.

**334.** In other words, the Republic of Lithuania did not give any explicit or implicit promise that the legal framework of the Agreement would remain unchanged.

**336.** By deciding to invest notwithstanding this possible instability, the Claimant took the business risk to be faced with changes of laws possibly or even likely to be detrimental to its investment.

<p><b>28 September 2007</b></p>	<p>Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007</p>	<p>BIT (Argentina – US)</p>	<p>Claims arising out of Argentina's suspension of the licensee companies' tariff increases based on the US producer price index and the subsequent pesification of these tariffs.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154;</p> <p><i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §298;</p> <p><i>Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria</i>, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, §147</p>	<p><b>298.</b> The essence of the protection sought was well explained in Tecmed, where the tribunal held in the light of the good faith requirement that under international law, the foreign investment must be treated in a manner such that it "will not affect the basic expectations that were taken into account by foreign investor to make the investment." This requirement becomes particularly meaningful when the investment has been attracted and induced by means of assurances and representations, as has been established in the jurisprudence that the Claimant has invoked.</p> <p><b>386.</b> Moreover, even if this interpretation were shared today by both parties to the Treaty, it still would not result in a change of its terms. States are of course free to amend the Treaty by consenting to another text, but this would not affect rights acquired under the Treaty by investors or other beneficiaries. [...] So too, with reference to rights protected under the Energy Charter Treaty, the tribunal in Plama has held that any denial of advantages to which an investor might have rights "should not have retrospective effect," as such a situation would result in making legitimate expectations false at a much later date.</p>
<p><b>1 October 2007</b></p>	<p><i>G.E. Transport S.P.A. and Athena S.A.</i> v.</p>	<p>BIT (Albania – Italy)</p>	<p>Claims arising out of Albania's adoption of a law that introduced a</p>	<p><b>134.</b> The question that therefore arises is whether Respondent should be allowed to disregard the</p>

	<i>Republic of Albania, Ministry of Public Works, Transport and Telecommunications, ICC Case No. 14403/FM, Partial Award, 1 October 2007</i>		single license for the exploitation of the National Lottery and revoked all existing permits and licenses for instant lotteries, including Eagle Games' permit to sale "scratch and win" instant lottery tickets.	representations and warranties it made to Claimants when signing the Contract to prove in the arbitration the exact contrary of what it declared and represented. The Arbitral Tribunal thinks not. Permitting Respondent to contradict its clear and unambiguous representations to disavow its contractual obligations would, as a matter of fact, be contrary to most basic principles of good faith in international trade. <b>137.</b> The Arbitral Tribunal consequently concludes that overriding considerations of good faith prevent Respondent from alleging that the Contract would violate Albanian law when it declared the exact contrary in the Contract's Representations and Warranties.
<b>19 November 2007</b>	<i>OKO Pankki Oyj and others (formerly OKO Osuuspankkien Keskuspankki Oyj and others) v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/04/6, Award, 19 November 2007</i>	BIT (Estonia – Germany) (Estonia – Finland)	Claims arising out of Estonia's alleged default on a loan agreement which had been made to a joint venture Estonian company by the claimants, two Finnish banks and a German bank.  Reference:  <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No.</i>	<b>247.</b> In conclusion, having taken into account generally the object and purpose of the Estonia-Finland BIT and, in particular, the wording of Article 3, the Tribunal considers that a breach of its FET standard can be established by reference (inter alia) to an investor's expectations of even-handed and just treatment by the host state induced by that state's unequivocal representation directed at that investor, provided that these expectations are reasonable and justifiable. It follows that, where such a representation is made by the host state under this BIT, the factual issue is whether in all the circumstances it was

			<p>ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154;</p> <p><i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §14 et suiv.;</p> <p><i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile</i>, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, §243</p>	<p>reasonable and justifiable for the investor to rely upon that representation; and, if so, whether there was in fact such reliance. This follows not merely as part of the FET standard as regards breach of the BIT, but also because the Tribunal is required to identify, as regards any decision on compensation, the actual loss suffered by the investor as a result of the host state's breach of this FET standard. In a case where there is no reliance, the investor may have suffered no loss when the host state acts inconsistently with its representation. By contrast, where on the basis of an unequivocal representation made by the state, the investor makes or maintains its investment, or otherwise acts to its detriment, there may be a loss to the investor where the state acts inconsistently.</p>
<p><b>21 November 2007</b></p>	<p><i>Archer Daniels Midland and Tate &amp; Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Award, 21 November 2007</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of Mexico's 2002 adoption of a tax on beverages containing high fructose corn syrup, that allegedly affected the claimants' investments in the high fructose corn syrup industry in Mexico.</p> <p>Reference: <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>, ICSID</p>	<p><b>250.</b> Other factors may be taken into account, together with the effects of the government's measure, including whether the measure was proportionate or necessary for a legitimate purpose; whether it discriminated in law or in practice; whether it was not adopted in accordance with due process of law; or whether it interfered with the investor's legitimate expectations when the investment was made.</p> <p><b>251.</b> In the Tribunal's view, this is not an expropriation case. The Claimants contend that the expropriatory nature of the Tax is confirmed</p>

			Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, §113	by the fact that the Tax was discriminatory and also interfered with their legitimate and reasonable expectations regarding the economic benefit to be obtained from the use and enjoyment of the Investment. However, no expropriation occurs unless the measure's degree of interference is substantial, which is not the case in the present situation, where the Claimants remained at all times in control of their investment, producing and distributing HFCS in Mexico. Accordingly, the loss of benefits or expectation, or the alleged discriminatory character of the Tax -standing alone- is not a sufficient criterion for an expropriation.
<b>24 December 2007</b>	<i>BG Group Plc v. The Republic of Argentina</i> , Final Award, 24 December 2007	BIT (Argentina – UK)	Claims arising out of a series of decrees and resolutions taken by Argentina in the course of an economic crisis (including restrictions on transfers, rescheduling of cash deposits and pesification of US dollar deposits) that allegedly affected the claimant's investment and frustrated the investor's ability to hedge against the risk of the devaluation of the pesos.  Reference :	<b>298.</b> The duties of the host State must be examined in the light of the legal and business framework as represented to the investor at the time that it decides to invest. This does not imply a freezing of the legal system, as suggested by Argentina. Rather, in order to adapt to changing economic, political and legal circumstances the State's regulatory power still remains in place. As previously held by tribunals addressing similar considerations, "... the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well."

			<p><i>Generation Ukraine Inc. v. Ukraine</i>, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, §20.37;</p> <p><i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, §130</p>	<p><b>310.</b> In summary, when the situation of currency devaluation materialized, Argentina fundamentally modified the investment Regulatory Framework, which, as stated above, provided for specific commitments that were meant to apply precisely in a situation of currency devaluation and cost variations. Thus, Argentina reversed commitments towards BG, when BG relied the most on its legitimate and reasonable expectations of a stable and predictable business and legal investment environment.</p> <p><b>342.</b> Like the "fair and equitable treatment" standard, "reasonableness" should be measured against the expectations of the parties to the bilateral investment treaty, rather than as a function of the means chosen by the State to achieve its goals:... As with the fair and equitable standard, the determination of reasonableness is in its essence a matter for the arbitrator's judgment.</p> <p><b>343.</b> Thus, withdrawal of undertakings and assurances given in good faith to investors as an inducement to their making an investments is by definition unreasonable and a breach of the treaty.</p>
<b>2008</b>				
<b>26 February 2008</b>	<i>Ares International S.r.l. and MetalGeo S.r.l. v. Georgia</i> , ICSID Case	BIT (Italy – Georgia)	– Claims arising out of the declaration of invalidity by Georgian authorities of certain	<b>9.3.8.</b> Numerous tribunals have concluded that the protection of legitimate expectations is at the heart of such a standard and that investor states

	<p>No. ARB/05/23, Award, 26 February 2008</p> <p>[not entirely public]</p>		<p>share purchase agreement concerning claimants' investments in a State-owned metallurgical plant, after allegedly receiving encouragement from the Georgian Government to become involved in the plant's rehabilitation process.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p> <p><i>CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic</i>, Partial Award, 13 September 2001, §611</p>	<p>that assume the standard are under an obligation to treat foreign investors so as not to frustrate their legitimate and reasonable expectations held at the time the investment was made.</p> <p><b>9.3.9.</b> Professor Wälde has pointed out that the principle of the protection of legitimate investment-backed expectation is often combined with the principle of transparency: governments must make clear what they want from the investor and cannot hide behind ambiguity.</p> <p><b>9.3.10.</b> Of course, the protection of legitimate expectations is not absolute and does not amount to a requirement for the host state to freeze its legal system for the investor's benefit. Professor Schreuer rightly points out that a reasonable evolution of the host state's law is part of the environment with which investors must contend. For instance, an adjustment of environmental regulations to internationally accepted standards or general improvements in labour law for the benefit of the host state's work force would not lead to a violation of the fair and equitable treatment standard, if applied in good faith and without discrimination.</p>
<p><b>29 February 2008</b></p>	<p><i>Cargill, Incorporated v. Republic of Poland</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/2, Final</p>	<p>BIT (Poland – US)</p>	<p>Claims arising out of Poland's imposition of quotas on isoglucose (a wheat-derived sweetener which competes with sugar), which</p>	<p><b>224.</b> The Tribunal [...]also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development</p>

	<p>Award, 29 February 2008</p>		<p>adversely affected Cargill's investment in isoglucose-processing facilities.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p> <p><i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §302</p> <p><i>S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada</i>, Partial Award (Merits), 13 November 2000, §261</p>	<p>of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.</p> <p><b>456.</b> More important is the determination of the contents of the standard. The preamble of the BIT which informs the object and purpose of the Treaty specifies that "fair and equitable treatment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". [...] It emerges as an important element of the assessment of fair and equitable treatment and is closely linked to the other key factors involved in the standard, which are the reasonable or legitimate expectations of the foreign Investor.</p> <p><b>458.</b> The protection of the investors' expectations has its limits. The expectations are only protected if they are reasonable and legitimate. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances at the time of the investment, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State.</p> <p><b>459.</b> In addition, in order to benefit from the treaty guarantee of fair and equitable treatment, the</p>
--	--------------------------------	--	--	---

				<p>investor must have relied upon the legitimate expectations to make the investment.</p> <p><b>510.</b> On the basis of the foregoing analysis, the Tribunal finds that Cargill’s expectations were not legitimate or reasonable under the circumstances. Cargill took certain business decisions and knew or should have known that they involved regulatory risks. Doing so, it may well have had hopes that the risks would not materialize. But mere hopes are not equivalent to reasonable expectations which benefit from treaty protection.</p> <p><b>574.</b> A finding of an expropriation requires that the investor establish that it was deprived of a reasonably expected economic benefit of its investment.</p> <p><b>575.</b> In the present case, given the regulatory context, Cargill did not have - and should not have had - reasonable investment-backed expectations that its rights to develop and later expand its production facility would not be affected by production quotas.</p>
<b>6 June 2008</b>	<i>Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits, 6 June 2008	BIT (Argentina – Chile)	Claims arising out of alleged adverse effects that a series of economic measures adopted by Argentine authorities in late 2001 and early 2002 had on the investments made by the claimants in a company manufacturing	<b>187.</b> In the hearing it was shown that both Claimants had business experience in Argentina as well as in Chile [...] Therefore, the Tribunal considers that it is unlikely that Claimants legitimately expected that their investments would not be subject to the ups and downs of the country in which they were made or that the crisis

			bus-bodies for public transportation vehicles in Argentina.	that could already be foreseen would not make it necessary to issue legal measures to cope with it. Since in this case there is no arbitrary governmental conduct nor is there a contractual situation of any kind leading Claimants to entertain legitimate expectations that were violated by such conduct, the Tribunal concludes that Argentina did not violate the provision that requires it to afford fair and equitable treatment to Claimants' investments.
<b>24 July 2008</b>	<i>Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania</i> , ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008	BIT (Republic of Tanzania – UK)	<p>Claims arising out of contractual disputes between claimant's locally-incorporated company and Tanzania's Water and Sewerage Authority, followed by a series of events that allegedly led to the deportation of the investor's senior management, as well as the seizure of its assets and takeover of its business.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>602.</b> Specific Components of the Standard: The general standard of "fair and equitable treatment" as set out above comprises a number of different components, which have been elaborated and developed in previous arbitrations in response to specific fact situations. These have been the subject of detailed consideration in the parties' submissions. In so far as they are relevant to the dispute here, these separate components may be distilled as follows:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Protection of legitimate expectations: the purpose of the fair and equitable treatment standard is to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment, as long as these expectations are reasonable and</li> </ul>

			<p><i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile</i>, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, §67</p>	<p>legitimate and have been relied upon by the investor to make the investment".</p>
<p><b>29 July 2008</b></p>	<p><i>Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan</i>, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008</p>	<p>BIT (Kazakhstan – Turkey)</p>	<p>Claims arising out of the government's termination of an investment contract for the creation and exploration of digital cellular radiotelephone connection on Kazakhstan.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>609.</b> The parties rightly agree that the fair and equitable treatment standard encompasses inter alia the following concrete principles:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- the State must act in a transparent manner;</li> <li>- the State is obliged to act in good faith;</li> <li>- the State's conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process;</li> <li>- the State must respect procedural propriety and due process.</li> </ul> <p>The case law also confirms that to comply with the standard, the State must respect the investor's reasonable and legitimate expectations.</p> <p><b>615.</b> The Arbitral Tribunal considers that in deciding to terminate the Contract without prior suspension, the Republic breached the Investment Contract. This was admitted by the Republic in two letters sent to the Ministry of Industry and Trade on May 14, 2003 by officials of the Ministry of Finance and the Ministry of Economy and Budget planning. Since the Investment Committee is an organ of the State, and in the particular circumstances of this case discussed above, this breach amounts to a breach of the BIT by the</p>

				Republic. The decision was arbitrary, unfair, unjust, lacked in due process and did not respect the investor's reasonable and legitimate expectations.
<b>18 August 2008</b>	<i>Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i> , ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008	BIT (Ecuador – US)	<p>Claims arising out of alleged breaches of several agreements entered into between the parties for electrical power generation and supply to the city of Guayaquil in Ecuador.</p> <p>Reference: <i>Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal</i>, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988, §4.10</p>	<p><b>117.</b> While the Tribunal [...] believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to consider the solutions consistently established in prior similar cases. Subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the case under review, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law, and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards establishing certainty in the rule of law.</p> <p><b>132.</b> In ascertaining the parties' real intentions, a tribunal looks inter alia to the expectations of the parties in light of the agreement seen as a whole.</p> <p><b>340.</b> The stability of the legal and business environment is directly linked to the investor's justified expectations. The Tribunal acknowledges that such expectations are an important element of fair and equitable treatment. At the same time, it is mindful of their limitations. To be protected, the investor's expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the</p>

facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest.

**363.** Duke Energy's alleged expectations were that the overdue balance of USD 7.2 million would promptly be "eliminated" through the establishment of the Payment Trusts (Cl. Mem., ¶ 71, 1st ER Kaczmarek, ¶ 43). When seeking to determine whether these expectations were reasonable in the circumstances, one might ask whether an experienced investor such as Duke Energy should not have paid closer attention to the procedure set up to implement the payment guarantee. In light of the clear terms of the Payment Trust Agreements and of the Payment Decree, which Duke Energy considered as conditions precedent to its investment, the Tribunal finds that the latter was reasonably entitled to rely on the commitment of the Government. In other words, Duke Energy's expectations must be deemed reasonable.

**364.** The Tribunal therefore reaches the conclusion that, by not implementing the payment guarantee, the Respondent deceived Duke

				<p>Energy's reasonable expectations and thus breached the guarantee of fair and equitable treatment with respect to the Payment Trusts.</p>
<p><b>27 August 2008</b></p>	<p><i>Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria</i>, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008</p>	<p>BIT (Bulgaria – Cyprus)</p>	<p>Claims arising out of the Bulgarian government, national legislative, judicial authorities, and other public authorities and agencies' alleged damage to the operation of the investor's refinery, as well as their refusal or unreasonable delay in adopting adequate corrective measures.</p> <p>Reference: <i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile</i>, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, §§67-70</p>	<p><b>175.</b> [...] The Parties agree that the standard includes to a certain extent the protection of the investor's legitimate expectations and the provision of a stable legal framework.</p> <p><b>176.</b> With regard to the protection of legitimate expectations, the Tribunal observes that these include the "reasonable and justifiable" expectations that were taken into account by the foreign Investor to make the Investment. These should, therefore, include the conditions that were specifically offered by the State to the Investor when making the Investment and that were relied upon by the Investor to make its Investment. These expectations would equally include "the observation by the host State of such well-established fundamental standards as good faith, due process, and non-discrimination."</p> <p><b>178.</b> Finally the Tribunal observes that the condition of transparency, stated in the first sentence of Article 10(1) of the ECT, can be related to the standard of fair and equitable treatment. Transparency appears to be a significant element for the protection of both the legitimate expectations of the Investor and the stability of the legal framework.</p>

<p><b>5 September 2008</b></p>	<p><i>Continental Casualty Company v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008</p>	<p>BIT (Argentina – US)</p>	<p>Claims arising out of a series of decrees and resolutions taken by Argentina in the course of an economic crisis (including restrictions on transfers, rescheduling of cash deposits and pesification of US dollar deposits) that allegedly affected the claimant's investment and frustrated the investor's ability to hedge against the risk of the devaluation of the pesos.</p>	<p><b>260.</b> By contrast, in most cases invoked by Continental as "precedents," specific undertakings were at issue, legislative, administrative or contractual (some of them by local authorities) directed or agreed with the investor, on the basis of which and in reliance upon the aggrieved investor had actually made its investment and committed long term resources. Without here entering into an evaluation of those cases, there are significant factual and contextual differences with the present case as to the application of the abstract concept of "reasonable legitimate expectations."</p> <p><b>261.</b> In summary, in order to evaluate the relevance of that concept applied within Fair and Equitable Treatment standard and whether a breach has occurred, relevant factors include:</p> <p>i) the specificity of the undertaking allegedly relied upon which is mostly absent here, considering moreover that political statements have the least legal value, regrettably but notoriously so;</p> <p>ii) general legislative statements engender reduced expectations, especially with competent major international investors in a context where the political risk is high. Their enactment is by nature subject to subsequent modification, and possibly to withdrawal and cancellation, within</p>
--------------------------------	--	-----------------------------	--	--

				<p>the limits of respect of fundamental human rights and ius cogens ;</p> <p>iii) unilateral modification of contractual undertakings by governments, notably when issued in conformity with a legislative framework and aimed at obtaining financial resources from investors deserve clearly more scrutiny, in the light of the context, reasons, effects, since they generate as a rule legal rights and therefore expectations of compliance;</p> <p>iv) centrality to the protected investment and impact of the changes on the operation of the foreign owned business in general including its profitability is also relevant; - good faith, absence of discrimination (generality of the measures challenged under the standard), relevance of the public interest pursued by the State, accompanying measures aimed at reducing the negative impact are also to be considered in order to ascertain fairness.</p>
<b>3 November 2008</b>	<i>National Grid PLC v. The Argentine Republic</i> , Award, 3 November 2008	BIT (Argentina – UK)	Claims arising out of the privatization program carried out by the Government of Argentina in the early 1990s, the guarantees offered to investors who brought assets in the electricity sector, and the measures taken by the	<b>151.</b> The Parties have also argued concerning the significance of the existence of prior commitments for purposes of identifying the regulatory measures which would give rise to a right to compensation. Judge Higgins commenting on the Martini case stated that: "In my view the right distinctions are here being drawn: governments may indeed need to be able

		<p>Respondent to stem the Argentina economic crisis in 2001-2002.</p> <p>Reference: <i>CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic</i>, Partial Award, 13 September 2001, §155</p> <p><i>CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, §277</p> <p><i>Waste Management v. United Mexican States (II)</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, §98</p> <p><i>Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, §262</p> <p><i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No.</p>	<p>to act qua government and in the public interest. That fact will prevent specific performance (including restitution) from being granted against them. But that is not to liberate them from the obligation to compensate those with whom it has entered into specific arrangements. That is the reasonable place to strike the balance between the expectations of foreign investors and the bona fide needs of governments to act in the public interest." <b>152.</b> In less categorical terms and after a review of investment treaty cases Jan Paulsson and Zachary Douglas concluded that: "the prohibition against indirect expropriation should protect legitimate expectations of the investor based on specific undertakings or representations by the Host State upon which the investor has reasonably relied. This is by no means an exclusive test to be applied to all types of alleged indirect expropriations in isolation of other relevant factors. It is, nonetheless, a useful guiding principle that appears to cover many of the situations that have come before the modern investment treaty tribunals." <b>173.</b> A review of the case law adduced by the Parties shows that fair and equitable treatment is considered an objective standard that does not require bad faith by the State. It also shows that this standard protects the reasonable expectations</p>
--	--	---	---

			<p>ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, §130</p> <p><i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §304</p>	<p>of the investor at the time it made the investment and which were based on representations, commitments or specific conditions offered by the State concerned.</p> <p><b>175.</b> The protection of investor expectations has been made subject to two significant qualifications: first, that the investor should not be shielded from the ordinary business risk of the investment and, second, that the investor's expectations must have been reasonable and legitimate in the context in which the investment was made.</p>
<p><b>6 November 2008</b></p>	<p><i>Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt</i>, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008</p>	<p>BIT (BLEU – Egypt)</p>	<p>Claims arising out of disagreements over additional compensation allegedly due to the investor under a contract it had entered into with the Egyptian agency in charge of the operation of the Suez Canal for the deepening and widening of certain southern stretches of the Canal.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>186.</b> Tribunals have considered that fair and equitable treatment was denied when the protection of the investor's expectations had not been warranted, provided that these were reasonable and legitimate.</p> <p><b>265.</b> The Tribunal has found nothing in the record that seems to imply that the Committee had an obligation to issue a decision. Neither did it find that the investors were diligent in pursuing this remedy. They left the proceedings inactive without moving to activate them, for instance by complaining about the inaction and requesting that a decision be issued. In addition, the legitimate expectations that are protected are the ones at the time of the making of the investment and the Committee was only set up in 1996. For</p>

			<i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §302	this reason, the Tribunal finds no breach of the fair and equitable standard in relation with the Committee for Settling the Complaints of the Investors.
<b>2009</b>				
<b>28 January 2009</b>	<i>Nordzucker AG v. The Republic of Poland</i> , Second Partial Award (Merits), 28 January 2009	BIT (Germany – Poland)	Claims arising out of the Government's implementation of a privatization programme for its sugar industry and its alleged retraction from selling Nordzucker two state-owned sugar producers (including a total of five production plants), which would have increased the claimant's total market-share to 20 per cent of Poland's sugar industry.	<b>87.</b> The Tribunal, upon review of the evidence available, comes to the conclusion that this expectation of Nordzucker was not reasonable and legitimate. The only reasonable expectation was that there would be negotiations, both on the various packages, and possibly even on the price (whether it was equal to or exceeded the minimum price set in the invitation to bid). <b>90.</b> The Tribunal understands that Nordzucker has been disappointed by the course of matters, but it does not agree that the expectations which have not been fulfilled were reasonable and legitimate, given the political protests against the privatisation since 1999 which grew stronger thereafter and were well publicized, and given the Rules which made it clear that the sales procedure would be closed only upon the Minister's consent in the GAM.
<b>1 June 2009</b>	<i>Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic</i>	BIT (Egypt – Italy)	Claims arising out of a series of acts and omissions by the respondent that allegedly	<b>447.</b> The standard of protection expected of a host state is not absolute. It has been stated that a host state must exercise "due diligence" in preventing

	<p><i>of Egypt</i>, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009</p>		<p>expropriated claimants' property of oceanfront land, including the issuance of a ministerial resolution cancelling the project's contract and the physical seizure of the property on two occasions.</p>	<p>harm to an investment. In the present case Claimants investment was expropriated by force and in opposition to explicit pleas for protection. 448. The Tribunal is of the view that the conduct of Egypt fell well below the standard of protection that the Claimants could reasonably have expected, both in allowing the expropriation to occur and in subsequently failing to take steps to return the investment to Claimants following repeated rulings of Egypt's own courts that the expropriation was illegal. This is indeed the most egregious element in the whole affair. Accordingly the Tribunal finds that Egypt has contravened Article 4(1) of the Italy-Egypt BIT. <b>450.</b> The fair and equitable treatment ("FET") standard is broad requirement, the application of which depends on the particular facts of each case. It is however widely recognised that the principle of good faith underlies fair and equitable treatment. Numerous arbitral tribunals have held that, in international investment arbitration, the host State's duty to respect the investor's legitimate expectations arises from its more general duty to act in good faith towards foreigners. The general, if not cardinal, principle of customary international law that States must act in good faith is thus a useful yardstick by which to measure the Fair and Equitable standard. While</p>
--	--	--	---	--

				its precise ambit is not easily articulated, a number of categories of frequent application may be observed from past cases. These include such notions as transparency, protection of legitimate expectations, due process, freedom from discrimination and freedom from coercion and harassment.
<b>8 June 2009</b>	<i>Glamis Gold Ltd. v. United States of America</i> , Award, 8 June 2009	NAFTA	<p>Claims arising out of certain federal government actions and California state measures regarding open-pit mining operations, allegedly resulting in injuries to a proposed gold mine in Imperial County, California.</p> <p>Reference: <i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §147</p> <p><i>Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, §148</p>	<p><b>22.</b> [...] to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). Such a breach may be exhibited by a "gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;" or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations.</p> <p><b>620.</b> The Tribunal notes Respondent's argument that even those expectations that manifest in a contract are insufficient to provide a basis for a breach of the minimum standard of treatment. [...] Merely not living up to expectations cannot be sufficient to find a breach of Article 1105 of the</p>

NAFTA. Instead, Article 1105(1) requires the evaluation of whether the State made any specific assurance or commitment to the investor so as to induce its expectations.

**622.** As the Tribunal determines below that no specific assurances were made to induce Claimant's "reasonable and justifiable expectations," the Tribunal need not determine the level, or characteristics, of state action in contradiction of those expectations that would be necessary to constitute a violation of Article 1105.

**627.** [...] Such a breach may be exhibited by a "gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;" or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations.

**766.** Fourth, as the Tribunal has explained in its discussion of the 1105 legal standard, a violation of Article 1105 based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as a threshold circumstance, at least a quasi-contractual relationship between the State and the investor, whereby the State has purposely and specifically induced the investment.

**802.** In addition, this is not the type of specific inducement necessary to create the duty that is a prerequisite to any breach of Article 1105 by

				<p>repudiation of investor expectations. The asserted assurances made to Claimant are not equivalent to the assurances in Metalclad, which were found to be "definitive, unambiguous and repeated" and thus were sufficient to create the threshold State obligation.</p>
<p><b>26 June 2009</b></p>	<p><i>Invesmart v. Czech Republic</i>, Award, 26 June 2009</p>	<p>BIT (Czech Republic – Netherlands)</p>	<p>Claims arising out of the alleged withdrawal by the Czech Republic of previous commitments to provide State support to the foreign-owned bank.</p> <p>Reference: <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §304</p>	<p><b>200.</b> The Tribunal notes that there has been a growing jurisprudence and case law dealing with the notion of fair and equitable treatment in recent years. The content of this obligation has been variously and not consistently described as including the different strands of protection of an investor's legitimate expectations, protection against manifestly arbitrary or grossly unfair treatment, requiring consistency of governmental decision-making, transparency, due process and adequate notice, protection against discrimination that does not amount to a breach of the national treatment standard and protection against acts of bad faith.</p> <p><b>250.</b> First, although an investor's expectation is subjective, i.e., what the investor believed to be the import of its dealings with government officials on which it claims to have relied, for the Tribunal, the test of whether such an expectation can give rise to a successful claim at international law is an objective one. It is not enough that a claimant have sincerely held an expectation; the</p>

				<p>expectation must be reasonable and the Tribunal must make the determination of reasonableness in all of the circumstances. If the expectation was unreasonable (for example, ill-informed or overly optimistic), it matters not that the investor held it and it will not form the basis for a successful claim.</p> <p><b>251.</b> Secondly, a source of contemporaneous evidence of the investor's expectation can be the contractual documents by which it acquired its investment or otherwise dealt with the seller of the investment where it purchased an existing investment.</p> <p><b>252.</b> Thirdly, there is a temporal dimension to evaluating a claimed expectation. To the extent that the expectation is based upon the investor's reliance upon the acts and/or statements of the responsible government officials, it must be based on how the officials actually dealt with the investor at the time.</p> <p><b>254.</b> Fourthly, the due diligence performed when the investor made its investment plays an important role in evaluating its expectation. A putative investor, especially one making an investment in a highly regulated sector such as financial services, as in the instant case, has the burden of performing its own due diligence in</p>
--	--	--	--	---

				vetting the investment within the context of the operative legal regime. <b>255.</b> Fifthly, and related to the fourth point, an investor's expectations must be based on the legal regulatory regime in place in the host state. Although there has been a suggestion in some cases that the investor's subjective expectations are to be given substantial weight, they are not to be the definitive source of the host state's obligations.
<b>30 June 2009</b>	<i>Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh</i> , ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 June 2009	BIT (Bangladesh – Italy)	Claims arising out of the actions of the State-owned entity Petrobangla and of the courts of Bangladesh allegedly aimed at sabotaging an ICC commercial arbitration proceeding and the subsequent non-enforcement of the award concerning the breach of a contract concluded between the claimant and said State-owned entity for the construction of a long-distance gas pipeline.	90. The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law.
<b>1 July 2009</b>	<i>Werner Schneider, acting in his capacity as administrator of Walter</i>	BIT (Germany-Thailand)	Claims arising out of the failure of Thai authorities to approve toll hikes as contemplated in certain concession contract, which	<b>11.10.</b> Professor Crawford argued that the reasonable expectations of the investor, consistent with contractual and other proprietary arrangements, have to be considered over and

	<p><i>Bau Ag v. The Kingdom of Thailand (formerly Walter Bau AG (in liquidation) v. The Kingdom of Thailand)</i>, Ad hoc Arbitration case, Award, 1 July 2009</p>		<p>allegedly prevented the investor from making a reasonable rate of return on its investment.</p> <p>Reference: <i>CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005</p>	<p>above domestic law manifestations, because of the principle of parallel protection of rights under the Treaty. He submitted that the various dicta (such as those quoted above) set out a list of administrative practices to which an investor can legitimately expect a host state to conform.</p> <p><b>11.11.</b> The legitimate expectations doctrine has been applied to protect the substantive expectations of investors where particular promises have been made.</p> <p><b>12.31.</b> It is true, [...] that legitimate expectations cannot be used to override actual arrangements made between the parties. However, given the circumstances of this case where the Respondent has a long history of not performing its obligation under the Concession Agreement, it would be unfair for the Respondent to escape liability by simply availing itself to the protection of domestic law by invoking majority rule in the company, i.e. that the Claimant must be bound by DMT's decision to consent to the toll reduction.</p> <p><b>14.27.</b> As demonstrated above by the Tribunal, the Claimant had, at the time of the signing of MoA2, legitimate expectations flowing from that Agreement which, through its actions and omissions, the Respondent did not honour. Such actions and omissions led to breaches of MoA2</p>
--	---	--	---	--

				and the Concession Agreement from 20 October 2004 onwards.
<b>27 August 2009</b>	<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009	BIT (Turkey – Pakistan)	<p>Claims arising out of the implementation of a construction contract concluded between the National Highway Authority of Pakistan and the investors.</p> <p>Reference: <i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, Separate Opinion of Mr. Thomas Wälde, §30 <i>Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i>, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, §§339-340</p>	<p><b>178.</b> The Tribunal agrees with Bayindir when it identifies the different factors which emerge from decisions of investment tribunals as forming part of the FET standard. These comprise the obligation to act transparently and grant due process, to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures, from exercising coercion or from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework affecting the investment.</p> <p><b>190.</b> The Tribunal must first determine the relevant time for the formation of the investor's expectations. Several awards have stressed that the expectations to be taken into account are those existing at the time when the investor made the decision to invest.</p> <p><b>191.</b> There is no reason not to follow this view here. The result is that the expectations to be taken into account are those of the Claimant at the time of the revival of the Contract in July 1997. The Tribunal chooses this time as opposed to an earlier one, because the issues relating to the termination of the 1993 Contract had been settled, as the Claimant acknowledged in its Request for Arbitration (RA, ¶ 8). The revival of the Contract can thus be viewed as a new start.</p>

				<p><b>192.</b> A second question concerns the circumstances that the Tribunal must take into account in analyzing the reasonableness or legitimacy of Bayindir's expectations at the time of the revival of the Contract. [...] which relied on "all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State."</p> <p><b>193.</b> In the present case, the Tribunal is of the view that the Claimant could not reasonably have ignored the volatility of the political conditions prevailing in Pakistan at the time it agreed to the revival of the Contract.</p> <p><b>197.</b> In the opinion of the Tribunal, this latter allegation, even if proved, would not be sufficient to establish a breach of the Respondent's obligation not to frustrate the legitimate expectations of investors. As already noted, in the light of the political changes of the preceding years, the Claimant could not reasonably expect that no further political changes would occur.</p>
<p><b>2 September 2009</b></p>	<p><i>Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan</i>, SCC Case No. 064/2008, Partial Award on Jurisdiction</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of the Government's alleged failure to ensure the issuance of licenses pursuant to several hydrocarbon exploration agreements concluded between Mr. Al-Bahloul and</p>	<p><b>200.</b> To establish a failure to meet legitimate expectations, several factors must be demonstrated the nature of the expectation, the reliance on the expectation and the legitimacy of that reliance.</p>

	<p>and Liability, 2 September 2009</p>		<p>Tajikistan's State Committee for Oil and Gas for four areas (Rengan, Sargazon, Yalgyzkak and East Soupetau) in Tajikistan.</p> <p>Reference: <i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §147</p> <p><i>Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania</i>, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007, §331</p>	<p><b>210.</b> Therefore, it is the Tribunal's opinion that Claimant had a right to rely upon Respondent's commitment to issue the four further exploration licenses, but his claim based on legitimate expectations fails for lack of evidence of actual reliance thereon. This being said, as previously noted, Respondent had indeed obligated itself to issue licenses under the December 2000 Agreements and failed to do so, a matter to which we will return in our discussion of the umbrella clause of the ECT.</p> <p><b>217.</b> Moreover, the Tribunal finds no basis for any legitimate expectation that licenses would necessarily be issued to the joint ventures prior to full payment of the shareholders' capital contributions. A literal reading of the Foundation Documents does not support such an expectation. The Charter states simply that payment of capital in full must be made within one year. If the parties had intended this to mean one year from the issuance of licenses as opposed to one year from the establishment of the company, they would have had to express that intention with greater clarity.</p>
<p><b>18 September 2009</b></p>	<p><i>Cargill, Incorporated v. United Mexican States</i>, ICSID Case No.</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of Mexico's 2002 adoption of a tax on beverages containing high fructose corn syrup, that allegedly affected</p>	<p><b>290.</b> The Tribunal notes that there are at least two BIT awards, both involving a clause viewed as possessing autonomous meaning, that have found an obligation to provide a predictable investment</p>

	ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009		<p>the claimants' investments in the high fructose corn syrup industry in Mexico.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p>environment that does not affect the reasonable expectations of the investor at the time of the investment. No evidence, however, has been placed before the Tribunal that there is such a requirement in the NAFTA or in customary international law, at least where such expectations do not arise from a contract or quasi-contractual basis.</p>
<b>8 October 2009</b>	<i>EDF (Services) Limited v. Republic of Romania</i> , ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009	BIT (Romania – UK)	<p>Claims arising out of the alleged arbitrary taking of a concession to provide duty free and other retail services at several Romanian airports and on board airplanes.</p> <p><i>Eureko B.V. v. Republic of Poland</i>, Partial Award, 19 August 2005, §§232-234</p> <p><i>Waste Management Inc. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB/AF/003, Final Award, April 30, 2004, §98</p>	<p><b>176.</b> Fair and equitable treatment is an objective legal standard, the observance of which is heavily fact-dependent and case-specific.</p> <p><b>216.</b> The Tribunal shares the view expressed by other tribunals that one of the major components of the FET standard is the parties' legitimate and reasonable expectations with respect to the investment they have made. Claimant has specifically referred to this component. It comes into consideration whenever the treatment attributable to the State is in breach of representations made by it which were said to be reasonably relied upon by the Claimant.</p> <p><b>217.</b> The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in</p>

				<p>contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.</p> <p><b>219.</b> Legitimate expectations cannot be solely the subjective expectations of the investor. They must be examined as the expectations at the time the investment is made, as they may be deduced from all the circumstances of the case, due regard being paid to the host State's power to regulate its economic life in the public interest.</p>
<b>2010</b>				
<b>14 January 2010</b>	<i>Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)</i> , ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010	BIT (Ukraine – US)	Claims arising out of the alleged breach of a settlement agreement concluded with the respondent concerning claimant's investment, and regarding the Ukraine regulators' handling of broadcasting licensing and trademark applications.	<b>285.</b> The evaluation of the State's action cannot be performed in the abstract and only with a view of protecting the investor's rights. The Tribunal must also balance other legally relevant interests, and take into consideration a number of countervailing factors, before it can establish that a violation of the FET standard, which merits compensation, has actually occurred: - the State's sovereign right to pass legislation and to adopt decisions for the protection of its public

				<p>interests, especially if they do not provoke a disproportionate impact on foreign investors;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- the legitimate expectations of the investor, at the time he made his investment;</li> <li>- the investor's duty to perform an investigation before effecting the investment;</li> <li>- the investor's conduct in the host country.</li> </ul>
<b>3 March 2010</b>	<i>Ron Fuchs v. The Republic of Georgia</i> , ICSID Case No. ARB/07/15, Award, 3 March 2010	BIT (Georgia - Greece)  ECT	<p>Claims arising out of a Government's decree cancelling the concession rights of an investment vehicle in which Mr. Ioannis Kardassopoulos and Mr. Ron Fuchs held interests, devoted to the development of an oil pipeline to transport oil and gas from Azerbaijan to the Black Sea.</p> <p>Reference: <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §307</p> <p><i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003 , §154</p>	<p><b>436.</b> The purported assurances by Georgian government officials that Mr. Fuchs would be compensated for his losses were made many years after his initial investment and were not intended to induce reliance, and the Respondent accordingly submits there can be no breach on this ground.</p> <p><b>439.</b> In the present case, although the specific assurances of compensation alleged to have been given to Mr. Fuchs came years after his initial investment in Georgia, the Tribunal considers the Respondent's interpretation of the legitimate expectations element of the FET standard to presuppose limitations upon the notion of fair and equitable treatment that are not established as a matter of law and that are inconsistent with the terms of the BIT read in their proper context.</p> <p><b>441.</b> Applied to the present case, the fact that it was after the investment was made that specific assurances of compensation were given, which assurances gave rise to a specific expectation of</p>

				<p>compensation, does not preclude Mr. Fuchs from holding throughout the term of his investment the legitimate expectation that Georgia would conduct itself vis-à-vis his investment in a manner that was reasonably justifiable and did not manifestly violate basic requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination.</p> <p><b>485.</b> Accordingly, the Tribunal finds that the stabilization clauses do not "cap" damages for the purposes of valuing the Claimants' rights, nor do they establish a ceiling of compensation beyond which the Claimants could not have legitimately expected to recover in the event of an expropriation.</p>
<b>3 March 2010</b>	<i>Ioannis Kardassopoulos v. Georgia</i> , ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010	BIT (Georgia – Greece)  ECT	<p>Claims arising out of a Government's decree cancelling the concession rights of an investment vehicle, in which Mr. Ioannis Kardassopoulos and Mr. Ron Fuchs held interests, devoted to the development of an oil pipeline to transport oil and gas from Azerbaijan to the Black Sea.</p> <p>Reference: <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No.</p>	<p><b>434.</b> The Tribunal takes note of the Parties' respective positions as regards the legitimate expectations element of Mr. Fuchs' claim, which appears to form the gravamen of his claim.</p> <p><b>436.</b> The purported assurances by Georgian government officials that Mr. Fuchs would be compensated for his losses were made many years after his initial investment and were not intended to induce reliance, and the Respondent accordingly submits there can be no breach on this ground.</p> <p><b>439.</b> In the present case, although the specific assurances of compensation alleged to have been</p>

			<p>2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §307</p> <p><i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p>given to Mr. Fuchs came years after his initial investment in Georgia, the Tribunal considers the Respondent's interpretation of the legitimate expectations element of the FET standard to presuppose limitations upon the notion of fair and equitable treatment that are not established as a matter of law and that are inconsistent with the terms of the BIT read in their proper context.</p> <p><b>441.</b> Applied to the present case, the fact that it was after the investment was made that specific assurances of compensation were given, which assurances gave rise to a specific expectation of compensation, does not preclude Mr. Fuchs from holding throughout the term of his investment the legitimate expectation that Georgia would conduct itself vis-à-vis his investment in a manner that was reasonably justifiable and did not manifestly violate basic requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination.</p>
<b>31 March 2010</b>	<i>Merrill &amp; Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada</i> , ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010	NAFTA	<p>Claims arising out of the implementation of Canada's log export regime to the investor's timber operations in British Columbia and the requirement that any of its exports be subject to a log surplus testing procedure, among other regulatory measures which</p>	<p><b>150.</b> Legitimate expectations are no doubt an important element of a business undertaking, but for such expectation to give rise to actionable rights requires there to have been some form of representation by the state and reliance by an investor on that representation in making a business decision.</p>

allegedly caused loss and damage to it.

**233.** The Investor raises the violation of its legitimate expectations as another issue. While it is clear that no representations have been made by Canada to induce the Investor to make a particular decision or to engage in conduct that is later frustrated, any investor will have an expectation that its business may be conducted in a normal framework free of interference from government regulations which are not underpinned by appropriate public policy objectives. Emergency measures or regulations addressed to social well-being are evidently within the normal functions of a government and it is not legitimate for an investor to expect to be exempt from them. Yet, regulations which end-up creating benefits for a certain industry, to the detriment of an investor, might be incompatible with what that investor might reasonably expect from a government.

**242.** Finally, the Tribunal comes to the Investor's case based on the question of legitimate expectations. Faced with a complete absence of evidence of any representation by Canada to the Investor which might be said to have induced or even encouraged its investment, if it were necessary to reach a decision on the question, the Tribunal would be likely to conclude, as with all the other arguments considered in relation to a

				<p>scenario two threshold, that Canada had not contravened the provisions of Article 1105(1).</p> <p><b>258.</b> [...] Such an uncertain expectation, like the goodwill considered in Oscar Chinn, does not appear to provide a solid enough ground on which to construct a legitimately affected interest. Nor does the Investor's general business outlook, while a perfectly legitimate and valid concern, constitute such an interest for the purpose of calculating damages.</p>
<b>18 June 2010</b>	<i>Gustav F W Hamester GmbH &amp; Co KG v. Republic of Ghana</i> , ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010	BIT (Germany – Ghana)	<p>Claims arising out of a joint venture between the claimant and a Ghanaian statutory company to renovate a cocoa bean processing factory in Takoradi, west Ghana, and alleged breaches of the parties' joint-venture agreement.</p> <p>Reference: <i>Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania</i>, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, September 11, 2007, §344.</p>	<p><b>336.</b> Christoph Schreuer also explains that contractual rights are not to be equated with legitimate expectations: "Taken to its logical conclusion this argument would put all agreements between the investor and the host State under the protection of the FET standard. If this position were to be accepted, the FET standard would be nothing less than a broadly interpreted umbrella clause."</p> <p><b>337.</b> The Tribunal fully endorses this comment and concludes that it is not sufficient for a claimant to invoke contractual rights that have allegedly been infringed to sustain a claim for a violation of the FET standard. Thus, even if attributed to Ghana, and even if the impugned acts were "sovereign" in nature, the alleged contract violations could not have amounted to a violation</p>

				of the FET standard based on a theory of "legitimate expectations."
<b>30 July 2010</b>	<i>AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic</i> , Decision on Liability, 30 July 2010	BIT (Argentina – UK)	<p>Claims arising out of a series of alleged acts and omissions by Argentina, including its alleged failure or refusal to apply previously agreed adjustments to the tariff calculation and adjustment mechanisms affecting claimants' investment.</p> <p>Reference:  <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §§301-302  <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154  <i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan</i>, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, §178</p>	<p><b>222.</b> In an effort to develop an operational method for determining the existence or nonexistence of fair and equitable treatment, arbitral tribunals have increasingly taken into account the legitimate expectations that a host country has created in the investor and the extent to which conduct by the host government subsequent to the investment has frustrated those expectations. When an investor undertakes an investment, a host government through its laws, regulations, declared policies, and statements creates in the investor certain expectations about the nature of the treatment that it may anticipate from the host State. The resulting reasonable and legitimate expectations are important factors that influence initial investment decisions and afterwards the manner in which the investment is to be managed. [...] An investor's expectations, created by law of a host country, are in effect calculations about the future.</p> <p><b>223.</b> Where a government through its actions subsequently frustrates or thwarts those legitimate expectations, arbitral tribunals have found that such host government has failed to accord the investments of that investor fair and equitable treatment.</p>

**224.** Numerous other tribunals have also linked the concept of fair and equitable treatment to the host state's respect of the legitimate expectations which the investor had at the time of the investment.

Other tribunals have also taken into account investor expectations in interpreting the fair and equitable treatment standard.

**226.** [...] this Tribunal finds that an important element of such cases has not been sufficiently emphasized: that investors, deriving their expectations from the laws and regulations adopted by the host country, acted in reliance upon those laws and regulations and changed their economic position as a result. Thus, it was not the investor's legitimate expectations alone that led tribunals to find a denial of fair and equitable treatment. It was the existence of such expectations created by host country laws, coupled with the act of investing their capital in reliance on them, and a subsequent, sudden change in those laws that led to a determination that the host country had not treated the investors fair and equitably.

**229.** Of course, a Contracting Party under a BIT's fair and equitable treatment standard is not required to satisfy all of an investor's expectations. It is required to respect only those

				<p>expectations that are legitimate and reasonable in the circumstances.</p> <p><b>236.</b> In interpreting the concept of fair and equitable, the Tribunal must also bear in mind that the Concession by its terms was subject to the regulatory authority of the Argentine State, which had a reasonable right to regulate. Thus in interpreting the meaning of fair and equitable treatment to be accorded to investors, the Tribunal must balance the legitimate and reasonable expectations of the Claimants with Argentina's right to regulate the provision of a vital public service.</p>
<b>30 July 2010</b>	<p><i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II)</i>, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010</p>	<p>BIT (France - Argentina ; Spain – Argentina)</p>	<p>Claims arising out of a series of alleged acts and omissions by Argentina, including its alleged failure or refusal to apply previously agreed adjustments to the tariff calculation and adjustment mechanisms affecting claimants' investment.</p> <p>Same analysis in <i>AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic</i>, Decision on Liability, 30 July 2010, §§222-231.</p>	<p><b>236.</b> In interpreting the concept of fair and equitable, the Tribunal must also bear in mind that the Concession by its terms was subject to the regulatory authority of the Argentine State, which had a reasonable right to regulate. Thus in interpreting the meaning of fair and equitable treatment to be accorded to investors, the Tribunal must balance the legitimate and reasonable expectations of the Claimants with Argentina's right to regulate the provision of a vital public service.</p>

<p><b>23 September 2010</b></p>	<p><i>AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömi Kft. v. Republic of Hungary (II)</i>, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of the Government's reintroduction in 2006 and 2007 of administrative pricing pursuant to two Price Decrees (after administrative prices had been abolished as of 1 January 2004), and the alleged resulting loss of revenue to the investor.</p> <p>See also : <i>Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i>, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, §340</p> <p><i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>9.3.8.</b> This rule that legitimate expectations can only be created at the moment of the investment, has been supported by several ICSID tribunals.</p> <p><b>9.3.12.</b> Indeed, several other tribunals have established, as quoted above, that the expectations can only be created at the time of the investment. Nevertheless, the interpretation of "time of the investment" has been quite broad.</p> <p><b>9.3.14.</b> Dealing first with the 1996 PPA, there is no question that AES Summit made an investment in Hungary at that time. Accordingly, it is proper to consider whether it had legitimate expectations at that time, with which Hungary has wrongfully interfered.</p> <p><b>9.3.15.</b> As to that question, the Tribunal concludes that AES Summit can have had no legitimate expectation at that time regarding the conduct of Hungary about which it now complains (i.e., the fact of, motivation for and methodology relating to the reintroduction of administrative pricing in 2006/2007). Both the privatization materials and the relevant investment agreements (the Original Tisza II PPA and the 1996 PSA) were explicit that Hungary would continue to set maximum administrative prices for electricity sales indefinitely into the future.</p>
---	--	------------	---	--

<p><b>8 November 2010</b></p>	<p><i>Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine</i>, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010</p>	<p>BIT (Austria – Ukraine)</p>	<p>Claims arising out of the investor’s modernization of a four star hotel complex in Kiev followed by Ukraine’s alleged expropriation of the hotel by turning it into a public corporation and transferring its assets, co-owned by the respondent, to a company solely owned by Ukraine without compensation.</p> <p>Reference: <i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)</i>, ICSID Case No. ARB/97/3, Award II, 20 August 2007, §7.4.12</p>	<p><b>420.</b> In the Tribunal’s view, the principle of fair and equitable treatment includes the obligation not to upset an investor’s legitimate expectations and the obligation to avoid arbitrary government action, regardless of whether there is any discriminatory element involved. [...] This means, in part, that governments must avoid arbitrarily changing the rules of the game in a manner that undermines the legitimate expectations of, or the representations made to, an investor.</p> <p><b>421.</b> The Tribunal agrees with Respondent that Claimant has not articulated with precision what "legitimate expectations" it possessed that Ukraine has undermined. The Tribunal also agrees with Respondent that Claimant did not possess any legitimate expectation that it would be able continue to work with the Hotel beyond the expiration of the current JAAs in 2015. No doubt Claimant hoped for a continuation of the relationship, and perhaps even the management of the Hotel harbored a similar hope. The Tribunal concludes, however, that Claimant did possess a legitimate expectation that the government would not interfere with the contractual relationship between Claimant and the Hotel, and that the agreements would be honored, albeit with the reformation to the payment terms</p>
-------------------------------	--	--------------------------------	---	--

				necessitated by the Ukrainian law on joint activities as discussed below. Those expectations arose not only by the terms of the original agreements, but, for example, also by the terms of the amendments to those agreements negotiated during or after the corporatization, and by the assurances given by the new management of the Hotel in June 2004 that the relationship would continue.
<b>12 November 2010</b>	<i>Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2008-09, Final Award, 12 November 2010	BIT (Canada – Czech Republic)	Claims arising out of the alleged wrongful failure of Czech courts to recognize and enforce an interim and final award in claimant’s favour, relating to alleged breaches of a shareholder agreement concluded with a Czech company for a joint venture project in the aviation manufacturing industry in the Czech Republic.	<b>285.</b> The protection of the investor’s legitimate expectations is closely related to the concepts of transparency and stability. Stability means that the investor’s legitimate expectations based on this legal framework and on any undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host state will be protected. The investor may rely on that legal framework as well as on representations and undertakings made by the host state including those in legislation, treaties, decrees, licenses, and contracts. Consequently, an arbitrary reversal of such undertakings will constitute a violation of fair and equitable treatment. While the host state is entitled to determine its legal and economic order, the investor also has a legitimate expectation in the system’s stability to facilitate rational planning and decision making.

				<p><b>287.</b> Tribunals have stated consistently that protected expectations must rest on the conditions as they exist at the time of the investment. They have pointed out that a foreign investor has to make its business decisions and shape its expectations on the basis of the law and the factual situation prevailing in the country as it stands at the time of the investment.</p> <p><b>288.</b> It follows from the above that any legitimate expectations, in order to be protected by the fair and equitable treatment standard, must have existed at the time the investment was made. Expectations created after that date, especially in the course of seeking remedies, would not be covered by the notion of legitimate expectations as developed in the context of the fair and equitable treatment standard.</p>
<b>24 November 2010</b>	<i>Nations Energy, Inc. and others v. Republic of Panama</i> , ICSID Case No. ARB/06/19, Award, 24 November 2010	BIT (Panama – US)	Claims arising out of communications from Panama’s General Revenue Directorate and the Ministry of Economy and Finance that allegedly refused claimants the transfer of certain fiscal tax credits to third parties.	<p><b>531.</b> Neither does the Arbitral Tribunal believe that the opinion issued on August 26, 2004 could have created legitimate expectations for Claimants.</p> <p><b>532.</b> [...] Let alone could Claimants have formed the legitimate expectation that they would have the possibility of transferring their tax credits to potential buyers of shares of stock.</p> <p><b>536.</b> Therefore, since the factual premises on which the inquiry was founded were erroneous, the Arbitral Tribunal concludes that Claimants</p>

				<p>could not have had any legitimate expectations from the document, with regard to the possibility of transferring tax credits to third parties in the framework of an issuance of bonds, or a sale of shares, by COPESA.</p> <p><b>537.</b> Given the uncertainty resulting from the errors contained in the inquiry, if Claimants intended to make certain that the transaction in question was feasible, they should have requested a formal resolution from the GDR to confirm the feasibility thereof.</p>
<p><b>27 December 2010</b></p>	<p><i>Total S.A. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010</p>	<p>BIT (Argentina – France)</p>	<p>Claims arising out of a series of decrees and resolutions taken by Argentina in the course of an economic crisis (including restrictions on transfers, rescheduling of cash deposits and pesification of US dollar deposits) that allegedly affected the claimant's investment.</p>	<p><b>114.</b> Tribunals have often referred to the principle of the protection of the investor's legitimate expectations, especially with reference to the "stability" of the legal framework of the host country applicable to the investment, as being included within the fair and equitable treatment standard. However, case law is not uniform as to the preconditions for an investor to claim that its expectations were "legitimate" concerning the stability of a given legal framework that was applicable to its investment when it was made. On the one hand, stability, predictability and consistency of legislation and regulation are important for investors in order to plan their investments, especially if their business plans extend over a number of years.</p>

**117.** In the absence of some "promise" by the host State or a specific provision in the bilateral investment treaty itself, the legal regime in force in the host country at the time of making the investment is not automatically subject to a "guarantee" of stability merely because the host country entered into a bilateral investment treaty with the country of the foreign investor. The expectation of the investor is undoubtedly "legitimate", and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as by contracts, concessions or stabilisation clauses on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law.

**120.** In other words, an investor's legitimate expectations may be based "on any undertaking and representations made explicitly or implicitly by the host State. A reversal of assurances by the host State which have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment. At the same time, it is clear that this principle is not absolute and does not amount to a requirement for the host State to freeze its legal system for the investor's benefit. A general stabilization requirement would go

beyond what the investor can legitimately expect."

**121.** The balance between these competing requirements and hence the limits of the proper invocation of "legitimate expectations" in the face of legislative or regulatory changes (assuming that they are not contrary to a contractual, bilateral or similar undertaking, binding in its own right) has been based on a weighing of various elements pointing in opposite directions. On the one hand, the form and specific content of the undertaking of stability invoked are crucial. No less relevant is the clarity with which the authorities have expressed their intention to bind themselves for the future. Similarly, the more specific the declaration to the addressee(s), the more credible the claim that such an addressee (the foreign investor concerned) was entitled to rely on it for the future in a context of reciprocal trust and good faith. Hence, this accounts for the emphasis in many awards on the government having given 'assurances', made 'promises', undertaken 'commitments', offered specific conditions, to a foreign investor, to the point of having solicited or induced that investor to make a given investment. Total itself described the acts of Argentina on which it relies in this way. As a result of such conduct by the host authorities, the

expectation of the foreign investor may "rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances."<sup>124</sup> When those features are not present, a cautious approach is warranted based on a case specific contextual analysis of all relevant facts.

**122.** Indeed, the most difficult case is (as in part in the present dispute) when the basis of an investor's invocation of entitlement to stability under a fair and equitable treatment clause relies on legislation or regulation of a unilateral and general character. In such instances, investor's expectations are rooted in regulation of a normative and administrative nature that is not specifically addressed to the relevant investor. This type of regulation is not shielded from subsequent changes under the applicable law. This notwithstanding, a claim to stability can be based on the inherently prospective nature of the regulation at issue aimed at providing a defined framework for future operations. This is the case for regimes, which are applicable to long-term investments and operations, and/or providing for "fall backs" or contingent rights in case the relevant framework would be changed in unforeseen circumstances or in case certain listed events materialize.

				<p><b>123.</b> On the other hand, the host State's right to regulate domestic matters in the public interest has to be taken into consideration as well.</p> <p>128. Since the concept of legitimate expectations is based on the requirement of good faith, one of the general principles referred to in Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice as a source of international law.</p> <p>See §§128-130 [domestic law]; §§131-134 [international law]</p>
<b>2011</b>				
<p><b>12 January 2011</b></p>	<p><i>Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America</i>, Award, 12 January 2011</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of a 1998 settlement agreement between various state's Attorney General and major tobacco companies (concluded to settle litigation by several U.S. states against certain U.S. cigarette manufacturers), and state legislation that partially implemented the settlement.</p> <p>Reference: <i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §147</p>	<p><b>140.</b> The Tribunal understands the concept of reasonable or legitimate expectations in the NAFTA context to correspond with those expectations upon which an investor is entitled to rely as a result of representations or conduct by a state party.</p> <p><b>141.</b> [...] Ordinarily, reasonable or legitimate expectations of the kind protected by NAFTA are those that arise through targeted representations or assurances made explicitly or implicitly by a state party.</p>

<p><b>28 March 2011</b></p>	<p><i>Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)</i>, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011</p>	<p>BIT (Ukraine – US)</p>	<p>Claims arising out of the alleged breach of a settlement agreement concluded with the respondent concerning claimant's investment, and regarding the Ukraine regulators' handling of broadcasting licensing and trademark applications.</p>	<p><b>68.</b> In the First Decision, the Tribunal referred to legitimate expectations in the course of its interpretation of Article II.3 of the BIT. In the Tribunal's reasoning, legitimate expectations play a subsidiary role as a normative criterion. The cornerstone of the Tribunal's findings was the law, and specifically the FET standard enshrined in Article II.3 of the BIT. It is worth remembering that legitimate expectations are nowhere mentioned in that article, nor anywhere else in the BIT.</p> <p><b>69.</b> Treaties must be interpreted in accordance with the Vienna Convention. Article 31.1 of this Convention provides that terms used in a treaty must be construed "in their context". For this purpose, the Tribunal resorted to the Preamble of the BIT, which establishes "that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment..." and concluded that the FET standard was closely tied to the notion of legitimate expectations. The Tribunal then went on to analyse what gives rise to investors' legitimate expectations, and came to the conclusion that these expectations can be defined on a general and on a specific level:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- On a general level, the Tribunal found that Claimant was entitled to expect that the Ukrainian regulatory system for the broadcasting industry</li> </ul>
-----------------------------	---	---------------------------	--	--

				<p>would be consistent, transparent, fair, reasonable, and enforced without arbitrary or discriminatory decisions;</p> <p>- More particularly, Mr. Lemire had the legitimate expectation that Gala, which at the time was only a local station in Kyiv, would be allowed to expand on its own merits, in parallel with the growth of the private radio industry in Ukraine.</p> <p><b>70.</b> These legitimate expectations were not based on an individual negotiation between Mr. Lemire and the Ukrainian State; they represent the common level of legal comfort which any protected foreign investor in the radio sector could expect.</p>
<b>21 June 2011</b>	<i>Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (I)</i> , ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011	BIT (Argentina – Italy)	<p>Claims arising out of Argentina’s alleged interference with the tariff regime applicable to claimant’s investment and other alleged breaches of obligations under the relevant concession agreement through the enactment of emergency measures during its 2001-2002 economic crisis.</p> <p>Reference : <i>Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania</i>, ICSID Case</p>	<p><b>285.</b> The Tribunal considers that the term “fair and equitable treatment”, as it appears in the present BIT and in other similar BITs, is intended to give adequate protection to the investor’s legitimate expectations.</p> <p><b>290.</b> If fair and equitable treatment is indeed linked to the legitimate expectations of the investors, these have to be evaluated considering all circumstances.</p> <p>The legitimate expectations of foreign investors cannot be that the State will never modify the legal framework, especially in times of crisis, but certainly investors must be protected from</p>

			<p>No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, §332</p> <p><i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan</i>, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, §377</p>	<p>unreasonable modifications of that legal framework.</p> <p><b>292.</b> In this context, the Arbitral Tribunal observes that the existence of legitimate expectations and the existence of contractual rights are two separate issues. Christoph Schreuer also explains that contractual rights are not to be equated with legitimate expectations: "Taken to its logical conclusion this argument would put all agreements between the investor and the host State under the protection of the FET standard. If this position were to be accepted, the FET standard would be nothing less than a broadly interpreted umbrella clause."</p> <p><b>294.</b> Thus, in so far as the Province's acts are exclusively contractual, they cannot amount to a violation of the fair and equitable treatment standard based on a theory of legitimate expectations.</p>
<b>15 July 2011</b>	<i>Rupert Joseph Binder v. Czech Republic</i> , Final Award, 15 July 2011	BIT (Germany – Czech Republic)	<p>Claims arising out of the Czech customs authorities' decision to order claimant's company the forced payment of customs debts of another company for which the investor was acting as a guarantor and by which it had been defrauded, allegedly causing bankruptcy of the investment</p>	<p><b>443.</b> In the Arbitral Tribunal's opinion, a treatment, in order to be fair, equitable and consistent with the general aim of Article 2(1) and of the BIT in general, should respect the legitimate expectations of the investor. What the investor may legitimately expect must be evaluated in the light of all circumstances in each given case. The expectations may relate not only to the existing contractual or other relations</p>

			<p>Reference: <i>International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States</i>, Arbitral Award, 26 January 2006, §147</p>	<p>between the investor and the host state, but may also concern the general legal framework in the host state.</p> <p><b>444.</b> Thus, when the host state, through its written or oral representations, undertakings or other acts, has created the reasonable expectation on the part of the investor that it will conduct itself in a certain way, the investor legitimately expects that the host state will indeed act consistently with the assurances it has given to the investor.</p> <p><b>445.</b> The state's failure to observe the legitimate expectations of the investor that it has itself induced will amount to a breach of the fair and equitable treatment standard.</p>
<b>19 September 2011</b>	<i>Peter Franz Vöcklinghaus v. Czech Republic</i> , Final Award, 19 September 2011	BIT (Czech Republic - Germany)	Claims arising out of the alleged forced bankruptcy and takeover of claimant's investment in the Cihelna golf course in the Northwest of the Czech Republic.	<b>201.</b> In the opinion of the Tribunal, PV was subject to no more and no less than a proper and consistent application of the laws of the Czech Republic, There is no evidence to support an allegation that PVs legitimate expectations had not been met.
<b>31 October 2011</b>	<i>El Paso Energy International Company v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011	BIT (Argentina – US)	Claims arising out of a series of decrees and resolutions taken by Argentina in the course of an economic crisis (including restrictions on transfers, rescheduling of cash deposits and pesification of US dollar deposits) that allegedly affected the	<b>348.</b> There is an overwhelming trend to consider the touchstone of fair and equitable treatment to be found in the legitimate and reasonable expectations of the Parties, which derive from the obligation of good faith. <p><b>355.</b> The Tribunal, for its part, is inclined to accept the overwhelming jurisdictional trend mentioned above, which considers that the</p>

			<p>claimant's investment and frustrated the investor's ability to hedge against the risk of the devaluation of the pesos.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p> <p><i>Waste Management v. United Mexican States (II)</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, §98</p> <p><i>Noble Ventures, Inc. v. Romania</i>, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, §181</p> <p><i>Generation Ukraine Inc. v. Ukraine</i>, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, §20.37</p>	<p>concept of fair and equitable treatment must be analysed with due consideration of the legitimate expectations of the Parties, but it will elaborate on the interpretation to be given to such a statement. If legitimate expectations of the foreign investors are to be taken into account at all, it has to be stressed that of course all the elements that the investors would like to rely on in order to maximise their benefits, if they are indeed expectations, cannot be considered legitimate and reasonable. The Tribunal will thus endeavour to specify what it thinks can be viewed as legitimate and reasonable expectations.</p> <p><b>358.</b> This means also, secondly, that legitimate expectations cannot be solely the subjective expectations of the investor, but have to correspond to the objective expectations than can be deduced from the circumstances and with due regard to the rights of the State. In other words, a balance should be established between the legitimate expectation of the foreign investor to make a fair return on its investment and the right of the host State to regulate its economy in the public interest.</p> <p><b>360.</b> It has thus been recognised that legitimate expectations might differ between an economy in transition such as that of Ukraine and a more developed one.</p>
--	--	--	--	--

**363.** It is this Tribunal's view that, if the circumstances change completely, any reasonable investor should expect that the law also would drastically change. It is reasonable to foresee that a small change in circumstances might entail minor changes in the law, while a complete change might entail major changes in the law.

**364.** In sum, the Tribunal considers that FET is linked to the objective reasonable legitimate expectations of the investors and that these have to be evaluated considering all circumstances. As a consequence, the legitimate expectations of a foreign investor can only be examined by having due regard to the general proposition that the State should not unreasonably modify the legal framework or modify it in contradiction with a specific commitment not to do so, as will be shown below.

**372.** Conversely, it is unthinkable that a State could make a general commitment to all foreign investors never to change its legislation whatever the circumstances, and it would be unreasonable for an investor to rely on such a freeze

**374.** There can be no legitimate expectation for anyone that the legal framework will remain unchanged in the face of an extremely severe economic crisis. No reasonable investor can have such an expectation unless very specific

				commitments have been made towards it or unless the alteration of the legal framework is total.
<b>30 November 2011</b>	<i>White Industries Australia Limited v. The Republic of India</i> , Final Award, 30 November 2011	BIT (Australia – India)	<p>Claims arising out of alleged judicial delays by the Government of India that left the claimant unable to enforce an ICC award for over nine years concerning a contractual dispute with Coal India, a State-owned mining entity.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<b>10.3.7.</b> As to the applicable standard, the Tribunal prefers the statement by Newcombe and Paradell that: "legitimate expectations about the treatment of investments will arise 'based, on the conditions offered by the host State at the time of the investment.' [Investment treaty] jurisprudence highlights that, to create legitimate expectations, State conduct needs to be specific and unambiguous. Encouraging remarks from government officials do not of themselves give rise to legitimate expectations. There must be an 'unambiguous affirmation' or a 'definitive, unambiguous and repeated assurances'. The conduct must be targeted at a specific person or identifiable group."
<b>7 December 2011</b>	<i>Spyridon Roussalis v. Romania</i> , ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011	BIT (Greece – Romania)	<p>Claims arising out of disagreements over compliance with a post-investment obligation related to claimant's purchase of shares in a large frozen food warehousing facility from the Romanian government's privatization authority; also, other measures such as tax liabilities and penalties allegedly imposed on the investor's company by the</p>	<b>316.</b> The case law also confirms that to comply with the FET standard, the State must respect the investor's reasonable and legitimate expectations. <b>506.</b> The Tribunal also considers that, under the circumstances, Claimant's argument that the tax authorities' behavior in conducting too numerous tax controls and assessing too severe and too many tax liabilities would amount to a failure to protect his legitimate expectations, is not justified. The tax regulations which led to the incriminated decisions existed and were

			<p>Romanian authorities and the enforced closure of his operation because of an alleged failure to comply with EU-mandated food safety regulations.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p>enforceable by law at the time of the investment. Each of the controls and decisions was based on Romanian legal provisions. Moreover, Claimant could not reasonably have expected that the Romanian authorities would refrain from resolving reasonable concerns they might have concerning Claimant's fulfillment of its tax obligations.</p>
<b>2012</b>				
<b>23 April 2012</b>	<i>Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic</i> , Final Award, 23 April 2012	BIT (Slovakia - Netherlands)	<p>Claims arising out of alleged actions and omissions by the Slovak authorities that resulted in BCT's bankruptcy, including actions taken by a Bratislava court and the local tax office.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>221.</b> The Treaty provision, interpreted in accordance with the VCLT, offers little guidance on the content of the FET standard. The Tribunal will thus turn to the interpretation adopted in case law. A number of factors have been repeatedly identified as forming part of the FET standard. These include the obligations to act transparently and grant due process, to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures, from exercising coercion, and from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework affecting the investment. Tribunals have emphasised that the FET guarantee must be appreciated in concreto, taking into account the specific circumstances of each case.</p>

			<p><i>El Paso Energy International Company v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, §364</p>	<p><b>224.</b> In sum, this Tribunal agrees that stability of the legal and business environment does not equate immutability of the legal framework and that legitimate expectations must be measured through a balancing test taking account of specific circumstances.</p>
<p><b>16 May 2012</b></p>	<p><i>Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica</i>, ICSID Case No. ARB/08/1, Award, 16 May 2012</p>	<p>BIT (Costa Rica – Germany)</p>	<p>Claims arising out of Mrs. Unglaube's alleged investment in the ecotourism industry in Costa Rica through the acquisition of land for the development of a tourism project and its subsequent alleged expropriation by the Costa Rican Government.</p> <p>Reference: <i>Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i>, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, §§337-340</p> <p><i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p><b>242.</b> It is, instead, to assess whether investors have been subjected to arbitrary or discriminatory treatment, to legal arrangements which violate due process, and, in particular, whether the legitimate expectations of the investor (i.e., expectations reasonably held by the investor at the time the investment was made) have been duly respected.</p> <p><b>249.</b> The stability of the legal and business environment is directly linked to the investor's justified expectations. The Tribunal acknowledges that such expectations are an important element of fair and equitable treatment. At the same time, it is mindful of their limitations. To be protected, the investor's expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment. The assessment of the reasonableness or legitimacy must take into account all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In</p>

addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest.

**269.** Taking the last item first, the Tribunal has found that, for Claimants to be entitled to rely on "legitimate expectations based on agreements entered into with the State," they must first establish the existence and content of such agreements. They must then establish that they justifiably relied on such agreements in making their investment.

**270.** [...] As indicated above, the unilateral expectations of a party, even if reasonable in the circumstances, do not in and of themselves satisfy the requirements of international investment law. To satisfy such requirements Claimants must demonstrate reliance on specific and unambiguous State conduct, through definitive, unambiguous and repeated assurances, and targeted at a specific person or identifiable group. This they have not done.

**279.** The Tribunal finds therefore that Claimants have not corroborated their claims of a violation of the fair and equitable treatment standard - either on grounds of (1) lack of an effective remedy or (2) denial of justice. The Tribunal also finds no such violation arising from improper

				frustration of Claimants' legitimate expectations based on agreements entered into with the State.
<b>16 May 2012</b>	<i>Reinhard Hans Unglaube v. Republic of Costa Rica</i> , ICSID Case No. ARB/09/20, Award, 16 May 2012	BIT (Costa Rica – Germany)	Claims arising out of Mr. Unglaube's alleged investment in the ecotourism industry in Costa Rica through the acquisition of land for the development of a tourism project and its subsequent alleged expropriation by the Costa Rican Government.	Same §§ as Mario Unglaube v Costa Rica
<b>7 June 2012</b>	<i>Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon</i> , ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 7 June 2012	BIT (Lebanon - Italy)	Claims arising out of alleged interferences by the Lebanese Government that caused material damage to the construction project of a highway in which the claimant had invested, followed by its refusal to adopt adequate corrective measures; for instance, changing the regulatory framework, failing to deliver sites, failing to protect Toto's legal possession, and giving erroneous design information and instructions.	<p>§§152-158 References on legitimate expectations from other awards</p> <p><b>159.</b> Legitimate expectations may follow from explicit or implicit representations made by the host state, or from its contractual commitments. The investor may even sometimes be entitled to presume that the overall legal framework of the investment will remain stable. Much depends, however, on the circumstances of the case.</p> <p><b>165.</b> Finally, legitimate expectations are more than the investor's subjective expectations. Their recognition is the result of a balancing operation of the different interests at stake, taking into account all circumstances, including the political and socioeconomic conditions prevailing in the host State.</p> <p><b>193.</b> Furthermore, fair and equitable treatment has to be interpreted with international and</p>

				<p>comparative standards of domestic public law as a benchmark. The investor is certainly entitled to expect that the host State will not act capriciously to violate the rights of the investors.</p> <p><b>224.</b> Moreover, only the frustration of legitimate expectations which upsets the stability of the legal or business framework, the fair and equitable treatment standard, or the rights acquired under domestic law, should be protected under Article 3.1 of the Treaty. Toto did not prove that the owners' obstructions have upset any of such elements.</p>
<b>11 June 2012</b>	<i>EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012	BIT (France – Argentina)	–	<p>Claims arising out of a series of alleged acts and omissions by Argentina, including pre-emergency measures, emergency tariff measures, and certain renegotiation process that negatively affected the claimants' investment.</p> <p><b>897.</b> Although not bound by previous decisions of other international tribunals, the Tribunal has given them due consideration with the aim of enhancing consistent interpretation of comparable treaty language as applied to similar fact patterns, thereby promoting the legitimate expectations of both host states and foreign investors.</p> <p><b>1005.</b> The Tribunal is mindful that the economic crisis is relevant to the interpretation of the Fair and Equitable Treatment standard. The investor's expectations must be balanced against the host state's need to take action in the public interest at a time of crisis. By the same token, an integral part of fairness and equity must be constituted by respect for fundamental representations of a</p>

				concession after a state of emergency has passed and economic equilibrium can be restored.
<b>12 June 2012</b>	<i>Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador</i> , PCA Case No. 2009-19, Final Award, 12 June 2012	BIT (Ecuador – US)	Claims arising out of several Government measures that allegedly altered the legal and regulatory framework governing the power sector in Ecuador, including the payment system applicable to private thermoelectric generators like Ulysseas, and the State's subsequent withdrawal of claimant's operating permit due to alleged contractual breaches.	<p><b>248.</b> There are, however, tribunals that have adopted much narrower conceptions of the fair and equitable standard in the context of the recognition that one of the major components of this standard is the parties legitimate and reasonable expectations, subject to the State's normal regulatory power. The BIT Preamble makes reference in effect also to the need to maintain "maximum effective utilization of economic resources"</p> <p><b>249.</b> The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable. A violation of the standard cannot be determined in the abstract, what is fair and reasonable depending on a confrontation of the objective expectations of the investor and the regulatory</p>

				<p>power of the State in the light of the circumstances of the case.</p> <p><b>258.</b> The Tribunal believes that Article 24 of the Licence Contract has a bearing on the determination of Claimant's claim that it had a legitimate expectation that no prejudicial changes would be made to the electricity regulatory system. In effect, this provision shows that Claimant had accepted in September 2006 that changes might be introduced to laws "or other provisions of any nature" which "would prejudice the investor" and that, should this occur, compensation would be paid for damages so caused to it. Having elected to bring a claim based on the BIT, Claimant has waived its right to see compensation under Article 24 of the Licence Contract.</p>
<b>29 June 2012</b>	<i>Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala</i> , ICSID Case No. ARB/07/23, Award, 29 June 2012	CAFTA DR	<p>Claims arising out of a "Lesivo Opinion" issued by Guatemala's Attorney General recommending the State to declare void certain usufruct contract concluded with the investor concerning infrastructure and other rail assets to provide railway services in Guatemala.</p>	<p><b>116.</b> It is reasonable to argue that an investor, or any party to a contract, may not have legitimate expectations that a government would not make mistakes in assessing one's legal rights. This is not the issue. The question is whether, if mistakes are made, other parties who had acted on such mistakes in good faith and to their own detriment, should have the right to expect that the party who made the mistake would bear the consequences.</p> <p><b>123.</b> In the Tribunal's view, the expectation of Claimant to have a legally valid contract was not</p>

				misplaced. It was created by the actions of Respondent and of its agency, FEGUA.
<b>5 October 2012</b>	<i>Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)</i> , ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012	BIT (US – Ecuador)	–	<p>Claims arising out of the termination (caducidad) of a 1999 participation contract between Occidental Exploration and Production Company and PetroEcuador for the exploration and exploitation of hydrocarbons in Block 15 of the Ecuadorian Amazon region.</p> <p><b>383.</b> However, before turning to the proportionality of the Caducidad Decree, the Tribunal recalls that the Claimants have also alleged that the Caducidad Decree was inconsistent with the Treaty and Ecuadorian law because, inter alia, it frustrated their legitimate expectations in the circumstances. Having concluded above that OEPC's failure to secure the required authorization on the part of the Ecuadorian authorities in October 2000, while not amounting to bad faith, was negligent, the Tribunal considers that the Claimants cannot be found to have had a legitimate expectation that the Minister would not exercise his discretion and impose caducidad. The failure to secure the required authorization meant that OEPC breached Clause 16.1 of the Participation Contract and was guilty of an actionable violation of Article 74.11 of the HCL which, as one option, expressly allowed the Minister to declare the caducidad of the Participation Contract and the Joint Operating Agreements. For this reason, the Claimants' allegation that the Caducidad Decree frustrated their legitimate expectations is rejected.</p> <p><b>560.</b> In the view of the Tribunal, the VAT Interpretative Law, unfairly and arbitrarily,</p>

				frustrated the legitimate expectations of the Claimants in precisely the same way as the SRI's Decrees and is thus also in breach of the Treaty. As such, as between the Claimants and the Respondent, the VAT Interpretative Law is without legal effect and should not be taken into account as a factor which impacts the fair market value of the Claimants' investment.
<b>30 November 2012</b>	<i>Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary</i> , ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, §7.77	ECT	Claims arising out of Hungary's termination of a power purchase agreement concluded with the investor, allegedly as part of the State's program for liberalizing its electricity market to comply with EU laws on State aid.	<p><b>7.74.</b> The Tribunal shares the well-established scholarly opinions [...] that the obligation to provide fair and equitable treatment comprises several elements, including an obligation to act transparently and with due process; and to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures or from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework adversely affecting its investment.</p> <p><b>7.75.</b> It is widely accepted that the most important function of the fair and equitable treatment standard is the protection of the investor's reasonable and legitimate expectations.</p> <p><b>7.76.</b> As regards the relevant point in time for the assessment of legitimate and reasonable expectations, it is common ground in 'investment jurisprudence' and between the Parties that the assessment must refer to the time at which the investment is made, and that expectations must be based on more than subjective beliefs.</p>

				<p><b>7.77.</b> While the investor is promised protection against unfair changes, it is well-established that the host State is entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to changing circumstances in the public interest.</p> <p><b>7.78.</b> Fairness and consistency must be assessed against the background of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State. While specific assurances given by the host State may reinforce the investor's expectations, such an assurance is not always indispensable: [...]. Specific assurances will simply make a difference in the assessment of the investor's knowledge and of the reasonability and legitimacy of its expectations.</p>
<b>2013</b>				
<b>8 April 2013</b>	<i>Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova</i> , ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013	BIT (France – Moldova)	Claims arising out of the alleged Government interference in the investor's duty-free business at Chisinau Airport and at five border stores with Romania which delayed or prevented the opening of such duty free stores.	<b>531.</b> The express undertaking by a State to ensure that an investment receives fair and equitable treatment, and the link of this undertaking to a hospitable investment climate and good faith, provides the foundation on which the State, by its representations or conduct, or even by inactivity, might encourage certain expectations in investors before the investments are made as to their future treatment or of regulatory or administrative action.

				<p><b>532.</b> Where these expectations have an objective basis, and are not fanciful or the result of misplaced optimism, then they are described as 'legitimate expectations'.</p> <p><b>533.</b> Legitimate expectations as a basis for the analysis of whether a State has failed to accord an investment fair and equitable treatment are now an established feature of investment arbitration, but remain problematic. They are susceptible to a certain easy circularity of argument; investors normally have expectations in relation to a wide range of contingencies, great and small, and it is often relatively easy for a claimant to postulate an expectation to condemn the very conduct that it complains of in the case before it.</p> <p><b>534.</b> Another problem is that a single expectation might be expressed at multiple levels of generality. The multiplication of legitimate expectations may create a 'moving target' for a respondent that in an extreme case might raise issues of due process.</p> <p><b>535.</b> Accordingly, a claim based on legitimate expectations must proceed from the exact identification of the origin of the expectation alleged, so that its scope can be formulated with precision.</p> <p><b>536.</b> Further, a breach of an investor's legitimate expectations does not ipso facto amount to a</p>
--	--	--	--	---

				<p>breach of the fair and equitable treatment obligation. Quite simply, not every expectation of an investor is protected; rather it must be an expectation recognised and protected in international law.. An investor might well consider that it has a legitimate expectation that a State will comply with all its obligations under an investment contract, but if the investor has also agreed that compliance with the investment contract is subject to the law of the State party and the jurisdiction of the courts of the State party, then in the absence of aggravating factors, such as an element of puissance publique or sovereign power in the breach, non-performance is outside the scope of the fair and equitable treatment standard.</p> <p><b>537.</b> The fair and equitable treatment standard also involves a balancing exercise that might take into account "the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest."</p> <p><b>538.</b> Accordingly, an investor's legitimate expectations might be breached not only by a substantive change in policy, but also by the treatment of the investor during the process of the change of policy. It has been said that an investor's legitimate expectations should be treated with transparency, free from ambiguity, consistently,</p>
--	--	--	--	--

				<p>and within a framework of a proper exercise of powers.</p> <p><b>539.</b> Finally, the relationship between legitimate expectations and domestic law is important in this case. The Tribunal has already noted that certain expectations, such as those arising pursuant to a contract, are properly dealt with in domestic law and do not amount to expectations protected at the international level. Conversely, the acts of an organ or official, for which the State is responsible in international law, might create legitimate expectations on the international plane, even though the official or organ has acted legally in domestic law. The international responsibility of a State is not determined by the legality of an act under domestic law, but by the principle of attribution in international law.</p> <p><b>541.</b> In these circumstances the Tribunal finds that Claimant had a legitimate expectation, created by Respondent, that there was a secure legal framework to operate a duty free store in his leased premises in Chisinau Airport. Further, Claimant made his investment in the duty free shop at Chisinau Airport in reliance on this legitimate expectation.</p> <p><b>543.</b> As the investment increased and matured, the consequences of any failure to fulfil the legitimate expectations became increasingly severe. The</p>
--	--	--	--	--

				<p>implications for the state's obligations under the fair and equitable treatment standard are not the same when a legitimate expectation is breached at the commencement of an investment, as when the investment is well advanced.</p> <p><b>544.</b> The more time passed and the more efforts were made, the more Mr. Arif was entitled to trust Respondent that it would stand by the contract terms and would allow the realization of the investment.</p> <p><b>550.</b> Expectations that are purely contractual by nature are protected by the applicable jurisdiction under the contract; other expectations of a minor nature might not be of sufficient significance to entail responsibility of the State. These distinctions are particularly important in relation to the allegations of breach of the legitimate expectations in relation to Claimant's border stores.</p>
<b>16 April 2013</b>	<i>Iurii Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Republic of Moldova (IV)</i> , SCC Case No. 091/2012, Final Award, 16 April 2013	BIT (Republic of Moldova – Russia)	Claims arising out of alleged tax and environmental policy modifications which adversely affected the claimant's operation of a local company involved in the production and sale of paints, varnishes and similar products in Moldova.	<b>183.</b> Indeed, the protection of legitimate expectations must now be considered as firmly rooted in arbitral practice, and "a reversal of assurances by the host state which have led to legitimate expectations will be considered as a violation of the principle of fair and equitable treatment" (Dolzer & Schreuer: Principles of International Investment Law, 2008, p. 134).

<p><b>19 September 2013</b></p>	<p><i>ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft PANTA Achtungsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH &amp; Co v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2010-05, Final Award, 19 September 2013</p>	<p>BIT (Czech Republic - Germany)</p>	<p>Claims arising out of the Government's revocation of a planned approval to the claimant for the construction of a shopping centre in Liberec, at the northwest of the Czech Republic.</p>	<p><b>4.765.</b> A particular point to be borne in mind in this connection is that the expectations of a given investor, however legitimate, do not exist in isolation, and removed from the factual circumstances of the specific situation. <b>4.767.</b> As indicated above, ‘legitimate expectations’ in the context of investment arbitration would normally be based on specific assurances given by the competent authorities to the investor, and it is to that aspect that the Tribunal now turns.</p>
<p><b>1 November 2013</b></p>	<p><i>AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan</i>, ICSID Case No. ARB/10/16, Award, 1 November 2013</p>	<p>BIT (Kazakhstan – US)  ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of actions including fines and tariff restrictions imposed to claimants by Kazakh competition authorities concerning energy prices that allegedly had adverse financial impacts on the company’s operations in the country.</p>	<p><b>291.</b> For the reasons exposed above (see paras. 191-194), a breach of contract does not per se trigger a breach of treaty protection. It will be a breach of treaty only if the legitimate expectation is of such nature as to justify its protection under the relevant treaty and its frustration is of sufficiently serious character to constitute an independent breach of the relevant treaty protection standard. Thus the concept of ‘legitimate expectation’ in a treaty claim is not necessarily coterminous with a legitimate expectation a party may have under a contract. Furthermore, a contractual right constitutes a ‘legitimate expectation’ protected by treaty only where there are factors other than the simple fact of the existence of the contract which justify</p>

				<p>giving the expectation of performance of the contract the status of a legitimate expectation protected by the treaty. In this regard, it is necessary to take into account the overall circumstances giving rise to the legitimate expectation and its frustration, such as the basis for the expectation, reliance upon it in practice, the reasons and context for its frustration, etc.</p> <p><b>399.</b> Secondly, the Arbitral Tribunal considers that a legitimate expectation to earn a reasonable return of and on an investment necessarily implies the right to a certain discretion by the investors on how to make use of such return. This right includes in principle the right for foreign investors to repatriate such return.</p> <p><b>401.</b> However, it is also understood that the protection of such a legitimate expectation under the FET standard is not absolute and in order for a restriction of such right to breach the FET standard, it is necessary that the nature of the restriction be seen as unfair or inequitable.</p>
<b>11 December 2013</b>	<i>Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)</i> , ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013	BIT (Romania – Sweden)	Claims arising out of the Government's introduction of a series of investment incentives for the development of certain disfavoured regions of Romania and from the subsequent partial withdrawal or amendment of those	<b>529.</b> The BIT's protection of the stability of the legal and business environment cannot be interpreted as the equivalent of a stabilization clause. In the Tribunal's view, the correct position is that the state may always change its legislation, being aware and thus taking into consideration that: (i) an investor's legitimate expectations must

			<p>incentives, in the context of Romania's accession to the European Union.</p>	<p>be protected; (ii) the state's conduct must be substantively proper (e.g., not arbitrary or discriminatory); and (iii) the state's conduct must be procedurally proper (e.g., in compliance with due process and fair administration). If a change in legislation fails to meet these requirements, while the legislation may be validly amended as a matter of domestic law, the state may incur international liability.</p> <p><b>666.</b> The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability. Thus, the Claimants' "regulatory stability" argument must be analyzed in the context of the protection of an investor's legitimate expectations.</p> <p><b>668.</b> The Parties agree that, in order to establish a breach of the fair and equitable treatment obligation based on an allegation that Romania undermined the Claimants' legitimate expectations, the Claimants must establish that (a) Romania made a promise or assurance, (b) the Claimants relied on that promise or assurance as a matter of fact, and (c) such reliance (and expectation) was reasonable. This test is consistent with the elements considered by other international tribunals.</p>
--	--	--	---	---

**669.** In the Tribunal's view, elements (a) and (c) are related. There must be a promise, assurance or representation attributable to a competent organ or representative of the state, which may be explicit or implicit. The crucial point is whether the state, through statements or conduct, has contributed to the creation of a reasonable expectation, in this case, a representation of regulatory stability. The element of reasonableness cannot be separated from the promise, assurance or representation, in particular if the promise is not contained in a contract or is otherwise stated explicitly. Whether a state has created a legitimate expectation in an investor is thus a factual assessment which must be undertaken in consideration of all the surrounding circumstances.

**671.** This promise, assurance or representation may have been issued generally or specifically, but it must have created a specific and reasonable expectation in the investor. That is not to say that a subjective expectation will suffice; that subjective expectation must also have been objectively reasonable

**672.** The Claimants must also have relied on that expectation when they made their investments. However, it is not necessary for the entire investment to have been predicated solely on such expectation. Businessmen do not invest on the

				<p>basis of one single consideration, no matter how important. In the Tribunal's view, that expectation must be a determining factor in an investor's decision to invest, or in the manner or magnitude of its investments.</p> <p><b>673.</b> When the alleged legitimate expectation is one of regulatory stability, the reasonableness of the expectation must take into account the underlying presumption that, absent an assurance to the contrary, a state cannot be expected to freeze its laws and regulations.</p> <p><b>722.</b> It goes without saying that the BIT only protects investments made in reliance on legitimate expectations (see paragraphs 667 to 673 above). It does not protect investments made after such an expectation has been destroyed.</p>
<p><b>19 December 2013</b></p>	<p><i>TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala</i>, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, 19 December 2013</p>	<p>CAFTA DR</p>	<p>Claims arising out of Guatemala's electricity regulator decision to set tariffs for the electricity company in which the claimant had investment based on an independently commissioned technical study rather than on a study commissioned by the electricity company, during the process of review and pricing of electricity distribution tariffs for the five-year period 2008-2013.</p>	<p><b>323.</b> A breach by the State of specific representations made to foster investment is a violation of the minimum standard of treatment. [...] as established by all tribunals constituted under NAFTA or other investment treaties having addressed the issue, the investor's legitimate expectations are protected.</p> <p><b>617.</b> In the Arbitral Tribunal's view, in a regulatory context, a distinction needs to be made between the expectations arising from a specific representation that the legal framework will not change in all or in part, and the general</p>

				<p>expectation that the legal framework will not be applied arbitrarily.</p> <p><b>621.</b> It is clear, in the eyes of the Arbitral Tribunal, that any investor has the expectation that the relevant applicable legal framework will not be disregarded or applied in an arbitrary manner.</p>
<b>2014</b>				
<p><b>26 February 2014</b></p>	<p><i>Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru</i>, ICSID Case No. ARB/10/17, Award, 26 February 2014</p>	<p>BIT (France – Peru)</p>	<p>– Claims arising out of an emergency regime for financial institutions put in place by Peru in 2000 to facilitate the restructuring of the banking sector and alleged measures by the oversight agency for banking, SBS, leading to the bankruptcy of the bank in which the claimant had invested after considering that the institution had failed to meet payment obligations.</p>	<p><b>319.</b> [...] the Tribunal considers that it is wrong to state that an authorization to begin operating in a commercial activity, whatever it may be, alone generates the expectation of a return on investment. The investor may indeed have that expectation but based on the knowledge of the investor’s own capabilities and internal and external factors.</p> <p><b>325.</b> [...]The Tribunal therefore cannot understand how a person with as much experience in banking as Mr. Levy, and with knowledge of the crisis affecting Peru, could submit a preliminary proposal to SBS in October 2000 regarding the merger with the Banco Financiero and expect that SBS would indicate whether there should be an injection of capital. The Claimant herself affirms that, since July 2000, there were withdrawals of public sector deposits and the private sector withdrew more than \$70 million in</p>

				August. It is obvious, therefore, that the President of BNM knew that BNM required an injection of capital, with or without the requested merger.
<b>16 May 2014</b>	<i>David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award, 16 May 2014	BIT (Poland – US)	Claims arising out of a series of alleged actions by the Polish ministry of finance aimed at ensuring that certain banks discontinued their financing of a construction project for the development of a plasma processing plant in which the claimant had invested.	<b>193.</b> The Tribunal must decide on the basis of the evidence before it. While there may, arguably, be a general expectation that States will observe basic standards such as reasonable consistency and transparency, more specific expectations must be specifically created and proved. [...] As was noted above, however, the Claimants need to show, not merely that there was a legitimate expectation that blood plasma would be provided, but more precisely that there was a legitimate expectation that it would be provided on demand or at a specific time for the purposes of testing abroad prior to the completion of the fractionation facility in Poland.
<b>30 June 2014</b>	<i>Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (I)</i> , MCCI Case No. A-2013/29, Award, 30 June 2014	CIS Investor Rights Convention (1997)	Claims arising out of a series of measures by the Government which allegedly resulted in the impossibility to carry out activities on the mineral deposit “Kutessay II” in accordance with the mining license previously granted to Kutisay Mining LLC.  Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v.</i>	<b>258.</b> Stability suggests predictability of conditions for making investments in the country. This standard [FET] means that foreign investments should be accorded treatment not violating legitimate expectations which the foreign investor had when making a decision to invest. <b>259.</b> A foreign investor expects that the actions of the state towards it will be consistent, unambiguous and completely transparent, so that it could know in advance all rules and procedures which would regulate the investments it makes as

			<p><i>United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154</p>	<p>well as the purposes of adoption of any policy, administrative practice or regulatory acts in order for the investor to be able to plan its investments and comply with such rules. A foreign investor expects that the state will act consistently, that is without unreasonable revocation of the earlier made decisions or the earlier issued licenses, which were taken into account by investor when assuming the obligations as well as when planning and initiating its commercial operations. The investor also expects that the state will use legal instruments regulating the activity of the investor and its investments in accordance with the functions usually attributable to such instruments and not with a view to deprive the investor of its investments without payment of compensation.</p> <p><b>260.</b> In the present case the Kyrgyz Republic acted contrary to legal expectations of the Investor. When acquiring the company with the license the Investor could not "legitimately expect" that after three years it would be actually deprived of the license.</p>
<p><b>29 July 2014</b></p>	<p><i>OAO "Tatneft" v. Ukraine</i>, PCA Case No. 2008-8, Award, 29 July 2014</p>	<p>BIT (Ukraine – Russia)</p>	<p>Claims arising out of the Government's taking of claimant's shares in the Ukrainian oil refinery "Ukrtatnafta" followed by the physical takeover of such company.</p>	<p><b>407.</b> A further claim concerning the breach of FET relates to the frustration of legitimate expectations by the Respondent of a predictable, consistent and stable legal framework for the Claimant's investments, as considered. A predictable, consistent and stable legal framework is a FET</p>

				requirement which ought to be safeguarded in its integrity irrespective of which organ of the State might compromise its availability as is well recognized under international law in the context of attribution of wrongful acts.
<b>22 September 2014</b>	<i>Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014	BIT (Canada – Venezuela)	<p>Claims arising out of the Government's alleged deprivation of claimant's rights in certain gold and copper project in Venezuela, following the issuance of an administrative ruling by the Ministry of the Environment declaring the nullity of certain construction permit and the subsequent termination of claimant's mining concessions.</p> <p>Reference: <i>Metalclad Corporation v. The United Mexican States</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, §574</p>	<p><b>570.</b> Other tribunals have underscored the central role of an investor's legitimate expectations in the analysis of whether treatment was fair and equitable in the circumstances. Legitimate expectations are created when a State's conduct is such that an investor may reasonably rely on that conduct as being consistent.<sup>463</sup> Fair and equitable treatment also requires that any regulation of an investment be done in a transparent manner, the importance of transparency.</p> <p><b>571.</b> The investor's legitimate expectations are based on undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State.</p> <p><b>576.</b> With particular regard to the legal sources of one of the standards for respect of the fair and equitable treatment principle, i.e. the protection of "legitimate expectations", these sources are to be found in the comparative analysis of many domestic legal systems.</p>
<b>9 October 2014</b>	<i>Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and</i>	BIT (Venezuela – Netherlands)	Claims arising out of Venezuela's nationalization of two oil projects in which the claimants had interests known as the Cerro Negro Project	<b>256.</b> In the Tribunal's opinion, this standard may be breached by frustrating the expectations that the investor may have legitimately taken into account when making the investment. Legitimate

	<i>others v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB/07/27, Award of the Tribunal, 9 October 2014		and La Ceiba Project (after having increased their applicable royalty rate and income tax) and subsequent disagreements between the parties concerning the amount of compensation owed to the investor.	expectations may result from specific formal assurances given by the host state in order to induce investment <sup>330</sup> . The Tribunal will thus consider whether in the present case legitimate expectations could reasonably have been the result of such assurances.
<b>19 December 2014</b>	<i>British Caribbean Bank Ltd. v. The Government of Belize</i> , PCA Case No. 2010-18, Award, 19 December 2014	BIT (Belize – UK)	Claims arising out of the Government's compulsory acquisition of the claimant's interest in certain loan and security agreements concluded with Belize Telemedia, a telecommunications company registered in Belize, and Sunshine Holdings Limited, a company registered in Belize that held shares in Telemedia, in the context of the Government's compulsory acquisition of Telemedia and Sunshine themselves.	<b>283.</b> As set out in both Parties' discussion of the standard, fair and equitable treatment is generally linked to the concept of an investor's legitimate expectations. While it would be trite to state that an investor has a legitimate expectation in the fulfilment of the remainder of the Treaty, the Tribunal is of the view that an investor can at least legitimately expect that legislation to assume outright ownership of his or her investment will not be adopted except in the service of a public purpose.
<b>2015</b>				
<b>17 March 2015</b>	<i>William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of</i>	NAFTA	Claims arising out of the Government's rejection of the investors' project to operate a quarry and marine terminal in the Canadian province of Nova Scotia,	<b>455.</b> The reasonable expectations of the investor are a factor to be taken into account in assessing whether the host state breached the international minimum standard of fair treatment under Article 1105 of NAFTA.

	<p><i>Canada</i>, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015</p>		<p>following a negative environmental assessment process.</p>	<p><b>470.</b> A series of encouragements by Nova Scotia in policy pronouncements and directly by elected officials and civil servants, some highlights of which the Tribunal has quoted, created the expectation in the Investors, on which they could reasonably rely, that an environmental impact assessment of a coastal quarry and marine terminal project in the Whites Point area would be carried out fairly and impartially within the legislative framework provided by federal Canada and Nova Scotia. The specific encouragements were critical for the Investors' decision to continue with the project, including the commitment of significant resources to the environmental assessment process.</p> <p><b>474.</b> The "reasonable expectations" analysis must take into account the regulatory framework for environmental assessments of the time and the direction provided by the JRP pursuant to its statutory mandate.</p> <p><b>594.</b> The Waste Management standard involves a high threshold before conduct will be considered as rising to the level of international responsibility under NAFTA. From the Tribunal's perspective, mere error in legal or factual analysis, is by no means sufficient to rise to that threshold. However, the Tribunal considers the breach here to rise to that threshold, in light of: the Investors'</p>
--	--	--	---	---

				reasonable expectations and major consequent investment of resources and reputation in a process that is the most rigorous, public and extensive kind provided under the laws of Canada; the fact that the JRP's distinctive approach in adopting the concept of community core values was not proceeded by reasonable notice; and the fact that the approach of the JRP departed in fundamental ways from the standard of evaluation required by the laws of Canada rather than merely being controversial in matters of detailed application.
<b>30 March 2015</b>	<i>Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. v. Republic of Albania</i> , ICSID Case No. ARB/11/24, Award, 30 March 2015	BIT (Albania – Greece)  ECT	Claims arising out of the Government's decision to relocate claimant's operations after designating the port area in which it had planned to establish a tank farm as a non-industrial zone, and other State's actions allegedly aimed at banning the use of the claimant's fuel deposits, disrupting the investments' exploitation, banning the supply of the fuel tank farm from the sea, and amounting to create a monopole and irregular market.	<b>291.</b> In exchange for their acceptance to enter into investment treaties and giving their consent to the resolution of investment disputes by arbitral tribunals, States expect that such protection would extend only to investments that have been made lawfully <b>630.</b> The argument leads to another, interrelated problem. This concerns the relevance of Claimant's conduct prior to and during the execution of the investment and its relevance to the establishment of the threshold for finding a violation of the FET standard, both with respect to legitimate expectations in general and to the stability and transparency of the legal framework in particular. <b>642.</b> The Tribunal agrees with the view that

			<p>Reference:</p> <p><i>Saluka Investments B. V. v. Czech Republic</i>, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, §304</p> <p><i>El Paso Energy International Company v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, §378</p> <p><i>Continental Casualty Company v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, §261</p>	<p>[t]he legal framework on which the investor is entitled to rely consists of legislation and treaties, assurances contained in decrees, licenses, and similar executive statements, as well as contractual undertakings. Specific representations play a central role in the creation of legitimate expectations. Undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host state are the strongest basis for legitimate expectations. A reversal of assurances that have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment.</p> <p><b>643.</b> However, assurances must be made if they are to be legally relevant. This is not a frivolous matter as it may have important consequences. The person to whom an assurance is to be imputed must be aware of the consequences of his or her actions, and the person who wants to rely on it must reasonably discern the commitment. A representation, even by conduct, must therefore amount to a clear and identifiable commitment, which is attributable to the person who makes the representation, and which is reasonably conveyed to the addressee.</p> <p><b>695.</b> In broad terms, the Tribunal holds that legitimate expectations can only arise at the time the investment is made. Investors base their plans on circumstances and conditions as they find</p>
--	--	--	--	--

them, and they can only rely on conditions as they exist at that period. These factors can legitimately be taken into account when weighing the environment of the investment decisions.

697. In most cases, arbitral tribunals are not preoccupied with distinguishing between the time when the investor decides to invest and the time when it actually effects the investment. The Tribunal understands that an investment is a long process and cannot be reduced to a specific point in time.

**705.** An argument can be made that once both parties have come to an agreement about the future investment, the expectations are properly defined and created, and the State is bound to respect them. When weighing both parties' interests, it seems obvious that the potential investor still retains a considerable degree of flexibility and is able to desist at no or limited costs, while the State is asked to protect an investment that has not yet materialized.

**707.** Therefore, the Tribunal finds it difficult to fix a precise point in time within a long process of decision-making and implementation. Rather, the evolving and gradual nature of the process has to be taken into consideration with an objective to balance both parties' interests. That leads to the

				necessity of a concrete appraisal of these interests when judging the host State's measures. <b>731.</b> As stated, the Tribunal has to balance Claimant's expectations and the State's right to regulate in the public interest.
<b>28 July 2015</b>	<i>Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe</i> , ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015	BIT (Switzerland – Zimbabwe)  BIT (Germany – Zimbabwe)	Claims arising out of the Government's expropriation without compensation of three estates owned by the claimants, including forestry and agricultural businesses, in the context of Zimbabwe's 2000 land reform programme.	<b>546.</b> In particular, the jurisprudence supports the Claimants' contention that a breach of FET can be based on State actions that are "arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, expose the investor to sectional or racial prejudice, coerce or harass the investor, or lack due process" and/or a breach of specific representations made to the investor (legitimate expectations). A State is thus expected to behave, as the Claimants submit, in a "consistent, even handed, unambiguous, transparent, candid" manner. To the extent FET incorporates the minimum standard of treatment under international law, it is clear that this standard has moved on since the Neer case.
<b>14 August 2015</b>	<i>Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/12/17, Award, 14 August 2015	BIT (Spain – Venezuela)	Claims arising out of the non-approval of an urbanistic plan for the development of a residential complex in Madrid, after allegedly receiving incentives from the municipality of Madrid to carry out the investment.	<b>136.</b> Fundadas en el hecho de que los representantes del Ayuntamiento suscribieron el Convenio Urbanístico, las Demandantes alegaron la frustración de sus legítimas expectativas. <b>137.</b> A juicio de este Tribunal, en el Convenio Urbanístico no constan las "condiciones ofrecidas por el Estado" que pudieran justificar las "legítimas expectativas" que las Demandantes

			<p>Reference:</p> <p><i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. and LG&amp;E International Inc. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, §130</p> <p><i>El Paso Energy International Company v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, §356</p>	<p>alegan. Al contrario, como ya se dijo, el Convenio Urbanístico señala que la aprobación de la revisión del PGOU de 1994 es solo una posibilidad ("en caso de ser aprobado") y no un hecho cuya ocurrencia se garantiza. No pueden por lo tanto alegar las Demandantes que sus legítimas expectativas fueran violadas por no haber conseguido los propósitos que los firmantes privados del Convenio Urbanístico tuvieron.</p> <p><b>139.</b> Al valorar los intereses y los derechos de las Demandantes en el contexto de este caso, el Tribunal tampoco encontró que ellas hubieran tenido "legítimas expectativas" que hubieran sido violadas, pues como indicó en los párrafos 136 y 137 anteriores, de lo expresado en el Convenio Urbanístico no es posible deducir la existencia de las legítimas expectativas que pretenden las Demandantes.</p>
<b>3 November 2015</b>	<i>Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman</i> , ICSID Case No. ARB/11/33, Award, 3 November 2015	FTA (US – Oman)	<p>Claims arising out of the Government's alleged harassment and interference in the operation of claimant's mining companies in Oman, leading to the termination of the relevant lease agreements and the confiscation of the mining facilities by the Royal Oman police.</p>	<p><b>390.</b> In the Tribunal's view, therefore, to establish a breach of the minimum standard of treatment under Article 10.5, the Claimant must show that Oman has acted with a gross or flagrant disregard for the basic principles of fairness, consistency, even-handedness, due process, or natural justice expected by and of all States under customary international law. Such a standard requires more than that the Claimant point to some inconsistency or inadequacy in Oman's regulation of its internal</p>

				<p>affairs: a breach of the minimum standard requires a failure, wilful or otherwise egregious, to protect a foreign investor's basic rights and expectations. It will certainly not be the case that every minor misapplication of a State's laws or regulations will meet that high standard.</p>
<p><b>25 November 2015</b></p>	<p><i>Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary</i>, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of Hungary's termination of a power purchase agreement concluded with the investor, allegedly as part of the State's program for liberalizing its electricity market to comply with EU laws on State aid.</p>	<p><b>155.</b> Legitimate Expectations: [...] In the absence of such a representation in this case, as explained below, the Tribunal considers that Electrabel's case on legitimate expectations cannot succeed. The Tribunal recognises (as it did earlier in its Decision) that a specific representation is not always indispensable to a claim advanced under the ECT's FET standard: it might simply make a difference in the assessment of the investor's knowledge and of the reasonableness and legitimacy of its expectations. Even in the absence of a specific representation, however, the investor must establish a relevant expectation based upon reasonable grounds, which Electrabel has failed to do.</p> <p><b>166.</b> In other words, even assuming that Electrabel had an expectation that it would be awarded the maximum compensation for stranded costs permitted under EU law, once weighed against Hungary's legitimate right to regulate in the public interest, such an expectation does not appear reasonable or legitimate.</p>

<p><b>17 December 2015</b></p>	<p><i>Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology &amp; Mineral Resources, and Navoi Mining &amp; Metallurgical Kombinat</i>, Ad hoc arbitration case, Final Award, 17 December 2015</p>	<p>BIT (UK – Uzbekistan)</p>	<p>– Claims arising out of the alleged misappropriation by the Uzbek Government of claimant’s Khandiza and Amantaytau Goldfields mining/exploration assets in Uzbekistan.</p>	<p><b>313.</b> The Arbitral Tribunal further agrees with the tribunal in <i>El Paso v. Argentina</i>, that the concept of "legitimate expectations" is an objective concept, that is the result of interests and rights of both the investor and the State, and that the result of such balancing may thus vary according to the specific context (<i>El Paso v. Argentina</i>, paras. 356 fol.).</p> <p><b>318.</b> Considering the lack of specific definition in the BIT, the FET standard as contemplated by Article 2(2) must be understood as a means to guarantee justice to foreign investors, and when doing so, for the States' actions to give due regard to an investor's legitimate expectations by refraining from taking measures which are not justified under the circumstances, i.e. unreasonable, disproportionate or discriminatory.</p> <p><b>819.</b> As mentioned above (see para. 317), the FET standard as contemplated by Article 2(2) must be understood as a means to guarantee justice to foreign investors, and when doing so, for the States' actions to give due regard to an investor's legitimate expectations by refraining from taking measures which are not justified under the circumstances, i.e. unreasonable, disproportionate or discriminatory. [...] the threshold may only be reached where such laws or regulations have been</p>
--------------------------------	---	------------------------------	---	--

				applied in a way that is contrary to good faith, fairness or legitimate expectations by Claimant.
<b>2016</b>				
<b>12 January 2016</b>	<i>Joseph Houben v. Republic of Burundi</i> , ICSID Case No. ARB/13/7, Award, 12 January 2016	BIT (BLEU – Burundi)	<p>Claims arising out of an alleged de facto expropriation of land, by allowing the permanent occupation of claimant's property, without any form of compensation.</p> <p>Reference: <i>Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary</i>, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, §7.74</p>	<p><b>176.</b> Il n'existe aucune raison de penser que l'obligation de l'Etat de garantir à l'investisseur une sécurité et protection constantes aux termes du TBI cesserait de s'appliquer dès que le titre de propriété à l'origine de l'investissement ferait l'objet d'une procédure judiciaire. Si tel était le cas, il suffirait aux Etat désireux d'échapper à leurs obligations internationales de soulever une contestation relative au titre de propriété de l'investisseur pour que les demandes de l'investisseur soient rejetées. Une telle solution n'est à l'évidence ni souhaitable ni conforme à l'objectif du TBI, qui consiste à assurer la promotion et la protection des investissements.</p> <p><b>185.</b> Le Tribunal considère que, comme pour le standard de sécurité et protection constantes, les attentes légitimes de l'investisseur doivent s'apprécier in concreto, en fonction des caractéristiques de l'Etat d'accueil et de l'investisseur, notamment de l'expérience professionnelle de ce dernier dans le pays concerné.</p>

<p><b>21 January 2016</b></p>	<p><i>Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain</i>, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector.</p> <p>Reference: <i>Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary</i>, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, §7.77</p>	<p><b>486.</b> Para analizar si las normas de 2010 fueron violatorias de las otras obligaciones previstas por el artículo 10(1) del TCE, la existencia de expectativas legítimas del inversor es un factor relevante. El Tribunal comparte al respecto la posición de los tribunales que han estimado, con base en el principio de buena fe de derecho internacional consuetudinario, que un Estado no puede inducir un inversor a realizar una inversión, generando expectativas legítimas, para luego desconocer los compromisos que hayan generado dichas expectativas.</p> <p><b>490.</b> En el presente caso, no existen compromisos específicos que España haya adoptado personalmente frente a los Demandantes. Este tipo de compromisos se hubiese podido realizar con base en una cláusula de estabilización, o con cualquier tipo de declaración que el Estado haya dirigido a los inversores, según las cuales el marco regulatorio existente no cambiaría. Las Demandantes no fueron destinatarias de ninguna declaración de este tipo.</p> <p><b>495.</b> La comprobación de que ha existido vulneración de las expectativas del inversor debe fundarse en un estándar o análisis objetivo, no siendo suficiente la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión. Asimismo, la aplicación del</p>
---------------------------------------	---	------------	--	---

				<p>principio depende de que la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo relevante al respecto las representaciones eventualmente realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión.</p> <p><b>498.</b> La cuestión relevante, pues, es saber si el marco regulatorio existente en el momento de la inversión era capaz de generar una expectativa legítima, protegida por el derecho internacional, de que no iba a ser modificado o alterado por normas como las que fueron adoptadas en 2010.</p> <p><b>499.</b> A juicio del Tribunal Arbitral un inversor no puede tener la expectativa legítima, en ausencia de un compromiso específico, de que la regulación existente no sea modificada.</p>
<b>15 March 2016</b>	<i>Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador</i> , PCA Case No. 2012-02, Award, 15 March 2016	BIT (Canada – Ecuador)	<p>Claims arising out of the alleged termination by the Government of mining concessions in the Ecuadorian areas of Junín, Chaucha and Telinbela, in which the claimant had invested.</p> <p>Reference: <i>AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Eromü Kft v. The Republic of Hungary</i>, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, §§9.3.34; 10.3.23</p>	<p><b>6.61.</b> In the Tribunal's view, as a general matter, the Claimant took the risk of changes in the legal and regulatory regime upon making its long-term investments in Ecuador. [...] The Tribunal acknowledges that a specific commitment, assurance or representation is not always necessary to a claim advanced under an FET standard. However, even in their absence, the investor must still establish a relevant expectation based upon reasonable grounds. The Tribunal decides that the Claimant has not established, on the evidence, any legitimate expectation to</p>

				<p>prevent the application of such general changes adversely affecting its investments.</p> <p><b>6.81.</b> Neither standard as expressed in the Treaty imposes an absolute obligation on the host State. Under this FET standard, there is a balancing exercise permitted to the host State, weighing the legitimate interests of the foreign investor with the legitimate interests of the host State and others, including (especially) its own citizens and local residents.</p>
<p><b>24 March 2016</b></p>	<p><i>Mesa Power Group LLC v. Government of Canada</i>, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016</p>	<p>NAFTA</p>	<p>Claims arising out of various government measures related to the regulation and production of renewable energy in Ontario, Canada, that allegedly imposed sudden changes to the established scheme of a feed-in-tariff program.</p>	<p><b>502.</b> Further, the Tribunal shares the view held by a majority of NAFTA tribunals that the failure to respect an Investor's legitimate expectations in and of Itself does not constitute a breach of Article 1105, but is an element to take Into account when assessing whether other components of the standard are breached.</p> <p><b>594.</b> In answer to the Claimant's reliance on statements of the Minister of Economic Development and Trade, the Respondent observes that Mesa merely alleges that the Minister had encouraged it to Invest in Ontario. Encouragements of this nature are Insufficient to create expectations that could be pertinent for purposes of a breach of Article 1105. Finally, the statements of the Minister are in any event Irrelevant, because the Claimant had already made its Investment when it spoke with the Minister.</p>

<p><b>4 April 2016</b></p>	<p><i>Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016</p>	<p>BIT (Canada – Venezuela)</p>	<p>Claims arising out of the Government's termination of claimant's mine operation contract over a gold deposit situated in Las Cristinas, after it refused to issue an environmental permit allowing extraction to initiate.</p> <p>Reference: <i>Mondev International Ltd. v. United States of America</i>, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, §116</p> <p><i>Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova</i>, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, §535</p>	<p><b>543.</b> To the extent that they are relevant to the facts at issue in this case, the Tribunal is of the view that FET comprises, inter alia, protection of legitimate expectations, protection against arbitrary and discriminatory treatment, transparency and consistency.</p> <p><b>546.</b> As already stated, the Tribunal agrees with the majority of investment tribunals which have concluded that protection of legitimate expectations is now considered part of the FET standard. Arbitral tribunals have concluded that the doctrine of legitimate expectations is "firmly rooted in arbitral practice". The concept has its origins in principles of domestic administrative law in various legal systems and finds increasing recognition both in civil and common law countries.</p> <p><b>547.</b> However, protection of legitimate expectations under the FET standard occurs under well-defined limits. A legitimate expectation may arise in cases where the Administration has made a promise or representation to an investor as to a substantive benefit, on which the investor has relied in making its investment, and which later was frustrated by the conduct of the Administration. To be able to give rise to such legitimate expectations, such promise or representation - addressed to the individual</p>
----------------------------	--	---------------------------------	---	---

				<p>investor - must be sufficiently specific, i.e. it must be precise as to its content and clear as to its form. <b>555.</b> Furthermore, no legitimate expectations protected under the Treaty could arise from the statements as they are reported in the minutes of the National Assembly meeting held on 4 October 2007. [...] In the Tribunal's view, such vague statements do not meet the level of specificity required to create legitimate expectations which, if later frustrated, are relevant for a finding of an FET breach.</p> <p><b>557.</b> [...]. A legitimate expectation is normally said to arise "at the time of making the investment". In the Tribunal's eyes, this is logical, as it is the investor's reliance on a promise which may prompt, or contribute to, its decision to invest and proceed with that investment, and which makes in turn the expectation worthy of legal protection. In certain cases, however, "investments are made through several steps, spread over a period of time".</p>
<b>6 May 2016</b>	<i>Murphy Exploration &amp; Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II)</i> , PCA Case No. 2012-16, Partial Final Award, 6 May 2016	BIT (US – Ecuador)	–	<p>Claims arising out of Ecuador's enactment of Law No. 42 imposing a 99 per cent windfall levy on foreign oil revenues that allegedly resulted in the expropriation of Murphy's investment in Block 16 of the Ecuadorian Amazon, an oil-</p> <p><b>206.</b> This debate is more theoretical than substantial. It is clear from the repeated reference to "fair and equitable" treatment in investment treaties and arbitral awards that the FET treaty standard is now generally accepted as reflecting recognisable components, such as: transparency, consistency, stability, predictability, conduct in</p>

			rich region bordering Peru and Brazil.	<p>good faith and the fulfilment of an investor's legitimate expectations. The precise application of these components, and the stringency of the standard applicable, may vary from case to case depending on the terms of the clause and the specific circumstances of the case.</p> <p><b>247.</b> A host State's treaty obligation to accord FET to an investment or investor requires the host State to protect an investor's legitimate expectations. This has been confirmed by numerous tribunals.</p> <p><b>248.</b> An investor's legitimate expectations are based upon an objective understanding of the legal framework within which the investor has made its investment. Specific representations or undertakings made by the State to an investor also play an important role in creating legitimate expectations on the part of the investor but they are not necessary for legitimate expectations to exist. An investor may hold legitimate expectations based on an objective assessment of the legal framework absent specific representations or promises made by the State to the investor.</p>
<b>27 June 2016</b>	<i>Peter A. Allard v. The Government of Barbados</i> , PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016	BIT (Barbados – Canada)	Claims arising out of alleged environmental damage and indirect expropriation by the Government of the Graeme Hall Nature	<b>193.</b> This is because the entire claim under Article II(2)(a) is based on the notion that the FET standard protects an investor's legitimate expectations arising from representations made by the host State. Whether Article II(2)(a) creates an

			Sanctuary, a wildlife sanctuary in Barbados owned by the claimant.	<p>autonomous FET standard or corresponds to the minimum standard of treatment, in each case it includes the protection of an investor's legitimate expectations arising from a host State's representations, under certain conditions.</p> <p><b>199.</b> On this issue, the Tribunal concludes to the contrary. The terms and context of these statements do not suffice to support the expression of an intention to create an obligation for the State. Nor is each reasonably amenable to be interpreted by an investor to create such an obligation.</p> <p><b>216.</b> The Tribunal concludes that Barbados did not make specific and direct representations giving rise to any legitimate expectations on the part of Mr. Allard regarding the maintenance and operation of the Sluice Gate.</p> <p><b>217.</b> Reliance by the investor on the host State's representations is an essential element of a claim of breach of the FET standard based on the notion of legitimate expectations.</p>
<b>8 July 2016</b>	<i>Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay,</i>	BIT (Switzerland – Uruguay)	Claims arising out of the enactment of certain ordinance by the Uruguayan Ministry of Public Health and the enactment of a Presidential decree prohibiting different packaging or presentations for cigarettes sold	<b>320.</b> Based on investment tribunals' decisions, typical fact situations have led a leading commentator to identify the following principles as covered by the FET standard: transparency and the protection of the investor's legitimate expectations; freedom from coercion and

	<p>ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016</p>		<p>under a given brand and mandating graphic images purported to illustrate the adverse health effects of smoking.</p>	<p>harassment; procedural propriety and due process, and good faith.  <b>422.</b> It is common ground in the decisions of more recent investment tribunals that the requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.  <b>426.</b> It clearly emerges from the analysis of the FET standard by investment tribunals that legitimate expectations depend on specific undertakings and representations made by the host State to induce investors to make an investment. Provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or of category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law.  <b>427.</b> Given the State's regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State.</p>
<p><b>12 July 2016</b></p>	<p><i>Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain</i>, SCC</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the</p>	<p><b>781.</b> El Tribunal Arbitral acepta que no se puede exigir de un inversor que haga una investigación jurídica extensiva. Lo importante para determinar</p>

	<p>Case No. V2013/153, Award, 12 July 2016</p>		<p>renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p> <p>See: <i>Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador</i>, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, §560</p>	<p>si las expectativas alegadas por el inversor son razonables es lo que todo inversor prudente tiene que saber del marco regulatorio antes de invertir y la información efectiva del inversor que invoca expectativas específicas. En particular, un inversor no puede tener expectativas legítimas generadas por el marco regulatorio cuando su información personal le permitía prever y anticipar la evolución desfavorable de este marco regulatorio antes de invertir. Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas.</p> <p><b>794.</b> Sin exigir de un inversor razonable una investigación jurídica extensiva al momento de invertir, sí se puede presumir un conocimiento de decisiones importantes de la máxima autoridad judicial sobre el marco regulatorio de la inversión.</p>
<p><b>25 July 2016</b></p>	<p><i>CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India</i>, PCA Case No.</p>	<p>BIT (India – Mauritius)</p>	<p>Claims arising out of the alleged Government's cancellation of an agreement to lease capacity in the S-Band, part of the electromagnetic spectrum, for claimants' subsidiary to launch two satellites to provide</p>	<p><b>463.</b> Suffice it to say for the purpose of this case that, whatever the scope of the FET standard, the legitimate expectations of the investors have generally been considered central to its definition. That concept however is not unlimited. Thus, the Claimants could not have had legitimate expectations that Article 11(3) of the Treaty</p>

	<p>2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016</p>		<p>multimedia services to mobile users across India.</p>	<p>would never be invoked. That provision was in full effect at the time of the signing of the Agreement in 2006 and no clause in that Agreement or any subsequent statement by the Respondent would indicate that the Claimants would be protected from the invocation of that provision of the Treaty. <b>467.</b> [...] The good faith principle may simply require that the foreign investment must be treated in a manner such that it "will not affect the basic expectations that were taken into account by foreign investor to make the investment."</p>
<p><b>12 August 2016</b></p>	<p><i>Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Republic of Poland</i>, PCA Case No. 2014-11, Award, 12 August 2016</p>	<p>BIT (India – Poland)</p>	<p>Claims arising out of the Polish Airports State Enterprise's termination of lease agreements for retail stores at Warsaw Chopin Airport entered into with BH Travel, a duty-free operator in which the claimant held indirect interests.  Reference: <i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §§297-306</p>	<p><b>534.</b> The Tribunal agrees with Claimant that many values other than predictability have been recognised by investment treaty tribunals to be covered by the terms 'fair and equitable treatment'. Denial of justice, deficient review of administrative actions and the frustration of legitimate expectations are, for instance, other elements which – as so many tribunals have recognised – also constitute breaches of the 'fair and equitable treatment' obligation. <b>551.</b> As stated in <i>Saluka</i>, the investor's legitimate and reasonable expectations should be weighed against the host State's legitimate regulatory interests.</p>

<p><b>8 December 2016</b></p>	<p><i>Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016</p>	<p>BIT (Argentina – Spain)</p>	<p>Claims arising out of Argentina's alleged interference with the tariff regime applicable to claimant's investment and other alleged breaches of obligations under the relevant concession agreement through the enactment of emergency measures during its 2001-2002 economic crisis.</p>	<p><b>613.</b> The fair and equitable treatment standard must be objective, not based on personal opinions of the arbitrators or personal expectations of a party. Therefore, it must represent a source of law of a normative character upon which the Parties and the Tribunal can rely.</p> <p><b>615.</b> The next step is therefore to determine the scope of events, acts or omissions on part of the host State that are not triggering an investor's right for protection under the fair and equitable treatment standard and that it has to expect to be faced with. This is why the interpretation of this standard is usually focusing on the legitimate expectations of the investor, covering all acts and omissions of the host State that are embraced by the fair and equitable treatment standard. The objective is twofold: On the one hand, the host State complies with its Treaty obligations as long as it operates within the range of events that the investor had to expect, and on the other hand, the investor relies on a BIT protection that events not to be expected will not occur, or, if they do, will trigger the host State's responsibility. While the Tribunal understands</p> <p><b>616.</b> When considering that some kind of expectations on the investor's side must be covered under the protection of the fair and equitable treatment standard, such expectations</p>
---------------------------------------	---	--------------------------------	--	---

				<p>cannot be identified as having one single meaning. If this were the case, it would necessarily mean that the investor's legitimate expectation would be equal to its own understanding of the rights as they are protected on the basis of the contract governing its investment.</p> <p><b>617.</b> There is a margin between the expectations derived from the contract and those that the investor had to envisage as still being in the range of being fair and equitable. This is why purely contractual disputes, whatever the solution applied to them, do not reach the level of becoming critical under the fair and equitable treatment standard when more than one solution or interpretation can be envisaged and none of them engages the BIT standard.</p> <p><b>621.</b> Therefore, the host State is legitimately expected to act in furtherance of rules of law of a fundamental character. The scope of such rules is broad. They cover the State's undertaking to promote and secure foreign investments. They also encompass fundamental principles like due process and acting in good faith. Such principles, and a number of others of a similar kind, are generally considered as part of the fair and equitable treatment protection.</p> <p><b>623.</b> The fair and equitable treatment standard is not focused exclusively on interests and</p>
--	--	--	--	--

				<p>expectations of a legal nature. It does include the actual social and economic environment of the host State, which is also part of the expectations the investor has to acknowledge when making its business decision.</p> <p><b>630.</b> An unfair or inequitable treatment of such importance must affect the investor's expectations in actual terms. The guarantee provided by the fair and equitable treatment standard protects the investor's rights and expectations in their content as they existed at the time the allegedly unfair or inequitable treatment occurred. When the expectations covered by the fair and equitable treatment protection originated at an earlier moment, they are protected only as long as they remained the same until the time such treatment had been applied. In short, the investor's protection for fair and equitable treatment cannot make contracts better than they were, nor can it restore rights or expectations that the investor has waived or lost due to its own negligence.</p>
<b>27 December 2016</b>	<i>Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic</i> , ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016	ECT	Claims arising out of Italy's modification to its solar power regime which reduced the level of feed-in-tariffs available in future, allegedly affecting claimants' investment in a photovoltaic	<b>371.</b> It is true that informal representations can present difficulties, which is why tribunals have increasingly insisted on clarity and the appropriate authority to give undertakings binding on the state. It is also true that a representation as to future conduct of the state could be made in the form of a law, sufficiently clearly expressed. But

			energy generation project in that country.	there is still a clear distinction between a law, i.e. a norm of greater or lesser generality creating rights and obligations while it remains in force, and a promise or contractual commitment. There is a further distinction between contractual commitments and expectations underlying a given relationship: however legitimate, the latter are more matters to be taken into account in applying other norms than they are norms in their own right. <b>372.</b> In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime.
<b>2017</b>				
<b>7 March 2017</b>	<i>Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica</i> , ICSID Case No.	BIT (Costa Rica – Switzerland)	Claims arising out of a series of regulatory changes by the Government concerning liquid petroleum gas (LPG) sales, including tariff adjustments and the	<b>462.</b> Esta obligación no se encuentra delimitada por un único estándar, por el contrario, la jurisprudencia de los diferentes tribunales que han analizado el trato justo y equitativo lo han hecho en relación con las circunstancias de cada caso y

	ARB/13/2, Award, 7 March 2017		filling of canisters in which gas is sold, that had an alleged negative impact on claimants' gas distribution business.	<p>tomando en cuenta una serie de elementos que han dado lugar a violaciones de este estándar, como son: expectativas legítimas, buena fe, propiedad procedimental y debido proceso, coherencia y consistencia de la conducta estatal, transparencia y actos arbitrarios.</p> <p><b>509.</b> El Tribunal comenzará su análisis fijando el estándar aplicable a este elemento. Las expectativas legítimas protegidas en derecho internacional son aquellas que tienen los inversionistas en el momento de realizar la inversión, basadas en los compromisos o promesas hechos por el Estado para atraer dicha inversión. Dichas expectativas deben ser razonables y legítimas, creadas por el Estado para que el inversionista confíe y se base en ellas, es decir, no resultan de un optimismo injustificado por parte del inversionista.</p>
<b>16 March 2017</b>	<i>Eli Lilly and Company v. Canada</i> , ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017	NAFTA	<p>Claims arising out of the invalidation of the claimant's Strattera and Zyprexa pharmaceutical patents by Canada.</p> <p>Reference : <i>Glamis Gold Ltd. v. United States of America</i>, Award, 8 June 2009, §627</p>	<b>383.</b> The record shows that at the time Claimant made its investments, it was aware that Canadian patent law required patented inventions to be useful. Eli Lilly executives testified that they understood the Canadian utility requirement to be a low threshold. In fact, it appears that the utility of Strattera and Zyprexa in Canada was taken for granted within the company. Claimant expected its patents would not be invalidated for lack of utility.

				<p><b>384.</b> However, this perception cannot amount to a legitimate expectation. For the reasons stated above, the Tribunal has found that each of the three elements of the alleged promise utility doctrine had a foundation in Canadian law when Claimant's patents were filed. At that time, although Claimant may not have been able to predict the precise trajectory of the law on utility, it should have, and could have, anticipated that the law would change over time as a function of judicial decision-making. The record in this case shows that the law did in fact undergo a reasonable measure of change and development.</p> <p><b>385.</b> Therefore, for these reasons, the Tribunal finds that Claimant has not met its burden of proving a violation of its legitimate expectations.</p>
<b>4 May 2017</b>	<i>Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017	ECT	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>362.</b> Absent explicit undertakings directly extended to investors and guaranteeing that States will not change their laws or regulations, investment treaties do not eliminate States' right to modify their regulatory regimes to meet evolving circumstances and public needs.</p> <p><b>370.</b> The Arbitral Tribunal considers that the proportionality requirement is fulfilled inasmuch as the modifications are not random or unnecessary, provided that they do not suddenly and unexpectedly remove the essential features of the regulatory framework in place.</p>

				<p><b>382.</b> [...] However, the Article 10(1) obligation to accord fair and equitable treatment means that regulatory regimes cannot be radically altered as applied to existing investments in ways that deprive investors who invested in reliance on those regimes of their investment's value.</p>
<p><b>21 July 2017</b></p>	<p><i>Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic</i>, ICSID Case No. ARB/09/1, Award, 21 July 2017</p>	<p>BIT (Spain – Argentina)</p>	<p>– Claims arising out of the Government's alleged re-nationalization and taking of other measures regarding claimants' investments in two Argentine airlines, Aerolíneas Argentinas S.A. and Austral-Cielos del Sur S.A., and subsequent disagreements between the parties as to the remedy due to claimants for the expropriation of their shares in those airlines.</p>	<p><b>667.</b> While the term legitimate expectations is also not found in the Treaty, the fair and equitable treatment language has been interpreted to oblige a State not to frustrate an investor's legitimate expectations, either at the time of the investment or in the course of the investment, as long as those expectations were objectively reasonable, created by the State (the State intended for the investor to rely upon them) and relied upon by the investor. In determining what constitutes legitimate expectations, the Tribunal agrees that these must be considered in light of all of the circumstances of a case from an objective and reasonable point of view.</p> <p><b>668.</b> The aspect of the fair and equitable treatment obligation that relates to legitimate expectations responds to change - usually in a State's changes to a regulatory regime upon which an investor relied in making its investment. It has also been consistently held that it is not legitimate for investors to expect that a regulatory regime or laws will never change and that a State has the</p>

				<p>right to change its laws. In doing so, it will not breach its obligation to treat investors fairly and equitably if it changes its laws in a legitimate exercise of its regulatory authority.</p> <p><b>678.</b> In conclusion, the Tribunal finds that Claimants have not demonstrated on an objective basis any legitimate expectations in respect of the regulatory regime, particularly airfares, relating to their investment in the Airlines in 2001.</p> <p><b>679.</b> This does not, however, exclude the expectation that the conduct of Respondent subsequent to Claimants' investment would be fair and equitable. In this regard, the Tribunal accepts that Claimants could expect that Respondent would comply with its laws and regulations and act transparently, grant due process and refrain from taking arbitrary or discriminatory measures or exercising coercion.</p>
<b>22 August 2017</b>	<i>Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017	BIT (Pakistan – Turkey)	Claims arising out of the alleged unlawful detention by the Government of four electricity-generating vessels owned by the claimant, as well as alleged breaches of contractual payment obligations for electricity generated.	<b>581.</b> Tribunals have also determined that States have a "duty" to ensure that investment prospectuses do not engender a false expectation by foreign investors, and this is even where the government expressly disclaimed responsibility for the representations in the prospectus.

<p><b>11 October 2017</b></p>	<p><i>Mr. Jürgen Wirtgen, Mr. Stefan Wirtgen, and JSW Solar (zwei) GmbH &amp; Co.KG v. Czech Republic</i>, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017</p>	<p>BIT (Germany – Czech Republic)</p>	<p>Claims arising out of amendments to the pre-existing incentive regime for the renewable energy sector, including the introduction of a levy on electricity generated from solar power plants.</p>	<p><b>407.</b> It is common ground that the FET obligation is breached when the legitimate expectations of an investor are not met. These expectations must arise from representations made by the state, on which the investor relied at the time of its investment. They must be objectively reasonable and must take into account all relevant circumstances.</p> <p><b>408.</b> It is also common ground that an investor can have no legitimate expectation that the host State’s laws will not change.</p> <p><b>411.</b> Accordingly, all relevant circumstances must be taken into account to determine whether an investor’s expectations of stability are legitimate, including the form and content of the promise of stability. The investor’s expectations are to be examined objectively, and the investor must have relied on the state’s promises of stability at the time of making its investment.</p> <p><b>436.</b> In any event, as was already noted earlier, legitimate expectations can only arise if the investor relies on the representations made by the State at the time of its investment.</p> <p><b>437.</b> In the absence of a commitment by the Respondent that the Tax Incentives would not be altered, the Claimants should expect that the laws in force at the time of its investment would change. The expectations which the Claimants</p>
---------------------------------------	---	---------------------------------------	--	---

				might have had cannot be deemed legitimate and, therefore, cannot benefit from the protection of the Treaty.
<b>30 October 2017</b>	<i>Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB/11/19, Award, 30 October 2017	BIT (Switzerland – Venezuela)	Claims arising out of the Government's nationalization of Koch Mineral's interest in Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela (FertiNitro), a nitrogen-based fertilizer producer, Koch Nitrogen's alleged loss of rights under an associated long-term agreement for the purchase of ammonia and urea produced at the Fertinitro plant, and certain laws and regulations in effect prior to the nationalization.	<b>8.47.</b> It is well settled that provisions of general legislation or state policies applicable to a plurality of persons do not suffice generally to establish legitimate expectations required under an FET autonomous standard. <b>8.52.</b> Second, the protections accorded to investors and their investments under the Treaty do not operate as an insurance against normal business risks, changes in domestic laws or regulatory action by the host State. As the Bond Offering Memorandum expressly stated (cited above), this is no more than business common sense, as would have been well understood by KOMSA at the time.
<b>10 November 2017</b>	<i>Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 November 2017	BIT (Australia – Pakistan)	Claims arising out of the decision by the Pakistani province of Balochistan to refuse the application by claimant's local operating subsidiary for a mining lease in respect of the Reko Diq gold and copper site.	<b>811.</b> In the Tribunal's view, a dominant principle of the FET standard is the protection of the investor's legitimate, investment-backed expectations. The Parties both accept this obligation, although Respondent emphasizes that the concept of legitimate expectations does not simply correspond to any subjective hopes of the investor, but is rather qualified by objective requirements, such as reasonableness, existence of specific representations made by the State, causality for the investment decision, balance of

				<p>interests and the investor's conduct. Claimant agrees that expectations deserve protection only if they are reasonable and does not expressly dispute the other qualifiers.</p> <p><b>812.</b> In the Tribunal's view, the term "legitimate" further embodies the concept that the expectations must be reasonable, i.e., based on assurances that are attributable to Respondent and that an investor acting reasonably would have relied on in making its investment decision. The Tribunal further considers that the concept of "legitimate expectations" includes an assessment of all circumstances of the individual case. As part of this analysis, the Tribunal will take into account these further criteria set out by the Parties, such as (i) whether Respondent's conduct was justified by a legitimate purpose or whether it was rather arbitrary and/or discriminatory; (ii) whether Respondent accorded Claimant procedural propriety and due process in the course of its decision-making process; and (iii) whether Claimant conducted its investment in a reasonable manner.</p> <p><b>900.</b> An investor's legitimate expectations have to be determined as of the date of the investment decision.</p>
--	--	--	--	---

<p><b>30 November 2017</b></p>	<p><i>Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru</i>, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017</p>	<p>FTA (Canada – Peru)</p>	<p>Claims arising out of the enactment by the Government of Supreme Decree 032 that revoked claimant's concession to operate the Santa Ana mining project in Peru on the ground that it was no longer in the national interest, resulting in a complete cease of activities at Santa Ana and alleged significant damages to the claimant.</p>	<p><b>376.</b> Applying the second of these factors mentioned in subsection (ii), the Tribunal finds that "distinct, reasonable expectations" which Claimant could base on the rulings in Supreme Decree 083 were "interfered with [...]" As Claimant points out and as is obvious to the Tribunal, Claimant relied on the express governmental authorization by Supreme Decree 083, when it exercised its options to acquire the Karina Mining Concessions in December 2007. Without these authorizations, Claimant could not have been expected to invest the amounts it undisputedly invested between 2007 and 2011.</p> <p><b>415.</b> From the above considerations, the Tribunal concludes that the three "factors" expressly provided in Annex 812.1(b) of the FTA for the identification of an indirect expropriation are fulfilled:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• in application of subsection (i), there is an "economic impact" as Supreme Decree 032 has an adverse effect on the economic value of Claimant's investment,</li> <li>• in application of subsection (ii), Supreme Decree 032 interferes with Claimant's distinct, reasonable investment-backed expectations,</li> <li>• in application of subsection (iii), the character of the measure did not justify the taking, because Supreme Decree 032 was based on reasons which</li> </ul>
--------------------------------	--	----------------------------	---	---

				have been found to be illegal according to Peruvian law and do not justify a breach of the FTA.
<b>13 December 2017</b>	<i>Deutsche Telekom v. India</i> , PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 13 December 2017	BIT (Germany – India)	Claims arising out of the Government's cancellation of a contract concluded with Devas, a company in which the claimant held interests, concerning the provision of broadband services to Indian consumers.	<b>336.</b> While formulations have varied across awards and the Tribunal does not endorse every nuance set out in previous cases, a consensus appears to emerge from jurisprudence about the core components of FET. In line with that consensus and to the extent relevant to the facts and claims at issue here, the Tribunal considers that FET includes the protection of legitimate expectations, the protection against conduct that is arbitrary, unreasonable, disproportionate and lacking in good faith, and the principles of due process and transparency.
<b>14 December 2017</b>	<i>Fouad Alghanim &amp; Sons Co. for General Trading &amp; Contracting, W.L.L. and Mr. Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan</i> , ICSID Case No. ARB/13/38, Award, 14 December 2017	BIT (Jordan – Kuwait)	Claims arising out of alleged Government measures following Alghanim's sale of its stake in Umniah, a Jordanian telecommunications company, to the Bahrani company Batelco; possibly including a tax assessment levied upon the investor by Jordanian authorities.	<b>488.</b> The evidence before the Tribunal does not support the Claimants' allegation that they had a legitimate expectation that any disposal of their investment would not be subject to tax. The Claimants based this allegation primarily on a document entitled 'REACH Initiative' of March 2000. This document contains in its Annex A1 an 'Analysis of Laws and Regulations Concerning Information Technology in Jordan.' In summarising the 1995 Law it states 'Article 3(a) THE GENERAL RULE is that income earned in or generated from the Kingdom is subject to income tax'. It then notes under Exemptions:

				<p>'CAPITAL GAINS shall be exempted from income tax'.</p> <p><b>490.</b> The Tribunal has carefully examined this document. It falls far short of the sort of specific assurance from the Government that could form the subject of a legitimate expectation as to the tax treatment that would be applied in Jordan on a sale of shares. Though addressed to the King, it was prepared by members of a private organisation, the Jordan Computer Society. It presents a proposed national strategy for Jordan's information technology services sector. It does not represent itself to be an official Government document. Its analysis of the legal position with regard to tax simply summarises the effect of the 1995 Law.</p>
<p><b>22 December 2017</b></p>	<p><i>UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia</i>, ICSID Case No. ARB/12/33, Award of the Tribunal, 22 December 2017</p>	<p>BIT (Lithuania – Latvia)</p>	<p>Claims arising out of the early termination of a lease agreement by the authorities of Rezekne, followed by the alleged nationalization of a heating and hot water supply system in which the claimant had invested.</p>	<p><b>835.</b> One important element of the standard of fair and equitable treatment is the protection of the investor's legitimate expectations. The Tribunal considers, in line with the views expressed by various other tribunals, that for the investor's expectations to be protected by the standard of fair and equitable treatment:</p> <p>(i) the investor's expectations must be "legitimate"; indeed "reasonable and legitimate";</p> <p>(ii) more is required than a "basic expectation", as has been referred to in various cases, including <i>Biwater Gauff</i>,</p>

				<p>(iii) there must have been reliance by the investor with respect to making the investment; and (iv) that reliance must be reasonable.</p> <p><b>837.</b> The Tribunal considers that reasonableness on the part of the investor in relying on representations by the State means inter alia that it is a matter for the investor to evaluate the risk inherent in the proposed investment taking into account all relevant circumstances; investment tribunals have held that the investor would in principle have to take the consequences following from its own failure in this respect.</p> <p><b>838.</b> Moreover, the breach by a State of a representation made in a contract may not suffice to give rise to a breach of the standard of fair and equitable treatment since a distinction must be made between pure contract claims and treaty claims.</p>
<b>2018</b>				
<b>15 February 2018</b>	<i>Novenergia II - Energy &amp; Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/063, Final Award, 15 February 2018</i>	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<p><b>648.</b> First and foremost, the Tribunal agrees with the Respondent that the FET's primary element is the legitimate and reasonable expectations of the Claimant.</p> <p><b>650.</b> The Claimant has argued that legitimate expectations arise naturally from undertakings and assurances made by, or on behalf of, the state</p>

				<p>and that such undertakings and assurances need not be specific.</p> <p><b>651.</b> Additionally, the Tribunal agrees with the Claimant's statements that an expectation that the regulatory framework will be stable can arise from, or be strengthened by, state conduct or statements.</p> <p><b>662.</b> As mentioned in Section 24.4 above, an investor's legitimate expectations are based on the host State's legal framework and on any representations or undertakings by the host State at the time the investor makes the investment.</p> <p><b>694.</b> [...] In the Tribunal's view, the assessment of whether the FET standard has been breached is a balancing exercise, where the state's regulatory interests are weighed against the investors' legitimate expectations and reliance. It is not simply sufficient to look at the economic effect that the challenged measures have had.</p>
<b>2 May 2018</b>	<i>Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018	BIT (Germany – Slovakia) ECT	Claims arising out of amendments to the pre-existing incentive regime applicable to renewable energy, including the introduction of a levy on electricity generated ("Solar Levy"), allegedly adopted in order to diminish windfall profit to producers (that became possible due to significant fall in costs of	<b>360.</b> As is usual in these cases, the Parties have adduced many published awards (in this case more than 50) on the interpretation or application of the FET ("fair and equitable treatment") standard, and the FPS ("full protection and security") and non-impairment standards. Most of them are well-known, and, although formulations of the principles differ in detail, it is only necessary to summarize the present state of international law

solar panels) and reduce burden on energy consumers.

and practice in these general propositions (several of which overlap with each other):

(1) There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations or guarantees of stability.

(2) A claim based on legitimate expectation must proceed from an identification of the origin of the expectation alleged, so that its scope can be formulated with precision.

(3) A claimant must establish that (a) clear and explicit (or implicit) representations were made by or attributable to the state in order to induce the investment, (b) such representations were reasonably relied upon by the Claimants, and (c) these representations were subsequently repudiated by the state.

(4) An expectation may arise from what are construed as specific guarantees in legislation.

(5) A specific representation may make a difference to the assessment of the investor's knowledge and of the reasonableness and legitimacy of its expectation, but is not indispensable to establish a claim based on legitimate expectation which is advanced under the FET standard.

(6) Provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law; and given the State's regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State.

(7) An expectation may be engendered by changes to general legislation, but, at least in the absence of a stabilization clause, they are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State's normal regulatory power in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment outside the acceptable margin of change.

(8) The requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.

(9) The host State is not required to elevate the interests of the investor above all other

considerations, and the application of the FET standard allows for a balancing or weighing exercise by the State and the determination of a breach of the FET standard must be made in the light of the high measure of deference which international law generally extends to the right of national authorities to regulate matters within their own borders.

(10) Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on an investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

(11) Protection from arbitrary or unreasonable behaviour is subsumed under the FET standard.

(12) It will also fall within the obligation not to impair investments by "unreasonable... measures" (Article 10(1), ECT) or "arbitrary... measures" (Article 2(2), Czech Republic/Germany BIT).<sup>547</sup>

(13) The investor is entitled to expect that the State will not act in a way which is manifestly inconsistent or unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy).

**437.** Investors know that the legislative framework may change and evolve in the light of circumstances and of political developments. It is

				not every change which gives rise to a claim based on breach of legitimate expectation.
<b>16 May 2018</b>	<i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<p><b>489.</b> The question is therefore to determine which kind of specific commitments can give rise to protected legitimate expectations.</p> <p><b>490.</b> There are two schools of thought on this question. In essence, one school of thought considers that such commitments can result from general statements in general laws or regulations. The other considers that any such commitments have to be specific.</p> <p><b>494.</b> If the general legislation is to be regarded as a source of an investor's legitimate expectations, the investor must demonstrate that it has exercised appropriate due diligence and that it has familiarised itself with the existing laws.</p> <p><b>499.</b> On the basis of the due diligence exercised by Claimant, it believed that it had a legitimate expectation that the laws would not be modified, as they included stabilisation clauses.</p> <p><b>504.</b> The second school of thought considers that a specific commitment giving rise to legitimate expectations cannot result from general regulations and that something more is needed. It espouses the principle that a stabilisation commitment made in a law is just as much subject to change as all the other dispositions of the law in question. A limitation of the State's legislative</p>

				<p>power can only be derived from constitutional principles in the internal legal order and possibly rules of jus cogens in the international legal order.</p> <p><b>507.</b> In other words, for adherents of the second school of thought, stabilisation provisions offered in general legislation, or political announcements, like press releases and others, cannot create legitimate expectations</p> <p><b>520.</b> It would be difficult to conceive of a more specific commitment than a Resolution issued by Spain addressed specifically to each of the Operating Companies, confirming that each of the Plants qualified under the RD661/2007 economic regime for their "operational lifetime."</p> <p><b>521.</b> Because of these specific commitments, and irrespective of whether the general provisions of RD661/2007 would be sufficient (as the first school of thought would contend was the case), the Tribunal concludes that, in any event, Claimant had legitimate expectations that the benefits granted by RD661/2007 would remain unaltered.</p>
<b>25 May 2018</b>	<i>Olin Holdings Limited v. State of Libya</i> , ICC Case No. 20355/MCP, Final Award, 25 May 2018	BIT (Cyprus – Libya)	<p>Claims arising out of the alleged expropriation of the claimant's dairy and juice factory.</p> <p>Reference: <i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v.</i></p>	<p><b>307.</b> Based on these findings, the Tribunal considers that the legitimate expectations of a foreign investor would be frustrated if:</p> <p>(1) The host State's conduct created reasonable and justifiable expectations on the part of the investor;</p>

			United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154	(2) The investor acted in reliance on the said conduct; (3) The host State failed to honour those expectations.
<b>15 June 2018</b>	<i>Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<b>536.</b> First, the expectations of the investor cannot be analysed in the abstract nor can they be based on the investor's subjective beliefs. On the contrary, the finding that there has been a violation of the investor's legitimate expectations must be based on an objective standard, which must be assessed on a case-by-case basis. <b>537.</b> Second, the investor's expectations must be assessed at the time of the investment's making. Accordingly, the Tribunal must consider when the investment was made, what the circumstances were at that time and the information that the investor had or should reasonably have had, had it acted with the requisite degree of diligence (considering its expertise). <b>538.</b> Third, [...]. In other words, legitimate expectations cannot arise from subjective considerations of the investor absent an affirmative action of the State which, objectively determined, evidences that the State intended to describe a particular treatment or regime on which the investor could rely when making its investment.

<p><b>26 July 2018</b></p>	<p><i>Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia</i>, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018</p>	<p>BIT (Austria – Croatia)</p>	<p>Claims arising out of disagreements over claimants' title to agricultural and grazing land for the investor's meat processing business in Croatia that led to unsuccessful domestic litigation for Mr. Gavrilovic and his company and the alleged subsequent statutory expropriation of his lands and commercial properties.</p>	<p><b>955.</b> Accordingly, it can be said that the breach of a legitimate and reasonable expectation may give rise to a violation of the FET standard, taking into account the scope of the undertaking of FET in the applicable treaty.</p> <p><b>956.</b> Legitimate expectations founded on specific assurances or representations made by the State to the investor are protected. The reasonableness of an asserted expectation is to be determined objectively at the time the investment is made, with due regard to the circumstances of the case. Legitimate expectations with respect to consistency and due process in State actions and relations may also be protected, although subject to qualifications. There is little utility in further consideration of this proposition in the abstract; it is a question to be considered by close reference to the factual and evidentiary matrix.</p> <p><b>963.</b> A legitimate expectation does not necessarily depend on the existence of a contractual or property right under domestic law. A State may be taken to have made specific assurances and representations as to the validity of an agreement and the representations and warranties set forth therein.</p> <p><b>986.</b> An evaluation of the reasonableness of an investor's expectations will also take into account</p>
----------------------------	--	--------------------------------	---	---

				<p>the due diligence performed before effecting the investment.</p> <p><b>989.</b> As to the first, the Tribunal must determine the time at which the investor's expectations are to be considered. It is well-established that the expectations to be taken into account are those existing at the time when the investment is made.</p>
<b>26 July 2018</b>	<i>Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus</i> , ICSID Case No. ARB/13/27, Award (redacted), 26 July 2018	BIT (Cyprus – Greece)	–	<p>Claims arising out of the issuance of a decree that increased the Government's participation in a Cypriot bank in which the claimants had invested, allegedly resulting in the take-over of the institution's management control and the bank's subsequent insolvency.</p> <p><b>1215.</b> First, the Tribunal is of the view that the breach of an expectation that a State would conduct itself impartially, regularly and reasonably does not represent a separate legal basis for finding a breach of the FET standard. The FET standard, in and of itself, establishes such an obligation. There is therefore no need to place this legal construct under the legitimate expectations rubric.</p>
<b>31 August 2018</b>	<i>Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt</i> , ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018	TBI (Egypt – Spain)	–	<p>Claims arising out of the alleged suspension of gas supplies by an Egyptian State-owned enterprise to the claimant's liquefied natural gas plant in contravention of the gas purchase agreement.</p> <p><b>9.51.</b> The Tribunal is content to apply under Article 4(1) the customary international law standard as prohibiting (inter alia) conduct by the host State "which is unjust, arbitrary, unfair, discriminatory or in violation of due process," including conduct that frustrates an investor's "legitimate expectations," as decided by the NAFTA tribunal in <i>Merrill v. Canada</i> (2010).</p> <p><b>9.53.</b> The Tribunal has also been guided by several other decisions cited by the Parties [...] Applying these materials, in addition to the requirement for a specific undertaking or</p>

				<p>representation attributable to the Respondent, the Claimant must also establish that: (i) its expectations were reasonable in the circumstances; (ii) it relied upon such undertaking or representation when it made its investment in Egypt; and (iii) that the Respondent's non-compliance with its undertaking or representation violated the FET standard in Article 4(1) of the Treaty. The Tribunal does not consider that such a representation or undertaking amounts to a free-standing part of the FET standard but, rather, that it is "a relevant factor" in assessing whether or not the Respondent violated the FET standard.</p>
<b>7 November 2018</b>	<i>Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya</i> , ICC Case No. 21537/ZF/AYZ, Award, 7 November 2018	BIT (Libya – Turkey)	<p>Claims arising out of the Government's alleged actions and omissions during the civil war in Libya, which resulted in the destruction of the claimant's construction sites.</p>	<b>547.</b> It is uncontentious that the obligation to "at all times" accord FET to investments encompasses the protection of an investor's legitimate expectations. If a host State, through its laws or administrative actions, makes specific representations or commitments, and thus creates certain legitimate expectations, and those expectations lead the investor to invest, it is contrary to good faith (and in breach of the FET standard) for the State to approve laws or take actions that deny or frustrate those expectations.
<b>14 November 2018</b>	<i>Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., et al. v. Kingdom of Spain</i> , SCC Case No. 2015/150,	ECT	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7</p>	<b>352.</b> Further, the Tribunal considers that it is widely accepted that the protection of an investor's legitimate expectations is one of the most important components of the FET standard.

	<p>Final Award, 14 November 2018</p>		<p>per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p>The Tribunal agrees with the Claimants that a State's "arises when the State has generated 'legitimate expectations' of such stability on the part of investors".</p> <p><b>356.</b> It is also well-established that there are limits to the legal stability that an investor can legitimately expect. In the absence of a specific commitment to the investor by the host State, the investor cannot expect the legal or regulatory framework to be frozen. In such circumstances, a host State has space to reasonably modify the legal or regulatory framework without breaching an investor's legitimate expectations of stability.</p> <p>360. The next question for the Tribunal is whether the obligation of transparency and consistency, and the obligation of good faith, are stand-alone obligations under Article 10(1) ECT that should be determined separately, or whether they form part of the obligation to respect the legitimate expectations of an investor.</p> <p><b>362.</b> Likewise, the Tribunal considers that the obligation of good faith is a component of legitimate expectations. Accordingly, the Tribunal shall consider the Parties' submissions on good faith as part of its assessment of the Claimants' legitimate expectations.</p> <p><b>368.</b> The Tribunal considers that, in the absence of specific commitments guaranteeing the</p>
--	--------------------------------------	--	--	--

				<p>immutability of the legal framework, it is difficult to assume that a reasonable investor would not have expected any regulatory changes to RD 661/2007 at all.</p> <p><b>377.</b> However, the Tribunal is of the view that the Claimants had legitimate expectations that the regulatory framework would not be fundamentally and abruptly changed, depriving them of a significant part of their projected revenues, as opposed to merely modified.</p>
<p><b>22 November 2018</b></p>	<p><i>South American Silver Limited (Bermuda) v. The Plurinational State of Bolivia</i>, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018</p>	<p>BIT (Bolivia – UK)</p>	<p>Claims arising out of the Government's decree that revoked mining concessions held by the claimant's subsidiary, following protests and social unrest within the indigenous populations in the mining area.</p>	<p><b>645.</b> However, in this case, the Parties do not dispute that, for the purposes of the analysis and the decision of this Tribunal, the obligation of the State to afford fair and equitable treatment to foreign investments implies acting in a transparent and consistent manner. Neither do they dispute that the investor's legitimate expectations are part of the fair and equitable treatment standard. Nor do they dispute the relationship between legitimate expectations and the legal framework in the host State of the investment.</p> <p><b>647.</b> Despite differences in approach, international investment tribunals have outlined the requirements underlying which investor expectations are to be afforded protection under investment treaties. The Tribunal considers</p>

				<p>relevant to highlight the two requirements that are relevant for the resolution of the dispute before it.</p> <p><b>648.</b> First, several international investment tribunals have established that the investor is entitled to protection of its legitimate expectations provided (i) that it exercised due diligence, and (ii) that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. The circumstances to be taken into consideration by the investor are not merely legal in nature, but they should also include the social, cultural, and economic environment of the host State of the investment, amongst other factors.</p> <p><b>649.</b> Second, international investment tribunals have also recognized that the commitment of the State to afford fair and equitable treatment to foreign investments does not entail relinquishing their regulatory powers in the public interest or the need to adapt their legislation to changes and emerging needs.</p> <p><b>655.</b> As previously noted, the Tribunal should assess the legitimacy and reasonableness of the investor's expectations, taking account of all the circumstances of the case and the investor's conduct.</p> <p><b>657.</b> Upon analyzing the expropriation claim, the Tribunal has concluded that, except for the requirement to provide compensation, the</p>
--	--	--	--	---

				Reversion complied with the Treaty. As a matter of fact, and contrary to the Claimant's allegations, the Tribunal found that the reversion had a public purpose and was for a social benefit, and it complied with due process
<b>30 November 2018</b>	<i>RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<b>260.</b> Suffice it to say that there can be no doubt that (i) transparency, (ii) constant protection and security, (iii) non-impairment including (iv) non-discrimination and (v) proportionality and reasonableness, are elements of the FET - and certainly so under the ECT. Similarly, and while it is not expressly mentioned in Article 10(1), the Tribunal is of the opinion that respect for the legitimate expectations of the investor is implied by this provision and is part of the FET standard. <b>261.</b> However, not all expectations of a foreign investor are "legitimate" and only legitimate expectations are protected under the FET principle. Therefore, all the investors' expectations do not imply an immutability of the conditions of the investment. Whilst an "expectation" is subjective, whether or not it is "legitimate" must be objectively assessed. To evaluate a claim to a legitimate expectation, it is necessary, therefore, to assess, first, what are the expectations of an investor and, second, whether those expectations are legitimate. The frustration of a legitimate expectation establishes a wrongful

act by the State. The frustration of a nonlegitimate expectation does not establish a wrongful act by the State.

**262.** Just because an investor may have an expectation of immutability of the conditions of an investment does not necessarily mean that such an expectation is objectively legitimate in any given circumstance. In order to appreciate the legitimacy (or illegitimacy) of the Claimants' expectations in the present case, it must be kept in mind that it is generally recognized that States are in charge of the general interest and, as such, enjoy a margin of appreciation in the field of economic regulations. As a result, the threshold of proof as to the legitimacy of any expectation is high and only measures taken in clear violation of the FET will be declared unlawful and entail the responsibility of the State.

**324.** In the opinion of this Tribunal, the question whether or not the Respondent exercised its legislative power unfairly, unreasonably or inequitably in the present case cannot be answered at this stage of the reasoning: the answer depends (i) on the scope and content of the legitimate expectations of the Claimants when they made their investments and (ii) on whether or not the changes can be held as being reasonable and proportionate.

				<p><b>378.</b> The Arbitral Tribunal takes note of the Parties' agreement that it is for the investors to demonstrate that their expectations allegedly frustrated are legitimate, by showing that they are reasonable and objective in the circumstances. "Finally, legitimate expectations are more than the investor's subjective expectations. Their recognition is the result of a balancing operation of the different interests at stake, taking into account all circumstances, including the political and socioeconomic conditions prevailing in the host State."</p>
<p><b>23 December 2018</b></p>	<p><i>Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy &amp; Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic</i>, SCC Case No. V 2015/095, Award, 23 December 2018</p> <p><i>Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy &amp; Environment (SCA) SICAR, et NovEnergia II</i></p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of governmental decrees to prematurely cut tariff incentives for photovoltaic plants originally offered for 20-year period, as well as modifications to the taxation regime and minimum guaranteed price scheme, cancellation of inflation adjustment and imposition of new fees.</p>	<p><b>450.</b> While Italy submitted that its "right to regulate" must be balanced against the need to protect investors' legitimate expectations, such arguments appear to miss the point in this context. The repeated and precise assurances to specific investors amounted to guarantees that the tariffs would remain fixed for two decades. Italy effectively waived its right to reduce the value of the tariffs.</p> <p><b>452.</b> Host states certainly retain the sovereign prerogative to amend their laws. However, if the state gives an investor express assurances that no amendment would occur, the investor must be fairly compensated if those assurances are violated.</p>

	<i>Italian Portfolio SA c. Italie</i> , affaire SCC No. V2015/095, sentence du 23 décembre 2018			<b>453.</b> In contrast, the majority considers that the combined weight of the evidence shows that Italy did indeed undertake such obligations, relevant to the first two sentences of ECT Article 10(1). In this connection, Italy gave assurances giving rise to legitimate expectations on the part of Claimants and did so irrespective of any other duties in regard to the umbrella clause.
<b>2019</b>				
<b>29 March 2019</b>	<i>Indian Metals &amp; Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia</i> , PCA Case No. 2015-40, Final Award, 29 March 2019	BIT (India – Indonesia)	–	<p>Claims arising out of alleged overlaps between the claimants' coal mining permits and those of other companies, resulting in conflicting rights to mine coal in the same territory.</p> <p><b>244.</b> [...] The Tribunal agrees with the Respondent that in light of well-established case-law, "the Claimant is required to take the Indonesian State as it finds it, to conduct a proper due diligence and it cannot treat the BIT as an insurance policy [...]."251</p> <p><b>252.</b> In the absence of a contractual stabilisation clause or an express commitment by the Respondent, the Claimant could not have had any legitimate expectations that the laws of Indonesia would remain exactly the same throughout the life of its investment. In addition, the Tribunal cannot accept the suggestion that the principle of good faith precludes the Respondent from amending its law.</p>
<b>15 May 2019</b>	<i>Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic</i> , PCA	BIT (Germany – Czech Republic)	–	<p>Claims arising out of amendments to the pre-existing incentive regime for the renewable energy sector,</p> <p><b>483.</b> In this regard, the Tribunal agrees with the Claimant that such a separate obligation exists as part of the FET standard. While there is a certain</p>

	<p>Case No. 2014-21, Award, 15 May 2019</p>	<p>ECT</p>	<p>including the introduction of a levy on electricity generated from solar power plants.</p> <p>Reference: <i>Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)</i>, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, §666</p>	<p>overlap between the two, this obligation is legally distinct from the protection of an investor's legitimate expectations. This is apparent from the wording of Article 10(1) of the ECT, according to which "[e]ach Contracting Party [...] shall create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors". Although Article 2(1) of the BIT does not include such broad language, investment tribunals have consistently decided, and this Tribunal agrees, that the obligation to guarantee a stable and predictable investment framework forms part of the FET standard. Compelling reasons to deviate from this established jurisprudence have not been put forward by the Respondent.</p> <p><b>496.</b> The Parties essentially agree on the applicable test in this case to establish whether there has been a violation of an investor's legitimate expectations, namely: (a) whether the Respondent gave an assurance as to regulatory stability; (b) whether the Claimant effectively relied on such assurance; (c) whether this reliance was reasonable, taking into account the prevailing social and economic circumstances in the energy sector and at the time; (d) whether the Respondent violated the Claimant's legitimate expectations, bearing in mind that de minimis violations do not meet the necessary threshold for treaty violations.</p>
--	---	------------	--	--

				<p>This test is consistent with the elements considered by other international tribunals.</p> <p><b>536.</b> The concept of transparency is closely related to an investor's legitimate expectations. [...] In addition, the Tribunal considers that transparency must include a requirement that information about relevant changes in the investment framework are communicated well in advance.</p>
<b>15 May 2019</b>	<i>Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2014-20, Award, 15 May 2019	BIT (Germany – Czech Republic) ECT	<p>Claims arising out of amendments to the pre-existing incentive regime for the renewable energy sector, including the introduction of a levy on electricity generated from solar power plants.</p>	<p><b>487.</b> In this regard, the Tribunal agrees with the Claimant that such a separate obligation exists as part of the FET standard. While there is a certain overlap between the two, this obligation is legally distinct from the protection of an investor's legitimate expectations. This is apparent from the wording of Article 10(1) of the ECT, according to which "[e]ach Contracting Party [...] shall create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors". Although Article 2(1) of the BIT does not include such broad language, investment tribunals have consistently decided, and this Tribunal agrees, that the obligation to guarantee a stable and predictable investment framework forms part of the FET standard.</p> <p><b>500.</b> The Parties essentially agree on the applicable test in this case to establish whether there has been a violation of an investor's legitimate expectations, namely: (a) whether the</p>

				Respondent gave an assurance as to regulatory stability; (b) whether the Claimant effectively relied on such assurance; (c) whether this reliance was reasonable, taking into account the prevailing social and economic circumstances in the energy sector and at the time; (d) whether the Respondent violated the Claimant's legitimate expectations, bearing in mind that de minimis violations do not meet the necessary threshold for treaty violations. This test is consistent with the elements considered by other international tribunals.
<b>15 May 2019</b>	<i>I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic</i> , PCA Case No. 2014-22, Award, 15 May 2019	BIT (UK – Czech Republic)  ECT	<p>Claims arising out of amendments to the pre-existing incentive regime for the renewable energy sector, including the introduction of a levy on electricity generated from solar power plants.</p> <p>See also: <i>WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2014-19, Award, 15 May 2019, §§578-630</p> <p>Reference: <i>Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)</i>, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013, §666</p>	<p><b>542.</b> The Parties essentially agree on the applicable test in this case to establish whether there has been a violation of an investor's legitimate expectations, namely: (a) whether the Respondent gave an assurance as to regulatory stability; (b) whether the Claimant effectively relied on such assurance; (c) whether this reliance was reasonable, taking into account the prevailing social and economic circumstances in the energy sector and at the time; (d) whether the Respondent violated the Claimant's legitimate expectations, bearing in mind that de minimis violations do not meet the necessary threshold for treaty violations. This test is consistent with the elements considered by other international tribunals.</p> <p><b>547.</b> In all the circumstances, in the absence of any assurance by the Respondent, the Tribunal</p>

				<p>concludes that the Claimant cannot have had a legitimate expectation that the Incentive Regime on which it relies would always remain in place and unchanged, and that the Respondent would be precluded from exercising its usual regulatory power in this regard.</p> <p><b>566.</b> [...]. However, statements from domestic authorities cannot give rise to legitimate expectations when they are counter to mandatory EU law. In its 2016 Decision, the EC formally confirmed that the Incentive Regime, as applicable to installations commissioned between 1 January 2006 and 31 December 2012, constituted State aid. Statements from domestic authorities cannot alter this. Given that it is not for a Member State to declare its own aid schemes compatible with EU law, any such declaration cannot be a basis for a legitimate expectation.</p> <p><b>576.</b> In summary, when the investments were made, the Incentive Regime, although State aid, had not been notified to, and approved by, the EC. Under EU law, it therefore follows that as at that time, there could not have been any legitimate expectations as alleged by the Claimant.</p>
<b>31 May 2019</b>	<i>9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No.	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7	<b>295.</b> There is no doubt that an enforceable "legitimate expectation" requires a clear and specific commitment, but in the view of this Tribunal there is no reason in principle why such

	ARB/15/15, Award, 31 May 2019		per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	a commitment of the requisite clarity and specificity cannot be made in the regulation itself where (as here) such a commitment is made for the purpose of inducing investment, which succeeded in attracting the Claimant's investment and once made resulted in losses to the Claimant. <b>308.</b> Of course, in addition to deciding that its legitimate expectations have been frustrated by the host State, a claimant must also prove a breach of the FET standard. The former does not necessarily lead to the latter. "Legitimate expectations" based upon a specific representation are only "a relevant factor" in assessing whether or not the Respondent violated the FET standard in Article 10(1) of the ECT.
<b>31 July 2019</b>	<i>SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/15/38, Award, 31 July 2019	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<b>312.</b> The Parties agree on several well-established points on which there is no need for the Tribunal to dwell. First, they concur that the ECT should be interpreted in accordance with the law of treaties. Second, they agree that legitimate expectations are to be evaluated as of the date of Claimant's investment. Third, they recognize that, in order for an investor to establish "legitimate" expectations, it is not sufficient for the investor to demonstrate its subjective expectations. The evidence must establish the legitimacy of its expectations on an objective basis, i.e., with

				<p>reference to the expectations of a prudent investor.</p> <p><b>313.</b> The Tribunal does not accept Respondent's assertion that "specific commitments made to an investor" are necessary to an FET claim. As has been widely recognized, an investor's legitimate expectations can also arise from provisions of law and regulations and from statements made by or on behalf of the State for the purpose of inducing investment by class of investors.</p> <p><b>318.</b> In the view of the Tribunal, the FET provision of the ECT does not operate as a stabilization provision that applies generally to the laws and regulations in place at the time of an investment. Instead, the assessment of a legitimate expectations claim requires "a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other." Both the legitimacy of the investor's expectations and the host State's scope to modify its regulatory regime without violating the FET obligation must be measured in light of any undertakings of stability that are contained in the laws, regulations and authoritative pronouncements of the host State, upon which the investor relied when it made its investment.</p>
--	--	--	--	--

<p><b>2 August 2019</b></p>	<p><i>InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain</i>, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 2 August 2019</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>365.</b> The scope of the FET obligation - The Tribunal does not accept Respondent's submission that the scope of the FET obligation is limited to non-discrimination. The clear language of Article 10(1) ECT belies such an interpretation. So too does what might fairly be called a jurisprudence constante that is based on the understanding shared by the Tribunal to the effect that the FET obligation is a distinct standard linked (among others) to the legitimate expectations of investors as assessed on the facts of each case.</p> <p><b>366.</b> The legitimate expectation of stability - The Tribunal does, however, accept and agree with Respondent's position to the effect that a legitimate expectation of stability (i.e. immutability) can only arise in the presence of a specific commitment tendered directly to the investor or industry sector at issue. This finding is in keeping with the recent decisions in ECT cases concerning the changes enacted by Spain to the remuneration of renewable energy producers, as well as with other arbitral decisions that assessed the issue of a legitimate expectation of stability, be it in application of Article 10(1) of the ECT or of similar investor protection clauses contained in other treaties.</p>
-----------------------------	---	------------	---	--

				<p><b>368.</b> The legitimate expectation of consistency – [...], the Tribunal is of the view that an expectation of consistency, i.e., that the regulatory framework will not be radically or fundamentally changed may arise even in the absence of such a specific commitment, depending on the facts. A valid public policy purpose does not automatically foreclose a finding of breach of the FET standard since - in the balancing exercise that tribunals are called upon to carry out - the consideration of a legitimate legislative objective may be outweighed by the radical nature of the changes to the legislative framework at issue. Although a host state enjoys the sovereignty to modify its laws and regulations, its liability towards investors may be engaged (again, depending on the facts) if, in doing so, it fundamentally or radically alters a regulatory framework upon which the investors legitimately relied to invest.</p> <p><b>372.</b> The legitimate expectation of transparency and due process - The legal standards governing this issue do not appear to be disputed. Article 10(1) ECT provides as follows: "Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create (...) transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area,"<sup>513</sup> [Emphasis added]. As such, the Tribunal is of the</p>
--	--	--	--	---

				view that the issues to be determined to assess the alleged breach of transparency and due process are whether Respondent sufficiently disclosed the relevant information about the impending modification of Original Regulatory Framework to allow: i) the various actors of the CSP sector to participate in consultation process preceding the enactment of the Measures at Issue; and ii) to allow the Morón and Olivenza 1 plants - and by corollary - the Claimants to plan and organize their operations accordingly.
<b>6 August 2019</b>	<i>Belenergia S.A. v. Italian Republic</i> , ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019	ECT	<p>Claims arising out of a series of governmental decrees to cut tariff incentives for some solar power projects.</p> <p>Reference: <i>Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i>, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, §340</p> <p><i>Saluka Investments BV v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2001-04, Partial Award, 17 March 2006, §305</p>	<p><b>570.</b> Arbitral tribunals have found FET violations when State conduct (a) goes against investors' legitimate expectations; (b) denies justice and due process; (c) is arbitrary, discriminatory, and abusive. The Tribunal agrees with the Claimant that the protection of legitimate expectations is a key element of FET.</p> <p><b>571.</b> To be legitimate, investors' expectations must not be frivolous or unrealistic and must be grounded in reality.</p> <p><b>572.</b> The Tribunal agrees with Italy that the FET obligation does not prevent host States' regulatory autonomy. [...] This means that legitimate regulatory activity in the public interest does not amount to an FET breach even if it adversely affects investments.</p>

<p><b>27 August 2019</b></p>	<p><i>Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia</i>, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019</p>	<p>BIT (Colombia – Switzerland)</p>	<p>Claims arising out of the Government’s alleged unlawful interference with the coal concession contract, including its initiation of proceedings to challenge the validity of the amendment agreed by the parties in 2010 and imposition of royalties allegedly in excess of what is owed under the contract.</p>	<p><b>1367.</b> Among these factors are the frustration of an investor’s legitimate expectations. Such expectations arise when a State (or its agencies) makes representations or commitments or gives assurances, upon which the foreign investor (in the exercise of an objectively reasonable business judgement) relies, and the frustration occurs when the State thereafter changes its position as against those expectations in a way that causes injury to the investor. The protection of legitimate expectations is closely connected with the principles of good faith, estoppel, and the prohibition of venire contra factum proprium.</p> <p><b>1368.</b> A State can create legitimate expectations vis-à-vis a foreign investor in two different contexts. In the first context, the State makes representations, assurances, or commitments directly to the investor (or to a narrow class of investors or potential investors). But legal expectations can also be created in some cases by the State's general legislative and regulatory framework: an investor may make an investment in reasonable reliance upon the stability of that framework, so that in certain circumstances a reform of the framework may breach the investor's legitimate expectations.</p> <p><b>1419.</b> The Tribunal agrees with Claimants that an investor may legitimately hold the expectation</p>
------------------------------	---	-------------------------------------	---	---

				<p>that different branches of government will not take inconsistent actions affecting the investment: a government agency should not make a decision that contradicts a prior decision made by the same or another agency, acting within the same sphere of powers, on which the investor has relied, causing harm to the investor. This is part of the core meaning of the FET standard.</p> <p><b>1420.</b> There is no inconsistency and no breach of legitimate expectations, however, when the second agency, applying substantive legal criteria established in a pre-existing legal framework, takes a decision which diverges from that previously adopted by another agency. The reason is simple: The modern nation-state typically endows different agencies with different legal and policy responsibilities and objectives.</p>
<b>6 September 2019</b>	<i>OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/15/36, Award, 6 September 2019	ECT	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>481.</b> Claimants focus on RD 661/2007 as creating their legitimate expectations coupled with various separate assurances and promises. Legitimate expectations require reasonable reliance of investors on host state acts; the more specific they are directed towards the investors the more likely they can be considered to be reasonable and thus protected.</p> <p><b>487.</b> However, the Tribunal does not see a lack of due diligence by the Claimants. Both Claimants did what could be expected under the</p>

				<p>circumstances and at the time of their investments by a prudent investor. Claimants' reliance on a Legal Opinion by Cuatrecasas was also sufficient at least in confirming their expectations, because the Tribunal cannot see what other better means of information they could have obtained than that provided by what seems to have been the most competent law firm for these matters in Spain. [...]</p>
<p><b>2 December 2019</b></p>	<p><i>Stadtwerke München GmbH and others v. Kingdom of Spain</i>, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>263.</b> Investor expectations are fundamental to the investment process. It is the investor's expectations as to the rewards and risks of a contemplated investment that crucially influence the investor's decision to invest or not to invest. The actions of host State governments through their laws, regulations, policy statements and contracts, among others, often influence the investment expectations of investors that cause them to invest. Thus, when a State that has created certain investor expectations through its laws, regulations, or other acts that has caused the investor to invest, it is often considered unfair for a State to take subsequent actions that fundamentally deny or frustrate those expectations and cause disappointed investors to seek compensation by invoking investment treaties, like the ECT, in which States have promised investors "fair and equitable treatment."</p>

**264.** The FET standard in the ECT does not, however, protect the investor from any and all changes that a government can introduce into its legislation. [...] In the absence of a specific commitment contractually assumed by a State to freeze its legislation in favor of an investor, when an investor argues - as is the case here - that such expectation is rooted, among others, in the host State's legislation, the Tribunal is required to conduct an objective examination of the legislation and the facts surrounding the making of the investment to assess whether a prudent and experienced investor could have reasonably formed a legitimate and justifiable expectation of the immutability of such legislation. For such an expectation to be reasonable, it must also arise from a rigorous due diligence process carried out by the investor.

**278.** This Supreme Court Judgment was a matter of public record at the time that the Claimants invested in Spain. A reasonable and prudent investor would have known of this decision, understood its implications for a contemplated investment, and adjusted expectations accordingly.

**287.** It is clear that an investor cannot reasonably rely on PowerPoint presentations from Spanish agencies with no regulatory powers to base their

				expectations in relation to the legal regime for investments in Spain. Legitimate expectations must be grounded in the law and not based upon promotional literature about what the law says.
<b>2 December 2019</b>	<i>BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 December 2019	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<p><b>459.</b> A useful summary of the state of play was given by the tribunal in <i>Antaris</i>, referring to the earlier case-law. In particular:</p> <p>(1) There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations or guarantees of stability.</p> <p>(2) A claim based on legitimate expectation must proceed from an identification of the origin of the expectation alleged, so that its scope can be formulated with precision.</p> <p>(3) A claimant must establish that (a) clear and explicit (or implicit) representations were made by or attributable to the state in order to induce the investment, (b) such representations were reasonably relied upon by the Claimants, and (c) these representations were subsequently repudiated by the state.</p> <p>(4) An expectation may arise from what are construed as specific guarantees in legislation.</p> <p>(5) A specific representation may make a difference to the assessment of the investor's knowledge and of the reasonableness and</p>

legitimacy of its expectation, but is not indispensable to establish a claim based on legitimate expectation which is advanced under the FET standard.

(6) Provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law; and given the State's regulatory powers, in order to rely on legitimate expectations the investor should inquire in advance regarding the prospects of a change in the regulatory framework in light of the then prevailing or reasonably to be expected changes in the economic and social conditions of the host State.

(7) An expectation may be engendered by changes to general legislation, but, at least in the absence of a stabilization clause, they are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State's normal regulatory power in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment outside the acceptable margin of change.

(8) The requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise

				<p>its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.</p> <p>(9) The host State is not required to elevate the interests of the investor above all other considerations, and the application of the FET standard allows for a balancing or weighing exercise by the State and the determination of a breach of the FET standard must be made in the light of the high measure of deference which international law generally extends to the right of national authorities to regulate matters within their own borders.</p> <p>(10) Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on an investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.</p> <p>(11) Protection from arbitrary or unreasonable behaviour is subsumed under the FET standard.</p> <p>(12) It will also fall within the obligation not to impair investments by 'unreasonable ... measures' (Article 10(1), ECT) or 'arbitrary... measures' (Article 2(2), Czech Republic/Germany BIT).</p> <p>(13) The investor is entitled to expect that the State will not act in a way which is manifestly</p>
--	--	--	--	---

				inconsistent or unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy).
<b>23 December 2019</b>	<i>Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Arab Republic of Egypt</i> , PCA Case No. 2012-07, Final Award, 23 December 2019	BIT (Egypt – Finland)	Claims arising out of criminal charges allegedly brought against the claimant by the Government and a related seizure of the claimant’s assets. According to the claimant, the assets were not returned after the domestic courts’ dismissal of the criminal charges.	<b>246.</b> FET is an autonomous standard generally guaranteeing the rule of law in the treatment of foreign investors under the legal systems of host states. It has been held to comprise concepts such as the protection of legitimate expectations, the absence of bad faith, and the requirements that the conduct of the State be transparent, consistent and non-discriminatory and not based on unjustifiable distinctions or arbitrary.
<b>30 December 2019</b>	<i>RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, and Certain Issues of Quantum, 30 December 2019	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators’ revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.	<b>453.</b> Whilst it has been widely recognised that, in assessing whether there has been a breach of the FET standard under Article 10(1) it is important to consider whether the legitimate expectations of an Investor have been defeated, there is no consensus as to what kinds of commitments can give rise to legitimate expectations. In particular, as identified in the Masdar case, there are differing schools of thought as to whether a commitment given in general regulations can give rise to a legitimate expectation ([...] <i>Suez v Argentina</i> , the analysis of UNCTAD, <sup>459</sup> the dissents of Professor Tawil in <i>Charanne and Isolux, Electrabel v Hungary</i> (to support the position that laws and regulations may suffice); <i>El Paso v Argentina</i> , <i>Continental Casualty v</i>

Argentina, Charanne (to support the position that laws and regulations would not be sufficient).

**455.** The attraction of this approach is that the task for a tribunal considering the second sentence of Article 10(1) is solely to determine whether the State has failed to accord fair and equitable treatment, and there is therefore a question as to how useful it can be to be overly proscriptive about the concept and creation of legitimate expectations, a concept which after all is nowhere mentioned in the Treaty language.

**461.** First, in considering whether a legitimate expectation has been generated that falls for protection under Article 10(1), a representation in the form of domestic law cannot correctly be elided with a specific promise or contractual commitment: a law remains a norm of general application (greater or lesser), and only applies whilst it remains in force. Further, if the application of the Article 10(1) FET standard turns on a question of whether legitimate expectations had been defeated, and it were accepted that such expectations could readily be generated by domestic law, the FET standard would in practical terms start to approximate an overarching stabilisation clause, elevating each change in a domestic legal regime to a source of potential breach of international law. The

				<p>Tribunal does not consider that this could be the intention of the ECT Contracting Parties, not least bearing in mind that there is an umbrella clause in Article 10(1), but one that is limited to "obligations" that have been "entered into" as opposed to "expectations" that have been "generated."</p> <p><b>462.</b> Second, however, the absence of a specific commitment does not mean that the fact that an investor has invested by reference to a given tariff regime ceases to be a relevant factor in applying the FET standard under Article 10(1).</p>
<b>2020</b>				
<p><b>21 January 2020</b></p>	<p><i>Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain</i>, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>517.</b> The expectations of the Claimants have to be based on the facts in this arbitration and it must be viewed objectively. The Claimants' expectation must be assessed at the time the investment was made and the Claimants' investment must originate from some affirmative action of Spain in the form of specific commitments made by Spain to the investor, or by representations made by Spain, which encouraged the investment.</p> <p><b>518.</b> The principles of international investment law indicate that the host State should not "affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment." The FET standard requires the host</p>

				<p>State to protect the investors' legitimate expectation based on "any undertakings and representations made explicitly or implicitly by the host State"</p> <p><b>521.</b> The Tribunal notes that Spain is entitled to make amendments to its regulatory regime but after having entered into the ECT, there are limitation on its powers to alter the regulatory framework and it should not do so if such fundamental and radical changes would be unfair, unreasonable and inequitable, which would undermine an investor's legitimate expectation.</p> <p><b>522.</b> An important element of legitimate expectation is the protection from State action that threatens the stability of the legal and business framework upon which an investor reasonably relied on, in making its investment and this concept has been endorsed by a number of tribunals</p>
<b>3 February 2020</b>	<i>Consutel Group S.P.A. in liquidazione v. People's Democratic Republic of Algeria</i> , PCA Case No. 2017-33, Final Award, 3 February 2020	BIT (Algeria – Italy)	Claims concerning the alleged breaches of a partnership contract.	<b>470.</b> En premier lieu, les attentes légitimes protégées par le droit international sont celles que l'investisseur a pu nourrir au moment de réaliser son investissement. Les attentes que l'investisseur a pu former postérieurement ne sont pas pertinentes à ce titre. Or l'investissement (soit la prise de participation de Consutel au sein de Spec-Com) date de septembre 2008.

				<p><b>474.</b> Dans ces conditions, il est impossible de conclure qu'elle aurait nourri envers l'Etat, à la date de l'investissement, de quelconques attentes légitimes, autres que le respect et l'application de bonne foi des lois et règlements en vigueur en Algérie.</p>
<p><b>28 February 2020</b></p>	<p><i>AES Solar and others (PV Investors) v. Spain</i>, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p><b>573.</b> In conformity with a number of other investment decisions, the Tribunal recalls, that the standard of protection of legitimate expectations is an objective and not a subjective one.</p> <p><b>575.</b> It is also commonly accepted that the investors' expectations must be assessed at the time of making the investment.</p> <p><b>576.</b> Further, expectations which are purported to be founded on general legislation have been treated with caution in a number of recent decisions. It is common ground in the decisions of more recent investment tribunals that the requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.</p> <p><b>578.</b> First, the presence of a specific promise or representation made by the host State and relied upon by the investor may be important to determine the legitimacy of the investor's</p>

				<p>expectation in respect of the stability of the regulatory framework.</p> <p><b>580.</b> Second, it is not sufficient that a change in the regulatory framework is detrimental to the investors' interests in order to entail State responsibility under the ECT. The change must also be "unreasonable".</p> <p><b>582.</b> Third, some tribunals have subjected the protection of the investor's legitimate expectations to a balancing act that takes into account the investors' legitimate or reasonable expectations and the host State's right to regulate.</p> <p><b>584.</b> Finally, while the three factors elucidated above are relevant in determining whether an investor's expectations were legitimate under the circumstances, mutatis mutandis they will also guide the Tribunal in its review of alleged violations of other Treaty obligations be they sub-elements of FET (e.g., the prohibition of arbitrary or unreasonable measures) or separate standards of protection (e.g., the obligation not to impair investments by unreasonable measures) (see Article 10(1), third sentence).</p>
<b>5 March 2020</b>	<i>Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (II)</i> , ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020	BIT (Romania – Sweden)	Claims arising out of the Government alleged failure to police the alcohol black market, including illicit alcohol sales and tax evasion of illegal alcohol	<p><b>357.</b> The Parties agree that the protection of legitimate expectations is "an important factor in the FET standard."</p> <p><b>362.</b> The Tribunal agrees with the Claimants that there does not have to be a specific representation</p>

producers, causing an alleged negative impact on claimants' licit alcohol production business in Romania.

and that legitimate expectations can arise from a State's acts or conduct. However, [...] The acts or conduct upon which the Claimants rely are either acts of general legislation or specific actions taken by the Respondent relating to the enforcement of their taxation legislation - requiring tax stamps to be affixed to containers of alcohol, requiring alcohol producers to register and report, developing a tax code. None of these measures was specific in its application to the Claimants. These actions, together with the general market condition at the time that the Claimants entered the market for spirits in Romania created, the Claimants argue, an expectation that the Respondent would continue to enforce its taxation laws relating to spirits.

**364.** [...] An expectation that a state will enforce its laws is of a high degree of generality, even if it were restricted to an expectation that a state would enforce its tax laws or taxation relating to alcohol. The Claimants do not regard enforcement by the Respondent as adequate and assert that it was not directed at the principal causes of the tax evasion problem. Yet they do not provide a standard against which their expectation of adequate enforcement can be assessed, apart from their belief that their loss of sales was attributable to a failure on the part of Romania to enforce its

				<p>tax laws and an assertion that other countries did things differently.</p> <p><b>367.</b> The Tribunal agrees that there may be circumstances in which a failure to enforce laws could amount to a denial of legitimate expectations and hence a breach of the obligation to provide fair and equitable treatment.</p>
<b>6 March 2020</b>	<i>Lidercón, S.L. v. Republic of Peru</i> , ICSID Case No. ARB/17/9, Award, 6 March 2020	BIT (Peru – Spain)	<p>Claims arising out of a municipality’s alleged non-compliance with a concession contract that grants the claimant an exclusive right to operate vehicle inspection centres in Lima.</p>	<p><b>185.</b> The examination of Lidercón’s stance follows two main vectors. First, the legitimate ex ante expectations of the investor, taking the word legitimate not as an abstract legal standard to be applied universally, but as the reasonable understanding of an investor in the context of the environment in which it was contemplating investing. Second, at the other end of the chronology, the focus will be on the investor’s own obligations - viewed as the counterpart of the entitlement to rely on the Treaty - in reaction to developments which it considered to be adverse.</p> <p><b>186.</b> Legitimate expectations are of course a traditional and proper consideration when appraising the treatment of foreign investors. [...] The Tribunal proceeds on the basis of a notionally objective standard, namely what an ordinarily prudent investor would have been looking at when weighing the risks of signing the Concession Contract in September 2004.</p>

				<p><b>196.</b> Public authorities may fail to accord fair and equitable treatment if they create legitimate expectations that they subsequently fail to meet. To be legitimate, however, an expectation must be of a nature to induce reasonable reliance.</p> <p><b>231.</b> [...] But FET breaches may take a great variety of other forms, such as deceptive conduct, coercive misapplication by executive instrumentalities of laws and regulations, harassment, and the like. Thus, claims of violation of the FET standard vary greatly in terms of the intensity of the debate due to the inherent degree of offensiveness of the accusation against the respondent. Extortionate abuse of the power of public authority, if proven, will readily be deemed to fall short of the FET standards, whereas the disappointment of legitimate expectations is at once less sensitive and harder to elevate to a breach of international law, given the difficulty for a claimant to establish that a shortfall in the fulfillment of its expectations gives rise to a cause of action.</p>
<b>25 March 2020</b>	<i>SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy</i> , SCC Case No. 132/2016, Final Award, 25 March 2020	ECT	Claims arising out of a series of governmental decrees to cut tariff incentives for some solar power projects.	<b>699.</b> the Tribunal considers that legitimate expectations can be created in the absence of specific promises or commitments by the host State. Claimants have rightly submitted that explicit promises, by way of contractual undertakings or otherwise, are not indispensable

				<p>to the creation of legitimate expectations. Respondent does not specifically call in issue this proposition either.</p> <p><b>702.</b> [...] The Tribunal agrees with Respondent's submission. The Tribunal has already found that the maintenance of a stable and transparent legal framework is an important ingredient of the host State's FET obligation (see ¶ 684 above), and is thus also a relevant feature of the constituent obligation to protect the investors' legitimate expectations. However, in the absence of a stabilization clause, this obligation cannot magnify itself such as to require host States to freeze their regulatory systems.</p> <p><b>703.</b> [...] The Tribunal has already found above that the general legal standard for the FET obligation requires a consideration of the host State's regulatory powers (see ¶¶ 685-686 above). [...] In other words, the presence of specific commitments, contractual or otherwise, cannot automatically eliminate or diminish the significance of the host State's regulatory powers for the purposes of its FET obligation under Article 10(1) ECT.</p> <p><b>710.</b> Therefore, [...] this Tribunal finds that legitimate expectations should be "crystallized", inasmuch as they are required to be objectively</p>
--	--	--	--	--

				<p>knowable and certain, and not based on subjective hopes or beliefs.</p> <p><b>720.</b> [...] Accordingly, for an investment that was made in multiple stages, the temporal analysis should focus on the legitimate expectations that existed, if any, at the time the investor decided to make that investment. It falls upon the investor to establish that at this point in time, there existed legitimate expectations upon which the investor relied and decided to make its investment in the host State.</p> <p><b>722.</b> The Tribunal considers that in situations where legitimate expectations evolve over time, while it may not be feasible to identify a singular point in time for creation of legitimate expectations, it is still required that the legitimate expectations being claimed are objectively knowable and certain for the multiple stages of the investment.</p> <p><b>727.</b> [...] Along those lines, the Tribunal emphasises here that not every conduct of the host State that breaches investors' legitimate expectations would automatically amount to a breach of the international law obligation under Article 10(1) ECT. For a breach of legitimate expectations to qualify as a breach of the FET obligation under Article 10(1) ECT, the high</p>
--	--	--	--	---

				standard of the FET obligation is required to be satisfied by the host State's conduct in question.
<b>27 March 2020</b>	<i>Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada</i> , ICSID Case No. ARB/16/16, Award, 27 March 2020	BIT (Canada – Egypt)	Claims arising out of the Government's alleged failure to create a fair, competitive and favourable regulatory environment for new investors in the telecommunications sector.	<b>539.</b> To determine whether Canada's conduct frustrated GTH's legitimate expectations and, as a result, breached the FET standard as set out in Article II(2)(a) of the BIT, the Tribunal will examine whether, based on the evidence adduced by the Parties, it is possible to identify representations by Canada that could give rise to legitimate expectations by GTH, the extent to which GTH relied on those representations in its investment decision, and whether Canada fundamentally departed from those representations after GTH made its investment in reliance thereon.
<b>29 April 2020</b>	<i>GPF GP S.à.r.l v. Poland</i> , SCC Case No. 2014/168, Final Award, 29 April 2020	BIT (Bleu – Poland)	Claims arising out of the alleged expropriation of the claimant's rights to a historic former barracks site adjacent to Lazienki Park in central Warsaw, including alleged arbitrary conduct of the City of Warsaw related to construction works on the site and a decision of the Warsaw Court of Appeal confirming the termination of the claimant's usufruct rights to the property.	<b>541.</b> A number of tribunals have insisted on the notion of legitimate expectations as the "dominant element" of the FET standard. <b>543.</b> While formulations vary across awards and the Tribunal does not necessarily endorse every nuance set out in prior decisions, a consensus emerges about the core components of FET, which include the protection of legitimate expectations, the protection against conduct that is arbitrary, unreasonable, disproportionate and lacking in good faith, and the principles of due process and transparency.

			<p>Reference: <i>Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic</i>, PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018, §360</p>	<p><b>545.</b> In line with the standard set out above, a State fails to grant FET if it does not respect the investor's legitimate expectations. The main components of the doctrine of FET and legitimate expectations is helpfully summarised by the tribunal in <i>Antaris GmbH and Gbde v. Czech Republic</i>. To qualify as legitimate, the investor's expectations must be based on assurances (or representations) (i) given by the State in order to encourage the making of the investment; (ii) addressed specifically to the investor; (iii) sufficiently specific in content. In addition, an investor must establish that it placed reliance upon the assurance (or representation). While some arbitral decisions may have chosen a broader definition of legitimate expectations, the cumulative three-pronged test just referred to is confirmed by the jurisprudence cited by the Parties and numerous other investment treaty awards</p>
<b>29 April 2020</b>	<i>Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. v. People's Democratic Republic of Algeria</i> , ICSID Case No. ARB/17/1, Award, 29 April 2020	BIT (Algeria – Italy)	<p>Claims arising out of alleged breaches of the partnership contract due the Government's misconduct.</p>	<p><b>283.</b> Ceci dit, le Tribunal est d'avis que la protection des attentes légitimes comme composante de la garantie du traitement juste et équitable répond à des conditions et s'inscrit dans des limites bien définies. Une attente légitime naît dans les cas où l'État a fait une promesse ou des « représentations » – et non pas lorsqu'il formule de simples encouragements – à un investisseur à</p>

				<p>propos d'un avantage matériel, sur laquelle l'investisseur s'est fondé au moment de décider d'investir, et que cette promesse ou ces « représentations » ont par la suite été violées par le comportement de l'État.</p> <p><b>284.</b> Le Tribunal partage également l'avis de la doctrine et jurisprudence majoritaires que, pour faire naître une attente légitime, la promesse ou la représentation de l'État doit être suffisamment précise et spécifique quant à son origine et son contenu.</p> <p><b>285.</b> Le Tribunal ne peut à cet égard suivre la position de la Demanderesse consistant à dire que le seul comportement, non pas la promesse ou la représentation, de l'État doit être spécifique.</p>
<b>11 May 2020</b>	<i>A.M.F. Aircraftleasing Meier &amp; Fischer GmbH &amp; Co. KG v. Czech Republic</i> , PCA Case No. 2017-15, Final Award, 11 May 2020	BIT (Czech Republic – Germany)	Claims arising out of acts of Czech bankruptcy administrators and courts concerning two aircrafts that are allegedly owned by the claimant and were wrongly included in the bankruptcy proceedings of Czech company Air Charter Ltd, which had leased the planes. The aircrafts were subsequently sold as part of the bankruptcy proceedings.	<b>699.</b> It is an established trend in jurisprudence of investment tribunals to include within the FET standard an element of reasonable compliance with investors' legitimate expectations (defined somewhat differently by different tribunals), [...].
<b>31 August 2020</b>	<i>Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain</i> ,	ECT	Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the	<b>418.</b> In this context, legitimate expectation means a legally protected expectation. It is not

	<p>ICSID Case No. ARB/15/34, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 31 August 2020</p>		<p>Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators' revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers.</p>	<p>synonymous with a reasonable business judgement. It is in the nature of businesses to take decisions or risks on the basis of the facts known to them, their appreciation of the unknown, and their reasonable predictions about the future. Not every such decision is legally protected.</p> <p><b>420.</b> The ECT does not protect investors against any and all changes in the host country's laws, and under the fair and equitable treatment standard the investor is only protected if (at least) reasonable and justifiable expectations were created in that regard.</p> <p><b>425.</b> Second, the idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework does not mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities. There has to be a weighing of an investor's expectations and the State's regulatory interests</p> <p><b>431.</b> For legitimate expectations to operate, there must be a promise, assurance or representation of a specific character and content that is attributable to a competent organ or representative of the State, which may be explicit or implicit.</p> <p><b>432.</b> Explicit promises can be made through statutory commitments or through conduct, or in the legal or regulatory framework of the host State at the time the investor made its investment.</p>
--	--	--	--	---

**433.** A reiteration of the same type of commitment in different types of general statements may amount to a specific behaviour of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely.

**434.** A specific entitlement to incentives may give rise to a protected legitimate expectation.

**436.** The same or similar points are made in many other awards, often subject to the same important proviso that a change in the law may be a breach of an investor's legitimate expectation if a specific commitment has been made not to change the regulatory framework.

**439.** Consequently, general legislation, without more, typically does not give rise to legitimate expectations of stability of that legislation.

**440.** But it has been said that legitimate expectations may be engendered by the legal framework at the time of the investment, especially if there has been "a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements," but this may properly be regarded as an aspect of stability rather than as an example of a specific commitment.

**445.** It follows that it is important to assess the investor's due diligence exercise at the point at which it made the investment, and in particular

				<p>whether, for example, the investor investigated or took advice on the host State's applicable law.</p> <p><b>450.</b> It has already been seen that, as indeed is obvious, legitimate expectations have to be assessed at the time the investment is, or investments are, made.</p>
<p><b>4 September 2020</b></p>	<p><i>Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic</i>, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 4 September 2020</p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of governmental decrees to cut tariff incentives for some solar power projects. According to the claimant, two State measures adopted in March and May 2011 (the Romani Decree and the Fourth Energy Account) rendered its photovoltaic project unviable and led to the company's bankruptcy.</p>	<p><b>432.</b> As to this debate, the Tribunal begins by accepting, at the level of principle, that it is possible for State officials to generate legitimate expectations by clear commitments given to a defined category of recipients, and not just by those directed singly to one investor at a time. [...] Second, a commitment can be considered specific if its precise object was to give a real guarantee of stability to the investor. Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behaviour of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely.</p> <p><b>433.</b> At the same time, however, the Tribunal believes it is important to distinguish in the analysis, as prior tribunals have done, between (i) statements made specifically to guarantee investors that they would not be subject to "overly</p>

drastic changes," and (ii) those which are primarily "[p]olitical statements" or "general legislative statements," which at best engender reduced expectations, since investors generally must assume that both politics and good faith legislation in the public interest might have to evolve to meet new challenges and unforeseen developments. While investors naturally may take into account the latter categories of statements in assessing the risks and benefits of potential investments, "it is one thing to be induced by political proposals to make an economic decision, and another thing to be able to rely on these proposals to claim legal guarantees."

**439.** The Tribunal acknowledges that there is a healthy debate in the jurisprudence regarding this particular question, namely whether there can be a legitimate expectation of legal stability based on the content of the laws in place, absent any extrinsic representations or assurances about the immutability of those laws. Some tribunals have stated that no legitimate expectation of stability can arise in these circumstances, while others have suggested that they can.

**452.** In other words, this is not a situation where Eskosol was affirmatively led by Italy to expect that its prior land use regime would remain in place for a particular period of time, or would be

				<p>phased out only with a grace period of a particular length. There is no evidence of a representation or assurance in either regard. Yet it is axiomatic that legitimate expectations must be based on some form of State conduct, and not simply on the investor's own subjective expectations. Absent any evidence of such conduct, the Tribunal is unable to accept that Eskosol had an objectively legitimate expectation regarding the longevity of the prior agricultural land regime, and therefore that by changing its regime with a grace period of one year, Italy contravened any such legitimate expectation in violation of Article 10(1) of the ECT.</p>
<p><b>14 September 2020</b></p>	<p><i>ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and InfraClass Energie 5 GmbH &amp; Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020</i></p>	<p>ECT</p>	<p>Claims arising out of a series of governmental decrees to cut tariff incentives for some solar power projects.</p>	<p><b>444.</b> The Tribunal finds that the FET standard includes multiple sub-standards, including the protection of legitimate expectations, consistency and transparency, and good faith.</p> <p><b>512.</b> In the Tribunal's view, there is no doubt that a clear and specific commitment is required in order to create an enforceable legitimate expectation. However, in the majority's view, there is no reason in principle why such a commitment of the requisite clarity and specificity cannot be made in the regulation itself where (as here) such a commitment is made for the purpose of inducing investment, which succeeded in attracting the Claimants' investments and, once</p>

made, resulted in losses to the Claimants. In these circumstances, there is no principled reason to deny that the investor's expectations of performance by the state are legitimate. The clear and specific guarantee in the Conto Energia Decrees satisfies the requisite degree of specificity needed in order for legitimate expectations to arise from legislation

**513.** Legitimate expectations are based on the investor's objective understanding of the legal framework within which the investor has made its investment or, in other words, what a reasonable investor at the time would have expected. Such legal framework includes the host state's domestic legislation and regulations, as well as its international law obligations, any contractual arrangements concluded between the investor and the state, and the specific representations or undertakings made by the state.

**516.** Second, the majority of the Tribunal recalls each of the GSE Letters addressed to the Claimants' Investments after entering into operation. The exact same tariffs and 20-year duration defined in the Conto Energia Decrees were confirmed in the subsequent GSE Letters. The majority of the Tribunal accepts that the GSE Letters cannot form the foundation for the Claimants' expectations, as they did not yet exist

at the time of investment. However, the eventual issuance of these letters confirms the legitimacy of the Claimants' expectations created by the Conto Energia regime.

**520.** However, if a change in legislation fails to take into consideration that an investor's legitimate expectations must be protected, although the legislation may be validly amended as a matter of domestic law, the State may incur international liability.

**546.** In the Tribunal's view, the purpose behind the Respondent's renewable energy incentive regime, and in particular the Conto Energia regime specific to PV energy, was to attract investment in order to permit it to comply with the EU's renewable energy initiatives and directives. It appears that the tariffs offered by the Respondent were attractive and resulted in substantial investment, including from the Claimants. The upfront, capital intensive and long-term nature of investments in the PV sector was well known and appears to have been borne in mind in the design of the Conto Energia regime, and in particular the granting of specific tariff rates for a period of 20 years to qualifying PV plants. In all the circumstances, the majority of the Tribunal concludes that the Claimants had the legitimate expectation that the plants in which they invested

				<p>would benefit from the specific tariffs provided in the Conto Energia Decrees, GSE Letters and GSE Agreements over a 20-year period.</p> <p><b>582.</b> In considering legitimate expectations and the limits these may impose on a state's ability to limit a state's regulatory authority, arbitral tribunals have distinguished between situations in which a specific commitment has been given to an investor and those where no commitment or only a general regulatory framework exists.<sup>797</sup> As described above, the majority of the Tribunal has found that the Respondent did provide a specific commitment in the Conto Energia regime which gave rise to the legitimate expectation of the Claimants that the tariffs for which they qualified would remain constant for 20 years. Further, the reduction in the tariffs was significant and affected an essential element of the incentive tariff regime upon which the Claimants relied. In these circumstances, the Respondent's arguments with respect to proportionality and reasonableness are not relevant to the determination that the Claimants' legitimate expectations were violated.</p>
<b>7 October 2020</b>	<i>Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic</i> , PCA Case No. 2017-08, Award, 7 October 2020	BIT (Poland – Slovakia)	Claims arising out of the 2014 change to the Slovakian Constitution that forbade cross-border bulk transportation of drinking and mineral water derived	<b>461.</b> Irrespective of the difficulty of capturing the elusive essence of FET, and of the nuances in the formulation of the standard by each tribunal, there is a common understanding of the core elements of FET among investment treaty tribunals.

from Slovak water sources and the rejection of the claimant's application for a mineral water extraction permit. These actions allegedly frustrated the claimant's venture to extract and transport (via pipeline) mineral water from a source in Slovakia to its bottling plant in a neighbouring town in Poland.

Autonomous FET provisions, such as Article 3(2) of the BIT, have been deemed to protect against State conduct that frustrates an investor's reasonable and legitimate expectations, or that is otherwise contrary to the minimum standard of treatment, unreasonable, discriminatory, disproportionate, or overall lacking in good faith, due process, transparency and consistency. The Tribunal shares this understanding.

**462.** In line with the standard set out above, a State fails to accord FET if it does not respect the legitimate expectations which the investor held at the time of the making of the investment. This raises the question of the scope of protection of the investor's legitimate expectations. The Tribunal finds that the main components of the doctrine of FET and legitimate expectations are helpfully summarized by the tribunal in *Antaris v. Czech Republic*. To qualify as legitimate, the investor's expectations must be based on assurances (i) given by the State in order to encourage the making of the investment; (ii) addressed specifically to the investor; and (iii) that are sufficiently specific in content. In addition, an investor must establish that it placed reliance upon the assurance. While some arbitral decisions may have chosen a broader definition of legitimate expectations, the cumulative three-

				<p>pronged test just referred to well respects the essence of FET in this Tribunal's opinion, which is confirmed by numerous investment treaty awards.</p> <p><b>466.</b> Second, absent specific assurances, FET does not protect expectations in relation to the stability of a State's legal framework, at least when the legal framework was not adopted to attract foreign investments. [...] States are free to modify the legal regime applicable at the time of the investment to the extent they do so within the limits prescribed by FET. Accordingly, regardless of the investor's expectations, FET bars unreasonable, discriminatory, or disproportionate reforms, adopted contrary to due process.</p> <p><b>472.</b> It is well established that the "relevant point in time for the assessment of legitimate and reasonable expectations [refers] to the time at which the investment is made". Investors cannot base their legitimate expectations on assurances on which they could not have relied when making their investment.</p> <p><b>473.</b> It true that some investments are effected in several consecutive steps over time. In those cases, "legitimate expectations must be examined for each stage at which a decisive step is taken</p>
--	--	--	--	---

				<p>towards the creation, expansion, development, or reorganization of the investment".</p> <p><b>496.</b> Moreover, an investor can only reasonably trust assurances and thus derive legitimate expectations from them if these assurances emanate from the governmental entities which, by law, have competence over the subject matter of the assurance.</p>
--	--	--	--	--

## ANNEXE 2. TABLEAU CHRONOLOGIQUE SUR LES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU GATT DE 1947

Cette annexe contient les rapports issus de l'application du GATT de 1947 dans lesquels le Groupe spécial en charge a analysé la notion d'attentes légitimes.

Date	Case / Citation	Status (Adopted or Unadopted)	Case summary	Application / Analysis of Legitimate Expectations
<b>3 April 1950</b>	<i>The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate</i> , GATT/CP.4/39, II/188, Report of the Panel, 3 April 1950	Adopted	Request concerning the factual situation resulting from the removal, on 1 July 1949, of nitrate of soda from the pool of nitrogenous fertilizers which is subsidized by the Australian Government. And whether the measure taken by the Australian Government constituted a failure by the Australian Government to carry out its obligations under the Agreement, within the terms of Article XXIII.	<b>12.</b> [...]. In the case under consideration, the inequality created and the treatment that Chile could reasonably have expected at the time of the negotiation, after taking into consideration all pertinent circumstances, including the circumstances mentioned above, and the provisions of the General Agreement, were important elements in the working party's conclusion.
<b>22 October 1951</b>	<i>United States – Fur Felt Hats</i> , CP/106, Report on	Adopted	Request concerning certain measures taken by the United	<b>11.</b> The other members of the Working Party, except the

	<p>the Withdrawal by the United States of a Tariff Concession under Article XIX of the GATT, 22 October 1951,</p>		<p>States to withdraw a tariff concession of certain articles on which the rates of duty had been reduced and bound against increase namely hats, caps, bonnets and hoods for women's wear of a certain description and within a certain price range, were being imported in increased quantities and under such conditions as to cause serious injury to domestic industry</p>	<p>representative of the United States, agreed with the Czechoslovak representative that the fact that hat styles had changed did not constitute an "unforeseen development" within the meaning of Article XIX. These members and the representative of the United States considered, however, that the United States negotiators in 1947 could not reasonably be expected to foresee that this style change in favour of velours would in fact subsequently take place, and would do so on as large a scale and last for as long a period as it in fact did.</p> <p><b>12.</b> The members of the Working Party, with the exception of the Czechoslovak representative, accordingly considered that the effects of the circumstances indicated above, and particularly the degree to which the change in fashion affected the competitive situation, could not reasonably</p>
--	---	--	---	--

				be expected to have been foreseen by the United States authorities in 1947, and that the condition of Article XIX that the increase in imports must be due to unforeseen developments and to the effect of the tariff concession can therefore be considered to have been fulfilled.
<b>31 October 1951</b>	<i>Germany – Sardines</i> , G/26 - 1S/53, Report of the Panel, Adopted on 31 October 1951	<b>Adopted</b>	Request concerning whether the measures taken by Germany, within the terms of Article XXIII:1 (a), a failure by that Government to carry out its obligations under the Agreement	<b>18.</b> In the light of the considerations set out above, the Panel suggests to the CONTRACTING PARTIES that it would be appropriate for the CONTRACTING PARTIES to make a recommendation to Germany and Norway in accordance with the first sentence of paragraph 2 of Article XXIII. This recommendation <sup>1</sup> should aim at restoring, as far as practicable, the competitive relationship which existed at the time when the Norwegian Government negotiated at Torquay and which that

				Government could reasonably expect to be continued.
<b>26 February 1955</b>	<i>Sweden – AD Duties, L/328 - 3S/81, Report of the Panel, 26 February 1955</i>	<b>Adopted</b>	Request concerning whether the Swedish Royal Decree of 15 October 1954 regarding the levying of anti-dumping duties with respect to the importation of ladies stockings of nylon or similar synthetic fibres was consistent with the provisions of the General Agreement and whether it had impaired the benefits accruing directly or indirectly to the Government of Italy under General Agreement.	<p><b>15.</b> [...] The Panel considered that it was not competent to deal with the legal rules which may exist in Sweden regarding procedures before customs authorities or the courts. On the other hand, it was clear from the wording of Article VI that no anti-dumping duties should be levied unless certain facts had been established. As this represented an obligation on the part of the contracting party imposing such duties, it would be reasonable to expect that that contracting party should establish the existence of these facts when its action is challenged.</p> <p><b>22.</b> [...] The Panel agreed that if the Swedish Decree was being applied in such a manner as to impose an anti-dumping levy in the absence of dumping practices, the Italian</p>

				<p>Government would be deprived of the protection it would reasonably expect from the terms of Article VI of the Agreement and that it could claim an impairment of benefits.</p> <p><b>23.</b> [...] The Panel agreed that no provision of the General Agreement could limit in any way the rights of national authorities in that respect. But, for the reasons set forth in paragraph 15 above, it would be reasonable to expect from the contracting party which resorts to the provisions of Article VI, if such action is challenged to show to the satisfaction of the CONTRACTING PARTIES that it had exercised its rights consistently with those provisions.</p>
<b>21 November 1963</b>	<i>US/ECC – Poultry</i> , L/2088 - 12S/65, Report of the Panel, Unadopted, 21 November 1963	<b>Unadopted</b>	Request concerning whether the United Kingdom's actions were a violation of Article III, and consequently whether that benefits accruing to the United States under	<b>9.</b> It was the Panel's view that, in the absence of such quantitative restrictions, United States exports would have had a larger share of the existing German market. Moreover, the

			the General Agreement were being nullified and impaired.	unrestricted entry of lower-priced United States poultry would have brought about an increase in German consumption and United States exports would also have had a share in this increase. The Panel then attempted to assess what the United States could reasonably have expected that the value of their exports would have been in the reference period had there been no discriminatory quantitative restrictions.
<b>18 June 1980</b>	<i>Norway – Textiles</i> , L/4959 - 27S/119, Report of the Panel, Adopted on 18 June 1980	<b>Adopted</b>	Request relating to whether Norway's Article XIX actions (quantitative restrictions) on certain textile products were consistent with the GATT.	<b>17.</b> In accordance with established GATT practice (see BISD 11 S.100) the Panel held that where a measure had been taken which was judged to be inconsistent with the provisions of the General Agreement, this measure would prima facie constitute a case of nullification or impairment of benefits which other contracting parties were entitled to expect under the General Agreement.

<p><b>20 February 1985</b></p>	<p><i>ECC – Canned fruit, L/5778, Report of the Panel, Unadopted, 20 February</i></p>	<p><b>Unadopted</b></p>	<p>Request concerning whether the production aids granted by the European Economic Community on canned peaches, canned pears, fruit cocktail and dried grapes were consistent with the GATT.</p>	<p><b>79.</b> The Panel examined whether there was any evidence that the United States could have reasonably expected the introduction of the EEC production aids during the negotiation of the tariff concessions on the products concerned. With regard to canned peaches, canned pears and canned fruit mixtures the Panel concluded that the United States could not have anticipated the introduction of the subsidy at the time it negotiated concessions on these products in 1973. As regards concessions received in 1979, the Panel concluded that the United States should have been aware of the existence of the aid system for canned peaches. Inasmuch as that aid system benefits processors of canned fruit mixtures the United States should have taken due account of it in negotiating concessions of that product. The Panel</p>
--------------------------------	---	-------------------------	--	---

				<p>concluded that the United States could not have reasonably foreseen the introduction of the aid system for canned pears. With regard to dried grapes the Panel concluded that the United States could have reasonably anticipated during the various tariff negotiations that Greek producers and processors would continue to benefit from support prices, storage subsidies, and subsidization of the selling price of product from governmental agencies. Only to the extent that the EEC subsidy scheme for dried grapes was more than a continuation of the prior national Greek subsidy scheme and resulted in an additional upsetting of the competitive relationship between US dried grapes and Greek dried grapes on the market of the "EEC of nine" (i.e. without Greece), could the United States not have reasonably anticipated such additional EC subsidies and</p>
--	--	--	--	---

				competitive distortions resulting therefrom.
<b>17 June 1987</b>	<i>US – Superfund</i> , L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987	<b>Adopted</b>	Request relating on whether taxes on petroleum and certain imported substances levied under the "Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986" nullified or impaired the benefits accruing from the GATT.	<b>5.1.9</b> [...] Article III:2, first sentence, obliges contracting parties to establish certain competitive conditions for imported products in relation to domestic products. Unlike some other provisions in the General Agreement, it does not refer to trade effects. The majority of the members of the Working Party on the "Brazilian Internal Taxes" therefore correctly concluded that the provisions of Article III:2, first sentence, "were equally applicable, whether imports from other contracting parties were substantial, small or non-existent" (BISD Vol. II/185). The Working Party also concluded that "a contracting party was bound by the provisions of Article III whether or not the contracting party in question had undertaken tariff commitments in respect of the

			<p>goods concerned" (BISD Vol. II/182), in other words, the benefits under Article III accrue independent of whether there is a negotiated expectation of market access or not. Moreover, it is conceivable that a tax consistent with the national treatment principle (for instance, a high but non-discriminatory excise tax) has a more severe impact on the exports of other contracting parties than a tax that violates that principle (for instance a very low but discriminatory tax). [...] For these reasons, Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products. A change in the competitive relationship contrary to that provision must consequently be regarded ipso facto as a nullification or</p>
--	--	--	--

				<p>impairment of benefits accruing under the General Agreement.</p> <p><b>5.2.2.</b> The general prohibition of quantitative restrictions under Article XI, which the Panel on Japanese Measures on Imports of Leather examined, and the national treatment obligation of Article III, which Canada and the EEC invoked in the present case, have essentially the same rationale, namely to protect expectations of the contracting parties as to the competitive relationship between their products and those of the other contracting parties. Both articles are not only to protect current trade but also to create the predictability needed to plan future trade. That objective could not be attained if contracting parties could not challenge existing legislation mandating actions at variance with the General Agreement until the administrative acts implementing it had actually</p>
--	--	--	--	---

				<p>been applied to their trade. Just as the very existence of a regulation providing for a quota, without it restricting particular imports, has been recognized to constitute a violation of Article XI:1, the very existence of mandatory legislation providing for an internal tax, without it being applied to a particular imported product, should be regarded as falling within the scope of Article III:2, first sentence. The Panel noted that the tax On certain imported substance[]; had been enacted, that the legislation was mandatory and that the tax authorities had to apply it after the end of next year and hence within a time frame within which the trade and investment decisions that could be influenced by the tax are taken. The Panel therefore concluded that Canada and the EEC were entitled to an investigation of their claim that this tax did not</p>
--	--	--	--	---

				meet the criteria of Article III:2, first sentence.
<b>10 November 1987</b>	<i>Japan -Alcoholic Beverages</i> , L/6216, Report of the Panel, 10 November 1987	<b>Adopted</b>	Request on Japanese customs duties, taxes and labelling practices on imported wines and alcoholic beverages.	<p><b>5.5</b> (b) [...] just as Article I:1 was generally construed, in order to protect the competitive benefits accruing from reciprocal tariff bindings, as prohibiting "tariff specialization" discriminating against "like" products, only the literal interpretation of Article III:2 as prohibiting "internal tax specialization" discriminating against "like" products could ensure that the reasonable expectation, protected under GATT Article XXIII, of competitive benefits accruing under tariff concessions would not be nullified or impaired by internal tax discrimination against like products</p> <p><b>5.11</b> [...] it has been recognized in GATT practice that Article III:2 protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic</p>

				products rather than expectations on trade volumes
<b>02 March 1988</b>	<i>Japan – Agricultural Products</i> , Report of the Panel, Adopted on 02 March 1988, L/6253	<b>Adopted</b>	Request regarding restrictions on imports of certain agricultural products on 11 July 1983 and 8 and 9 September 1983.	<b>5.4.3.</b> The CONTRACTING PARTIES agreed [...] that Article XI protected expectations on competitive conditions, not on export volumes, and that the presumption that a measure inconsistent with Article XI caused nullification or impairment could therefore not be refuted with arguments relating to export volumes
<b>22 June 1989</b>	<i>EEC – Dessert Apples</i> , Report of the Panel, Adopted on 22 June 1989, L/6491	<b>Adopted</b>	Request concerning the licensing system applied by the European Economic Community to imports of apples from Chile, the suspension of import licences for apples originating in Chile, and the EEC's subsequent adoption of a system of quotas for apples imported into the Community.	<b>12.1.</b> The Panel construed its terms of reference to mean that it was authorized to examine the matter referred to it by Chile in the light of all relevant provisions of the General Agreement and those related to its interpretation and implementation. It would take into account the 1980 Panel report and the legitimate expectations created by the adoption of this report, but also other GATT practices and panel

				reports adopted by the CONTRACTING PARTIES and the particular circumstances of this complaint. The Panel, therefore, did not feel it was legally bound by all the details and legal reasoning of the 1980 Panel report.
<b>07 November 1989</b>	<i>US – Section 337 Tariff Act</i> , L/6439 Report of the Panel, 07 November 1989	<b>Adopted</b>	Request concerning the application of Section 337 of the United States Tariff Act of 1930	<b>5.26.</b> A contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.

<p><b>25 January 1990</b></p>	<p><i>EEC – Oilseeds I</i>, L/6627, Report of the Panel, 25 January 1990</p>	<p><b>Adopted</b></p>	<p>Request concerning the EEC’s payments and subsidies paid to processors and producers of oilseeds and related animal-feed proteins</p>	<p><b>144.</b> The Panel, noting that there is no explicit rule nor a precedent to guide it in this matter, considered the issue in the light of the purpose of the provisions of Article XXIII relating to the impairment of benefits accruing under the General Agreement. The Panel noted that these provisions, as conceived by the drafters and applied by the CONTRACTING PARTIES, serve mainly to protect the balance of tariff concessions. The idea underlying them is that the improved competitive opportunities that can legitimately be expected from a tariff concession can be frustrated not only by measures proscribed by the General Agreement but also by measures consistent with that Agreement.</p> <p><b>145.</b> The Panel concluded from the above that the answer to the question of whether the expectations of 1962 continue to</p>
-------------------------------	--	-----------------------	--	--

				<p>be protected depends on whether the concessions on oilseeds resulting from the subsequent renegotiations under Article XXIV:6 were part of a new balance of concessions or whether the reinstatement of the concessions at the same rate after the successive enlargements of the Community meant that the balance of concessions originally negotiated in 1962 was to be continued.</p> <p><b>146.</b> The balance of concessions negotiated in 1962 in respect of oilseeds was thus not altered in the successive Article XXIV:6 negotiations. The Panel therefore found that the benefits accruing to the United States under the oilseed tariff concessions resulting from the Article XXIV:6 negotiations of 1986/87 include the protection of reasonable expectations the United States had when these</p>
--	--	--	--	---

				<p>concessions were initially negotiated in 1962</p> <p><b>148.</b> [...] The Contracting Parties have decided that a finding of impairment does not authorize them to request the impairing contracting party to remove a measure not inconsistent with the General Agreement; such a finding merely allows the contracting party frustrated in its expectation to request, in accordance with Article XXIII:2, an authorization to suspend the application of concessions or other obligations under the General Agreement. The recognition of the legitimacy of an expectation thus essentially means the recognition of the legitimacy of such a request. The recognition of the legitimacy of an expectation relating to the use of production subsidies therefore in no way prevents a contracting party from using production</p>
--	--	--	--	--

				<p>subsidies consistently with the General Agreement; it merely delineates the scope of the protection of a negotiated balance of concessions.</p> <p><b>151.</b> [...] If Article II were considered to be protecting expectations on trade flows it would be necessary for the CONTRACTING PARTIES to determine what export volumes a contracting party can reasonably expect after having obtained a tariff concession. The Panel is not aware of any criteria or principles that could be applied to make such a determination. The Panel further noted that changes in trade volumes result not only from government policies but also other factors, and that, in most circumstances, it is not possible to determine whether a decline in imports following a change in policies is attributable to that change or to other factors</p>
--	--	--	--	--

<p><b>19 June 1992</b></p>	<p><i>US – Malt Beverages</i>, DS23/R, Report of the Panel, 19 June 1992</p>	<p><b>Adopted</b></p>	<p>Request concerning measures relating to imported beer, wine and cider.</p>	<p><b>3.63.</b> The protection of "expectations on the competitive relationship between imported and domestic products"</p>
<p><b>31 March 1993</b></p>	<p><i>EEC – Oilseeds II</i>, DS28/R, Follow up on the Panel Report “Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins”, 31 March 1993,</p>	<p>-</p>	<p>Request based on the United States proposal that the original Oilseeds Panel be reconvened for the purpose of assisting the Contracting Parties in determining whether measures being taken by the EEC would bring its regulations into GATT conformity and would eliminate the impairment of the Community's tariff concessions on oilseeds.</p>	<p><b>77.</b> [...] Thus the CONTRACTING PARTIES recognized as early as March 1955 that, for the purposes of Article XXIII, a contracting party which has negotiated a concession under Article II is presumed, failing evidence to the contrary, to have a reasonable expectation that the value of the concession will not be nullified or impaired by the subsequent introduction or increase of a domestic subsidy on the product concerned (1955 Review Session BISD 3S/222, 224, as reconfirmed in 1961, BISD 10S/201, 209).</p>

### ANNEXE 3. TABLEAU CHRONOLOGIQUE SUR LES ATTENTES LÉGITIMES DANS LE CADRE DU GATT DE 1994

Date	Case / Citation	Applicable treaty	Case summary	Application / Analysis of Legitimate Expectations
17 January 1996	<i>European Communities — Implementation of the Uruguay Round Commitments Concerning Rice</i> , WT/DS25, Consultation request, 17 January 1996	Article XXII:1 of GATT 1994	Consultation request on the implementation system decided on by the Community, as well as other instruments that would enter into force in the near future applying to rice imports.	Uruguay has a significant share in the world market for rice, in which it currently holds ninth place with annual sales of over 400,000 tonnes. It is also the country that exports the highest percentage of its output, with foreign sales accounting for roughly 77 per cent of production. The above-mentioned commitments of the European Community, in particular note 7 of the agricultural schedule establishing the ceiling for the margin of preference, gave rise to legitimate expectations for the Uruguayan export sector to be able to reestablish trade flows that had existed in the past with Member countries of the European Community.

<p><b>29 January 1996</b></p>	<p><i>US — Gasoline</i>, WT/DS2, Report of the Panel, 19 January 1996</p>	<p>GATT Agreement on Technical barriers to trade</p>	<p>Request on the rule issued by the Environmental Protection Agency on 15 December 1993, entitled "Regulation of Fuels and Fuel Additives - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline".</p>	<p><b>6.24.</b> The Panel noted that the term "necessary" had been interpreted in the context of Article XX(d) by the panel in the Section 337 case which had stated that: a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions. The same reasoning had been adopted by the 1990 Thai Cigarette panel in examining a measure under Article XX(b). That panel saw no reason not to adopt the same interpretation of "necessity" under Article XX(b) as under</p>
-------------------------------	---	--	---	---

				Article XX(d), stating that the import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measures consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives.
<b>11 July 1996</b>	<i>Japan — Alcoholic Beverages II</i> , WT/DS8, Report of the Panel, 11 July 1996	GATT	Request concerning the internal taxes levied by Japan on certain alcoholic beverages pursuant to the Japan's Liquor Tax Law.	<b>2.7.</b> The 1987 Panel Report concluded that some aspects of the Liquor Tax Law were inconsistent with Article III:2, first and second sentences, and suggested that the CONTRACTING PARTIES recommend that Japan bring its taxes on whiskies, brandies, other distilled spirits (such as gin and vodka), liqueurs, still wines and sparkling wines into conformity with its obligations under the General Agreement. In particular, the Panel reached the following conclusions: [...] Since it has been recognized in GATT practice that Article III:2

				protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products rather than expectations on trade volumes (see L/675, §5.1.9), the Panel did not consider it necessary to examine the quantitative trade effects of this considerably different taxation for its conclusion that the application of considerably lower internal taxes by Japan on shochu than on other directly competitive or substitutable distilled liquors had trade-distorting effects affording protection to domestic production of shochu contrary to Article III:1 and 2, second sentence.
<b>4 October 1996</b>	<i>Japan — Alcoholic Beverages II</i> , WT/DS8, Report of the Appellate Body, AB-1996-2, 4 October 1996	GATT	Appeal Request on the application of Article III GATT  See also : United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, BISD 34S/136, §5.1.9	<b>p.14.</b> Adopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the

				<p>particular dispute between the parties to that dispute. In short, their character and their legal status have not been changed by the coming into force of the WTO Agreement.</p> <p><b>p.16.</b> Article III protects expectations not of any particular trade volume but rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products. Members of the WTO are free to pursue their own domestic goals through internal taxation or regulation so long as they do not do so in a way that violates Article III or any of the other commitments they have made in the WTO Agreement.</p>
<b>17 October 1996</b>	<i>Brazil — Measures Affecting Desiccated Coconut</i> , WT/DS22, Report of the Panel, 17 October 1996	GATT Agreement on Agriculture	Request concerning the countervailing duty imposed by Brazil on imports of desiccated coconut from the Philippines	<b>264.</b> The transition into a new legal regime, especially in relation to disputes such as this one which straddle the date of entry into force, frequently raises delicate legal issues. Transitional provisions typically try to balance the objective of a swift entry into force of the new agreement with the objective of safeguarding pre-

				<p>existing and legitimate expectations surviving from its predecessor. In selecting a transitional regime States will balance these oft conflicting objectives. They may, at one extreme, apply the new regime fully to all measures existing at the date of entry into force of the new agreement. They may, at the other extreme, "grandfather" all measures existing at the date of entry into force of the new agreement. They may choose some "in-between" regime. The practice of States varies from agreement to agreement and, often, even within the same agreement, parties may agree on multiple transitional regimes for different subject matters. Delicate and difficult as these legal issues are, their importance abates since in time, as the new Agreement comes fully into force the transitional problems disappear.</p>
<b>8 November 1996</b>	<i>United States — Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fibre Underwear,</i>	Agreement on Textiles and clothing	Request concerning certain US measures imposing restrictions on the trade in cotton and man-made fibre	<b>7.20.</b> Finally, we recall that the relevant provisions have to be interpreted in good faith. Based upon the wording, the context and

	WT/DS24, Report of the Panel, 8 November 1996		underwear and whether these measures are consistent with the GATT.	the overall purpose of the Agreement, exporting Members can legitimately expect that transitional safeguards, adopted under Article 6 of the ATC, would only be applied sparingly in order to serve the narrow purpose of protecting domestic producers of like and/or directly competitive products. Exporting Members can, in other words, legitimately expect that market access and investments made would not be frustrated by importing Members taking improper recourse to such action.
<b>14 March 1997</b>	<i>Canada — Certain Measures Concerning Periodicals</i> , WT/DS31, Report of the Panel, 14 March 1997	<b>GATT</b>	Request concerning certain measures maintained by Canada, namely, measures prohibiting or restricting the importation into Canada of certain periodicals; tax treatment of so-called "split-run" periodicals; and the application of favourable postage rates to certain Canadian periodicals.	<b>5.26.</b> Thus, we conclude that imported "split-run" periodicals and domestic non "split-run" periodicals can be like products within the meaning of Article III:2 of GATT 1994. In our view, this provides sufficient grounds to answer in the affirmative the question as to whether the two products at issue are like because, as stated earlier, the purpose of Article III is to protect expectations of the Members as to the competitive

			<p>See also : <i>United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i>, L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987, § 5.2.2.</p> <p><i>Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery</i>, L/833 - 7S/60, Report of the Panel, 23 October 1958, §18;</p> <p><i>United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930</i>, L/6439 - 36S/345, Report of the Panel, 7 November 1989, § 5.13.</p>	<p>relationship between their products and those of other Members, not to protect actual trade volumes. If Tariff Code 9958 were lifted, a wide variety of "split-run" periodicals ranging from general news magazines to specialty journals dedicated to specific areas of business or profession could be imported into Canada. This situation can hardly be called an "isolated instance of differential taxation" as Canada describes.</p>
<p><b>5 September 1997</b></p>	<p><i>India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i>, WT/DS50, Report of the Panel, 5 September 1997</p>	<p><b>TRIPS</b></p>	<p>Request regarding the absence in India of either patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products or formal systems that permit the filing of patent applications for pharmaceutical and agricultural chemical products and that provide exclusive marketing rights in such products</p>	<p><b>7.18</b> Accordingly, the TRIPS Agreement must be interpreted in good faith in light of (i) the ordinary meaning of its terms, (ii) the context and (iii) its object and purpose. In our view, good faith interpretation requires the protection of legitimate expectations derived from the protection of intellectual property rights provided for in the Agreement. A similar view has also been taken in the Underwear panel</p>

			<p>See also :</p> <p><i>United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear</i>, WT/DS24/R, Report of the Panel, 25 February 1997, §5.2.2</p> <p><i>United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i>, L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987, § 5.2.2.</p> <p><i>United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930</i>, L/6439 - 36S/345, Report of the Panel, 7 November 1989, § 5.13.</p>	<p>report: "[T]he relevant provisions [of the Agreement on Textiles and Clothing] have to be interpreted in good faith. Based upon the wording, the context and the overall purpose of the Agreement, exporting Members can... legitimately expect that market access and investments made would not be frustrated by importing Members taking improper recourse to such action."</p> <p><b>7.20.</b> The protection of legitimate expectations of Members regarding the conditions of competition is a well-established GATT principle, which derives in part from Article XXIII, the basic dispute settlement provisions of GATT (and the WTO). Regarding Article III of GATT, the panel on Italian Agricultural Machinery stated that "the intent of the drafters was to provide equal conditions of competition once goods had been cleared through customs". This principle was later elaborated by the Superfund panel, which stated that "[t]he general prohibition of</p>
--	--	--	---	---

				<p>quantitative restrictions under Article XI... and the national treatment obligation of Article III have the same rationale, namely to protect expectations of the contracting parties as to the competitive relationship between their products and those of the other contracting parties". The panel on Section 337, which dealt with issues involving protection of intellectual property at the border, also reached similar conclusions.</p> <p><b>7.21.</b> The protection of legitimate expectations is central to creating security and predictability in the multilateral trading system. In this connection, we note that disciplines formed under GATT 1947 (so-called GATT acquis) were primarily directed at the treatment of the goods of other countries, while rules under the TRIPS Agreement mainly deal with the treatment of nationals of other WTO Members. While this calls for the concept of the protection of legitimate expectations to apply in</p>
--	--	--	--	---

				<p>the TRIPS areas to the competitive relationship between a Member's own nationals and those of other Members (rather than between domestically produced goods and the goods of other Members, as in the goods area), it does not in our view make inapplicable the underlying principle. The Preamble to the TRIPS Agreement, which recognizes the need for new rules and disciplines concerning "the applicability of the basic principles of GATT 1994...", provides a useful context in this regard.</p> <p><b>7.22.</b> In conclusion, we find that, when interpreting the text of the TRIPS Agreement, the legitimate expectations of WTO Members concerning the TRIPS Agreement must be taken into account, as well as standards of interpretation developed in past panel reports in the GATT framework, in particular those laying down the principle of the protection of conditions of competition flowing from multilateral trade agreements.</p>
--	--	--	--	--

<p><b>9 September 1997</b></p>	<p><i>European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (III)</i>, WT/DS27, Report of the Appellate Body, AB-1997-3, 9 September 1997</p>	<p><b>-GATT -Agreement on Agriculture -GATS -Agreement on trade-related Investment measures -Agreement on import licensing proceedings</b></p>	<p>Appeal from certain issues of law and legal interpretations in the Panel Reports, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas.</p>	<p><b>252.</b> So, too, is the panel report in United States - Superfund, to which the Panel referred. In that case, the panel examined whether measures with "only an insignificant effect on the volume of exports do nullify or impair benefits under Article III:2...". The panel concluded (and in so doing, confirmed the views of previous panels) that: Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products. A change in the competitive relationship contrary to that provision must consequently be regarded ipso facto as a nullification or impairment of benefits accruing under the General Agreement. A demonstration that a measure inconsistent with Article III:2, first sentence, has no or insignificant effects would therefore in the view of the Panel not be a sufficient demonstration that the benefits accruing under that</p>
--------------------------------	---	--	---	---

				provision had not been nullified or impaired even if such a rebuttal were in principle permitted.
<b>25 November 1997</b>	<i>Argentina — Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items</i> , WT/DS56, Report of the Panel, 25 November 1997	<b>-GATT -Agreement on Technical Barriers -Agreement on Textiles and Clothing</b>	Request regarding certain measures maintained by Argentina affecting imports of footwear, textiles, apparel and other items, namely, measures imposing specific duties on various footwear, textiles and apparel in excess of the bound rate of 35 per cent ad valorem provided in Argentina's Schedule LXIV; a statistical tax of three per cent ad valorem on imports of all sources other than MERCOSUR countries; and measures imposing inter alia, labelling requirements related to affidavits of product components.	<b>135.</b> The Panel considered that the actual levying of a duty in excess of the bound rate clearly constituted a treatment of bananas less favourable than that provided for in the EEC's Schedule of Concessions. The Panel then proceeded to examine whether also the mere possibility that the specific tariff rate applied by the EEC might be higher than the corresponding bound ad valorem rate, rendered it inconsistent with Article II. The Panel recalled the importance of security and predictability in the application of tariffs bindings. It noted that previous panels and working parties had emphasized that tariff bindings justify reasonable expectations about market access and conditions of competition. The CONTRACTING PARTIES had consistently found that a change from a bound specific to an ad valorem rate was a

				<p>modification of the concession [...]. The Panel [...] concluded that, in determining whether treatment accorded by a tariff measure was no less favourable than that provided for in the Schedule, it had to take into account not only the actual consequences of that measure for present imports but also its effects on possible future imports. This followed from the principle recognized by many previous panels that the provisions of the General Agreement serve not only to protect actual trade flows but also to create predictability for future trade". (Emphasis added)</p> <p><b>6.46.</b> Moreover, in Bananas III, the Appellate Body confirmed that the principles developed in Superfund were still much applicable to WTO disputes and that any measure which changes the competitive relationship of Members nullifies any such Members' benefits under the WTO Agreement. "Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export</p>
--	--	--	--	---

				<p>volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products. A change in the competitive relationship contrary to that provision must consequently be regarded ipso facto as a nullification or impairment of benefits accruing under the General Agreement".</p> <p>We consider that this principle is also appropriate when dealing with the application of the obligations contained in Article II of GATT which requires a "treatment no less favourable than that" provided in a Member's Schedule. In the present dispute we consider that the competitive relationship of the parties was changed unilaterally by Argentina because its mandatory measure clearly has the potential to violate its bindings, thus undermining the security and the predictability of the WTO system.</p>
<b>19 December 1997</b>	<i>India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical</i>	<b>TRIPS</b>	Appeal on certain issues of law and legal interpretations	<b>36.</b> Although the Panel states that it is merely applying a "well-established GATT principle", the

	<p><i>Products</i>, WT/DS50, Report of the Appellate Body, AB-1997-5, 19 December 1997</p>		<p>in the India – Patents Panel Report.</p> <p>See also : <i>United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline</i>, WT/DS2/AB/R, Report of the Panel, 20 May 1996, pp. 16-17.</p>	<p>Panel’s reasoning does not accurately reflect GATT/WTO practice. In developing its interpretative principle, the Panel merges, and thereby confuses, two different concepts from previous GATT practice. One is the concept of protecting the expectations of contracting parties as to the competitive relationship between their products and the products of other contracting parties. This is a concept that was developed in the context of violation complaints involving Articles III and XI, brought under Article XXIII:1(a), of the GATT 1947. The other is the concept of the protection of the reasonable expectations of contracting parties relating to market access concessions. This is a concept that was developed in the context of non-violation complaints brought under Article XXIII:1(b) of the GATT.</p> <p><b>40.</b> In the context of violation complaints made under Article XXIII:1(a), it is true that panels</p>
--	--	--	--	---

				<p>examining claims under Articles III and XI of the GATT have frequently stated that the purpose of these articles is to protect the expectations of Members concerning the competitive relationship between imported and domestic products, as opposed to expectations concerning trade volumes. However, this statement is often made after a panel has found a violation of, for example, Article III or Article XI that establishes a prima facie case of nullification or impairment.<sup>27</sup> At that point in its reasoning, the panel is examining whether the defending party has been able to rebut the charge of nullification or impairment. It is in this context that panels have referred to the expectations of Members concerning the conditions of competition.</p> <p><b>41.</b> The doctrine of protecting the "reasonable expectations" of contracting parties developed in the context of "non-violation" complaints brought under Article</p>
--	--	--	--	---

				<p>XXIII:1(b) of the GATT 1947. Some of the rules and procedures concerning "non-violation" cases have been codified in Article 26.1 of the DSU. "Non-violation" complaints are rooted in the GATT's origins as an agreement intended to protect the reciprocal tariff concessions negotiated among the contracting parties under Article II.28 In the absence of substantive legal rules in many areas relating to international trade, the "non-violation" provision of Article XXIII:1(b) was aimed at preventing contracting parties from using non-tariff barriers or other policy measures to negate the benefits of negotiated tariff concessions. Under Article XXIII:1(b) of the GATT 1994, a Member can bring a "non-violation" complaint when the negotiated balance of concessions between Members is upset by the application of a measure, whether or not this measure is inconsistent with the provisions of the covered agreement. The ultimate goal is not</p>
--	--	--	--	---

				<p>the withdrawal of the measure concerned, but rather achieving a mutually satisfactory adjustment, usually by means of compensation.</p> <p><b>45.</b> The Panel misapplies Article 31 of the Vienna Convention. The Panel misunderstands the concept of legitimate expectations in the context of the customary rules of interpretation of public international law. The legitimate expectations of the parties to a treaty are reflected in the language of the treaty itself. The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention. [...]</p> <p><b>46.</b> In United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline<sup>31</sup>, we set out the proper approach to be applied in interpreting the WTO Agreement in accordance with the rules in Article 31 of the Vienna Convention. These</p>
--	--	--	--	--

				<p>rules must be respected and applied in interpreting the TRIPS Agreement or any other covered agreement. The Panel in this case has created its own interpretative principle, which is consistent with neither the customary rules of interpretation of public international law nor established GATT/WTO practice. Both panels and the Appellate Body must be guided by the rules of treaty interpretation set out in the Vienna Convention, and must not add to or diminish rights and obligations provided in the WTO Agreement.</p>
<p><b>5 February 1998</b></p>	<p><i>European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment</i>, WT/DS62, Report of the Panel, 5 February 1998</p>	<p><b>GATT</b></p>	<p>Request regarding tariff reclassification by the customs authorities of the EC and their member States of Local Area Network (LAN) equipment and personal computers (PCs) with multimedia capability</p> <p>See also : <i>United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-</i></p>	<p><b>8.23.</b> The meaning of a particular expression in a tariff schedule cannot be determined in isolation from its context. It has to be interpreted in the context of Article II of GATT 1994 -- a provision that gives the rationale for the specification of products and duty rates in tariff schedules in the first place: i.e., they constitute a binding commitment arising out of a negotiation. It should be noted in</p>

			<p><i>made Fibre Underwear</i>, WT/DS24/R, Report of the Panel, 25 February 1997, §7.20.</p> <p><i>India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i>, WT/DS50, Report of the Panel, 5 September 1997, §7.18.</p>	<p>this regard that the protection of legitimate expectations in respect of tariff treatment of a bound item is one of the most important functions of Article II. The panel on Oilseeds stated as follows: "... The Panel considered that the main value of a tariff concession is that it provides an assurance of better market access through improved price competition. Contracting parties negotiate tariff concessions primarily to obtain that advantage. They must therefore be assumed to base their tariff negotiations on the expectation that the price effect of the tariff concessions will not be systematically offset. If no right of redress were given to them in such a case they would be reluctant to make tariff concessions and the General Agreement would no longer be useful as a legal framework for incorporating the results of trade negotiations..."</p> <p>The fact that the Oilseeds panel report concerns a non-violation complaint does not affect the</p>
--	--	--	--	--

				<p>validity of this reasoning in cases where an actual violation of tariff commitments is alleged. If anything, such a direct violation would involve a situation where expectations concerning tariff concessions were even more firmly grounded.</p> <p><b>8.24.</b> The importance of legitimate expectations in interpretation of tariff commitments can be confirmed by the text of Article II itself. Article II:5 provides as follows (emphasis added):</p> <p>"If any Member considers that a product is not receiving from another Member the treatment which the first Member believes to have been contemplated by a concession provided for in the appropriate Schedule annexed to this Agreement, it shall bring the matter directly to the attention of the other Member. If the latter agrees that the treatment contemplated was that claimed by the first Member, but declares that such treatment cannot be accorded</p>
--	--	--	--	--

				<p>because a court or other proper authority has ruled to the effect that the product involved cannot be classified under the tariff laws of such Member so as to permit the treatment contemplated in this Agreement, the two Members, together with any other Members substantially interested, shall enter promptly into further negotiations with a view to a compensatory adjustment of the matter."</p> <p>Although Article II:5 is a provision for the special bilateral procedure regarding tariff classification, not directly at issue in this case, the existence of this provision confirms that legitimate expectations are a vital element in the interpretation of Article II and tariff schedules.</p> <p><b>8.25.</b> This conclusion is also supported by the object and purpose of the WTO Agreement and those of GATT 1994. The security and predictability of "the reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and</p>
--	--	--	--	--

				<p>other barriers to trade" (expression common in the preambles to the two agreements) cannot be maintained without protection of such legitimate expectations. This is consistent with the principle of good faith interpretation under Article 31 of the Vienna Convention. It should be recalled that the panel report on Underwear stated as follows:</p> <p>"[T]he relevant provisions [of the Agreement on Textiles and Clothing] have to be interpreted in good faith. Based upon the wording, the context and the overall purpose of the Agreement, exporting Members can... legitimately expect that market access and investments made would not be frustrated by importing Members taking improper recourse to such action."</p> <p><b>8.26.</b> In our view, it may, as a matter of fact, be the case that in nearly all instances, the ordinary meaning of the terms of the actual description in a tariff schedule accurately reflects and exhausts the content of the</p>
--	--	--	--	--

				legitimate expectations. It is clearly the case that most descriptions are to be treated with the utmost care to maintain their integrity precisely because, on their face, they normally constitute the most concrete, tangible and reliable evidence of commitments made. In our view, however, this cannot be the case a priori for all tariff commitments. It must remain possible, at least in principle, that parties have legitimately formed expectations based on other particular supplementary factors.
<b>12 March 1998</b>	<i>European Communities — Measures Affecting Importation of Certain Poultry Products</i> , WT/DS69, Report of the Panel, 12 March 1998	<b>-GATT -Agreement on Licensing Proceedings -Agreement on Agriculture</b>	Request regarding the EC regime for the importation of certain poultry products (CN codes 0207 41 10, 0207 41 41 and 0207 41 71) and the implementation by the EC of the tariff rate quota in these products agreed in negotiations between Brazil and the EC under Article XXVIII of GATT.	<b>207.</b> In our view, a similar situation exists in the present case. The fact that the Oilseeds panel dealt with a non-violation complaint does not alter the validity of this analysis. If an importing Member must respect all of its commitments in the previous rounds in respect of reasonable expectations in a non-violation case, by logical extension, such expectations would also be relevant to the interpretation of a tariff commitment in a violation

				<p>case. In other words, we cannot summarily dismiss the significance of the Oilseeds Agreement in the interpretation of Schedule LXXX by recourse to the public international law principles embodied in the Vienna Convention.</p> <p><b>220.</b> In the present case, because Brazil does not invoke specific provisions and makes no distinction between "expectations as to the competitive relationship" and "reasonable expectations relating to market access conditions", in the absence of any further elaboration, we are not able to reach a finding on this point.</p>
<b>31 March 1998</b>	<i>Japan — Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper</i> , WT/DS44, Report of the Panel, 31 March 1998	<b>GATT</b>	<p>Request regarding certain laws, regulations and requirements of Japan affecting the distribution, offering for sale and internal sale of imported consumer photographic film and paper.</p> <p>See also :</p>	<p><b>10.61.</b> The second required element which must be considered to establish a case of non-violation nullification or impairment under Article XXIII:1(b) is the existence of a benefit accruing to a WTO Member under the relevant agreement (in this case, GATT 1994). In all but one of the past GATT cases dealing with Article</p>

			<p><i>EEC - Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins</i>, L/6627 - 37S/86, Report of the Panel, 25 January 1990, §§147-148</p> <p><i>The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate</i>, GATT/CP.4/39, II/188, Report of the Panel, 3 April 1950</p> <p><i>Treatment by Germany of Imports of Sardines</i>, G/26 - 1S/53, Report of the Panel, 31 October 1952</p> <p><i>Uruguayan Recourse to Article XXIII</i>, L/1923 - 11S/95, Report of the Panel, 16 November 1962</p> <p><i>EC - Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region</i>,</p>	<p>XXIII:1(b) claims, the claimed benefit has been that of legitimate expectations of improved market-access opportunities arising out of relevant tariff concessions. This same set of GATT precedents suggests that for expectations to be legitimate, they must take into account all measures of the party making the concession that could have been reasonably anticipated at the time of the concession. Of course, as with the first element (application of a measure), the complaining party has the burden of demonstrating the "benefit accruing".</p> <p><b>10.75</b> [...] The recognition of the legitimacy of an expectation thus essentially means the recognition of the legitimacy of such a request. The recognition of the legitimacy of an expectation relating to the use of production subsidies therefore in no way prevents a contracting party from using production subsidies consistently with the General Agreement; it merely delineates the</p>
--	--	--	---	---

			<p>L/5776, Report of the Panel, unadopted, 7 February 1985</p> <p><i>EEC - Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes</i>, L/5778, Report of the Panel, Unadopted, 20 February 1985</p> <p><i>Japan — Trade in Semi-Conductors</i>, L/6309 - 35S/116, Report of the Panel, 4 May 1988</p> <p><i>US — Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions</i>, L/6631 - 37S/228, Report of the Panel, 7 November 1990</p>	<p>scope of the protection of a negotiated balance of concessions. For these reasons the [Oilseed] Panel found that the United States may be assumed not to have anticipated the introduction of subsidies which protect Community producers of oilseeds completely from the movement of prices for imports and thereby prevent tariff concessions from having any impact on the competitive relationship between domestic and imported oilseeds, and which have as one consequence that all domestically-produced oilseeds are disposed of in the internal market notwithstanding the availability of imports".</p> <p>A 1961 report, citing the foregoing paragraph, stated: "In this connexion it was noted that the expression 'reasonable expectation' was qualified by the words 'failing evidence to the contrary'. By this the Panel understands that the presumption is that unless such pertinent facts were available at the</p>
--	--	--	---	---

				<p>time the tariff concession was negotiated, it was then reasonably to be expected that the concession would not be nullified or impaired by the introduction or increase of a domestic subsidy." <i>Panel Report on Operation of the Provisions of Article XVI, adopted on 21 November 1961, BISD 10S/201, 209, para. 28.</i></p> <p><b>10.76</b> As suggested by the 1961 report, in order for expectations of a benefit to be legitimate, the challenged measures must not have been reasonably anticipated at the time the tariff concession was negotiated. If the measures were anticipated, a Member could not have had a legitimate expectation of improved market access to the extent of the impairment caused by these measures.</p>
<b>8 October 1996</b>	<i>United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i> , WT/DS58, Report of the Panel, 8 October 1996	<b>GATT</b>	Request regarding the ban imposed upon importation of certain shrimp and shrimp products from the respective countries by the United States under Section 609 of U.S.	7.44 En conséquence, nous sommes d'avis que le texte introductif de l'article XX, interprété dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du GATT et de l'Accord sur l'OMC, autorise uniquement les

			<p>Public Law 101-162 (Section 609) and « The Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations ».</p>	<p>Membres à déroger aux dispositions du GATT dans la mesure où, ce faisant, ils ne portent pas atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC, abusant ainsi également des exceptions énoncées à l'article XX. Il y aurait une telle atteinte et un tel abus lorsqu'un Membre compromet le fonctionnement de l'Accord sur l'OMC de telle manière qu'un accès garanti au marché et un traitement non discriminatoire dans un cadre multilatéral ne seraient plus possibles. Comme des groupes spéciaux antérieurs l'ont rappelé, les règles du GATT "ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs".</p> <p>La protection des attentes des Membres quant au rapport de concurrence entre leurs produits et les produits des autres Membres est donc un principe important dont les groupes spéciaux doivent tenir compte lorsqu'ils examinent une</p>
--	--	--	--	---

				<p>mesure particulière. Nous sommes d'avis qu'un type de mesure qu'un Membre adopte et qui, en lui-même, peut sembler avoir une incidence relativement mineure sur le système commercial multilatéral, peut néanmoins représenter une grave menace pour ce système si des mesures analogues sont adoptées par le même Membre ou d'autres Membres. Ainsi, en autorisant ce type de mesures, même si leur incidence individuelle peut ne pas sembler de nature à menacer le système commercial multilatéral, on affecterait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Nous constatons en conséquence qu'au moment d'examiner une mesure au titre de l'article XX, nous devons déterminer non seulement si la mesure en elle-même porte atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC, mais aussi si ce type de mesure, au cas où il serait adopté par d'autres Membres, menacerait la</p>
--	--	--	--	--

				sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.
<b>5 June 1998</b>	<i>European Communities — Customs Classification of Certain Computer Equipment</i> , WT/DS62, AB-1998-2 - Report of the Appellate Body, 5 June 1998	<b>GATT</b>	Appeals on certain issues of law covered in the Panel Report, <i>European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment</i> and certain legal interpretations developed by the Panel in that Report.	<b>80.</b> We disagree with the Panel’s conclusion that the meaning of a tariff concession in a Member’s Schedule may be determined in the light of the “legitimate expectations” of an exporting Member. First, we fail to see the relevance of the EEC – Oilseeds panel report with respect to the interpretation of a Member’s Schedule in the context of a violation complaint made under Article XXIII:1(a) of the GATT 1994. The EEC – Oilseeds panel report dealt with a non-violation complaint under Article XXIII:1(b) of the GATT 1994, and is not legally relevant to the case before us. Article XXIII:1 of the GATT 1994 provides for three legally-distinct causes of action on which a Member may base a complaint; it distinguishes between so-called violation complaints, non-violation complaints and situation complaints under paragraphs (a),

				<p>(b) and (c). The concept of “reasonable expectations”, which the Panel refers to as “legitimate expectations”, is a concept that was developed in the context of non-violation complaints. As we stated in India – Patents, for the Panel to use this concept in the context of a violation complaint “melds the legally-distinct bases for ‘violation’ and ‘non-violation’ complaints under Article XXIII of the GATT 1994 into one uniform cause of action”, and is not in accordance with established GATT practice.</p> <p><b>82.</b> Third, we agree with the Panel that the security and predictability of "the reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade" is an object and purpose of the WTO Agreement, generally, as well as of the GATT 1994.<sup>61</sup> However, we disagree with the Panel that the maintenance of the security and predictability of tariff concessions allows the interpretation of a</p>
--	--	--	--	---

				<p>concession in the light of the "legitimate expectations" of exporting Members, i.e., their subjective views as to what the agreement reached during tariff negotiations was. The security and predictability of tariff concessions would be seriously undermined if the concessions in Members' Schedules were to be interpreted on the basis of the subjective views of certain exporting Members alone. Article II:1 of the GATT 1994 ensures the maintenance of the security and predictability of tariff concessions by requiring that Members not accord treatment less favourable to the commerce of other Members than that provided for in their Schedules.</p>
<b>19 June 1998</b>	<i>Guatemala — Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico (I)</i> , WT/DS60, Report of the Panel, 19 June 1998	<b>-GATT</b>	Request regarding the anti-dumping investigation carried out by Guatemala concerning imports of portland cement from Cooperativa Manufacturera de Cemento Portland la Cruz Azul, SCL, of Mexico.	The parties invoke legitimate expectations but the Panel did not refer to them nor did it seem to analyze them.

<p><b>2 July 1998</b></p>	<p><i>Indonesia — Certain Measures Affecting the Automobile Industry</i>, WT/DS64, Report of the Panel, 2 July 1998</p>	<p><b>-GATT -Agreement on Trade-related investment measures -Agreement on subsidies and countervailing measures</b></p>	<p>Request regarding certain measures affecting the automotive industry of Indonesia.</p> <p><i>India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products</i>, WT/DS50/AB/R, Report of the Appellate Body, AB-1997-5, 19 December 1997, §45.</p> <p><i>United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses</i>, WT/DS33/AB/R, Report of the Appellate Body AB-1991-1, 23 May 1997, p.19.</p>	<p><b>5.378.</b> As the Appellate Body has stated, panels and the Appellate Body must respect the balance of rights and obligations reflected in the language of the WTO agreements.<sup>249</sup> More recently, in the India Mailbox case, the Appellate Body chastized a panel for attempting to read into the TRIPS Agreement words that are not there based on the "legitimate expectations" of Members. In that case, the Appellate Body stated the following: The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention. But these principles of interpretation neither require nor condone the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended.</p>
---------------------------	---	---	---	---

<p><b>17 September 1998</b></p>	<p><i>Korea — Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75, Report of the Panel, 17 September 1998</p>	<p><b>GATT</b></p>	<p>Request concerning a preferential tax treatment, through the Liquor Tax Law and the Education Tax Law, to soju vis-a-vis certain alcoholic beverages.</p>	<p><b>10.42.</b> In our view, it is also the case that quantitative analyses, while helpful, should not be considered necessary. In examining the Korean market, a determination of the precise extent of the competitive overlap is complicated by the fact that, as the 1987 and 1996 panels noted in the Japan – Taxes on Alcoholic Beverages I and II, the intervention of government policies can cause distortions, including understatement, of the quantitative extent of the competitive relationship. Indeed, there must be some concern that a focus on the quantitative extent of competition instead of the nature of it, could result in a type of trade effects test being written into Article III cases. That is, if a certain degree of competition must be shown, it is similar to showing that a certain amount of damage was done to that competitive relationship by the tax policies in question. The Appellate Body stated: Moreover, it is irrelevant that the "trade effects" of</p>
---------------------------------	---	--------------------	--	--

				<p>the tax differential between imported and domestic products, as reflected in the volumes of imports, are insignificant or even non-existent, Article III protects expectations not of any particular trade volume but rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products.</p> <p><b>10.49.</b> Similarly, the panel in the 1987 case of United States -- Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances stated:</p> <p>For these reasons Article III:2, first sentence, cannot be interpreted to protect expectations on export volumes; it protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products.</p> <p>The Shorter Oxford English Dictionary [...] defines "expectation" as follows: expectation 1. The action of waiting for someone or something....4. A thing expected or looked forward to.</p>
--	--	--	--	---

<p><b>18 January 1999</b></p>	<p><i>Korea — Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75, AB-1998-7 - Report of the Appellate Body, 18 January 1999</p>	<p><b>GATT</b></p>	<p>Appeals on certain issues of law covered in the Korea — Taxes on Alcoholic Beverages and certain legal interpretations developed by the Panel in that Report.</p>	<p><b>120.</b> In view of the objectives of avoiding protectionism, requiring equality of competitive conditions and protecting expectations of equal competitive relationships, we decline to take a static view of the term "directly competitive or substitutable." The object and purpose of Article III confirms that the scope of the term "directly competitive or substitutable" cannot be limited to situations where consumers already regard products as alternatives. If reliance could be placed only on current instances of substitution, the object and purpose of Article III:2 could be defeated by the protective taxation that the provision aims to prohibit. Past panels have, in fact, acknowledged that consumer behaviour might be influenced, in particular, by protectionist internal taxation. Citing the panel in Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages ("1987 Japan – Alcohol")<sup>99</sup>, the panel in Japan –</p>
-------------------------------	--	--------------------	--	--

				Alcoholic Beverages observed that "a tax system that discriminates against imports has the consequence of creating and even freezing preferences for domestic goods." The panel in Japan – Alcoholic Beverages also stated that "consumer surveys in a country with ... a [protective] tax system would likely understate the degree of potential competitiveness between substitutable products". (emphasis added) Accordingly, in some cases, it may be highly relevant to examine latent demand.
<b>6 April 1999</b>	<i>India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products</i> , WT/DS90, Report of the Panel, 6 April 1999	<b>-GATT -Agreement on Agriculture -Agreement on Import licensing procedures</b>	Request concerning quantitative restrictions maintained by India on the importation of a number of agricultural, textile and industrial products.  See also: <i>Japan — Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products</i> , L/6253 - 35S/163, Report of the	<b>3.6.1.</b> The panel on "Japan - Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products" found that "Article XI:1 protected expectations on competitive conditions... the presumption that a measure inconsistent with Article XI causes nullification or impairment could therefore not be refuted with arguments relating to export volumes". Moreover, the earlier panel on "Japanese Measures on Imports of Leather" stated that it

			<p>Panel, 2 February 1988, §5.4.3</p> <p><i>United States — Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i>, L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987</p> <p><i>Panel on Japanese Measures on Imports of Leather</i>, L/5623 - 31S/94, Report of the Panel, 15/16 May 1984, §55.</p>	<p>"wished to stress that the existence of a quantitative restriction should be presumed to cause nullification or impairment not only because of any effect it had had on the volume of trade but also for other reasons e.g., it would lead to increased transaction costs and would create uncertainties which could affect investment plans".</p>
15 June 1999	<p><i>Chile — Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS87, Report of the Panel, 15 June 1999</p>	GATT	<p>Request concerning whether a preferential tax treatment, through the Special Sales Tax on Spirits, to pisco vis-à-vis certain alcoholic beverages is consistent with the GATT.</p> <p>Reference: <i>Japan — Alcoholic Beverages II</i>, WT/DS8, Report of the Appellate Body, AB-1996-2, 4 October 1996, p.16.</p> <p><i>Korea — Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75, Report</p>	<p><b>7.21.</b> It is well established in GATT jurisprudence, that Article III does not protect export volumes but, instead, protects competitive opportunities. In this regard the Appellate Body stated in <i>Japan — Taxes on Alcoholic Beverages II</i> that: [I]t is irrelevant that the "trade effects" of the tax differential between imported and domestic products, as reflected in the volumes of imports, are insignificant or even non-existent. Article III protects expectations not of any particular trade volume but</p>

			<p>of the Appellate Body, AB-1998-7, 18 January 1999, §§ 112- 124</p> <p><i>Korea — Taxes on Alcoholic Beverages</i>, WT/DS75, Report of the Panel, 17 September 1998, §10.50</p>	<p>rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products</p> <p><b>7.22.</b> We agree with the panel in <i>Korea –Taxes on Alcoholic Beverages</i> (which reasoning was upheld by the Appellate Body)<sup>361</sup> when it stated that: We will not attempt to speculate on what could happen in the distant future, but we will consider evidence pertaining to what could reasonably be expected to occur in the near future based on the evidence presented. How much weight we will give to such evidence must be decided on a case-by-case basis in light of the market structure and other factors, including the quality of the evidence and the scope of the inferences to be drawn. If one is dealing with products that are experience based consumer items, then trends are particularly important and it would be unrealistic and, indeed, analytically unhelpful to attempt to separate every piece of evidence and</p>
--	--	--	---	---

				disregard that which discusses implications for market structure in the near future.
<b>8 October 1999</b>	<i>United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”</i> , WT/DS108, Report of the Panel, 8 October 1999	<b>GATT Agreement on Agriculture Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</b>	Request made with respect to "Sections 921-927 of the Internal Revenue Code and related measures establishing special tax treatment for "Foreign Sales Corporations".	<b>4.702</b> the Appellate Body did acknowledge that adopted panel reports cannot be ignored, stating that [a]dopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute. [ <b>Citing Japan Liquor</b> ] 4.1180 Citing Japan – Alcoholic Beverages
<b>14 December 1999</b>	<i>Argentina — Safeguard Measures on Imports of Footwear</i> , WT/DS121, Report of the Appellate Body, AB-1999-7, 14 December 1999		Appeal on certain issues of law and legal interpretation in the Panel Report, Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear.	<b>93.</b> Our reading is supported by the context of these provisions. As part of the context of paragraph 1(a) of Article XIX, we note that the title of Article XIX is: "Emergency Action on Imports of Particular Products". The words "emergency action" also

				<p>appear in Article 11.1(a) of the Agreement on Safeguards. We note once again, that Article XIX:1(a) requires that a product be imported "in such increased quantities and under such conditions as to cause or threaten serious injury to domestic producers". (emphasis added) Clearly, this is not the language of ordinary events in routine commerce. In our view, the text of Article XIX:1(a) of the GATT 1994, read in its ordinary meaning and in its context, demonstrates that safeguard measures were intended by the drafters of the GATT to be matters out of the ordinary, to be matters of urgency, to be, in short, "emergency actions." And, such "emergency actions" are to be invoked only in situations when, as a result of obligations incurred under the GATT 1994, a Member finds itself confronted with developments it had not "foreseen" or "expected" when it incurred that obligation. The remedy that Article XIX:1(a) allows in this situation is</p>
--	--	--	--	---

				<p>temporarily to "suspend the obligation in whole or in part or to withdraw or modify the concession". Thus, Article XIX is clearly, and in every way, an extraordinary remedy.</p> <p><b>94.</b> This reading of these phrases is also confirmed by the object and purpose of Article XIX of the GATT 1994. The object and purpose of Article XIX is, quite simply, to allow a Member to re-adjust temporarily the balance in the level of concessions between that Member and other exporting Members when it is faced with "unexpected" and, thus, "unforeseen" circumstances which lead to the product "being imported" in "such increased quantities and under such conditions as to cause or threaten serious injury to domestic producers of like or directly competitive products". In perceiving and applying this object and purpose to the interpretation of this provision of the WTO</p>
--	--	--	--	--

				<p>Agreement, it is essential to keep in mind that a safeguard action is a "fair" trade remedy. The application of a safeguard measure does not depend upon "unfair" trade actions, as is the case with anti-dumping or countervailing measures. Thus, the import restrictions that are imposed on products of exporting Members when a safeguard action is taken must be seen, as we have said, as extraordinary. And, when construing the prerequisites for taking such actions, their extraordinary nature must be taken into account.</p> <p><b>96.</b> In addition, we note that our reading of the clause – "as a result of unforeseen developments and of the effect of the obligations incurred by a Member under this Agreement, including tariff concessions ... " – in Article XIX:1(a) is also consistent with the one GATT 1947 case that involved Article XIX, the so-called "Hatters' Fur" case.<sup>84</sup> Members of the Working Party in that case, in 1951,</p>
--	--	--	--	--

				<p>stated: ... "unforeseen developments" should be interpreted to mean developments occurring after the negotiation of the relevant tariff concession which it would not be reasonable to expect that the negotiators of the country making the concession could and should have foreseen at the time when the concession was negotiated.</p>
<p><b>14 December 1999</b></p>	<p><i>Korea — Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products</i>, WT/DS98, Report of the Appellate Body, AB-1999-8, 14 December 1999</p>	<p><b>GATT Agreement on Safeguards</b></p>	<p>Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Report, <i>Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products</i>.</p> <p>Same Reference (§89) as in <i>the Argentina — Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and other Items</i>, WT/DS56, Report of the Panel, 25 November 1997, §96</p>	<p><b>89.</b> In addition, we note that our reading of the clause "as a result of unforeseen developments and of the effect of the obligations incurred by a Member under this Agreement, including tariff concessions ..." in Article XIX:1(a) is also consistent with the one GATT 1947 case that involved Article XIX, the so-called "Hatters' Fur" case. Members of the Working Party in that case, in 1951, stated: "unforeseen developments" should be interpreted to mean developments occurring after the negotiation of the relevant tariff concession which it would not be reasonable to expect that the</p>

				negotiators of the country making the concession could and should have foreseen at the time when the concession was negotiated.
<b>22 December 1999</b>	<i>United States — Sections 301–310 of the Trade Act 1974</i> , WT/DS152, Report of the Panel, 22 December 1999	<b>GATT</b>	<p>Request regarding whether Title III, chapter 1 (Sections 301-310) of the United States Trade Act of 1974, as amended is consistent with US obligations under WTO.</p> <p>Reference: United States — Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987</p> <p><i>Canada — Measures Affecting the Sale of Gold Coins</i>, L/5863, Report of the Panel, 17 September 1985, §70</p>	<p><b>5.307</b> This most-favoured-nation requirement has been read to invalidate measures that upset the expectations of WTO Members concerning the competitiveness of their products vis-à-vis the products of other Members. It was on this basis that the panel considering measures by Ontario, Canada affecting the sale of gold coins determined that those measures denied coins imported from South Africa both national treatment (Article III) and most-favoured-nation treatment.</p> <p><b>7.99.</b> Therefore, although we found above that the statutory language of Section 304 creates a prima facie violation of Article 23.2(a), this does not, in and of itself, establish a US violation. There is more to Section 304 than statutory language. Consequently, we have to examine the impact of the other</p>

				<p>elements on the overall conformity of the Measure in question with the relevant WTO provisions.</p> <p><b>7.100.</b> To do this, we should recall first the nature of the prima facie violation created by the statutory language. The prima facie violation was created by the possibility under the statute of the USTR making a determination of inconsistency which negates the assurances that WTO partners of the US and individuals in the market place were entitled to expect under Article 23.</p>
<b>1 May 2000</b>	<i>Korea — Measures Affecting Government Procurement</i> , WT/DS163, Report of the Panel, 1 May 2000	<b>Agreement on Government Procurement</b>	Request on regarding certain procurement practices of entities concerned with the procurement of airport construction for Incheon International Airport ("IIA") in Korea.	<b>7.75.</b> At the outset of our analysis of this issue, we must address some relevant issues relating to use of negotiating history which arose in the European Communities – Computer Equipment dispute. In that dispute, the Appellate Body specifically found that the standard of reasonable expectation or legitimate expectation existing with respect to non-violation cases had no role in reviewing negotiating history in order to aid in resolving the issues pertaining to a violation

				<p>case. One of the reasons is that in a non-violation case the relevant question is what the reasonable expectation of the complaining party was. However, if it is necessary to go beyond the text in a violation case, the relevant question is to assess the objective evidence of the mutual understanding of the negotiating parties.<sup>735</sup> This involves not just the complaining and responding parties, but also involves possibly other parties to the negotiations. It is also important to note that there is a difference in perspectives of the reasonable expectations of one party as opposed to the mutual understanding of all the parties.</p> <p><b>7.93.</b> In our view, the non-violation remedy as it has developed in GATT/WTO jurisprudence should not be viewed in isolation from general principles of customary international law. As noted above, the basic premise is that Members should not take actions, even those consistent with the letter of the</p>
--	--	--	--	---

				<p>treaty, which might serve to undermine the reasonable expectations of negotiating partners. This has traditionally arisen in the context of actions which might undermine the value of negotiated tariff concessions. In our view, this is a further development of the principle of pacta sunt servanda in the context of Article XXIII:1(b) of the GATT 1947 and disputes that arose thereunder, and subsequently in the WTO Agreements, particularly in Article 26 of the DSU.</p> <p><b>7.120.</b> It is clear from the discussion above that the traditional claim of non-violation does not fit well with the situation existing in this dispute. Non-violation claims, as the doctrine has developed over the course of GATT and WTO disputes, have been based on nullification or impairment of benefits reasonably expected to flow from negotiated concessions. In this case, it was the negotiations which allegedly gave</p>
--	--	--	--	---

				rise to the reasonable expectations rather than any concessions.
<b>31 July 2000</b>	<i>Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef</i> , WT/DS161, Report of the Panel, 31 July 2000	<b>GATT Agreement on Import Licensing Procedures</b>  <b>Agreement on Agriculture</b>	Request concerning Korea's import measures on fresh, chilled, and frozen beef as well as its internal sale on the Korean market.	<b>625.</b> In Japan – Alcoholic Beverages it was reiterated that "the broad and fundamental purpose of Article III is to avoid protectionism in the application of ... regulatory measures". "Towards this end, Article III obliges Members of the WTO to provide equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products.... Moreover it is irrelevant that the trade effects of the tax differential between imported and domestic products, as reflected in the volumes of imports, are significant or even non-existent; Article III protects expectations not of any particular trade volume but rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products."
<b>18 September 2000</b>	<i>European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos</i> , Report of the Panel,	<b>GATT Agreement on Technical</b>	Request on certain measures taken by France for the prohibition of asbestos and products containing Asbestos.	<b>8.75</b> In this particular case, the Appellate Body emphasized that, with regard to the reports adopted by panels under the GATT 1947, Article XVI:1 of the Agreement

	WT/DS135, 18 September 2000	<b>Barriers to Trade</b>		<p>Establishing the WTO and paragraph 1(b)(iv) of Annex 1A incorporating the GATT 1994 into the WTO Agreement allow the "legal history and experience under the GATT 1947" to be brought into the new WTO. Adopted panel reports "are an important part of the GATT acquis". They create legitimate expectations among WTO Members and should thus be taken into account when they are relevant to any dispute.</p> <p><b>8.282</b> Consequently, the Panel concludes that because of the importance conferred on them a priori by the GATT 1994, as compared with the rules governing international trade, situations that fall under Article XX justify a stricter burden of proof being applied in this context to the party invoking Article XXIII:1(b), particularly with regard to the existence of legitimate expectations and whether or not the initial Decree could be reasonably anticipated.</p>
--	-----------------------------	--------------------------	--	--

				<p><b>8.286</b> In the present context, there would be a certain logic in making a distinction between the concept of legitimate expectation of a benefit and that of the reasonable foreseeability of a measure.</p> <p>In fact, it could be argued that, in the circumstances, Canada's expectations with regard to the benefits it could derive from the concession could not be as high as for a product that posed no known risk to health. In such a context, in which it might be argued that, at best, Canada could anticipate a gradual decline in its chrysotile exports, an "upsetting of the competitive relationship" as a result of the measure in question would seem to be more difficult to establish. The situation is not one in which more or less promising prospects of market access disappear, as in the previous cases considered, but of a market in decline, as confirmed by the trend in the amounts produced and the number of countries which, in the</p>
--	--	--	--	---

				last 25 years, have restricted or banned the use of chrysotile and by the increasing reliance on substitute products. In these circumstances, the Decree could not be considered to have upset the competitive relationship between chrysotile and products containing it, on the one hand, and substitute fibres and products containing them on the other
<b>24 October 2000</b>	<i>Guatemala — Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico</i> , WT/DS156, Report of the Panel, 24 October 2000	<b>Agreement on the Implementation of Article VI GATT</b>	Request regarding the definitive anti-dumping measure imposed by Guatemala on imports of Portland cement from Cooperativa Manufacturera de Cemento Portland la Cruz Azul, SCL, of Mexico ("Cruz Azul"), as well as the actions that preceded it.  See also: <i>United States — Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i> , L/6175 - 34S/136, Report of the Panel, 17 June 1987, §5.1.9.	<b>5.175.</b> The conclusions of the Norway - Toll Collection Equipment panel – even though they related to government procurement rather than trade flows – are fully consistent with the general principle that GATT rules are generally considered as protecting "expectations on the competitive relationship between imported and domestic products," rather than "expectations on export volumes". Thus, no GATT 1947 or WTO panel ever has awarded monetary compensation to an exporting country for lost trade. Moreover, even if GATT

				1994/WTO rules were intended to restore lost trade volumes, the retroactive remedy of a duty refund requested by Mexico would not accomplish this objective, because the repayment of duties to individual importers would not reestablish the competitive conditions that a prevailing country could have expected in the absence of a WTO-inconsistent action by a party.
<b>11 December 2000</b>	<i>Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef</i> , WT/DS161, AB-2000-8 - Report of the Appellate Body, 11 December 2000	<b>GATT Agreement on Agriculture Agreement on Import Licensing Procedures</b>	Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Report, Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef.	<b>165.</b> The panel in United States – Section 337 described the applicable standard for evaluating whether a measure is "necessary" under Article XX(d) in the following terms: It was clear to the Panel that a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provision as "necessary" in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not inconsistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a

				measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.
<b>21 December 2000</b>	<i>United States — Safeguard Measure on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb from New Zealand</i> , WT/DS177, Report of the Panel, 21 December 2000	<b>GATT Agreement on Safeguards</b>	Request about a definitive safeguard measure imposed by the United States on imports of lamb meat.	<b>7.23.</b> As regards the type of facts or events that may be considered as "unforeseen developments", we deem relevant the report of the Working Party in Hatters' Fur. This case concerned a complaint by Czechoslovakia that the United States, in withdrawing a concession on women's fur hats and hat bodies, had failed to fulfil the requirements of GATT Article XIX. The members of that Working Party (except the United States) agreed "that the term 'unforeseen developments' should be interpreted to mean developments occurring after the negotiation of the relevant tariff concession which it would not be reasonable to expect that the negotiators of the country making

				<p>the concession could and should have foreseen at the time when the concession was negotiated."</p> <p>The members also agreed "that the fact that hat styles had changed did not constitute an 'unforeseen development' within the meaning of Article XIX", but that the effects of the special circumstances of this case, and "particularly the degree to which the change in fashion affected the competitive situation, could not reasonably be expected to have been foreseen by the United States authorities in 1947, and that the condition of Article XIX that the increase in imports must be due to unforeseen developments and to the effect of the tariff concessions can therefore be considered to have been fulfilled."</p>
<b>12 March 2001</b>	<i>European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos</i> , WT/DS135, Report of the Appellate Body, AB-2000-11, 12 March 2001	<b>GATT Agreement on Technical Barriers</b>	Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Report, <i>European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos</i> .	<b>97.</b> [...] Toward this end, Article III obliges Members of the WTO to provide equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products. ... Article III protects expectations not of any particular trade volume but

			See also: [Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages, §§109-110]	rather of the equal competitive relationship between imported and domestic products.
<b>31 May 2001</b>	<i>United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan</i> , WT/DS192, Report of the Panel, 31 May 2001	<b>Agreement on Textiles and clothing</b>	Request to examine a matter involving the application of the transitional safeguard mechanism of the Agreement on Textiles and Clothing by the United States.	<b>7.56.</b> Also, in Korea – Alcoholic Beverages, the Appellate Body relied on the objective of GATT Article III as follows: “In view of the objectives of avoiding protectionism, requiring equality of competitive conditions and protecting expectations of equal competitive relationships, we decline to take a static view of the term ‘directly competitive or substitutable.’ The object and purpose of Article III confirms that the scope of the term ‘directly competitive or substitutable’ cannot be limited to situations where consumers already regard products as alternatives. If reliance could be placed only on current instances of substitution, the object and purpose of Article III:2 could be defeated by the protective taxation that the provision aims to prohibit.”
<b>3 May 2002</b>	<i>Chile — Price Band System and Safeguard</i>	<b>GATT</b>	Request related to the Chilean Price Band System and the	<b>7.98.</b> There is another aspect of the contrast between violation and non-

	<i>Measures Relating to Certain Agricultural Products</i> , WT/DS207, Report of the Panel, 3 May 2002	<b>Agreement on Agriculture</b> <b>Agreement on Safeguards</b>	imposition by the Chilean authorities of provisional and definitive safeguard measures on imports of wheat, wheat flour and edible vegetable oils	violation claims which is useful to note here. As the Appellate Body pointed out in EC – Computer Equipment, non-violation rests on reasonable expectations in a primarily bilateral context whereas violation claims rest ultimately in a multilateral context. In order to serve as a useful tool in a violation context, there must be positive evidence in the negotiating history of a common understanding of the various parties to the negotiation. Hence the need for some comprehensive evidence of negotiators' intentions to sustain a defence based on preparatory work.
<b>3 July 2002</b>	<i>United States — Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany</i> , WT/DS213, Report of the Panel, 3 July 2002	<b>GATT</b> <b>Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</b>	Request regarding countervailing duties ("CVDs") imposed by the United States on imports of certain corrosion-resistant carbon steel flat products originating in Germany, in particular, the sunset review of these CVDs.	<b>5.152.</b> The EC makes claims based on its "reasonable and legitimate expectations" on these issues; yet it is the legitimate expectations of the Members as a whole, as expressed in the agreed text of the treaty, that are at risk of being infringed in this case. As the Appellate Body has stated in India Patent Protection at paragraph 45: The legitimate expectations of the parties to a

				<p>treaty are reflected in the language of the treaty itself. The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention. But these principles of interpretation neither require nor condone the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended. (Emphasis added.) If the Members had actually agreed that various provisions of Article 11 should apply in sunset reviews carried out under Article 21, the text would reflect that agreement, just as it does with respect to the application of Article 12 to Article 21 reviews. The EC is improperly trying to have the Panel do what the negotiators did not.</p>
<b>14 February 2003</b>	<i>Argentina — Definitive Safeguard Measure on Imports of Preserved</i>	<b>GATT</b>	Request related to the definitive safeguard measure applied by Argentina on	<b>7.26.</b> We recall that the Appellate Body in both Argentina – Footwear (EC) and Korea – Dairy quoted the

	<p><i>Peaches</i>, WT/DS238, Report of the Panel, 14 February 2003</p>	<p><b>Agreement on Safeguards</b></p>	<p>imports of peaches preserved in water containing added sweetening matter, including syrup, preserved in any other form or in water, imported under MERCOSUR Common Nomenclature (MCN) tariff codes 2008.70.10 and 2008.70.90.</p>	<p>following statement in the US – Fur Felt Hats GATT Working Party report of 1951: "... 'unforeseen developments' should be interpreted to mean developments occurring after the negotiation of the relevant tariff concession which it would not be reasonable to expect that the negotiators of the country making the concession could and should have foreseen at the time when the concession was negotiated."</p> <p><b>7.27.</b> In its report in Korea – Dairy, the Appellate Body made the following finding: "In our view, the text of Article XIX:1(a) of the GATT 1994, read in its ordinary meaning and in its context, demonstrates that safeguard measures were intended by the drafters of the GATT to be matters out of the ordinary, to be matters of urgency, to be, in short, 'emergency actions'. And, such 'emergency actions' are to be invoked only in situations when, as a result of obligations incurred under the GATT 1994, an importing Member</p>
--	--	---------------------------------------	--	---

				finds itself confronted with developments it had not 'foreseen' or 'expected' when it incurred that obligation."
<b>11 August 2004</b>	<i>United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada (V)</i> , WT/DS264, AB-2004-2 - Report of the Appellate Body, AB-2004-2, 11 August 2004	<b>GATT</b>	Appeal on certain issues of law and legal interpretations in the Panel Report United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada	<b>111.</b> The Appellate Body found in Japan – Alcoholic Beverages II that: [a]dopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute. The Appellate Body further clarified in US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia) that: [t]his reasoning [from Japan – Alcoholic Beverages II] applies to adopted Appellate Body Reports as well. Thus, in taking into account the reasoning in an adopted Appellate Body Report <sup>3</sup> / <sub>4</sub> a Report, moreover, that was directly relevant

				to the Panel's disposition of the issues before it <sup>3</sup> / <sub>4</sub> the Panel did not err. The Panel was correct in using our findings as a tool for its own reasoning.
<b>8 September 2004</b>	<i>United States — Subsidies on Upland Cotton</i> , WT/DS267, Report of the Panel, 8 September 2004	<b>GATT Agreement on Agriculture Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</b>	Request concerning the Final Determination of sales at less than fair value with respect to certain softwood lumber products from Canada published in the Federal Register on 2 April 2002, and amended on 22 May 2002, pursuant to section 735 of the Tariff Act.	<b>7.960.</b> We understand that the panel and Appellate Body findings in the previous US – FSC (Article 21.5 – EC) dispute between the European Communities and the United States provide relevant guidance and we may – indeed must – take them into account. As with all adopted panel and Appellate Body reports, they provide valuable guidance. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not legally binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute.
<b>10 November 2004</b>	<i>United States — Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services</i> , WT/DS285,	<b>GATS</b>	Request regarding measures applied by central, regional and local authorities in the United States of America that affected the cross-border	<b>6.527.</b> During the course of these Panel proceedings, we have concluded that the United States has made a full market access commitment in its Schedule for

	Report of the Panel, 10 November 2004		supply of gambling and betting services.	gambling and betting services for mode 1.983 The principle of effective treaty interpretation requires that meaning and effect be given to this commitment, regardless of the motivation behind that commitment (even if the commitment may have been undertaken inadvertently). In our view, a full commitment in respect of market access in a Member's schedule for a particular mode of supply creates legitimate trade expectations and, thus, obligations with respect to the committed sector.
<b>22 April 2005</b>	<i>European Communities — Measures Affecting Trade in Commercial Vessels</i> , WT/DS301, Report of the Panel, 22 April 2005	<b>GATT Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</b>	Request regarding measures affecting trade in commercial vessels.	<b>4.41.</b> Korea submits that since a fundamental objective of Article III is the protection of expectations on the competitive relationship between imported and domestic products, a measure can be found to be inconsistent with Article III:4 merely because of its potential discriminatory impact on imported products. Hence, it is not necessary to show actual effects on trade flows. Indeed, it suffices that the

				<p>expectations regarding the competitive relationship between imported and domestic products are adversely affected to conclude to a violation of Article III:4. The notion of equal competitive opportunities between foreign and domestic products implies, at the very least, that foreign products be allowed equal access to the market compared to like domestic products. The TDM contributions clearly reduce opportunities for Korean vessels to compete under equal conditions with like vessels built in the European Communities. Because these contributions are only available if the vessels are built at an EC shipyard as opposed to a Korean yard, they produce an incentive for shipowners to place orders with EC shipyards. This artificial incentive provides treatment less favourable to the Korean products.</p>
<p><b>28 April 2005</b></p>	<p>European Communities — Export Subsidies on Sugar, WT/DS265, AB-</p>	<p><b>GATT</b></p>	<p>Appeal regarding certain issues of law and legal interpretations contained in</p>	<p><b>298.</b> We note that the Complaining Parties provided evidence to the Panel suggesting that the EC sugar</p>

	<p>2005-2 - Report of the Appellate Body, AB-2005-2, 28 April 2005</p>	<p><b>Agreement on Agriculture</b></p> <p><b>Agreement on Subsidies and Countervailing Measures</b></p>	<p>the Panel Reports, European Communities – Export Subsidies on Sugar.</p>	<p>regime caused them losses, for example, of US \$494 million for Brazil and US \$151 million for Thailand in 2002.<sup>475</sup> The Panel specifically found that "the European Communities has not rebutted the evidence submitted by the Complainants with regard to the amount of trade lost by the Complainants as a result of the EC sugar regime."<sup>476</sup> The European Communities has not attempted to rebut this evidence on appeal. The European Communities, instead, appears to suggest that, to rebut the presumption of nullification or impairment, it need only demonstrate that the Complaining Parties "could not have expected that the EC would take any measure to reduce its exports of C sugar."<sup>299</sup> The text of Article 3.8 of the DSU suggests that a Member may rebut the presumption of nullification or impairment by demonstrating that its breach of WTO rules has no adverse impact on other Members. Trade losses</p>
--	--	---	---	--

				represent an obvious example of adverse impact under Article 3.8. Unless a Member demonstrates that there are no adverse trade effects arising as a consequence of WTO-inconsistent export subsidies, we do not believe that a complaining Member's expectations would have a bearing on a finding pursuant to Article 3.8 of the DSU. Therefore, the European Communities has failed to rebut the presumption of nullification or impairment pursuant to Article 3.8 of the DSU.
<b>28 October 2005</b>	<i>Korea — Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia</i> , WT/DS312, Report of the Panel, 28 October 2005	<b>GATT</b>	Claim regarding, inter alia, the imposition by the Republic of Korea ("Korea") of definitive anti-dumping duties on imports of business information paper and uncoated wood-free printing paper from Indonesia and certain aspects of the investigation leading thereto.	<b>5.50.</b> The EC emphasizes that a fair balance must be struck between the interests of an investigating authority to conduct its investigation expeditiously, and the interests of an exporter to be heard. <b>5.51.</b> First, it goes without saying that submission of evidence within a deadline set by the investigating authority should be considered as timely. As the setting of deadlines creates important legitimate expectations on the side of exporters, the investigating

				authority bears a certain responsibility to ensure that, when deadlines are set, with legal consequences if they are missed, they are clearly denoted as such. The EC submits that the legal consequences for any ambiguity whether a deadline has been set or revised should be borne by the investigating authority.
<b>31 October 2005</b>	<i>United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)</i> , WT/DS294, Report of the Panel, 31 October 2005	<b>GATT</b>	Claim regarding certain laws, regulations and methodologies for calculating dumping margins including so-called zeroing	<b>5.43.</b> In determining that the Sunset Policy Bulletin ("SPB") is a "measure" in US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews, the Appellate Body addressed three separate issues: first, the normative character of the alleged measure; second, the generality of its application; and, third, the prospective quality of its application. Notably, the Appellate Body found that the normative character of the SPB stemmed from the fact that it provides "guidance" to the administrative authority and that this guidance creates "expectations" among users that the

				<p>authority will act in a particular way.</p> <p><b>7.30.</b> Although previous Appellate Body decisions are not strictly speaking binding on panels, there clearly is an expectation that panels will follow such decisions in subsequent cases raising issues that the Appellate Body has expressly addressed. The Appellate Body has stated that adopted Appellate Body reports should be taken into account where they are relevant to any dispute. In US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews, the Appellate Body specifically stated that: "... following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same". We also note that Article 3.2 of the DSU refers to the DSU as "a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system".</p>
--	--	--	--	---

<p><b>30 January 2007</b></p>	<p><i>United States — Anti-Dumping Measure on Shrimp from Ecuador</i>, WT/DS335, Report of the Panel, 30 January 2007</p>	<p><b>GATT</b></p>	<p>Request concerning certain anti-dumping measures on frozen warmwater shrimp from Ecuador and, in particular, the United States Department of Commerce ("USDOC")'s practice of "zeroing" when calculating dumping margins, as applied in these measures</p>	<p><b>7.37.</b> While we are not, strictly speaking, bound by the Appellate Body's reasoning in <i>US – Softwood Lumber V</i>, we are reminded that adopted Appellate Body Reports create legitimate expectations among WTO Members, and that "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same".</p>
<p><b>20 December 2007</b></p>	<p><i>United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico</i>, WT/DS344, Report of the Panel, 20 December 2007</p>	<p><b>GATT</b> <b>Anti-Dumping Agreement</b></p>	<p>Request regarding the laws, regulations, administrative practices and methodologies for calculating dumping margins.</p>	<p><b>7.103.</b> We also note, however, the Appellate Body's pronouncement, in <i>Japan – Alcoholic Beverages II</i>, regarding the impact of adopted panel reports for future panels dealing with similar issues. The Appellate Body opined: "Adopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to</p>

				<p>resolving the particular dispute between the parties to that dispute. In short, their character and their legal status have not been changed by the coming into force of the WTO Agreement."</p> <p><b>7.104.</b> The above excerpt indicates that, although adopted panel reports only bind the parties to the dispute that they concern, the Appellate Body expects future panels to take them into account to the extent that the issues before them are similar to those addressed by previous panels. In <i>US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)</i>, the Appellate Body reiterated its findings in <i>Japan – Alcoholic Beverages II</i> and held that the same analysis applies to adopted Appellate Body reports.<sup>78</sup> The Appellate Body clearly stated that the panel in the implementation proceedings under Article 21.5 of the DSU in <i>US –Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)</i> did not err in following the interpretative guidance provided by the Appellate Body in the original proceedings.</p>
--	--	--	--	---

				<p>To the contrary, the Appellate Body expected the panel to do so.<sup>79</sup> More recently in US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews, the Appellate Body opined that "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same".</p> <p><b>7.105.</b> This indicates that even though the DSU does not require WTO panels to follow adopted panel or Appellate Body reports, the Appellate Body de facto expects them to do so to the extent that the legal issues addressed are similar. We also note, however, that the panel in US – Zeroing (Japan), while recognizing the need to provide security and predictability to the multilateral trading system through the development of a consistent line of jurisprudence on similar legal issues, drew attention to the provisions of Articles 11 and 3.2 of the DSU and implied that the concern over the preservation of a</p>
--	--	--	--	---

				consistent line of jurisprudence should not override a panel's task to carry out an objective examination of the matter before it through an interpretation of the relevant treaty provisions in accordance with the customary rules of interpretation of public international law. We also share the concern raised by the panel in US – Zeroing (Japan) regarding WTO panels' obligation to carry out an objective examination of the matter referred to them by the DSB.
<b>29 February 2008</b>	<i>United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand</i> , WT/DS343, Report of the Panel, 29 February 2008	<b>GATT</b>	Request with respect to certain issues relating to measures imposed by the United States on imports of certain frozen warmwater shrimp from Thailand	<b>7.32.</b> While we are not bound by the reasoning in prior Appellate Body and/or panel reports, adopted Reports create legitimate expectations among WTO Members, and "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same".
<b>18 July 2008</b>	<i>China — Measures Affecting Imports of Automobile Parts</i> ,	<b>GATT</b>	Request regarding China's imposition of measures that allegedly adversely affect	<b>4.132.</b> Even if the Panel finds, contrary to Canada's position, that China is entitled to charge a tariff

	<p>WT/DS339, Reports of the Panel, 18 July 2008</p>		<p>exports of automobile parts from the European Communities to China</p>	<p>rate in excess of 10 per cent on CKD and SKD kits, China has nevertheless nullified or impaired benefits owing to Canada in the sense of Article XXIII:1(b) of the GATT 1994. A complaining party must establish three elements for a claim under Article XXIII:1(b): (1) application of a measure by a WTO Member; (2) a benefit accruing under the relevant agreement, including legitimate expectations of improved market access opportunities arising out of relevant tariff concessions; and (3) the nullification or impairment of the benefit as the result of the application of the measure.</p> <p><b>4.134.</b> Canada had a benefit accruing: a legitimate expectation of improved market access opportunities for auto parts imported, notably that CKD and SKD kits would be charged tariffs no greater than 10 per cent. That expectation derives from China's Schedule, where tariff lines for auto parts are bound at 10 per cent. It</p>
--	---	--	---	--

				<p>also derives from China's commitment in paragraph 93 of the Working Party Report, incorporated as an obligation in Article 1.2 of the Accession Protocol, to charge no more than 10 per cent on CKD and SKD kits.</p> <p><b>4.460.</b> The principle of non-discrimination informs Articles I, II and III of the GATT 1994. However, China has failed completely to reconcile its manipulation of negotiated tariff concessions with the very object and purpose of the GATT's non-discrimination provisions. Article II of the GATT 1994 cannot be read in isolation. It forms part of the universe of non-discrimination provisions that support the very legal and commercial certainty that the measures undermine. Article III exists to prevent discrimination against imported products, by protecting expectations of an equal competitive relationship between imported and domestic products.</p>
--	--	--	--	--

				<p><b>4.485.</b> If the Panel finds, contrary to Canada's submissions, that paragraph 93 of the Working Party Report allows China both to classify CKD and SKD kits as whole vehicles and to charge them a duty of 25 per cent, this must constitute a non-violation nullification and impairment under Article XXIII:1(b) of the GATT 1994 of Canada's legitimate expectation to a 10 per cent tariff rate for CKD and SKD kits.</p> <p><b>7.295.</b> China's tariff provisions, including those for motor vehicles, are contained in and are thus part of China's domestic tariff schedule, which reproduces China's commitments in China's Schedule of Concessions with respect to goods from other Member countries. In turn, China's Schedule of Concessions is part of China's Accession Protocol and thus an integral part of the WTO Agreement.<sup>545</sup> In this connection, we recall the Appellate Body's reasoning in EC – Computer</p>
--	--	--	--	---

				<p>Equipment that common intentions cannot be ascertained on the basis of the subjective and unilaterally determined 'expectations' of one of the parties to a treaty.<sup>546</sup> We thus do not consider that China's interpretation of its concessions with respect to motor vehicles can form part of China's tariff schedule itself.<sup>547</sup> Finding otherwise would lead to an absurd situation where a WTO Member's own interpretation of a treaty term is considered as constituting part of such a treaty itself. This is particularly so in the present case where China's interpretation of its tariff provisions for motor vehicles is contested by the complainants in their alternative claim under Article II of the GATT 1994.</p>
<b>1 October 2008</b>	<i>United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology</i> , WT/DS350, Report of the Panel, 1 October 2008	<b>GATT</b> <b>Anti-dumping Agreement</b>	Request regarding the practice and methodologies for calculating dumping margins involving the use of zeroing, and the application of zeroing in certain specified antidumping measures	See iii. On the role of jurisprudence for more relevant §§ <b>7.179.</b> Clearly, the guiding principle for the work of this or any other panel is the injunction that a panel undertake an "objective assessment" with regard to both the

				<p>facts and the law relevant to the dispute before it. Such an objective assessment does not, of course, occur in a vacuum. Other provisions of the DSU give context to this task. Important contextual elements which must be taken into account are found in Article 3.2 of the DSU, which provides: "The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements." (emphasis added). Thus, Article 3.2 establishes that the WTO dispute settlement system is intended to</p>
--	--	--	--	--

				<p>provide security and predictability to the multilateral trading system. In this regard, of particular relevance among the elements that the WTO dispute settlement system comprises are the consultations process, examination of facts and law by panels, appeal on issues of law, and disciplines on the implementation of DSB recommendations and rulings following a dispute, including recourse to proportioned retaliation. All of these elements operate together to provide security and predictability to the multilateral trading system. The Appellate Body suggests that security and predictability in the dispute settlement system per se is a purpose served by the development of a consistent body of case law based on panels following the reasoning of adopted Appellate Body reports. We agree that security and predictability in the multilateral trading system may also be furthered by the</p>
--	--	--	--	--

				<p>development of consistent jurisprudence and applying it to the same legal questions, absent cogent reasons to do otherwise. In our view, it is obviously incumbent upon any panel to consider prior adopted Appellate Body reports, as well as adopted panel reports, and adopted GATT panel reports, in undertaking the objective assessment required by Article 11. Prior adopted reports form part of the GATT/WTO acquis, and, as stated by the Appellate Body, create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant. However, we do not consider that the development of binding jurisprudence is a contemplated element to enable the dispute settlement system to provide security and predictability to the multilateral trading system.</p>
<b>4 February 2009</b>	<i>United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology</i> , WT/DS350,		Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Report,	<b>362.</b> Appellate Body reports adopted by the DSB are binding and must be unconditionally accepted by the parties to the particular

	<p>Report of the Appellate Body, AB-2008-11, 4 February 2009</p>		<p>United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology</p>	<p>dispute. The Appellate Body has also said that adopted panel and Appellate Body reports create legitimate expectations among WTO Members and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. Following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, it is what would be expected from panels, especially where the issues are the same. This is also in line with a key objective of the dispute settlement system to provide security and predictability to the multilateral trading system. The Appellate Body has further explained that adopted panel and Appellate Body reports become part and parcel of the acquis of the WTO dispute settlement system and that "ensuring 'security and predictability' in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, absent cogent reasons, an adjudicatory body will resolve the</p>
--	--	--	---	--

				same legal question in the same way in a subsequent case."
<b>27 April 2009</b>	<i>Colombia — Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry</i> , WT/DS366, Report of the Panel, 27 April 2009	<b>GATT Agreement on the Implementation of Article VI GATT</b>	Request in respect to enacted Colombian customs regulations on the importation of certain textiles, apparel and footwear classifiable under HS Chapters 50-64 of Colombia's Tariff Schedule and arriving from Panama	<b>7.274</b> The uncertainties that arise from the ports of entry measure are substantial since importers' may only access one seaport and one airport whenever the measure is temporarily imposed, instead of the 11 ports open to importers of goods from points of departure other than Panama. In addition to the disadvantages that arise from restriction to two ports of entry, the Panel notes that both parties have recognized the substantial additional expense of using air transport as a long-term solution to high-volume importation of textiles, apparel and footwear. When also considering the fact that the restrictions on port access have been imposed, extended and removed, then subsequently reinstated, importers' expectations and planning have undoubtedly been affected, which has led importers to rearrange shipping schedules, in turn affecting

				scheduled importation of subject goods arriving from Panama. In the Panel's view, all of these uncertainties, including access to one seaport for extended periods of time and the likely increased costs that would arise for importers operating under the constraints of the port restrictions, limit competitive opportunities for imports arriving from Panama
<b>22 January 2010</b>	<i>United States — Anti-Dumping Measures on Polyethylene Retail Carrier Bags from Thailand</i> , WT/DS383, Report of the Panel, 22 January 2010	<b>GATT Agreement on the Implementation of Article VI of GATT</b>	Request concerning the United States' alleged application of the practice known as "zeroing" of negative dumping margins in the United States' determination of certain margins of dumping in its anti-dumping investigation of polyethylene retail carrier bags from Thailand.	<b>7.21.</b> While we are not bound by the reasoning in prior Appellate Body and/or panel reports, adopted Reports create legitimate expectations among WTO Members <sup>18</sup> , and "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same"
<b>16 August 2010</b>	<i>European Communities and its Member States — Tariff Treatment of Certain Information Technology Products</i> ,	<b>GATT</b>	Request regarding the tariff treatment that the European Communities accords to certain information technology products	<b>7.157</b> The issue before it is whether CNEN set forth rules or norms that are intended to have general and prospective application, and whether CNEN have normative value in providing administrative

	<p>WT/DS376, Reports of the Panel, 16 August 2010</p>			<p>guidance, and create expectations among the public and among private actors. Stated another way, the issue is whether CNEN are "authoritative" such that "per se" requirements set out in the CNEN could validly form the basis of an "as such" claim of a breach of Article II of the GATT.</p> <p><b>7.815</b> In paragraphs 7.160 above, we determined that CNENs in general are "authoritative", setting forth rules or norms that have or are intended to have general and prospective application, having normative value and providing administrative guidance and creating expectations among the public and among private actors. On this basis, we determined that CNENs can be challenged "as such", in particular since they are issued by the European Communities, provide administrative direction to customs authorities, and create legitimate expectations.</p>
--	---	--	--	--

<p><b>18 January 2011</b></p>	<p><i>United States — Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea</i>, WT/DS402, Report of the Panel, 18 January 2011</p>	<p><b>GATT Agreement on the Implementation of Article VI of GATT</b></p>	<p>Request concerning the United States' alleged application of the practice known as "zeroing" of negative dumping margins in calculating final margins of dumping in its investigations of three products, namely stainless steel plate in coils ("SSPC") from Korea; stainless steel sheet and strip in coils ("SSSS") from Korea; and diamond sawblades and parts thereof ("diamond sawblades") from Korea</p>	<p><b>7.31</b> In our view, there is not a system of precedent within the WTO dispute settlement system and panels are not bound by Appellate Body reasoning. However, we agree with Korea that adopted reports create legitimate expectations among WTO Members and that "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same".</p>
<p><b>15 July 2011</b></p>	<p><i>European Communities — Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China</i>, WT/DS397, Report of the Appellate Body, AB-2011-2, 15 July 2011</p>	<p><b>GATT Agreement on the implementation of Article VI of GATT</b></p>	<p>Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Report, European Communities — Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China</p>	<p><b>496.</b> In this dispute, the product types used by the Commission concerned "a required step"<sup>708</sup> in an anti-dumping investigation, namely, the comparison between export price and normal value for purposes of the dumping determination. The product types used by the Commission for purposes of the dumping determination were particularly relevant to the interested parties' cases, given the factual background</p>

				<p>of this case. We recall that the questionnaire sent to the Chinese producers and the Indian producer requested that products be identified on the basis of PCNs, thus leaving at least two Chinese exporters with the impression that such PCNs would be used for purposes of the comparison between export price and normal value. As the Panel noted, "it appears from the structure of the questionnaires that [requests for adjustments to ensure a fair comparison] will not be necessary because of the categorization of the product according to PCN groups". Indeed, by using the PCNs as the organizing principle when gathering product information from the interested parties, the Commission's approach created a reasonable expectation that price comparisons would be conducted on a very particular basis. Moreover, in the light of the very precise nature of the physical characteristics listed under the PCNs, it was also</p>
--	--	--	--	--

				reasonable to assume that few adjustments would be necessary, as prices of narrowly defined products by the Chinese producers would have been compared to prices of equally narrowly defined products in the analogue country, India.
<b>28 October 2011</b>	<i>European Union — Anti-Dumping Measures on Certain Footwear from China</i> , WT/DS405, Report of the Panel, 28 October 2011	<b>GATT</b>	Dispute concerns three measures introduced by the European Union: (1) Article 9(5) of Council Regulation (EC) No. 384/96 on Protection against Dumped Imports from Countries not Members of the European Community, as amended, codified and replaced by Council Regulation (EC) No. 1225/2009 of 30 November 2009; (2) Council Implementing Regulation (EU) No. 1294/2009 of 22 December 2009, imposing a definitive anti-dumping duty on imports of certain footwear with uppers of leather originating in, inter alia, China, as extended to imports	<b>7.38</b> China's position ignores the ordinary meaning of Article 17.6(i) in its immediate context. The legitimate expectations of WTO Members are reflected in the text of the covered agreements themselves. In our view, to interpret this provision as China argues would impose obligations on WTO Members that were not agreed upon during the negotiation of the AD Agreement, inconsistently with the well-established view that the principles of treaty interpretation in WTO dispute settlement "neither require nor condone the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended". To accept China's interpretation would also be inconsistent with

			<p>of certain footwear with uppers of leather consigned from the Macao SAR, whether declared as originating in the Macao SAR or not, following an expiry review pursuant to Article 11(2) of Council Regulation (EC) No 384/96; and (3) Council Regulation (EC) No. 1472/2006 of 5 October 2006, imposing a definitive anti-dumping duty and collecting definitively the provisional duty imposed on imports of certain footwear with uppers of leather originating in, inter alia, China.</p>	<p>Article 3.2 of the DSU, as in our view it would "add to or diminish the rights and obligations provided in the [AD Agreement]", and would be an improper application of the interpretative principles of the Vienna Convention.</p>
<b>31 January 2012</b>	Dominican Republic — Safeguard Measures on Imports of Polypropylene Bags and Tubular Fabric, WT/DS415, Final report of the Panel, 31 January 2012	<b>GATT</b>	<p>Dispute relates to the provisional safeguard measure ("provisional measure") and the definitive safeguard measure ("definitive measure") imposed by the Dominican Republic on imports of polypropylene bags and tubular fabrics.</p>	<p><b>7.129.</b> The dispute settlement system of the WTO does not establish a system of precedents, and therefore the reasoning of the Appellate Body in a particular case is not binding on panels set up to examine other cases. However, the reports adopted by the Dispute Settlement Body create legitimate expectations among the Members of</p>

				the WTO. As the Appellate Body has pointed out, "following the Appellate Body's conclusions in earlier disputes is not only appropriate, but is what would be expected from panels, especially where the issues are the same".
<b>6 May 2013</b>	Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, WT/DS412, Reports of the Appellate Body, AB-2013-1, 6 May 2013	<b>GATT</b>	Appeal on certain issues of law and legal interpretations developed in the Panel Reports, Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program	<b>2.71</b> Japan also refers to the Appellate Body reports in Philippines – Distilled Spirits and Korea – Alcoholic Beverages for the proposition that the object and purpose of the GATT 1994 as reflected in Article III is to "avoid[] protectionism, requiring equality of competitive conditions and protecting expectations of equal competitive relationships".
<b>27 March 2014</b>	United States — Countervailing and Anti-dumping Measures on Certain Products from China, WT/DS449, Report of the Panel, 27 March 2014	<b>GATT</b>	Request namely on the consistency of Section 701 (f) of the United States Tariff Act	<b>7.157.</b> Our interpretation of the phrase "effecting an advance in a rate of duty or other charge on imports under an established and uniform practice" accords well with its immediate context, in particular the prohibition in Article X:2 against "enforcement" of a measure effecting an advance in a rate before its official publication. When, as

				<p>Article X:2 contemplates, a rate of duty or charge is applied on imports under an established and uniform practice, such practice is liable to give rise to expectations on the part of traders and governments as to the rate of duty or charge applicable to future imports of that product. More particularly, where there is an "established and uniform" practice with regard to the applicable rate of duty or charge, economic operators are likely to rely on it when making business decisions, including production, sourcing and investment decisions. Viewed in this light, the aforementioned prohibition in Article X:2 safeguards traders and governments against the risk of basing decisions on a formerly established and uniform practice when they should no longer do so because the practice changed or was discontinued before public notice thereof was given.</p>
<b>7 July 2014</b>	United States — Countervailing and Anti- dumping Measures on	<b>GATT</b>	Appel on certain issues of law and legal interpretations	<b>4.65.</b> By requiring that certain measures of general application are published promptly and that they

	<p>Certain Products from China, WT/DS449, Report of the Appellate Body, AB-2014-4, 7 July 2014</p>		<p>developed in the Panel Report, United States – Countervailing and Anti-Dumping Measures on Certain Products from China</p>	<p>are not enforced before their publication, Articles X:1 and X:2 are meant to ensure that traders are made aware of measures that may have an impact on them, so that they have time to become acquainted with, and to adapt to, the new measures. These provisions thus create expectations among traders that they will not have to face measures that they could not be aware of because such measures were published late or because they were not yet published.</p> <p><b>4.67.</b> The function of Article X:2 of ensuring transparency and protecting traders' expectations as to the publication and enforcement of certain measures is relevant to the interpretation of the obligations contained in this provision. The fact that Article X:2 applies only to measures that increase duties or charges or impose new or more burdensome requirements, restrictions, or prohibitions is consistent with the due process function of this provision. The</p>
--	--	--	---	--

				<p>transparency and due process functions of Article X:2 also inform the identification of the baseline of comparison to determine whether a measure of general application effects an advance in a rate of duty or imposes a new or more burdensome requirement.</p> <p><b>4.88</b> For instance, a requirement to complete and present customs documents on-line may ultimately be less burdensome than to do so in paper form. However, until the measure introducing such new requirement is published, traders' expectations will be that documents must be produced in paper form. By obliging Members to publish before enforcement all new requirements, Article X:2 protects traders' expectation that the situation with which they are acquainted will not change until the measure introducing such a change is officially published.</p>
<b>22 August 2014</b>	<i>Argentina — Measures Affecting the Importation of Goods</i> , WT/DS438,	<b>GATT</b>	Request with respect to certain measures imposed by	<b>6.338.</b> The Panel is aware that mere repetition is not sufficient to demonstrate the prospective

	Reports of the Panel, 22 August 2014		Argentina on the importation of goods.	<p>application of a measure. Nevertheless, as stated by the panel in China – Publications and Audiovisual Products, repetition can create an "expectation" that a certain behaviour will be followed in the future.</p> <p><b>6.457.</b> The notion of protecting competitive opportunities has been discussed extensively by the Appellate Body in the context of claims under Articles I and III of the GATT 1994.<sup>912</sup> The approach adopted in previous WTO and GATT cases reflects the idea that Article XI:1 of the GATT 1994 protects Members' expectations as to the competitive relationship between their products and those of other Members in respect of importation itself.</p>
<b>7 December 2015</b>	United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, WT/DS384, Recourse to article 22.6 of the DSU by the United States -	<b>DSU</b> <b>GATT</b>	Arbitration arising in the disputes initiated by Canada and Mexico concerning the United States' country of origin labelling (COOL) requirements for meat products	<b>5.10.</b> In the context of non-violation complaints under Article XXIII:1(b) of the GATT 1994, "the claimed benefit has been considered to be that of "legitimate expectations of improved market-access opportunities arising out of

	<p>Decision by the Arbitrator, 7 December 2015</p>			<p>relevant tariff concessions."132 The "nullification or impairment" of such benefits has been equated with "upsetting the competitive relationship' established between domestic and imported products as a result of tariff concessions".133 In the compliance phase of these disputes, the panel applied a similar understanding of the "nullification or impairment of benefits" with respect to Canada's and Mexico's non-violation claims under Article XXIII:1(b) of the GATT 1994 and Article 26.1 of the DSU.134 Although the panel was addressing a distinct issue in that context135, the applicable principles for non-violation nullification or impairment suggest that market access is the primary, though possibly not exclusive, benefit that is nullified or impaired. Such market access may be impaired not only by violations of tariff concessions but also by violations of rules and disciplines on non-tariff measures.</p>
--	--	--	--	--

<p><b>8 February 2019</b></p>	<p><i>United States — Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea</i>, WT/DS464, Recourse to article 22.6 of the DSU by the United States - Decision by the Arbitrator, 8 February 2019</p>	<p><b>DSU</b> <b>GATT</b></p>	<p>Arbitration arising in the dispute initiated by Korea concerning certain methodologies used by the United States in anti-dumping investigations and administrative reviews, as well as certain anti-dumping and countervailing measures imposed by the United States on imports of large residential washers from Korea</p>	<p><b>3.16.</b> We recall that the term "benefit" constitutes "an 'advantage' that is received (or legitimately expected), and it is this advantage that is being nullified or impaired." Not all "negative result[s]" of an inconsistent measure are nullified or impaired benefits. Echoing the arbitrator in US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25), "it is necessary to proceed with caution" and consider only the benefits that Korea could have expected, "in good faith and taking account of all relevant circumstances". Those circumstances include the recommendations and rulings adopted by the DSB in the underlying dispute, which we consider "to the extent relevant to our assessment of whether [the complainant's] counterfactual accurately reflects the benefits accruing to it in this dispute</p>
<p><b>24 July 2020</b></p>	<p>European Union — Cost Adjustment Methodologies and Certain Anti-Dumping</p>	<p><b>GATT</b> <b>Anti-Dumping Agreement</b></p>	<p>Request concerning four sets of AD measures attributed to the European Union.</p>	<p><b>7.55</b> The existence of an underlying policy, which is implemented by the rule or norm, is a relevant element in establishing the prospective</p>

	<p>Measures on Imports from Russia — (Second complaint), WT/DS494, Report of the Panel, 24 July 2020</p>			<p>nature of that rule or norm. In addition, the more frequent, consistent, and extended the repetition of conduct is, the more probative such conduct will be in revealing, together with other factors, such an underlying policy. In this regard, the Appellate Body has explained that relevant evidence may include proof of the systematic application of the challenged rule or norm. Where ascertainable, the design, architecture, and structure of the rule or norm may also be relevant in identifying the underlying policy and prospective nature of that rule or norm. In addition, the extent to which a particular rule or norm provides administrative guidance for future conduct and the expectations it creates among economic operators that it will be applied in the future, are also relevant in establishing the prospective nature of that rule or norm.</p>

## INDEX

---

acte unilatéral ... 69, 73, 110, 112, 113, 114,  
189, 192, 193, 194, 195, 196, 452

ALENA 9, 91, 98, 119, 124, 126, 139, 153,  
154, 155, 162, 179, 182, 185, 186, 187,  
222, 241, 245, 246, 251, 307, 314, 331,  
332, 334, 335, 336, 337, 338, 355, 359,  
539, 554, 562, 563, 564, 585

assurances... 6, 7, 18, 19, 44, 45, 46, 48, 75,  
76, 83, 88, 92, 96, 100, 102, 107, 109,  
117, 120, 122, 124, 132, 159, 187, 191,  
218, 256, 262, 290, 293, 309, 324, 325,  
330, 333, 335, 341, 346, 347, 349, 352,  
353, 357, 361, 363, 377, 417, 418, 421,  
423, 482, 486, 504, 506, 611, 617, 626,  
629, 631, 635, 651, 652, 661, 662, 663,  
671, 674, 675, 677, 681, 684, 687, 694,  
698, 699, 708, 711, 738, 742, 750, 758,  
759, 769, 770, 788, 793, 798, 799, 800,  
868, 929

attentes légitimes

attentes contractuelles ..... 115, 122, 125,  
126, 128, 130, 131, 132, 159, 160,  
205, 206

attentes conventionnelles ... 125, 126, 128

attentes élémentaires 116, 117, 118, 119,  
120, 121

attentes procédurales .... 27, 31, 115, 133,  
134, 135, 136

attentes prudentielles ..... 496, 497

attentes spécifiques .. 115, 122, 123, 124,  
125, 290, 504

attentes substantielles . 27, 115, 132, 133,  
135

comportement ... 6, 13, 14, 15, 16, 17, 19,

22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31,

33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 47,

48, 49, 56, 59, 60, 63, 64, 65, 66, 67,

68, 69, 70, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 79,

81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91,

92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100,

101, 102, 103, 104, 105, 106, 107,

108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,

115, 116, 117, 119, 122, 123, 124,

125, 126, 127, 128, 129, 130, 131,

132, 133, 134, 136, 137, 138, 139,

145, 150, 151, 152, 153, 154, 156,

157, 158, 159, 160, 161, 162, 163,

164, 165, 166, 167, 168, 169, 170,

171, 172, 173, 174, 175, 176, 177,

178, 179, 180, 181, 182, 183, 184,

185, 186, 187, 188, 189, 190, 191,

192, 193, 194, 195, 197, 198, 199,

201, 206, 207, 210, 211, 212, 213,

214, 215, 216, 217, 218, 219, 221,

222, 223, 224, 225, 227, 228, 229,

230, 231, 233, 234, 235, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 252, 255, 256, 257, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 275, 283, 286, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 301, 302, 303, 305, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 316, 317, 320, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 331, 332, 334, 335, 336, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 367, 368, 369, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 401, 402, 403, 404, 407, 410, 411, 413, 414, 416, 417, 418, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 428, 430, 431, 433, 434, 436, 437, 439, 440, 441, 442, 444, 445, 446, 450, 452, 453, 454, 456, 458, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 472, 474, 475, 476, 478, 479, 480, 482, 483, 484, 487, 489, 490, 493, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 929	bonne foi .. 6, 22, 23, 36, 38, 39, 41, 45, 68, 71, 73, 89, 94, 100, 102, 107, 109, 112, 114, 128, 143, 151, 165, 191, 205, 206, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 234, 235, 243, 256, 261, 292, 294, 295, 296, 297, 302, 303, 304, 305, 314, 315, 320, 367, 375, 383, 401, 416, 447, 448, 452, 457, 459, 467, 469, 472, 476, 498, 524, 780, 929
	changement fondamental de circonstances .. 190, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 211
	Common Law . 13, 16, 24, 33, 34, 132, 134, 136, 441
	confiance légitime.... 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 61, 62, 65, 76, 126, 138, 223, 231, 256, 274, 424, 426, 427, 428, 429, 431, 433, 437, 438, 439, 440, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 455, 456, 457, 458, 459, 462, 492, 515, 518, 519, 520, 523, 524, 527, 529, 531, 536
investment-backed expectations 115, 118, 119, 120, 121, 638, 737, 739	contrat .... 14, 20, 21, 22, 23, 24, 57, 75, 79, 107, 108, 109, 110, 121, 125, 128, 129, 130, 131, 151, 155, 159, 160, 184, 189, 191, 206, 207, 208, 209, 211, 297, 343, 503, 523
market expectations ..... 490	
risk-management expectations ..... 487	

Convention de Vienne sur le droit des

traités.. 73, 101, 102, 103, 108, 165, 184,  
190, 196, 197, 198, 199, 200, 219, 224,  
227, 229, 240, 319, 357, 358, 375, 404,  
466, 522, 581

droit européen

droit de l'Union 6, 13, 42, 46, 47, 62, 63,  
99, 145, 157, 274, 401, 424, 426, 428,  
433, 436, 462, 529, 929

droits de l'Homme.. 9, 32, 42, 43, 47, 48,  
49, 50, 53, 56, 59, 60, 62, 77, 78, 199,  
255, 277, 278, 293, 297, 299, 300,  
301, 302, 303, 305, 420, 433, 434,  
439, 462, 512, 514, 516, 520, 531,  
533, 536, 567

droit international économique

droit du commerce international 65, 127,  
154, 157, 158, 163, 168, 234, 262,  
267, 363, 364, 372, 396, 397, 508, 510

droit financier international 65, 141, 151,  
157, 172, 221, 223, 233, 242, 243,  
263, 398, 464, 466, 470, 473, 474,  
476, 477, 478, 479, 482, 485, 486,  
487, 489, 491, 500, 506, 510

droit international des investissements

.. 13, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 83, 87, 90,  
100, 109, 115, 126, 134, 137, 138,  
139, 143, 150, 151, 152, 153, 156,  
157, 158, 159, 171, 172, 173, 174,

180, 212, 213, 223, 224, 235, 242,

243, 249, 251, 258, 262, 263, 264,

265, 266, 267, 268, 270, 398, 399,

463, 464, 475, 487, 489, 500, 505, 508

droit monétaire international 65, 473, 493

fiscalité internationale 65, 157, 173, 221,

234, 242, 262, 267, 399, 403, 404,

418, 436, 508, 510

droit interne

droit anglais ....24, 25, 34, 36, 41, 42, 98,  
132, 169, 176, 182, 248, 437, 441

droit argentin ..... 34, 448

droit colombien ..... 39, 40, 176, 446

droit français...13, 16, 22, 41, 42, 48, 52,  
53, 55, 62, 99, 108, 131, 138, 143,

145, 146, 153, 158, 176, 236, 296,

400, 402, 412, 413, 424, 436, 437,

461, 465, 489

droit mexicain ..... 98, 446

droit vénézuélien .....36, 37, 176

droits acquis . 33, 37, 82, 83, 197, 212, 230,

235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 261,

433, 451, 458, 522, 523

droits de l'Homme

Convention EDH.. 32, 42, 49, 55, 57, 59,  
62, 433, 440

due diligence ....6, 7, 83, 94, 151, 175, 176,

178, 179, 180, 199, 211, 263, 273, 290,

- 296, 302, 349, 352, 353, 357, 362, 366,  
403, 491, 505, 630, 648, 653, 747, 751,  
755, 759, 770, 772, 791, 929
- espérance légitime ... 18, 19, 42, 47, 48, 49,  
50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62,  
65, 138, 434, 438, 440, 462, 524
- estoppel .. 25, 212, 235, 255, 256, 257, 258,  
259, 260, 261, 468
- expropriation  
expropriation indirecte 50, 53, 89, 91, 94,  
108, 118, 119, 120, 160, 161, 162,  
223, 228, 251, 252, 269, 279, 301,  
304, 305, 307, 308, 310, 311, 312,  
313, 314, 315, 316, 317, 325, 340,  
341, 344, 357, 362, 419, 420, 421,  
423, 424, 484, 516, 590, 591, 594,  
597, 598, 601, 602, 603, 605, 617,  
620, 621, 622, 627, 628, 633, 634,  
638, 646, 649, 662, 670, 686, 688,  
713, 717, 722, 723, 734, 739, 748,  
750, 755, 787
- force majeure 190, 200, 201, 207, 208, 209,  
210, 211
- interprétation .... 14, 23, 38, 46, 48, 91, 117,  
120, 149, 154, 165, 173, 175, 183, 184,  
185, 186, 187, 188, 189, 209, 216, 219,  
222, 225, 230, 232, 245, 263, 287, 292,  
308, 311, 318, 322, 326, 338, 343, 357,  
358, 359, 362, 375, 376, 382, 383, 384,  
402, 408, 409, 410, 423, 425, 432, 438,  
444, 446, 455, 460, 462, 508, 522, 523,  
531, 560
- non-discrimination*..96, 212, 241, 248, 249,  
250, 252, 253, 254, 255, 320, 492, 643,  
756, 766, 895
- pouvoir réglementaire ..... 40, 83, 129, 175,  
179, 180, 181, 211, 228, 263, 292, 302,  
348, 350, 400, 441, 455
- pratique ultérieure. 185, 341, 357, 358, 359,  
361
- principe du précédent... 187, 268, 359, 360,  
396, 424, 508
- principe général de droit ..... 6, 35, 41, 134,  
138, 139, 140, 145, 150, 151, 153, 154,  
156, 157, 195, 213, 220, 258, 262, 263,  
267, 340, 374, 510, 929
- proportionnalité 33, 98, 154, 165, 204, 253,  
302, 348, 473, 492, 497
- rapport contractuel .... 24, 69, 100, 107, 128,  
130, 192, 205, 211, 240

rapport conventionnel .....	69, 86, 100, 101, 102, 192, 197, 210, 211, 215	298, 299, 307, 311, 316, 323, 325, 326, 329, 337, 341, 342, 358, 359, 361, 362, 362, 406, 418, 422, 483, 484, 494, 505, 509, 582, 717, 751
sécurité juridique	17, 19, 24, 25, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 43, 45, 47, 48, 60, 75, 76, 93, 94, 104, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 261, 267, 324, 370, 400, 408, 409, 426, 428, 429, 433, 438, 447, 448, 450, 460, 461, 492, 497, 498, 518, 520, 523, 529, 533, 535, 536	TJE....9, 131, 134, 136, 139, 142, 143, 154, 161, 185, 186, 222, 223, 244, 246, 269, 278, 279, 302, 306, 307, 308, 309, 310, 316, 317, 318, 321, 322, 325, 326, 331, 336, 338, 340, 341, 357, 359, 360, 361, 362, 503, 504, 505
TACN	77, 84, 248, 269, 270, 275, 277, 278, 281, 282, 307, 362, 582	transparence .....
TBI.....9,	76, 100, 104, 108, 110, 120, 121, 125, 131, 132, 158, 160, 167, 186, 228, 245, 250, 251, 254, 268, 269, 270, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 293,	15, 93, 116, 212, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 255, 261, 320, 321, 324, 403, 443, 472, 486, 487, 488, 492, 494, 498, 499, 500, 530, 538, 539, 581

## TABLE DES MATIÈRES

---

Thèse de Doctorat / décembre 2021 .....	1
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>13</b>
<b>Les attentes légitimes : une notion empruntée aux droits nationaux .....</b>	<b>13</b>
A. Les attentes légitimes en droit français .....	17
1. Une approche timide en droit public .....	17
2. Une application plus concrète en droit privé .....	20
B. La doctrine de la protection des attentes légitimes « à l’anglaise » .....	25
1. Les attentes légitimes substantielles ou sur le fond .....	27
2. Les attentes légitimes procédurales .....	31
C. Les attentes légitimes en droit latino-américain .....	34
1. Une place concrète en droit argentin .....	34
2. Les attentes légitimes en droit vénézuélien .....	36
3. L’émergence des attentes légitimes : création de la jurisprudence colombienne .....	38
<b>L’influence du droit européen sur la notion d’attentes légitimes .....</b>	<b>42</b>
A. Son application constante et homogène en droit communautaire .....	42
B. Les attentes légitimes : un élément renforçant la protection des droits de l’Homme .....	47
1. Les attentes légitimes de l’article 1 du Protocole n° 1 de la Convention EDH .....	49
2. Les attentes légitimes au regard de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’Homme .....	56
3. Les attentes légitimes au regard de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’Homme .....	59
<b>PARTIE 1. LE STATUT DES ATTENTES LÉGITIMES .....</b>	<b>64</b>
<b>TITRE 1. LA NOTION D’ATTENTES LÉGITIMES ÉLUCIDÉE .....</b>	<b>66</b>
<b>Chapitre 1. Contenu de la notion d’attentes légitimes .....</b>	<b>67</b>
Section 1. Origine et définition des attentes légitimes .....	68
A. L’origine des attentes légitimes .....	69
1. L’impasse pendant l’Antiquité .....	70
2. L’essor des attentes légitimes pendant le Moyen Âge .....	71
3. La protection des attentes légitimes des étrangers à la lumière de la jurisprudence .....	76
4. Pouvons-nous conclure à l’origine coutumière des attentes légitimes ? .....	84
B. Les attentes légitimes : une notion à la fois objective et subjective .....	88
1. L’élément subjectif de la notion d’attentes légitimes .....	89
2. Les éléments objectifs de la notion d’attentes légitimes .....	90
3. L’élément mixte de la notion d’attente légitime .....	93

---

4. Les éléments de légitimité et de raisonnablement indispensables à la reconnaissance des attentes légitimes.....	94
Section 2. Sources créatrices et types d'attentes légitimes .....	99
A. Les sources créatrices d'attentes légitimes .....	99
1. Un concours de volontés .....	100
1.1 Le rapport conventionnel : le droit des traités .....	101
1.1.1. Les effets des traités sur les nationaux des États parties .....	103
1.2 Le rapport coutumier.....	105
1.3 Le rapport contractuel .....	107
2. L'acte unilatéral .....	110
2.1 Les éléments indispensables des actes unilatéraux .....	114
B. Types d'attentes légitimes.....	115
1. Les attentes élémentaires ou « basic expectations » .....	116
2. Les investment-backed expectations .....	118
3. Les attentes légitimes dérivées d'un acte ou comportement destiné à un individu .....	122
3.1 Les attentes spécifiques .....	123
3.2 Les attentes dérivant d'un rapport juridique : la convention et le contrat.....	125
4. Les attentes substantielles .....	132
5. Les attentes procédurales .....	135
Conclusion du Chapitre 1 .....	136
<b>Chapitre 2. Qualification et portée de la notion d'attentes légitimes .....</b>	<b>137</b>
Section 1. La notion d'attentes légitimes : un principe général du droit.....	138
A. Définition du standard et du principe général du droit .....	139
1. Le standard .....	140
2. Le principe général du droit.....	145
B. La notion d'attentes légitimes : un principe ou un standard ? .....	150
1. Un possible standard.....	151
2. Un possible principe général .....	153
Section 2. Les effets du principe de protection des attentes légitimes.....	157
A. Les circonstances permettant le recours à la justice en cas d'atteinte au principe de protection des attentes légitimes .....	159
1. En droit international des investissements .....	159
2. En droit du commerce international.....	163
B. L'analyse de la violation des attentes légitimes et ses conséquences.....	165
Conclusion du Chapitre 2 .....	172

**TITRE 2. LA DÉLIMITATION DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES  
LÉGITIMES ET SA RELATION AVEC D'AUTRES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT**  
..... 174

**Chapitre 1. Les mécanismes limitant la portée du principe de protection des attentes légitimes**  
..... 175

Section 1. L'obligation de *due diligence* et la reconnaissance des attentes légitimes ..... 175

Section 2. La souveraineté de l'État : l'exercice de son pouvoir normatif..... 180

Section 3. L'interprétation des dispositions d'un rapport juridique par le juge et/ou arbitre et les parties  
..... 183

    A. L'interprétation des parties..... 184

    B. L'interprétation du juge et/ou arbitre ..... 186

Section 4. Les exceptions générales justifiant la déception des attentes légitimes ..... 189

    A. La modification ou l'extinction d'actes unilatéraux justifiant la déception d'attentes légitimes 193

    B. Le changement fondamental de circonstances ..... 195

    C. Les circonstances conduisant à la déception d'attentes légitimes dans le cadre des rapports  
conventionnels..... 198

    D. La déception autorisée des attentes contractuelles ..... 205

Conclusion du Chapitre 1 ..... 211

**Chapitre 2. Les attentes légitimes et les autres principes généraux du droit ..... 212**

Section 1. La bonne foi, un principe facilitant la protection des attentes légitimes ..... 214

    A. Une approche historique du rapport entre le principe de bonne foi et les attentes légitimes ..... 214

    B. Un lien réaffirmé à travers le temps ..... 219

    C. L'abus de droit ..... 226

Section 2. Les attentes légitimes et le principe de sécurité juridique ..... 229

Section 3. La théorie des droits acquis et la protection des attentes légitimes ..... 235

Section 4. La transparence et la non-discrimination en tant que principes indispensables aux attentes  
légitimes..... 241

    A. Le principe de transparence..... 242

    B. Le principe de non-discrimination ..... 248

Section 5. Les attentes légitimes et l'estoppel ..... 256

Conclusion du Chapitre 2 ..... 261

**Conclusion de la première partie..... 262**

**PARTIE 2. LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE PROTECTION DES ATTENTES  
LÉGITIMES EN DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE..... 265**

**TITRE 1. LES ATTENTES LÉGITIMES : UN PRINCIPE GÉNÉRAL BIEN ÉTABLI  
DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL..... 267**

**Chapitre 1. Une application constante en droit international des investissements ..... 268**

Section 1. Les prémices de la protection des étrangers ..... 270

1. Propos introductifs à la lumière de l'histoire des droits accordés aux étrangers ..... 270

2. Les Traités d'amitié, de commerce et de navigation en tant que source de protection des étrangers  
..... 275

3. Des TACN aux TBI : plusieurs différences dénotant une évolution nécessaire afin de garantir une  
protection des investisseurs étrangers..... 281

Section 2. L'évolution des attentes légitimes au sein du contentieux arbitral des investissements ..... 286

1. Les attentes légitimes, issues d'un lien inévitable mais parfois limité entre l'investisseur et l'État  
d'accueil..... 289

1.1. Les sources du principe de protection des attentes légitimes ..... 289

1.2. Les attentes légitimes : une protection égale des parties ..... 294

1.2.1. Qu'en est-il de la protection des attentes légitimes de l'État d'accueil ?..... 297

1.2.2. La souveraineté étatique face aux attentes légitimes de l'investisseur ..... 303

2. Les attentes légitimes dans le contentieux arbitral : une invocation conditionnée à d'autres notions  
..... 305

2.1. Le rôle des attentes légitimes dans l'expropriation indirecte ..... 310

2.2. Le standard du traitement juste et équitable : un moyen de garantir la protection des attentes  
légitimes..... 317

2.2.1. Le contenu imprécis du standard ..... 319

2.2.2. L'application du standard TJE et des attentes légitimes dans le contentieux régional  
relatif à l'ALENA : les efforts étatiques pour limiter leur étendue..... 331

3. L'évolution des attentes légitimes dans la pratique arbitrale : vers un principe défini et délimité .. 341

3.1. Chronologie de l'invocation des attentes légitimes dans le cadre de la pratique arbitrale ..... 341

3.2. Vers une définition concrète des attentes légitimes : première tentative de définition ..... 348

3.2.1. Une première tentative de définition : un éclaircissement des éléments de la notion ..... 348

3.2.2. Une deuxième tentative de définition : vers une délimitation du contenu des attentes  
légitimes ..... 354

3.2.3. Une troisième tentative de définition : reprise des éléments acceptés par les tribunaux  
arbitraux..... 355

3.3. La pratique ultérieure reconnaîtra-t-elle le principe de protection des attentes légitimes ? ..... 357

3.3.1. Existe-t-il un principe du précédent de facto dans la pratique arbitrale ? ..... 359

3.3.2. La pratique constante et cohérente peut-elle établir une pratique ultérieure pour le principe  
de protection des attentes légitimes ? ..... 361

Conclusion du Chapitre 1 ..... 362

**Chapitre 2. Une place concrète au sein du droit du commerce international ..... 363**

Section 1. Les prémices du commerce international : l'apparition des attentes légitimes.....	364
1. La protection des attentes légitimes reconnue depuis le GATT 1947.....	364
2. La pratique issue du GATT de 1947 : un cadre idéal pour l'émergence et le développement des attentes légitimes .....	367
Section 2. La reconnaissance du principe de protection des attentes légitimes dans le cadre des Accords de Marrakech.....	372
1. L'application complémentaire des attentes légitimes dans le cadre des plaintes en situation de violation .....	380
1.1. L'interprétation, l'une des fonctions du principe de protection des attentes légitimes .....	382
1.2. Son application en vertu des articles III et XI du GATT .....	384
2. Le rôle des attentes légitimes dans le cadre des plaintes en situation de non-violation .....	387
2.1. L'objectif des plaintes en situation de non-violation .....	388
2.2. La charge de la preuve.....	390
2.3. L'application des attentes légitimes.....	391
3. Les mesures de sauvegarde : un recours à la disposition des États en cas de déception d'attentes légitimes.....	393
Conclusion du Chapitre 2 .....	396

## ***TITRE 2. UNE ÉMERGENCE TIMIDE DES ATTENTES LÉGITIMES AU SEIN DES AUTRES DOMAINES DU DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE..... 398***

### **Chapitre 1. Une notion naissante en droit de la fiscalité internationale grâce aux droits nationaux et au droit européen ..... 399**

Section 1. Les attentes légitimes en droit fiscal international.....	402
1. Analyse des modèles de convention à la base des conventions fiscales .....	407
1.1. Le Modèle de convention fiscale de l'ONU .....	408
1.2. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE .....	410
2. Le prix de transfert : son application engendre-t-elle des attentes légitimes ?.....	414
3. Les attentes légitimes fiscales protégées par les TBI.....	418
Section 2. La notion d'attentes légitimes au sein des dispositions fiscales du droit de l'Union européenne .....	424
1. L'application de la notion d'attentes légitimes au sein de la jurisprudence fiscale de la Cour de justice de l'Union européenne.....	425
2. L'application de la notion d'attentes légitimes en matière fiscale au sein de la jurisprudence de la CEDH.....	433
Section 3. Les attentes légitimes des contribuables en droit étatique .....	436
1. La confiance légitime en droit fiscal français.....	437
2. Les attentes légitimes des contribuables en droit anglais .....	441
3. La protection de la confiance légitime en droit fiscal latino-américain.....	446
3.1. La confiance légitime en droit fiscal mexicain .....	449

3.2. La confiance légitime en droit fiscal colombien .....	454
Conclusion du Chapitre 1 .....	460

## **Chapitre 2. L'émergence des attentes légitimes au sein des champs du droit international**

### **économique relevant du droit souple ..... 463**

Section 1. Le droit informel ou souple : ses principales caractéristiques.....	466
1. La création du droit souple .....	469
2. La confiance : un élément indispensable.....	472
Section 2. Les attentes légitimes en droit financier international.....	474
1. Les attentes légitimes : une notion aux applications multiples .....	479
1.1. Les marchés financiers : une institution essentielle de l'architecture financière internationale et potentielle source d'attentes légitimes.....	480
1.1.1. La place des attentes légitimes au sein des investissements financiers.....	482
1.2. La confiance : un outil indispensable au sein des institutions financières internationales .....	485
1.2.1. L'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV) .....	486
1.2.2. Le Fonds monétaire international (FMI) .....	489
Section 3. Les attentes légitimes au sein du droit international monétaire : une notion récente .....	493
1. Les principales organisations internationales du système monétaire international : leur rôle dans l'émergence d'attentes légitimes .....	495
1.1. Le Comité de Bâle : une institution facilitant la reconnaissance d'attentes légitimes .....	496
1.2. L'influence de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV-IOSCO) sur l'émergence d'attentes légitimes.....	497
1.3. Le Fonds monétaire international (FMI) : l'émergence timide d'attentes légitimes .....	499
2. Le système monétaire international : garant de l'équilibre entre les politiques monétaires indispensables pour l'État et la protection des investissements .....	500
Conclusion du Chapitre 2 .....	506

### ***Conclusion de la seconde partie ..... 508***

### ***CONCLUSION GÉNÉRALE..... 510***

### ***BIBLIOGRAPHIE, JURISPRUDENCES, TEXTES JURIDIQUES ..... 512***

<b>I. Doctrine.....</b>	<b>512</b>
1. Manuel et ouvrages généraux.....	512
2. Ouvrages spécialisés / Monographies .....	515
3. Ouvrages collectifs.....	517
4. Cours de l'Académie de droit international de La Haye .....	522
5. Thèses et Mémoires de recherche .....	523
i. Thèses .....	523
ii. Mémoires .....	524

6. Encyclopédies .....	525
7. Articles .....	525
8. Actes de colloques, documents officiels et recueils de pratique.....	535
i. Documents étatiques et recueils de pratique .....	535
ii. Colloques .....	536
<b>II. Publications institutionnelles – Documents Spécialisés .....</b>	<b>536</b>
1. OCDE .....	536
2. OICV .....	537
3. Commission du droit international .....	537
4. ONU .....	538
5. Fonds monétaire international.....	538
6. Autres .....	539
<b>III. Jurisprudence .....</b>	<b>540</b>
Cour permanente de Justice internationale .....	540
Cour internationale de justice .....	540
Jurisprudence dans le cadre du GATT de 1947 .....	542
Organe de règlement des différends de l’OMC .....	545
CIRDI.....	550
CPA .....	560
SCC.....	562
LCIA .....	563
CNUDCI - UNCITRAL .....	563
CCI .....	564
Autres tribunaux arbitraux .....	565
Commissions de réclamations .....	565
Sentences arbitrales interétatiques.....	566
Tribunal irano-américain de réclamations.....	567
Commission européenne des droits de l’Homme .....	567
Cour européenne des droits de l’Homme .....	567
Cour de justice des Communautés européennes (avant 2009) / Cour de justice de l’Union européenne (après 2009).....	569
Juridictions nationales .....	573
i. Juridictions anglaises .....	573
ii. Juridictions argentines .....	575
iii. Juridictions françaises.....	575
iv. Juridictions vénézuéliennes .....	576
v. Juridictions colombiennes .....	577
vi. Juridictions américaines .....	579

vii.	Juridictions mexicaines.....	579
viii.	Autres juridictions .....	580
<b>IV.</b>	<b>Traités et Lois .....</b>	<b>581</b>
	Traités / conventions .....	581
	Traités bilatéraux d'investissements (TBI) et Traités d'amitié, de commerce et de navigation (TACN) .....	582
	Accords de libre-échange .....	584
	Lois .....	585
	i. France .....	585
	ii. Venezuela .....	585
	iii. Colombie.....	585
	iv. Etats-Unis .....	586
	v. Pérou .....	586
	V. Divers .....	586
	<b><i>TABLE DES ANNEXES</i> .....</b>	<b>587</b>
	<b><i>INDEX</i>.....</b>	<b>917</b>
	<b><i>TABLE DES MATIÈRES</i>.....</b>	<b>922</b>



## **Résumé**

Les attentes légitimes sont une notion propre au droit international économique. Il s'agit d'une notion empruntée au droit interne de plusieurs États ainsi qu'au droit européen. Nous partons de l'hypothèse que cette notion existe au sein de chacune des branches du droit international économique mais avec différents degrés d'évolution. Cette notion peut prendre la forme d'un standard ou d'un principe général du droit. Il est généralement admis qu'elle se manifeste lors d'un rapport juridique entre au moins deux individus, lorsque l'un des deux fait des représentations ou assurances créant ainsi dans l'esprit du bénéficiaire une attente légitime sur une situation déterminée. Cependant, elle requiert la réunion d'autres éléments qui permettent de la distinguer du simple espoir. Néanmoins, malgré son importance, à ce jour, la notion d'attentes légitimes n'a pas fait l'objet d'une définition précise. Cette thèse vise à combler cette lacune en identifiant ses éléments constitutifs. Les attentes légitimes sont entendues de deux manières : d'une part, comme les attentes fondamentales qui naissent entre un individu et un État ; d'autre part, comme les attentes qui naissent d'un rapport interétatique. S'agissant d'un sujet qui n'a pas encore été étudié de manière approfondie, il est également nécessaire d'analyser sa relation avec d'autres principes et notions du droit international économique, notamment le standard du traitement juste et équitable et le principe de bonne foi, mais également d'examiner les mécanismes visant à limiter sa portée.

*Descripteurs* : attentes légitimes – bonne foi – due diligence – éléments constitutifs – investisseur – légitime – principe général de droit – raisonnable – standard – souveraineté