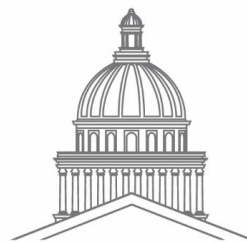


Université Paris II- Panthéon-Assas
École doctorale de droit international, droit européen, relations
internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en Droit
Soutenue le 8 juillet 2022

LA MISE EN QUESTION DE L'ARBITRAGE
D'INVESTISSEMENT ET LA RÉFORME DU RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

Thèse de Doctorat / juillet 2022



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Vanina Sucharitkul

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves Nouvel

Membres du jury :

M. Patrick JACOB, professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines,
rapporteur

M. Walid BEN HAMIDA, maître de conférences à l'Université d'Évry-Val d'Essonne,
rapporteur

Mme Geneviève BASTID-BURDEAU, professeure à l'Université Panthéon-Sorbonne
(Paris I)

M. Hamid GHARAVI, avocat associé fondateur du cabinet Derains & Gharavi

M. Yves NOUVEL, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Directeur de la thèse

REMERCIEMENTS

L'écriture et la réalisation d'une thèse est un long voyage qui conduit au dépassement ainsi qu'à la mobilisation de forces et de ressources généralement peu sollicitées au quotidien. Le caractère unique de ce défi a été accentué par le contexte sans précédent de la pandémie qui a rendu ce cheminement encore plus ardu. Mais une passion intacte pour le droit international et l'amour du travail bien fait m'ont permis de mener à bien ce projet qui comptait énormément pour moi.

Je voudrais exprimer toute ma reconnaissance au Professeur Yves Nouvel pour son soutien et ses conseils avisés durant toutes les étapes de ce travail. Son appui a été particulièrement précieux. A travers lui, je tiens également à remercier pour cette formidable opportunité l'université de mon deuxième pays, la France, terre des droits universels de l'Homme. J'adresse mes sincères remerciements à Mme la Professeure Geneviève Bastid-Burdeau, à Monsieur le Professeur Patrick Jacob, à Monsieur Walid Ben Hamida Maître de Conférence et à Monsieur Hamid Gharavi, avocat associé fondateur du cabinet Derains & Gharavi pour m'avoir fait l'honneur de faire partie de mon jury de thèse.

Je veux aussi exprimer toute ma gratitude et affection à mon grand-père, Dr Sompong Sucharitkul, diplomate de haut vol et expert juridique international de tout premier plan. Il fut arbitre au sein du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et joua un rôle déterminant dans l'élaboration des critères d'examen pour le Comité d'annulation. Depuis mon plus jeune âge, il a toujours été mon mentor, et son exemplarité, ses suggestions et recommandations ont représenté pour moi une source inépuisable d'inspiration. C'est tout naturellement qu'il m'a donné le goût du Droit et de suivre ses pas en embrassant une carrière relative à l'arbitrage international. Mon grand-père ayant obtenu ses doctorats, à l'Université d'Oxford et à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 1954, j'ai souhaité réaliser mon rêve : celui d'effectuer un doctorat dans un domaine où il était spécialisé au sein de la même Université que la sienne. Ma gratitude va également à ma grand-mère thaïlandaise, Mrs. Thaithow Sucharitkul, qui a toujours été très proche et qui m'a énormément soutenue pendant des moments de découragement, en me donnant la force de poursuivre et persévérer.

Ma reconnaissance va également à mon père, M. Yves Romestan, qui a toujours cru en moi et qui m'a soutenue tout au long de cet itinéraire avec son optimisme inébranlable. Il a été un pilier précieux. Son soutien et sa confiance m'ont portée et m'ont nourrie depuis le premier jour.

Je remercie également chaleureusement tous les membres de mon entourage, mon mari et mes amis, pour leur patience et bienveillance. Je saisis cette occasion pour remercier chaleureusement ma mère Premika sans laquelle cette belle aventure et cet accomplissement n'auraient pu avoir lieu.

À mon grand-père, Dr. Sompong Sucharitkul

AVERTISSEMENT

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

TITLE AND ABSTRACT :

The dispute settlement regime between investors and States through *ad hoc* arbitration has come under heavy scrutiny and mounting criticism in the past few decades. As respondent States in various regions have lost investment arbitration cases, those States have become disenchanted with this form of dispute resolution mechanism in what has become known as *the backlash against investment arbitration*. For example, in 2007, Bolivia and Ecuador denounced the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, followed by Venezuela in 2012. In 2012, Australia declared that it would no longer include investor-State dispute resolution clauses in future agreements. The EU has rejected the investment arbitration system altogether. A number of States have terminated their BITs, are negotiating new BITs or have issued new model BITs.

More recently, these critiques have escalated to the extent that the international community is considering replacing it with a completely new scheme that includes dismantling the investment arbitration system by replacing it with a permanent investment court to settle such disputes. An intermediate approach to reforming the system, the establishment of an appellate body aimed at providing consistency to the numerous *ad hoc* arbitration awards, is also being considered. This thesis analyses the main criticisms of the current investor-State dispute settlement (ISDS) system to determine its validity and carries out a comparison between the policy reform options, how they are intended to solve the system's purported flaws, as well as the implications arising from some of the hotly debated options. The aim of the thesis is to argue that drastic overhaul or revolutionary reform to the investment arbitration system will only lead to uncertainties, more complex legal and practical problems and would not yield better results. Instead, the focus should be on the evolution of substantive reform at the treaty level, to address the lessons learned from past cases and ensure that treaty drafting responds to current day challenges.

Keywords: Investor-State Dispute Settlement, ISDS, UNCITRAL Working Group III, ISDS Reform, Investment Court System, Multilateral Investment Court, ICSID Convention, Transparency Rules, Appellate Mechanism, Right to Regulate, Inconsistent Arbitral Awards, Impartiality and Independence of Arbitrators, Substantive Reform of ISDS

RÉSUMÉ :

Au cours des dernières décennies, le régime de règlement des différends entre investisseurs et États (« RDIE »), par le biais de l'arbitrage *ad hoc*, a été l'objet d'un examen approfondi et de critiques croissantes. Au fur et à mesure que les États défenseurs de diverses régions ont perdu des affaires d'arbitrage d'investissement, ils ont été comme désenchantés par ce type de mécanisme de résolution des litiges, dans ce qui est désormais connu comme le *contrecoup* de l'arbitrage d'investissement. Par exemple, en 2007, la Bolivie et l'Équateur ont dénoncé la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, suivis par le Venezuela en 2012. En 2012, l'Australie a déclaré qu'elle n'inclurait plus de clauses de règlement des différends entre investisseurs et États dans ses futurs accords. L'Union Européenne a rejeté purement et simplement le système d'arbitrage des investissements. Plusieurs États ont mis fin à leurs Traités Bilatéraux d'Investissement (« TBI »), en négociant des nouveaux ou publient des modèles différents.

Plus récemment, ces critiques se sont intensifiées au point que la communauté internationale envisage de remplacer le RDIE contemporain par un système inédit qui inclurait le démantèlement du système d'arbitrage des investissements en le remplaçant par une cour permanente d'investissement pour régler ces différends. Une approche intermédiaire de la réforme du système par l'établissement d'un organe d'appel visant à donner de la cohérence aux nombreuses sentences arbitrales *ad hoc* est également envisagée. Cette thèse analyse les principales critiques du système du RDIE actuel afin d'examiner sa pertinence et effectue une comparaison entre les options de réforme, la manière dont elles sont censées résoudre les défauts du système, ainsi que les implications découlant de certaines des solutions les plus débattues. L'objectif de la thèse est de faire valoir qu'une refonte radicale ou révolutionnaire du système d'arbitrage des investissements ne fera que générer des incertitudes, susciter des problèmes juridiques et pratiques très complexes, et ne n'apportera finalement pas de meilleurs résultats. L'accent devrait plutôt être mis sur une indispensable évolution ou réforme substantielle au niveau des traités, afin de tirer les leçons des cas passés et de s'assurer que la rédaction des traités répond mieux aux défis actuels.

Descripteurs : Règlement des différends entre investisseurs et États, RDIE, ISDS, Groupe de travail III de la CNUDCI, réforme du RDIE, Système de Cour d'Investissement, Cour Multilatérale d'Investissement, Convention CIRDI, Règles de Transparence, Mécanisme d'Appel, Droit de règlementer, Incohérence de sentences arbitrales, Impartialité et Indépendance des Arbitres, Réforme substantielle du RDIE

Liste des principaux sigles et abréviations

AAI	Accords internationaux d'investissements
AANZFTA	ALE ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande
ABA	Association du barreau Américain
ACFI	Accord de coopération et de facilitation de l'investissement du Brésil
ACI	Association internationale du coton
ACIA	Comprehensive Investment Agreement
ALBA	Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique
ACEUM	Accord Canada-États-Unis-Mexique
AECG/CETA	Accord économique et commercial global / Comprehensive Economic and Trade Agreement
aff.	Affaire
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AII	Accords internationaux d'investissement
AIAC	The Asian International Arbitration Center
AIC	Cour Arabe pour les investissements
ALBA	Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique
ALE	Accords bilatéraux de libre-échange
ALEAC	Accord de libre-échange d'Amérique centrale
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral sur les investissements
APIE	L'accord de protection des investissements étrangers

APTP/TPP	Accord de partenariat transpacifique / Transpacific Partnership Agreement
ARLA	L'agence canadienne de la réglementation de la lutte antiparasitaire
ASEAN	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
ASIL	American Society of International Law
Benelux	Belgique, Pays-Bas et Luxembourg
CAFTA	Accord de libre-échange entre la République dominicaine, les États d'Amérique centrale et les États-Unis
CAITISA	The Ecuadorian Citizens' Commission for a Comprehensive Audit of Investment Protection Treaties and of the International Arbitration System on Investments
CARICOM	Communauté caribéenne
CCA	Cour constitutionnelle allemande
CCI/ICC	Chambre de commerce Internationale / International Chamber of Commerce
CCLAT	Convention cadre pour la lutte anti-tabac
CCSI	Columbia Center for Sustainable Investment
CDAAs	Communauté de développement d'Afrique australe
CDI	Commission du Droit International
CEDC	Central European Development Corporation GmbH
CEDEAO	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEEAC	Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale
CEO	Corporate Europe Observatory
CEPA	Comprehensive Economic Partnership Agreement
CERDS	Charte des droits et devoirs économiques des États

CESDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CET 21	La Central European Television 21
CHAFTA	Accord de libre-échange entre la Chine et l'Australie
CIETAC	Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIO	Comité internationale
ICSID	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLE	Commission du libre-échange
CME	Czech Republic BV
CMI/ MIC	Cour multilatérale d'investissement/ Multilateral Investment Court
CNUCED/UNCTAD	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement / United Nations Conferences on Trade and Development
CNUDCI/UNCITRAL	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international / The United Nations Commission on International Trade Law
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
Commission	Commission Européenne
Convention CIRDI/ Convention de Washington	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
Convention de Maurice	Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États

Convention de New York	Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPTPP/PTCI	The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership/ Partenariat transpacifique global et progressiste
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
DTI	Département du Commerce et de l'Industrie
EAC	Communauté d'Afrique de l'Est
ECIPE	Centre européen d'économie politique international
EFILA	European Federation for Investment Law and Arbitration
EIA	Evaluation de l'impact environnemental
EJIL	European Journal of International Law
EPA	L'agence américaine de protection de l'environnement
ERA Pledge	Equal Representation in Arbitration Pledge
EVIPA	Accord sur la protection des investissements UE-Vietnam
FIPA	Accord de promotion et de protection de l'investisseur étranger
GAFTA	Grain and Free Trade Association
GAR	Global Arbitration Review
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GT II	Commission de la CNUDCI groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation
GT III	Commission de la CNUDCI groupe de travail III sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

IA Reporter	Investment Arbitration Report
IBA	International Bar Association
ICAR	International Corporate Accountability Roundtable
ICCA	International Congress and Convention Association
ICS	Investment Court System
IDE	Investissement direct à l'étranger
IIA	International Investment Agreements
IISD	Institut international pour le développement
ILA	International Legal Association
I.L.M.	International Legal Materials
ISDS	Investor-State dispute settlement
ITLOS	Tribunal international du droit de la mer
Joint-venture	Une société commune
KAFTA	Accord de libre-échange entre la Corée et l'Australie
L'Accord unifié	L'accord unifié pour les investissements du capital arabe dans les pays arabes
LCIA	Cour d'arbitrage international de Londres
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MIE	Médiation investisseur-État
MOA	Memorandum of Agreement
MTBE	Methyl tertio-butyl éther
n°	Numéro
NAI	Institut néerlandais d'arbitrage

NIEO	Nouvel ordre économique international
NPF	La clause de la Nation la Plus Nation la Plus Favorisée
NPM	Clause de Non-Precluded Measure
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisme Mondiale de la Santé
ONG/NGO	Organisation non gouvernementale / Non-governmental organizations
ONU	Organisation des Nations Unies
PCB	Polychlorobiphényles
PIA	Protection of Investment Act
PME	Petites et moyennes entreprises
PTGP/CPTPP	Partenariat transpacifique global et progressiste / Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
RCEP	Partenariat économique global régional
RDIE	Règlement des Différends entre Investisseurs et États
Règlement de transparence	Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
SADC	Communauté de développement d'Afrique australe
SAFTA	ALE Singapour-Australie
SCC	Chambre de commerce de Stockholm
SDG	Sustainable Development Goals
SDMI	S.D. Myers, Inc.

SIAC	Centre d'Arbitrage International de Singapour
SICA	Système d'Intégration Centraméricain
SJI	Système juridictionnel des investissements
SOMO	Center for Research on Multinational Corporations
SPR	Single Presentation Requirement
TAI	Thai Arbitration Institute
TACN	Traités d'amitié, de commerce et de navigation
TAS	Tribunal arbitral du sport
TBI	Traités Bilatéraux d'Investissement
TBI BLUE-Afrique de Sud	TBI de l'Union économique belgo-luxembourgeoise-Afrique du Sud
TCE	Traité sur la Charte de l'énergie
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJE	La garantie d'un traitement juste et équitable
TTIP/PTCI	Transatlantic Trade and Investment Partnership/ Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement
UE	Union Européenne
UEMOA	Union Economique et Monétaire Ouest Africaine
UNASUR	Union des Nations de l'Amérique du Sud
UNGPB	Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme

SOMMAIRE

PARTIE I. LES CRITIQUES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : MYTHE OU REALITE ?

TITRE 1. LES CRITIQUES SUR LE FOND

Chapitre 1. L'empiétement de droit de l'État d réglementer

Chapitre 2. L'inconstance et l'incohérence des sentences arbitrales

TITRE 2. LES CRITIQUES SUR LA PROCÉDURE

Chapitre 1. Les conflits d'intérêts des arbitres et le manque d'impartialité au sein du RDIE

Chapitre 2. La transparence en arbitrage d'investissement : avantages et risques

PARTIE II. LA RÉFORME DU MÉCANISME DE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

TITRE 1. LA COUR D'INVESTISSEMENT (ICS) : UNE FAUSSE BONNE IDÉE ?

Chapitre 1. Histoire et contexte de la Cour d'investissement : l'UE à la croisée des chemins ?

Chapitre 2. La structure et les défauts de la Cour d'investissement

TITRE 2. LA RÉFORME DU SYSTÈME DE RDIE

Chapitre 1. Une réforme ciblée du RDIE

Chapitre 2. La réforme substantielle du RDIE

INTRODUCTION

« *In the degree that the image is false, actually and philosophically false, no technician, however proficient, can make the policy that is based on it sound.* »
- Louis Halle, diplomate et stratège américain

1. Aujourd'hui, la réalisation de la croissance économique à travers les traités bilatéraux d'investissement ainsi que les garanties offertes aux investisseurs comme le règlement des différends entre investisseurs et États, sont placés sous contrôle et réexamen approfondi. Cette attaque n'est pas perpétrée par des *realpolitik*s mais par des individus se qualifiant de progressistes ainsi que par les États déçus par le système en place. L'objectif de cette thèse est d'examiner si les critiques émises à l'encontre de l'arbitrage entre investisseurs et États sont fondées et si certaines améliorations du système d'arbitrage d'investissement sont nécessaires.

2. Avant d'aborder les critiques de l'arbitrage investisseur-État et les mérites d'une réforme du système, il convient de rappeler le contexte historique ayant mené à la création de l'arbitrage d'investissement et d'examiner les traités par lesquels l'arbitrage tire sa juridiction et ses fondements substantiels. En effet, la portée de l'arbitrage d'investissement ne peut être appréciée sans une mise en perspective.

I. L'HISTOIRE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

3. Pour avoir une vision complète de l'hostilité à l'égard de l'arbitrage d'investissement, des critiques croissantes à l'égard des protections accordées aux investisseurs étrangers et des appels à des réformes, il faut remonter dans le temps pour bien comprendre le processus d'arbitrage d'investissement.

A. Les litiges internationaux d'investissement avant le système du RDIE

4. L'un des développements les plus significatifs en droit international lors du dernier siècle a été l'expansion rapide du droit international des investissements. Les investissements étrangers existent depuis « *the days of the pharaohs in Egypt with investments being made by the state itself or by merchants from Egypt, Phoenicia and*

Greece in other countries. »¹ Depuis l'existence d'investissements étrangers, il est souvent allégué que les États-hôtes malmènent les investisseurs étrangers². Cependant, le droit international ne permettait pas à l'investisseur étranger de poursuivre l'État d'accueil lorsqu'il subissait un dommage³.

5. Historiquement, l'investisseur étranger disposait de deux recours contre l'État d'accueil. En premier lieu, si un investisseur étranger voyait ses biens expropriés ou sa sécurité mise en danger, il disposait de la possibilité d'intenter une action devant les tribunaux étatiques de l'État en question. En effet, les étrangers étant soumis au droit national de l'État-hôte, celui-ci avait une obligation de protéger l'investisseur étranger de la même manière que l'investisseur national et ce traitement est garanti à l'investisseur étranger par le droit international⁴. Néanmoins, poursuivre l'État d'accueil au sein de ses propres tribunaux pouvait s'avérer problématique puisque l'investisseur risquait d'être face à un tribunal non indépendant. Les tribunaux étatiques étaient décrits comme « *indifférents à l'égard des investisseurs étrangers.* »⁵. De plus, obtenir un jugement exécutoire pouvait prendre des années et l'exécution s'avérer impossible. En deuxième lieu, après épuisement des recours internes, l'investisseur étranger avait la possibilité de recourir à la voie diplomatique⁶. Pour cela, il devait solliciter son propre gouvernement afin que celui-ci prenne part au litige en représentation de l'investisseur par la voie de la « *protection diplomatique* »⁷. Le principe de la protection diplomatique est le suivant : le dommage causé au ressortissant d'un État est à un dommage causé à l'État lui-même et l'État en question peut alors être fondé à demander réparation⁸. Cependant, c'est à la seule discrétion de

¹ CRAWFORD (James), BISHOP (Doak) et REISMAN (Michael), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014, p. 2.

² *Idem.* pp. 2-4.

³ *Idem.* p. 2.

⁴ DE VATTEL (Emer), *The Law of Nations*, Philadelphia: T.& J.W. Johnson & Co. Law Booksellers, Book II, Chapter VIII, 1858, § 100 ; LEBEN (Charles), « Droit international des investissements : un survol historique », in LEBEN (Charles), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 8.

⁵ CRAWFORD (James), BISHOP (Doak) et REISMAN (Michael), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, *supra* note 1, p. 3 (« *unsympathetic toward foreign investors* »).

⁶ NEWCOMBE (Andrew) et PARADELL (Lluís), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009, p. 6.

⁷ CRAWFORD (James), BISHOP (Doak) et REISMAN (Michael), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, *idem.* pp. 1-3.

⁸ Article 1er du texte de projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission du droit international, Documents officiels de l'Assemblée Générale, 58ème session, 1 mai-9 juin, 3 juillet-

l'État que revient la décision d'accorder une protection à son ressortissant dans le cadre de la protection diplomatique et il faut noter que, pour des raisons géopolitiques ou militaires, l'État peut décider de ne pas recourir à une telle voie afin de ne pas mettre en danger ses relations internationales⁹. Ainsi la voie diplomatique comporte des désavantages, parmi lesquels le risque de voir les relations entre deux États se dégrader.

6. Selon le Professeur Christoph Schreuer, « *Developing countries resent pressure from capital exporting countries, whether it is exercised bilaterally or in multilateral fora.* »¹⁰ les États d'Amérique latine ont particulièrement été affectés par l'utilisation du recours à la protection diplomatique, qui avait même poussé certains gouvernements étrangers à user de la force armée dans des cas extrêmes¹¹. Ces attaques ont abouti au développement de la Doctrine Calvo, par le juriste argentin Carlos Calvo en 1968. Cette doctrine prévoit que : « *La responsabilité des gouvernements envers les étrangers ne peut être plus grande que celle que ces gouvernements ont à l'égard de leurs propres citoyens* »¹². La Doctrine Calvo a donné lieu à la Clause Calvo empêchant le recours à l'arbitrage dans le contexte de différends relatifs aux contrats d'investissement ; elle impose également aux investisseurs étrangers de recourir aux tribunaux étatiques, les empêchant ainsi de recourir à la voie diplomatique¹³. Cette Clause Calvo a été incorporée dans les contrats passés entre les

11 août 2006, U.N. Doc. A/61/10 ; Assemblée Générale des Nations Unies, 61^{ère} session., Supp. n° 10, (A/61/10), 2006, prévoit que : « *la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.* ».

⁹ NEWCOMBE (Andrew) et PARADELL (Lluís), *Law and Practice of Investment Treaties*, supra note 6, p. 6.

¹⁰ SCHREUER (Christoph), « Investment Arbitration », in ROMANO (Cesare), ALTER (Karen) et SHANY (Yuval) (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, p. 296.

¹¹ SHIHATA (Ibrahim), « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA », *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, issue 1, 1986, p. 1 ; LEBEN (Charles), « Droit international des investissements: un survol historique », supra notre 4, p. 9.

¹² GARIBALDI (Carlos), « Carlos Calvo Redivivus: The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties », *Transnational Dispute Management « TDM »*, vol. 3, issue 5, 2006, p. 1 ; CALVO (Carlos), *Le droit international théorique et pratique*, vol. 3, 4th ed., 1888, §1276, p. 138.

¹³ GARCIA-MORA (Manuel), « The Calvo Clause in Latin American Constitutions International Law », *Marquette Law Review*, vol. 33, no. 4, 1950, p. 205 ; LEBEN (Charles), « Droit international des investissements : un survol historique », supra note 4, pp. 16-17.

États sud-américains et les investisseurs étrangers¹⁴. Il convient de noter que la Doctrine Calvo a non seulement été adoptée par les États d'Amérique latine, souvent décrits comme fervents partisans du droit de propriété et du libéralisme économique, mais elle a également inspiré d'autres États, notamment après la deuxième guerre mondiale et au lendemain de la décolonisation de l'Asie et de l'Afrique¹⁵. Du reste, les litiges entre investisseurs étrangers et États-hôtes étaient résolus par les tribunaux étatiques et en vertu de la loi nationale dudit État¹⁶.

B. Du droit international coutumier aux traités bilatéraux d'investissement

7. La voie diplomatique aurait pu être une option viable dans un monde où l'investissement international et les transactions économiques auraient été limitées. Cependant, peu d'États ont été enclins à prendre part à un différend impliquant une société commerciale et à l'élever en différend nécessitant de faire valoir la voie diplomatique. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le processus d'intégration économique internationale repris de nouveau, menant à l'émergence d'accords internationaux d'investissement (« **AII** ») contemporains connus sous le terme anglais de « *International Investment Agreements* » (« **IIA** »)¹⁷. La voie diplomatique comme moyen de règlement des différends changea au 20^e siècle avec la multiplication des AII, garantissant aux investisseurs étrangers un certain niveau de protection. Parmi ces AII, les traités bilatéraux d'investissement (« **TBI** ») ont joué et continuent de jouer un rôle fondamental dans la création d'un système stable et prédictible assurant un mécanisme de règlement des différends¹⁸. De surcroît, il prévoit que : « *Les*

¹⁴ CREMADES (Bernardo), « Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America », *Business Law International*, vol. 7, issue 1, 2006, p. 59.

¹⁵ WENHUA (Shan), « Is Calvo Dead? », *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, issue 1, 2007, p. 129.

¹⁶ CREMADES (Bernardo), « Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America », *supra* note 14, pp. 53-54.

¹⁷ NEWCOMBE (Andrew) et PARADELL (Lluis), *Law and Practice of Investment Treaties*, *supra* note 6, p 3.

¹⁸ Concernant les traités bilatéraux d'investissement, voir notamment : DOLZER (Rudolf) et STEVENS (Margrete), *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, 1995 ; VANDEVELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010 ; SALACUSE (Jeswald), *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements se présentent comme des instruments réciproques »¹⁹.

8. Les TBI sont devenus l'outil principal du droit international gouvernant les investissements directs à l'étranger (« **IDE** »). Ces accords établissent les termes et conditions applicables aux investisseurs privés soumis à la juridiction d'un État étranger. Les principaux objectifs de leur création sont : (1) attirer des IDE en supprimant les obstacles dans le but d'accroître le développement économique de l'État d'accueil ; et (2) créer un environnement juridique stable et prévisible minimisant les risques sur le long terme pour l'investisseur étranger²⁰. Les flux d'IDE ont considérablement augmenté avec l'augmentation du nombre d'AII. Les investisseurs sont devenus davantage présents dans certains domaines, comme par exemple l'extraction des ressources naturelles, les secteurs des services tels que le tourisme, la finance, la santé, la construction et les transports. Selon la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (« **CNUCED** ») :

*IIAs add a number of important components to the policy and institutional determinants for FDI, and thereby contribute to enhancing the attractiveness of countries. In particular, they improve investment protection and add to the security, transparency, stability and predictability of the investment framework. By liberalizing market access for nontradable services, and effectively creating a « market » for such services, IIAs also improve an important economic determinant of foreign investment*²¹.

Ainsi, des études ont démontré que la majorité des multinationales affirment que l'existence des TBI impacte leur décision d'investir dans les pays en développement²².

¹⁹ DANIC (Olivia), « L'émergence d'un droit international des investissements : contributions des traités bilatéraux d'investissements et de la jurisprudence du CIRDI », *Thèse*, Université Paris 10 Nanterre, 2012, p. 107.

²⁰ Voir DOLZER (Rudolph) et SCHREUER (Christoph), *Principles of Investment Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2012, pp. 21-22.

²¹ UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, 2009, p. xii.

²² *Idem.* p. xic. (« *The possibility that BITs impact on FDI flows into developing countries is confirmed by investor surveys according to which BITs – and other IIAs – are important to transnational corporations (TNCs) in terms of investment protection and enhancing stability and predictability for FDI projects. For the majority of surveyed TNCs from all sectors, BIT coverage in host developing countries and transition economies plays a role in making a final decision on where to invest.* »).

Les professeurs Jeswald Salacuse et Nicholas Sullivan, notent à ce titre que : « *evaluating the impact of BITs in relation to their intended goals [of] foreign investment protection, investment and market liberalization* » et soulignent que « *there is strong evidence ... that BITs have a strong effect on encouraging FDI* »²³. De même, les professeurs Zachary Elkins, Andrew Guzman et Beth Simmons ont examiné des données empiriques leur permettant de conclure que les pays en développement adoptaient des TBI en raison de la « *concurrence pour les capitaux* »²⁴. En d'autres termes, les États en voie de développement ayant signé des TBI avec des États développés ont attiré davantage d'IDE au sein de leurs territoires²⁵.

9. Le premier TBI a été signé entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959²⁶, nommé traité « *pour la Promotion et la Protection des Investissements* ». Bien que ce TBI ne contenait pas de clause de règlement des différends entre investisseur et État (« **RDIE** ») (connu en anglais sous l'acronyme (« **ISDS** ») pour « *investor-State dispute settlement* »), il a été le précurseur de la conclusion de ce type d'accords. Ayant perdu un grand nombre d'investissements étrangers après sa défaite lors de la deuxième guerre mondiale, l'Allemagne a particulièrement été exposée à des risques politiques liés aux nombreuses expropriations dont elle avait été l'objet et dont elle

²³ SALACUSE (Jeswald) et SULLIVAN (Nicholas), « Do BITs really work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Great Bargain », in SAUVANT (Karl) et SACHS (Lisa) (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009, pp. 109 et 155.

²⁴ ELKINS (Zachary), GUZMAN (Andrew) et SIMMONS (Beth), « Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 », *University of Illinois Law Review*, no. 1, 2008, p. 280 (« *The possibility of investment diversion means that governments may have competitive reasons to implement BITs. It is the ability of a BIT-or at a minimum, its perceived ability to give one country an advantage over other similarly situated countries in the competition for capital that we hypothesize provokes many BIT signings.* »).

²⁵ NEUMAYER (Eric) et SPESS (Laura), « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? », *World Development*, vol. 3, no. 1, 2005, p. 27 (« *Developing countries that sign more BITs with developed countries receive more FDI inflows.* ») ; GUZMAN (Andrew), « LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, p. 688 (« *BITs give an individual country the ability to make credible promises to potential foreign investors. As a result, the country is more attractive to foreign investors and will receive a larger volume of investment than it would without the ability to make such promises.* ») ; BUSSE (Matthias), KÖNIGER (Jens) et NUNNENKAMP (Peter), « FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit? », *Review of World Economics*, 2010, p. 171 (« *Our main finding is that BITs do promote FDI flows to developing countries.* »).

²⁶ Treaty for the Protection of Investment, 25 novembre 1959, West Germany-Pakistan, entré en vigueur le 28 avril 1962, 457 United Nations Treaty Series (« **UNTS** ») 23 (remplacé par le TBI Allemagne-Pakistan (2009)).

craignait encore d'être victime²⁷. Les années suivantes, d'autres États européens ont suivi l'Allemagne. En effet, la France a conclu son premier TBI en 1960²⁸, la Suisse en 1961²⁹, les Pays-Bas en 1963³⁰, l'Italie³¹ et l'Union économique Belgique-Luxembourg en 1964³², et la Suède en 1965³³. Les premiers TBI impliquaient très souvent un État européen et un État en voie de développement, souvent un pays africain³⁴. Typiquement, l'État européen possède un modèle de TBI, servant comme texte potentiel, soumis à négociation avec l'État avec lequel elle souhaite entrer en coopération économique³⁵. La majorité des TBI conclus par les États en développement sont similaires, bien que certains modèles aient évolué avec le temps³⁶. Les États-Unis ont adopté des TBI comme outil principal de négociations dans les années 1980 et ils ont également établi un modèle type de TBI³⁷. Celui-ci a joué le rôle de successeur, en améliorant notamment la protection des investisseurs contenue dans les Traités d'amitié, de commerce et de navigation (« TACN ») que les États-Unis avaient pour habitude de signer depuis les années 1770³⁸. La conclusion du TBI a continué de s'accroître progressivement en atteignant près de vingt nouveaux TBI par an jusqu'au milieu des années 1980³⁹. C'est à compter de ce moment que les pays en

²⁷ Voir VANDEVELDE (Kenneth), « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, no. 1, 2005, p. 169.

²⁸ TBI France-Tchad (1960) du 11 août 1960.

²⁹ TBI Suisse-Tunisie (1961), signé le 2 décembre 1961, entré en vigueur le 19 janvier 1964 (remplacé par un nouveau traité).

³⁰ TBI Pays-Bas-Tunisie (1963), signé le 23 mai 1963, entré en vigueur le 19 décembre 1964 (remplacé par un nouveau traité).

³¹ TBI Guinée-Italie (1964), signé et entré en vigueur le 20 février 1964.

³² TBI Union économique belgo-luxembourgeoise-Tunisie (1964), signé le 15 juillet 1964, entré en vigueur le 9 mars 1966 (remplacé par un nouveau traité).

³³ TBI Côte d'Ivoire-Suède (1965), signé le 27 août 1965, entré en vigueur le 3 novembre 1966.

³⁴ ELKINS (Zachary), GUZMAN (Andrew) et SIMMONS (Beth), « Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960 - 2000 », *supra* note 24, p. 269.

³⁵ VANDEVELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, *supra* note 18, p. 1.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ VANDEVELDE (Kenneth), « U.S. International Investment Agreements », *Thomas Jefferson School of Law Research Paper*, no. 3022255, Oxford University Press, 2009, p. 94.

³⁸ *Idem.* p. 1 ; voir également VANDEVELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, *supra* note 18, p. 21 ; COYLE (John), « The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, p. 302, 2013 (« *The United States entered into its first FCN treaty with France in 1778* »).

³⁹ ELKINS (Zachary), GUZMAN (Andrew) et SIMMONS (Beth), « Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 », *supra* note 24, p. 814.

voie de développement se sont ouverts aux IDE, afin de bénéficier des investissements étrangers⁴⁰.

10. Les textes des TBI divergent sur certains aspects, tout en restant plutôt uniformes sur leur structure et leur contenu. La plupart des TBI contiennent des clauses que l'on peut qualifier de standards de protection et de promotion des investissements. Ces standards incluent la définition des investissements soumis à l'accord, les garanties contre les traitements arbitraires et discriminatoires, la garantie d'un traitement juste et équitable (« TJE »), le traitement national, la compensation en cas d'expropriation, la clause de la Nation la Plus Favorisée (« NPF ») et le transfert gratuit des profits⁴¹. En termes de substance, le développement majeur a été l'inclusion de clauses de RDIE. La plus ancienne clause de RDIE connue à ce jour se trouve dans le TBI Danemark-Indonésie signé en 1968 et qui prévoit « *la résolution des litiges par un tribunal d'arbitrage composé de trois membres* ». D'autres États ont suivi dans les années 1970 et 1980⁴², jusqu'à ce que les clauses de RDIE deviennent un standard à compter des années 1990.

11. Depuis le début des années 1990, les pays en transition économique ont joint le phénomène de prolifération des TBI. En effet, les États d'Amérique latine ont connu à cette période de profonds bouleversements suites aux crises économiques des années 1970 et 1980⁴³, ayant conduit à la nécessité d'attirer de nouveaux IDE. Du fait de l'émergence du néolibéralisme à cette époque, l'Amérique latine est devenue plus

⁴⁰ UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, Nations Unies, 2009, p. 1.

⁴¹ *Idem.* p. 13 ; voir aussi CRÉPET DAIGREMONT (Claire), « Les sources du droit international des investissements », in LEBEN (Charles) (ed.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, 2015, p. 94 ; AUDIT (Mathias), BOLLÉE (Sylvain) et CALLÉ (Pierre), *Droit du Commerce International et des Investissements Étrangers*, La librairie générale de droit et de jurisprudence (« LGDJ »), 2ème éd., 2016, pp. 247-258.

⁴² TBI France-Égypte signé en 1974 dispose que : « *Chacune des Parties contractantes accepte de soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C. I. R. D. I.), les différends qui pourraient l'opposer à un ressortissant ou à une société de l'autre Partie contractante.* » ; TBI Royaume-Uni-Malaisie signé en 1981 dispose que : « *Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as 'the Centre') for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 mars 1965 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.* ».

⁴³ PASTOR (Manuel), « Latin America, the debt crisis and the International Monetary Fund », *Latin American Perspectives*, vol. 16, no.1, 1989, p. 81.

active sur la scène des investissements internationaux. Ainsi, à la fin des années 1990, 27 États sud-américains avaient conclu un total de 300 TBI⁴⁴, alors que dans les années 1980 seulement 15 États étaient parties à de tels traités⁴⁵. En signant ces traités contenant des clauses d'arbitrage international, l'Amérique latine s'éloigna de la Doctrine Calvo soumettant les investisseurs étrangers à la juridiction exclusive des États d'accueil⁴⁶.

Nombre de TBI signé de 1980 à 2020

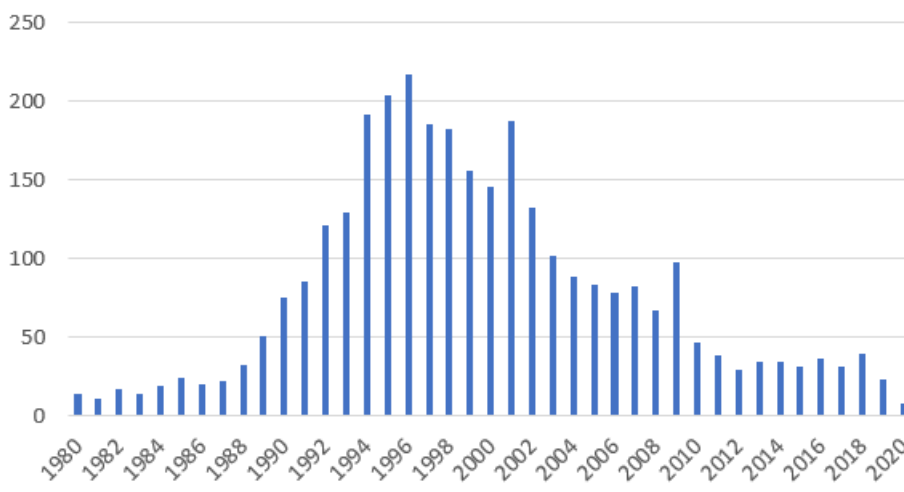


Figure 1 : Nombre de TBI signé de 1980 à 2020

Source : Navigateur des accords d'investissement internationaux, UNCTAD

12. Le nombre de TBI a été multiplié par cinq entre la fin des années 1980 et la fin des années 1990, passant de 385 en 1989 à 1857 en 1999 et impliquant 172 États⁴⁷. A compter du milieu des années 1990⁴⁸, les TBI sont négociés au rythme d'un par jour⁴⁹.

⁴⁴ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties, 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, United Nations Publication, 2000, p. 15.

⁴⁵ *Ibid.* (« *The Latin American countries did not start signing BITs until the late 1980s. Changes in the development strategies of the countries in the region have since led to a rapid growth of BITs, to reach a total of 300 treaties, 93 per cent of which were signed during the 1990s.* »).

⁴⁶ E.g. Panama-États-Unis (1981), Royaume-Uni-Costa Rica (1981); Équateur-Uruguay (1985) ; Pays-Bas-Venezuela (1991); Argentine-Italie (1993) ; pour l'analyse du contenu des TBI types de l'Amérique Latine, voir, VANDELVELDE (Kenneth), « *The Economics of Bilateral Investment Treaties* », *Harvard International Journal*, vol. 41, issue 2, 2000, p. 470.

⁴⁷ UNCTAD, « *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making* », UNCTAD/ITE/IIA/2006/5, 2007, p. 1.

⁴⁸ VANDELVELDE (Kenneth), « *The Economics of Bilateral Investment Treaties* », *supra* note 45, p. 469.

⁴⁹ *Ibid.* (par exemple, rien qu'en 1996 plus de 180 TBI ont été négociés selon CNUCED).

Le pic de conclusion des TBI a été atteint en 1996⁵⁰. Néanmoins, depuis 2002, la conclusion des TBI a beaucoup perdu de son élan. Selon le CNUCED Centre de Politique d'Investissement, de 2002 à 2010, environ 73 TBI ont été signés chaque année. En 2011, seulement 36 TBI ont été signés, ce qui représente un déclin s'il on compare ces chiffres avec les 200 signés en 1996⁵¹. Cette évolution se poursuit, et de moins en moins de TBI sont conclus annuellement⁵². En 2018, la CNUCED relève que le réseau d'AII s'est accru et a atteint le nombre de 3 317 (2 932 TBI et 385 traités contenant des dispositions sur la protection des investissements)⁵³. En 2019, un nombre encore en déclin a été noté avec un peu plus de 15 TBI conclus portant ainsi le nombre total de TBI et de traités contenant des dispositions sur la protection des investissements à 2 654⁵⁴. En plus des TBI, les États concluent des accords bilatéraux de libre-échange (« ALE ») contenant des dispositions sur la protection des investissements⁵⁵ ainsi que des accords d'investissements impliquant plus de deux États tels que : (1) l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») (remplacé par l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (« ACEUM »))⁵⁶, un traité conclu entre les États-Unis, le Canada et le Mexique et qui contient un chapitre sur l'investissement, le Chapitre 11, (2) le Traité sur la Charte de l'énergie (« TCE »)⁵⁷, une convention multilatérale pour le commerce et les investissements dans le secteur de l'énergie,

⁵⁰ UNCTAD, *The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/4, juillet 2020, p. 1.

⁵¹ UNCTAD, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, IIA Issues Note, No. 4, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9, juin 2013, p. 3 (« *The conclusion of bilateral investment treaties peaked in the 1990s. Fifteen years later, the inclination to enter into such treaties has decreased.* »).

⁵² UNCTAD, *Recent Developments in the International Investment Regime*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/1, mai 2018, p. 1 (« *Investment treaty making has reached a turning point. The year 2017 concluded with the lowest number of new international investment agreements (IIAs) since 1983, signaling a period of reflection on, and review of, international investment policies* »).

⁵³ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform: Recent Developments*, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/5, juin 2019, p. 1.

⁵⁴ UNCTAD, *The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments*, IIA Issues Note, No. 1, juillet 2020, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/4, p. 2.

⁵⁵ E.g. Au sein de l'Association Européenne de Libre-Échange (« AELE »), la Suisse est partie à des accords de libre-échange (qui contiennent des dispositions sur l'accès au marché concernant l'investissement) avec le Chili, Singapour, Corée du Sud, Colombie, Pérou, Ukraine, Hong Kong et plusieurs États de l'Amérique Centrale (Costa Rica, Guatemala, Panama).

⁵⁶ Le texte intégral d'ALENA, qui est entré en vigueur le 1er Janvier 1994, reproduit dans 32 *International Legal Materials* (« ILM ») 605 (1993). Par la suite, ALENA a été remplacé par l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (« ACEUM ») signé le 30 novembre 2018 mais pas ratifié.

⁵⁷ Le texte intégral du Traité sur la charte de l'énergie adopté le 17 décembre 1994, reproduit dans 34 *ILM* 360 (1995).

(3) l'Accord de libre-échange entre la République Dominicaine, les États d'Amérique centrale et les États-Unis, communément appelé Accord de libre-échange d'Amérique centrale, « ALÉAC » ou en anglais (« CAFTA ») et qui constitue le premier ALE entre les États-Unis et un groupe d'États en développement situé en Amérique Centrale⁵⁸, (4) l'Association des Nations de l'Asie du sud-est (« ASEAN ») « Comprehensive Investment Agreement » (« ACIA »), un accord régional d'investissement pour les pays du sud-est asiatique⁵⁹. La prolifération des TBI, tout particulièrement pendant les années 1990, peut être qualifiée d'extraordinaire car ces traités contiennent des principes auxquels les pays en voie de développement se sont opposés pendant longtemps. Par exemple, une quantité significative de TBI imposent le paiement d'une compensation adéquate, prompte et effective en cas d'expropriation et ce malgré l'affirmation par certains pays qu'une telle compensation ne pouvait être exigée par le droit international⁶⁰.

II. L'ENJEU DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT (RDIE)

A. L'introduction de l'arbitrage investisseur-État et la création du CIRDI

13. En l'absence d'un mécanisme effectif de résolution des litiges portant sur les investissements étrangers, la communauté internationale s'est posé la question de savoir si cela entraînerait une hésitation des investisseurs à investir dans certains États d'accueil⁶¹. Malgré l'existence de TBI, les années 1970 ont marqué une période

⁵⁸ ALÉAC, signé le 5 août 2004, entré en vigueur le 1er mars 2006, peut être consulté à 43 ILM 514, (ébauche), 2004.

⁵⁹ Le texte intégral de l'ACIA, signé le 26 février 2009, entré en vigueur 24 février 2012, reproduit dans CHAISSE (Julien) et SUFIAN (Jusoh), *The ASEAN Comprehensive Investment Agreement: The Regionalisation of Laws and Policy on Foreign Investment*, Edward Edgar Publishing Ltd., 2016, Annex 2, p. 209.

⁶⁰ VANDEVELDE (Kenneth), « The Economics of Bilateral Investment Treaties », *supra*; note 46, p. 470 ; voir également VANDEVELDE (Kenneth), « A Brief History of International Investment Agreements », *supra* note 27, p. 167.

⁶¹ Voir BALTAG (Crina), « The ICSID Convention: A Successful Story - The Origins and History of the ICSID », in BALTAG (Crina) (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, p. 9 (citant la déclaration par le Président George D. Woods au sujet du règlement des disputes d'investissement, Réunion des directeurs exécutifs, 25 avril 1963, Document SID/63-5, 6 mai 1963, in ICSID, *History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, vol. II-1, ICSID, 1968 p. 4 : « [i]mproved methods for the settlement of investment disputes would contribute to an improvement in the investment climate and would thereby tend to promote the flow of private foreign capital ».

instable en ce qui concerne la réglementation de l'investissement international⁶². Une étude réalisée par les Nations Unies (« ONU ») a identifié 875 instances d'expropriation dans 62 États entre 1960 et 1974⁶³. De plus, au début des années 1970, les pays en développement ont tenté de faire valoir, devant l'Assemblée Générale des Nations Unies, la reconnaissance du droit d'exproprier les investissements étrangers sans versement d'une compensation au titre des pertes subies⁶⁴. Le 1^{er} mai 1974, l'Assemblée générale adopta la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (« NIEO ») affirmant que les États ont la « *souveraineté permanente intégrale* » sur leurs ressources naturelles et activités économiques⁶⁵. Bien que cette déclaration ne spécifie pas l'existence d'une obligation de compenser, celle-ci dispose que la souveraineté des États implique « *le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants* »⁶⁶. En 1974, les Nations Unies ont adopté la controversée Charte des droits et devoirs économiques des États (« CERDS »), qui proclame le droit :

*De nationaliser, d'exproprier, ou de transmettre la propriété des biens étrangers, auquel cas [l'État] devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et toutes les circonstances qu'il juge pertinentes*⁶⁷.

La CERDS, cependant, dispose qu'une compensation « *devrait* », si elle est due, être payée et n'emploie pas le terme « *doit* » consacrant l'existence d'une obligation. Ainsi, l'octroi d'une indemnité n'est pas nécessaire et son caractère « *adéquat* » est apprécié

⁶² MA (David), « A BIT Unfair: An Illustration of the Backlash against International Arbitration in Latin America », *Journal of Dispute Resolution*, no. 2, 2012, p. 572 ; KAUSHAL (Ashna) « Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », *Harvard International Law Journal*, vol. 50, issue 2, 2009, p. 501.

⁶³ VANDELDE (Kenneth), « A Brief History of International Investment Agreements », *supra* note 27, p. 166, voir note de bas de page n° 52.

⁶⁴ VANDELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, *supra* note 18, p. 47.

⁶⁵ Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, G.A. Résolution. 3201(S-VI), U.N.G.A.O.R, 6ème session, 229th mtg., Agenda item 7, U.N. Doc. A/RES/3201(S-VI) (1974), reproduit dans 13 ILM 715 (1994).

⁶⁶ Article 2(2)(c) de la Charte des Droits et Devoirs Économiques des États, Assemblée Générale. Résolution 3821 (XXIX), U.N. GAOR, 29^{ème} session, 2314 mtg., Agenda item 46, U.N. Doc. A/RES/3281(XXIX), 1975, reproduit dans 15 ILM 175 (1976).

⁶⁷ *Ibid.*

uniquement au regard des lois et règlements de l'État-hôte⁶⁸. Dans un tel contexte, le droit international est écarté et il n'est pas nécessaire que la mesure d'expropriation ou de nationalisation soit dictée par des motifs d'intérêt public⁶⁹.

14. La vague d'expropriation combinée à la Déclaration NIEO ainsi que la CERDS ont mis en péril les règles de protection des investisseurs étrangers incluant le niveau de compensation dû à ce dernier en cas d'expropriation. Le conseiller général de la Banque mondiale, Aron Broches, avait identifié, dans les années 1960, lors des négociations à l'ONU sur la souveraineté permanente des États à l'égard de leurs ressources naturelles, les difficultés posées par l'adoption d'un texte commun et universel compte tenu des enjeux⁷⁰. La Banque mondiale ne souhaitait pas prendre parti pour les États développés ou ceux en développement, mais préféra plutôt créer un forum arbitral impartial chargé de trancher les litiges internationaux entre États hôtes et investisseurs⁷¹.

15. En 1965, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« **la Convention CIRDI** » ou « **la Convention de Washington** »)⁷² a établi le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« **CIRDI** » ou « **le Centre** »)⁷³, sous l'égide de la Banque mondiale. La Convention CIRDI est considérée comme l'une des innovations les plus marquantes de ces soixante dernières années en matière de coopération sur la protection des investissements étrangers⁷⁴. Le caractère unique de cette institution réside dans le fait qu'il s'agit d'un régime autonome permettant d'éviter les possibles risques d'interférence des juridictions étatiques et la possibilité de voir la sentence annulée par un tribunal national comme cela est le cas pour l'arbitrage commercial. Les auteurs de cette Convention ont eu le souci d'équilibrer

⁶⁸ BROWER (Charles N.) et TEPE (John) « The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law? », *International Lawyer (ABA)*, vol. 9, no. 2, 1975, p. 305.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *Arbitration International*, vol. 31, issue 2, 2015, p. 184.

⁷¹ REED (Lucy), Paulsson (Jan) *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 4.

⁷² La Convention CIRDI est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, reproduite dans 575 UNTS 159, 4 ILM 524 (1965).

⁷³ BALTAG (Crina), « The ICSID Convention: A Successful Story - The Origins and History of the ICSID », *supra* note 61, p. 1.

⁷⁴ *Ibid.*

les intérêts des investisseurs privés et ceux des États d'accueil. Au lieu de disposer de leur droit de recourir à la protection diplomatique, les États hôtes soumettent le litige à l'arbitrage CIRDI⁷⁵. Le CIRDI a en effet été conçu en vue d'administrer les différends de façon neutre et dans le but d'établir « *un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux* »⁷⁶.

16. L'arbitrage CIRDI offre des garanties aux investisseurs et aux États d'accueil. En effet, les investisseurs étrangers disposent d'une voie de recours directe offerte par une institution neutre et efficace. Les auteurs de la Convention ont expressément prévu que des demandes et donc des demandes reconventionnelles pouvaient également être introduites par les États d'accueil⁷⁷. Dans la pratique, cependant, les demandes reconventionnelles des États sont rares⁷⁸. De plus, en offrant la possibilité de recourir à l'arbitrage CIRDI, les États d'accueil améliorent leur climat d'investissement et attirent des investissements internationaux⁷⁹. L'obligation automatique de se conformer aux sentences arbitrales du CIRDI en vertu de l'article 53 de la Convention rend le système efficace dans son ensemble. Les sentences CIRDI sont en effet définitives car non soumises à un mécanisme d'appel en dehors de ceux prévus par la Convention⁸⁰. De surcroît, la procédure de rectification des sentences est exhaustive⁸¹. Contrairement aux autres sentences internationales, une sentence CIRDI, ne requiert pas de procédure domestique au sein des juridictions étatiques permettant la reconnaissance et elle ne peut ainsi être écartée en vertu de l'ordre public. Cela constitue l'avantage majeur de cette institution. Ainsi, chaque État membre reconnaît que toute sentence CIRDI est « *obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des*

⁷⁵ *Idem.* pp. 7-8.

⁷⁶ CIRDI, *Rapport des Administrateurs de la Banque de développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants*, 18 mars 1965, Section III, § 9.

⁷⁷ Article 46 de la Convention CIRDI ; KENDRA (Thomas), « State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? », *Arbitration International*, vol. 29, issue 4, 2013, p. 575.

⁷⁸ Voir e.g. *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, CIRDI aff. n° ARB/06/1, Sentence, 7 Décembre 2011 ; *Goetz c. Burundi*, Sentence, CIRDI aff. n° ARB/01/2, 21 juin 2012.

⁷⁹ BALTAG (Crina), « The ICSID Convention: A Successful Story - The Origins and History of the ICSID », *supra* not 61, p. 9.

⁸⁰ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2012, p. 300.

⁸¹ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2009, Art. 53(2).

obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État »⁸². A l'inverse, les sentences arbitrales portant sur le domaine de l'investissement mais rendues par une autre institution arbitrale ou un tribunal arbitral *ad hoc* sont considérées comme étant des décisions étrangères qu'il conviendra de reconnaître en vertu de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (la « **Convention de New York** »)⁸³.

17. Le CIRDI met à disposition des locaux pour la tenue de l'arbitrage ou de la conciliation entre deux États membres de la Convention. Dans le cas où seule une partie est membre de la Convention, l'arbitrage sera conduit en vertu du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI. Le Centre administre également les différends entre parties non-signataires ; dans ce cas, le Secrétaire général du CIRDI est investi du pouvoir de nomination⁸⁴ ou détient le pouvoir de décider s'il convient de disqualifier un arbitre⁸⁵.

18. L'arbitrage CIRDI ne saurait être obligatoire du simple fait que l'État d'accueil et l'investisseur étranger ressortissant d'un autre État sont tous deux parties à la Convention. Il devient obligatoire si les deux parties ont consenti à ce forum⁸⁶. Les TBI contiennent généralement des dispositions adoptant l'arbitrage en cas de litige et les États d'accueil optent fréquemment pour le CIRDI et/ou le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (« **CNUDCI** »)⁸⁷, souvent sous la supervision de la Cour permanente d'arbitrage (« **CPA** »). Certains TBI ou AII proposent une option entre le CIRDI et d'autres institutions telles que l'institution d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (« **SCC** »), la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce

⁸² Article 54(1) de la Convention CIRDI.

⁸³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, signée le 10 juin 1958, entrée en vigueur 7 juin 1959, 21 U.S.T. 2517, 330 UNTS 38.

⁸⁴ REED (Lucy), PAULSSON (Jan) *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, *supra* note 71, p. 20.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ SCHREUER (Christoph), « Consent to Arbitration » in MUCHLINSKI (Peter), ORTINO (Federico) et SCHREUER (Christoph) (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 835-836.

⁸⁷ Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, U.N.G.A.O.R., 31^{ème} session, Supplément n° 17, U.N. Doc. A/31/17, 28 avril 1976, reproduit dans 15 ILM 701 (1976).

Internationale (« CCI »), ou la Cour d'arbitrage international de Londres (« LCIA »)⁸⁸.

19. La raison d'être du RDIE est de fournir un certain niveau de sécurité et d'encourager les étrangers à investir dans un État d'accueil. Selon le Professeur Genevieve Bastid-Burdeau, « *L'objectif [de l'arbitrage d'investissement] est évidemment de renforcer la sécurité juridique des investisseurs internationaux. C'est également une aspiration à la sécurité juridique offerte par les méthodes de règlement fondées sur le droit qui conduit à un intérêt nouveau des États pour le règlement arbitral.* »⁸⁹ L'arbitrage international offre aux États l'opportunité de dépolitiser les litiges impliquant les investisseurs en leur proposant un forum impartial et effectif permettant aux deux parties d'être autonomes et de nommer les arbitres de leurs choix. La sentence CIRDI est définitive et dispose de la force obligatoire. Elle peut notamment être reconnue et exécutée dans n'importe quel État membre du CIRDI, contrairement aux autres sentences qui seront à minima soumis à la Convention de New York. Ainsi, le droit d'action contre les États d'accueil constitue une avancée encourageant les investisseurs étrangers à poursuivre leur développement économique.

B. La prolifération des litiges RDIE

20. L'utilisation de l'arbitrage international comme méthode de résolution des litiges a connu une croissance exponentielle ces vingt dernières années. Les flux d'IDE n'ont cessé de s'accroître dans le milieu des années 1990. Ils se sont accompagnés d'une expansion du réseau de TBI et des ALE. Ainsi, l'augmentation du nombre d'AII a engendré l'accroissement de litiges d'investissement.

21. Les partisans du système du RDIE mettent en valeur les avantages d'un tel système, qui a positivement contribué : (1) à la promotion du concept d'État de droit au niveau international, (2) au fonctionnement du marché économique international, (3) à l'augmentation des flux d'investissements étrangers, (4) à la croissance

⁸⁸ REINISCH (August), « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanism: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration », in BUFFARD (Isabelle), CRAWFORD (James) *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation*, Koninklijke Bil, 2008, pp. 110-112.

⁸⁹ BASTID-BURDEAU (Genevieve), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, vol. 1995, issue 1, p. 3.

économique, (5) ainsi qu'au développement des États exportateurs et importateurs de capitaux⁹⁰. Le premier arbitrage découlant d'un TBI a été enregistré en 1987⁹¹. Les premiers rapports indiquant la quantité d'affaires enregistrées affichaient une majorité de litiges contractuels dans lesquels les parties avaient désigné le Centre dans leur clause compromissoire⁹². La prolifération des TBI dans les années 1990 a en partie été encouragée par le faible volume de litiges d'investissement basés sur des TBI, 50 affaires ayant été enregistrées jusqu'en 1997⁹³. Cependant, ce chiffre s'est accru depuis le début des années 2000. Avant 2003, le nombre cumulé de litiges enregistrés ne dépassait pas 100. Toutefois entre 2003 et 2013, le nombre de litiges entre investisseurs et États s'est élevé à 461⁹⁴.

Nombre d'arbitrage d'investissement de 1993 à 2021

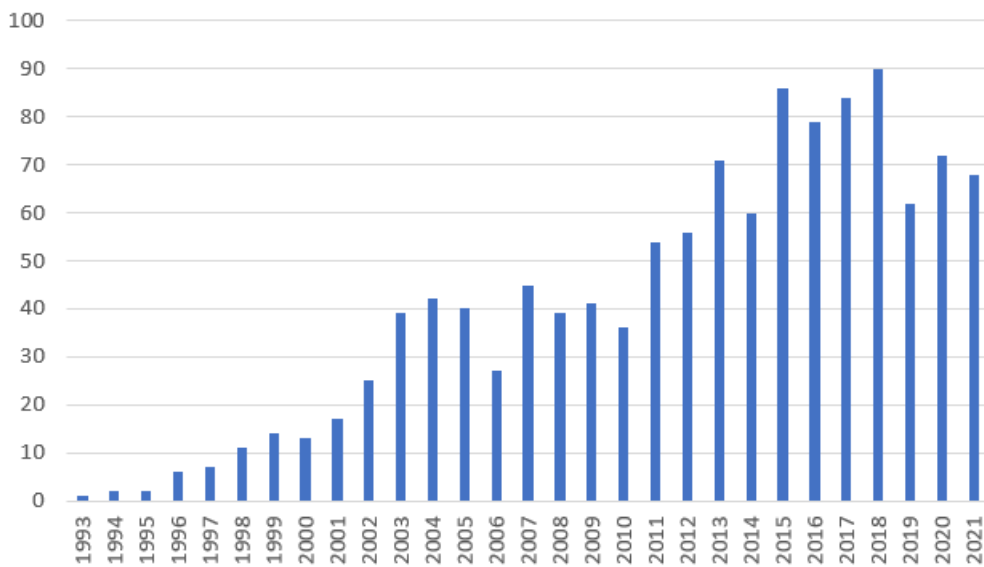


Figure 2 : Nombre d'affaires connu de 1993 à 2021

Source : Statistiques des litiges médiatisés, Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements CNUCED Centre de Politique d'Investissement

⁹⁰ Voir SCHILL (Stephan), « Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, issue 1, 2011, p. 62.

⁹¹ *Asian Agricultural Products Ltd. (« AAPL ») c. Sri Lanka*, CIRDI aff. n° ARB/87/3, Sentence, 27 juin 1990 ; 23 litiges non-relatifs aux investissements ont été enregistrés auprès du CIRDI avant *AAPL*. Voir REED (Lucy), PAULSSON (Jan) *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, *supra* note 71, p. 7.

⁹² MCLAUHLAN (Campbell), SHORE (Laurence) et WEINIGER (Matthew), *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2nd ed., 2017, p. 4.

⁹³ ROGERS (Catherine) et ROGERS (Alford), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. xiii.

⁹⁴ ABBOTT (Roderick), ERIXON (Frederik) et FERRACANE (Martina), « Demystifying Investor-State Dispute Settlement », *ECIPE Occasional Paper*, no. 5, 2014, p. 8.

22. Cependant, avec l'augmentation du réseau des TBI, le nombre de différends investisseur-État a explosé ces vingt dernières années. A la fin de 2020, la CNUCED rapporte l'existence de 1104 litiges d'investissement soumis au RDIE impliquant 124 États défendeurs et un groupement économique⁹⁵. Au 31 décembre 2021, il y a 1 190 cas de RDIE connus⁹⁶. Ces chiffres incluent les 869 affaires enregistrées par le CIRDI au 30 décembre 2021⁹⁷. Cependant les chiffres pourraient être supérieurs compte tenu de la confidentialité de certains différends. Ainsi, il semble juste de qualifier le RDIE comme étant un mécanisme prévu par le droit international qui s'est développé à une vitesse extraordinaire. La hausse du nombre de litiges relevant du RDIE n'est cependant pas sans raisons. Le RDIE est, en effet, la conséquence d'une augmentation des flux transfrontaliers associés au développement de la mondialisation depuis la fin de la guerre froide⁹⁸. En réalité, étant donné l'existence de plus de 3 000 AII⁹⁹, l'augmentation de l'utilisation de l'arbitrage d'investissement ces vingt dernières années semble proportionnelle.

23. Pour ce qui est du montant des réparations accordé par les tribunaux arbitraux, les données démontrent que malgré les demandes élevées émises par les investisseurs, les sommes finalement allouées sont bien en deçà de celles demandées. A cet égard, le Professeur Susan Franck a mené une étude sur 52 sentences arbitrales d'investissement. Cette étude démontre que le montant moyen des demandes émises par les investisseurs s'élève à 343,5 millions de dollars US ; pourtant dans 31 de ces affaires, l'investisseur n'a rien obtenu¹⁰⁰. En d'autres termes, le tribunal n'a accordé aucune réparation dans plus de la moitié des affaires étudiées. Pour les 21 affaires

⁹⁵ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts And Figures 2020*, IIA Issues Note, No. 4, septembre 2021, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2021/7, p. 1.

⁹⁶ Statistiques des litiges médiatisés, Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements CNUCED Centre de Politique d'Investissement, consulté en mai 2022.

⁹⁷ CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, numéro 1, 2022, p. 7

⁹⁸ Concernant le développement des flux des investissements étrangers, voir UNCTAD, *World Investment Report: Transnational Corporation, Extractive Industries and Development*, UNCTAD/WIR/2007, 2007, pp. 3-30.

⁹⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, UNCTAD/WIR/2019, United Nations Publication, 2019, p. 99 (« In 2018, countries concluded 40 international investment agreements (IIAs): 30 bilateral investment treaties (BITs) and 10 treaties with investment provisions (TIPs). This brought the size of the IIA universe to 3,317 agreements (2,932 BITs and 385 TIPs) »).

¹⁰⁰ FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, issue 1, 2007, p. 57.

restantes, le montant moyen des réparations accordées s'élève à 10,4 millions de dollars US, soit deux centimes pour un dollar réclamé¹⁰¹. Une autre étude sur les sentences rendues jusque janvier 2012 affiche des résultats similaires ; en effet, le montant moyen des demandes émises par l'investisseur s'élève à 622 millions de dollars US et le montant alloué par les tribunaux s'élève en moyenne à 16,6 millions de dollars US, soit en moyenne trois centimes par dollar réclamé par l'investisseur¹⁰². Cependant, dans un petit nombre d'affaires, le CIRDI ainsi que certains tribunaux *ad hoc*, ont alloué des montants significatifs contre les États défendeurs dont les agissements en cause ont été jugés contraires aux standards de protection des investissements. A titre d'exemple, en juillet 2014, la CPA a condamné la Russie à payer la somme de 50 milliards de dollars US ainsi que 60 millions de dollars US au titre des frais de procédure à l'actionnaire Yukos, cette sentence est la plus élevée de l'histoire¹⁰³. Bien que le 20 avril 2016, la sentence ait fait l'objet d'une procédure d'appel durant laquelle la Cour suprême néerlandaise a annulé une décision de la Cour d'appel de La Haye qui confirmait les sentences prononcées dans les trois affaires, *Yukos* a décidé de renvoyer l'affaire à une cour inférieure¹⁰⁴. Le montant des dommages alloués par le tribunal à *Yukos* a causé de sérieux questionnements de la part des États et des contribuables sur la place de la souveraineté des États et sur la légitimité du système du RDIE tout entier¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Idem*. pp. 57-59.

¹⁰² FRANCK (Susan), « Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, issue 1, 2014, p. 14.

¹⁰³ *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Russie*, CPA aff. n° AA 226, Sentence finale, 18 juillet 2014 ; *Yukos Universal Limited (L'île de Man) c. Russie*, CPA aff. n° AA 227, Sentence finale, 18 juillet 2014 ; *Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. Russie*, CPA aff. n° AA 228, Sentence finale, 18 juillet 2014.

¹⁰⁴ DJANIC (Vladislav), « [Updated With Full Analysis] Yukos V. Russia Saga To Continue, as Dutch Supreme Court Overturns Lower Court's Decision to Uphold the Three Underlying Awards Without Considering Russia's Fraud Arguments – But Remands the Case to the Amsterdam Court of Appeal », *IA Reporter*, 5 novembre 2021 ; Tribunal du District de la Haye, Annulation des sentences arbitrales sur une plainte d'un milliard de dollars contre la Russie, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229, 20 avril 2016 (disponible seulement en néerlandais).

¹⁰⁵ VAN HARTEN (Gus) et MALYSHEUSKI (Pavel), « Who has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, no. 14/2016, 2016, p. 6 (citant l'affaire *Yukos* comme l'exemple phare du forum shopping où des individus aisés avaient pu utiliser l'arbitrage d'investissement pour agir contre leur propre État et concluant que « *ISDS has produced monetary benefits primarily for those companies or individuals at the expense of respondent states* ») ; pour la critique des sentences arbitrales excessives, voir CHUNG (Olivia), « The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration », *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, no. 4, 2007, p. 965

III. LE CONTRECOUP DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

24. Cependant les statistiques démontrent que les investisseurs ont succombé dans la majorité des procédures arbitrales d'investissement¹⁰⁶, et l'explosion du nombre de procédures contre les États-hôtes¹⁰⁷ a fait l'objet d'une attention toute particulière depuis le début des années 2000. Depuis ces deux dernières décennies, de nombreuses critiques concernant l'arbitrage d'investissement ont été émises concernant les procédures arbitrales dans le domaine de l'investissement par les États défendeurs, des groupes anti-globalisation, des parties politiques radicaux ainsi que par certaines personnalités académiques¹⁰⁸. Des États ont rejeté le RDIE, d'autres se sont retirés des traités d'investissement, et certains ont demandé des réformes institutionnelles, pour chercher *in fine* à restreindre l'utilisation de l'arbitrage investissement, ce qui s'est traduit par le « *contrecoup de l'arbitrage d'investissement* » (connu en anglais comme « *the backlash against investment arbitration* »)¹⁰⁹. Au début des années 2000, ce phénomène de contrecoup et le mécontentement de certains à l'égard du RDIE ont fait naître de nombreux débats au sein du corps académique¹¹⁰. L'un des principaux

(« *Excessive awards to investors constitute another factor exacerbating the lopsided benefits of BITs by placing huge burdens on a host state's financial resources.* »).

¹⁰⁶ UNCTAD, *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures*, IIA Issues Note, No. 3, novembre 2017, UNCTAD/DIAE/PCB/2017/7, p. 2 (« *As of 31 July 2017, about 530 ISDS proceedings had been concluded. About one third of concluded cases were decided in favour of the State (claims were dismissed either on jurisdictional grounds or on the merits), and about one quarter were decided in favour of the investor, with monetary compensation awarded* »).

¹⁰⁷ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020*, IIA Issues Note, No. 4, septembre 2021, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2021/7, p. 1 (« *To date, 124 countries and one economic grouping are known to have been respondents to one or more ISDS claims.* »).

¹⁰⁸ BROWER (Charles N.) et BRANCHARD (Sadie), « From Dealing in Virtue' to Profiting from Injustice': the Case against Re-Statification of Investment Dispute Settlement », *TDM*, vol. 10, issue 4, 2013, p. 1.

¹⁰⁹ Voir KAUSHAL (Ashna), « Revisiting history: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime », *supra* note 62, p. 491 (« *These disputes have revealed a number of tensions in the BIT architecture, including the discord between preserving sovereignty and attracting investment and concern over the scope of treaty obligations. Such tensions point to a growing backlash against the regime of investment treaty arbitration characterized by critiques of substantive bias, procedural shortcomings, and political consequences.* ») ; WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010 ; LANGFORD (Malcolm) et BEHN (Daniel), « Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitration? », *The European Journal of International Law*, vol. 29 no. 2, Oxford University Press, 2018, p. 552 (« *For a number of reasons, the development of this regime has precipitated a backlash from some states, various civil society actors and scholars.* »).

¹¹⁰ Voir *e.g.* RYAN (Christopher), « Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 29, no. 3, 2008, p. 726 ; KAUSHAL (Ashna), « Revisiting history: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime », *idem.* ; MAVROIDIS (Petros) *et al.*, « Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO Be the Solution », *Journal of*

exemples est la publication d'un livre entier sur le sujet nommé *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*¹¹¹, cet ouvrage ayant pour objet l'analyse des controverses à l'égard de l'arbitrage d'investissement et la légitimité de ces dernières, tout en proposant des améliorations. En 2010, le Professeur Christoph Schreuer a décrit ce phénomène de contrecoup comme constituant : « *disenchantment with investment arbitration in some quarters, or perhaps as a partial retreat, primarily regional. Latin America obviously is more strongly affected than other parts of the world.* »¹¹² Le contrecoup de l'arbitrage d'investissement découle des litiges ayant donné lieu à la condamnation des États hôtes ; cela a conduit à leur opposition au mécanisme du RDIE, particulièrement lorsqu'étaient en jeu les domaines liés à la politique des États¹¹³. La multiplication des sentences arbitrales a engendré une certaine préoccupation des États à l'égard de l'impact que pouvait avoir l'arbitrage sur leur souveraineté. La compréhension du contrecoup de l'arbitrage d'investissement est indispensable au succès d'une éventuelle réforme du droit international des investissements et de l'arbitrage. Bien qu'il existe diverses formes de « *contrecoup* », la Section suivante aura pour objet d'analyser ses différentes manifestations ayant conduit à ce qui est appelé aujourd'hui la « *crise de légitimité* » de l'arbitrage d'investissement.

A. La contre-attaque de l'Amérique latine contre le RDIE : la dénonciation du CIRDI

25. Les pays d'Amérique latine ont connu une histoire tumultueuse avec le CIRDI. Initialement, ces pays rejetaient la possibilité de recourir à des tribunaux internationaux pour résoudre les litiges avec les investisseurs étrangers et étaient partisans de la Doctrine Calvo prohibant l'arbitrage d'investissement. Lorsque la Banque Mondiale proposa la création du CIRDI en 1964, les pays d'Amérique latine,

World Investment & Trade, vol. 2, issue 3, 2011 ; MA (David), « A BIT Unfair: An Illustration of the Backlash against International Arbitration in Latin America », *supra* note 62 ; KAHALE III (George), « Is Investor-State Arbitration System Broken? », *TDM*, vol. 9, issue 7, 2012.

¹¹¹ WAIBEL (Michael), *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, *supra* note 109.

¹¹² MAVROIDIS (Petros) *et al.*, « Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO Be the Solution », *supra* note 110, p. 434.

¹¹³ ORTIZ (Alejandro) *et al.*, « Two Solutions for One Problem: Latin America's Reactions to Concerns over Investor-State Arbitration », *TDM*, vol. 13, issue 2, 2016, p. 1 (« *Perhaps one of the most well known critiques arises out of the use of investor-State arbitration to challenge public policy measures taken by States in sensitive areas such as health and environmental protection.* »).

dans un effort concerté, ont tenté de mettre en cause la Convention lors d'une session consultative, à travers le fameux « *No de Tokyo* »¹¹⁴. Ce n'est pas avant la crise de la dette ayant frappé le continent sud-américain dans les années 1980, que ces États décidèrent de ratifier la Convention CIRDI dans le but d'attirer des investissements étrangers et de promouvoir les échanges économiques transfrontaliers, c'est à dire l'influence néolibérale¹¹⁵. Le Honduras et le Salvador ont signé la Convention dans les années 1980¹¹⁶, le reste des États, à l'exception du Mexique et du Brésil, sont devenus parties à la Convention dans les années 1990¹¹⁷. Il convient de noter que le Mexique est devenu le 162^{ème} États à signer la Convention CIRDI¹¹⁸, entrée en vigueur le 26 août 2018¹¹⁹. Cette ratification par le Mexique fait du Brésil le seul État sud-américain à ne pas avoir signé la Convention CIRDI.

26. Lors du début des années 2000, « *ICSID has witnessed a dramatic increase in the number of arbitration requests where Latin American countries are the respondents* »¹²⁰. L'Amérique latine a été la zone géographique ayant fait l'objet du plus grand nombre d'arbitrages d'investissement¹²¹. Jusqu'en novembre 2019, 52 % des affaires pendantes au CIRDI, c'est-à-dire 63 litiges sur 121 représentaient des cas constitués à l'encontre d'États d'Amérique latine¹²². De plus, seulement 29,4 % des affaires finalisées du CIRDI (53 cas sur 180) l'ont été à l'encontre d'un État d'Amérique latine, ce qui démontre le rôle accru de la région dans les litiges d'investissements internationaux ces dernières années¹²³. Durant plusieurs décennies,

¹¹⁴ PUIG (Sergio), « Emergence & Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration & International Law », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44, no. 2, 2012, p. 551.

¹¹⁵ KUCZYNSKI (Pedro-Pablo) et WILLIAMSON (John), *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*, Washington: Institute for International Economics, 2003, pp. 24-25.

¹¹⁶ CIRDI, ICSID/3, Liste des États contractants et signataires de la Convention au 3 septembre 2021.

¹¹⁷ REED (Lucy), PAULSSON (Jan), *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, *supra* note 71, p. 1 ; LAZO (Rodrigo), « Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention? », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 6.

¹¹⁸ « Mexico Signs the ICSID Convention », *ICSID News Release*, 11 janvier 2018.

¹¹⁹ CIRDI, ICSID/3, Liste Des États Contractants et Signataires de la Convention au 3 septembre 2021.

¹²⁰ GOMEZ (Katia), « Latin America and ICSID: David versus Goliath », *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, no. 2, 2011, p. 195.

¹²¹ AHEE (Linda) et WALCK (Richard), « ICSID Arbitration in 2009 », *TDM*, vol. 7, issue 1, 2010, p. 3 (« *Once again, Latin America was the area most frequently sued, with 40% of the total filings.* »).

¹²² HAMILTON (Jonathan) et ROCHE (Michael), « Developments in Latin American Arbitration Law 2009 », *TDM*, vol. 6, issue 4, 2009, p. 12.

¹²³ *Ibid.*

un certain nombre d'États de la région ont dû faire face à au moins un arbitrage d'investissement découlant d'un traité dont ils étaient parties. L'Argentine est l'État ayant été le plus fréquemment poursuivi avec plus de 50 affaires en lien principalement avec la crise financière de 2001 et les mesures adoptées pour y faire face¹²⁴. Elle est suivie par le Venezuela et l'Équateur¹²⁵. En effet, l'Équateur a fait l'objet de la sentence CIRDI la plus élevée prononcée à l'encontre d'un État-hôte en 2012, celle-ci s'élevait à 1,77 milliard de dollar US (2,3 milliards de dollar US avec les intérêts)¹²⁶, bien que le Comité ad hoc d'annulation ait partiellement abrogé la sentence sur le fondement de l'excès de pouvoir manifeste et a revu le montant des réparations à la baisse¹²⁷. Le Venezuela a également été condamné à payer la somme de 1,6 milliards de dollars US¹²⁸ à l'occasion d'un litige impliquant une entreprise énergétique néerlandaise¹²⁹.

27. La réticence des États d'Amérique latine à l'égard du CIRDI n'est, compte tenu du contexte, pas surprenante, notamment car ces États étaient de plus en plus poursuivis devant le CIRDI. Ils ont d'ailleurs pu décrire le mécanisme du CIRDI comme étant « *not transparent ... does not account for the disparity in economic situation of regime members* », et les arbitres CIRDI « *have an investor bias [and whose] decisions infringe on the legitimate exercise of sovereignty by host*

¹²⁴ *Ibid.* ; UNCTAD, *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, mai 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3, p. 4. La majorité des arbitrages engagés à l'encontre d'Argentine résultant de la crise économique de 2001 et les mesures adoptées par l'Argentine pour compenser la crise et ses conséquences. Voir TORTEROLA (Ignacio) et GOSIS (Brian), « Argentina », in HAMILTON (Jonathan), GARCIA-BOLIVAR (Omar) et OTERO (Hernando) (eds.), *Latin American Investment Protections: Comparative Perspectives on Laws, Treaties, and Disputes for Investors, State and Counsel*, Martinus Nijhoff, 2012, p. 15.

¹²⁵ UNCTAD, *Recent Development in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, mai 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3, p. 4 ; CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, Numéro 2013-1, 2013, p. 11 (Selon les statistiques de CIRDI pour l'année 2012, l'Amérique du Sud et l'Amérique centrale (à l'exclusion du Mexique) représentent 36 % des affaires CIRDI).

¹²⁶ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company c. Équateur*, CIRDI aff. n° ARB/06/11, Sentence, 5 octobre 2012.

¹²⁷ *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company c. Équateur*, CIRDI aff. n° ARB/06/11, Décision sur l'annulation de la sentence, 2 novembre 2015 (Le Comité d'annulation a affirmé que le tribunal avait manifestement excédé ses attributions dans la mesure où il s'est reconnu compétent concernant un investissement détenu par un cessionnaire chinois. Par conséquent, le Comité d'annulation a décidé que la compensation due par l'Équateur devrait être limitée à 60 % de la valeur puisque les 40 % restant ont été transmis à un tiers et le demandeur ne peut prétendre être le propriétaire légal au nom du véritable propriétaire.).

¹²⁸ *Venezuela Holdings B.C. et al. c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/07/27, Sentence, 9 octobre 2014.

¹²⁹ La sentence arbitrale a été partiellement annulée à posteriori. Voir *Venezuela Holdings B.C. et al. c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/07/27, Décision sur l'annulation, 9 mars 2017.

countries »¹³⁰. Les États d'Amérique latine ont été soumis à de nombreuses procédures arbitrales. Ceci les a menés à se pencher sur la teneur des sentences rendues par l'institution. Ainsi, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont décidé de se retirer de la Convention CIRDI. Cependant, la dénonciation par ces trois États de la Convention CIRDI ne les protège pas totalement des procédures arbitrales puisque les TBI signés par ces dits États contiennent, pour la plupart, une clause d'arbitrage soumettant les litiges aux règles arbitrales de la CNUDCI¹³¹. C'est pourquoi l'Équateur et le Venezuela ont décidé de mettre fin à l'arbitrage d'investissement. Certains États ont été jusqu'à amender leur constitution et adopter des lois plus protectionnistes afin de se rapprocher à nouveau de la doctrine Calvo.

28. Cette mauvaise expérience avec le CIRDI a poussé les États d'Amérique latine à se tourner vers un nationalisme économique. A la suite de ce mouvement protectionniste, la Bolivie et Cuba décidèrent en 2004 de créer une alliance régionale pour la libéralisation des échanges. Cette alliance nommée l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (« ALBA »)¹³², regroupe certains États d'Amérique centrale et du sud, notamment l'Équateur et le Venezuela¹³³. Lors du cinquième sommet présidentiel de l'ALBA en 2007, la Bolivie, le Venezuela et le Nicaragua ont fait part de leur volonté de se retirer du système CIRDI afin de garantir leur droit souverain de régler dans le domaine des investissements étrangers¹³⁴. En 2009, Le Président de l'Équateur, M. Rafael Correa a déclaré au sein des Nations-Unis que, « *if a system has failed, we cannot expect a solution from those who created that system. Instead, we have to look to others like our own people.* »¹³⁵

¹³⁰ SALACUSE (Jeswald), « The Emerging Global Regime for Investment », *Harvard International Law Journal*, vol. 51, no. 2, 2010, p. 469.

¹³¹ Articles 11.2(a)-(b) du TBI Pays-Bas-Équateur de 1999 prévoit qu'un litige d'investissement peut être soumis aux « *competent tribunals* » de l'État hôte « *or to international arbitration.* ». L'investisseur peut choisir de soumettre le litige au CIRDI ou à un « *an ad hoc arbitration tribunal, which unless otherwise agreed by the parties to the dispute, is to be established under the Arbitration Rules of the [UNCITRAL].* » Voir aussi Article IX du TBI États-Unis-Bolivie de 1998 : « *The investor may choose among the [ICSID] (Convention Arbitration), the Additional Facility of ICSID ... ad hoc arbitration using the Arbitration Rules of the [UNCITRAL], or any other arbitral institution or rules agreed upon by both parties to the dispute.* »

¹³² En espagnol, Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América.

¹³³ LAZO (Rodrigo), « Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention? », *supra* note 117, p. 10.

¹³⁴ *Idem.* p. 11.

¹³⁵ DRAPER (Melissa), « President Correa speaks at U.N event 'Peoples rights not Corporate profits' », *Network for Justice in Global Investment*, juillet 2008.

29. L'ALBA a proposé la création d'un centre régional en remplacement du CIRDI qui aurait pour objet la résolution des litiges impliquant les investisseurs étrangers tout en prenant compte les réalités sociales, économiques et politiques de la région¹³⁶. Le traité portant création de l'Union des Nations de l'Amérique du Sud (« UNASUR ») fut instauré en mai 2008, établissant un centre d'arbitrage permettant aux États d'Amérique latine de pouvoir résoudre les litiges sans interférence étrangère¹³⁷. Le projet de règlement reflète largement les critiques de la région émises à l'égard du mécanisme du RDIE. En effet, il inclut la promotion de l'utilisation de la protection diplomatique, un tribunal d'appel et les sentences ont valeur de précédent¹³⁸. De plus, ce projet de règlement inclut une compétence juridictionnelle limitée et impose l'épuisement des recours internes¹³⁹.

30. Comme tous les traités internationaux, la Convention CIRDI est soumise à une possibilité de dénonciation par l'un de ses membres si celui-ci considère qu'elle ne satisfait plus ses intérêts¹⁴⁰. L'article 71 de la Convention CIRDI dispose que « *Tout État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.* »¹⁴¹ Ainsi, pendant une période de six mois, les droits et obligations découlant de la Convention sont maintenus à l'égard de l'État dénonciateur. Aujourd'hui, trois États ont officiellement dénoncé la Convention

¹³⁶ GOMEZ (Katia), « Latin America and ICSID: David versus Goliath », *supra* note 120, p. 223.

¹³⁷ *Idem.* pp. 223-224.

¹³⁸ LEATHLEY (Christian), « What Will the Recent Entry into Force of the UNASUR Treaty Mean for Investment Arbitration in South America? », *Kluwer Arbitration Blog*, 13 April 2011 ; L'Union des nations sud-américaines est une organisation régionale intergouvernementale qui comprenait autrefois douze pays d'Amérique du Sud ; en 2019, la plupart se sont retirés. Le traité constitutif de l'UNASUR a été signé le 23 mai 2008, lors du troisième sommet des chefs d'État, qui s'est tenu à Brasília, au Brésil. Pour accéder au traité, consultez le South American Infrastructure and Planning Council (COSIPLAN).

¹³⁹ Voir 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR. Article 5(11) prévoit que les États peuvent exiger, comme condition préalable à leur consentement de recourir à l'arbitrage, l'épuisement des voies de recours judiciaires et administratives internes (« *In cases of disputes between a State and a national of another State, that State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition to submit a dispute to conciliation or arbitration at the Centre. That power may only be exercised at the time the State consents to submit a dispute to the mechanisms established by the Centre.* ») ; SARMIENTO (Maria), The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR, 14 décembre 2015 (traduction non officielle en anglais).

¹⁴⁰ Voir Article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités 1969 (« CVDT »), 1155 UNTS 311, 8 ILM 679 (1969).

¹⁴¹ De plus, l'article 72 de la Convention CIRDI dispose que la notification de dénonciation « *ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit État ... qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.* »

CIRDI, la Bolivie en 2007, l'Équateur en 2009 et le Venezuela en 2012¹⁴². Toutefois, l'Équateur a rejoint à nouveau la Convention CIRDI après avoir déposé son instrument de ratification le 4 août 2021¹⁴³. La dénonciation de la Convention CIRDI ainsi que la suppression de certains TBI constituent une forte opposition à l'égard de l'arbitrage d'investissement.

1. La Bolivie

31. Le 2 mai 2007, la Bolivie a soumis sa notification visant à formaliser son retrait de la Convention CIRDI, et celle-ci fut effective six mois à compter de la réception de la notification, soit au 3 novembre 2007¹⁴⁴. Pour justifier sa décision, le gouvernement bolivien a fait état des différents problèmes émanant selon lui de l'arbitrage CIRDI. Ces critiques concernent l'existence d'un parti-pris en faveur des investisseurs, l'incompatibilité de la Convention avec la Constitution de Bolivie, le manque de transparence et l'absence de mécanisme d'appel, le coût élevé des procédures et l'allocation de dommages et intérêts excessifs¹⁴⁵. Le Président Evo Morales s'est référé à la critique de favoritisme à l'égard des investisseurs en relevant que « *[t]he governments of Latin America and I think the world, never win the cases. The multinationals always win.* »¹⁴⁶ L'affaire CIRDI *Aguas del Tunari c. Bolivie*¹⁴⁷, un

¹⁴² La Bolivie a dénoncé la Convention CIRDI le 2 mai 2007. L'Équateur et le Venezuela en feront de même, respectivement le 9 juillet 2009 et le 24 janvier 2012, MANCIAUX (Sébastien), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2007, p. 355 ; MANCIAUX (Sébastien), « CIRDI - Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, avril 2011, § 2 (« Par sa dénonciation en date du 6 juillet 2009, l'Équateur est en effet devenu le second État à se retirer du système CIRDI après la Bolivie ») ; MANCIAUX (Sébastien), « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2012, n° 1, p. 215. Le 30 avril 2007, Hugo Chavez avait annoncé le retrait du Venezuela de la Banque mondiale et du Fonds Monétaire International, et envisageait la création d'une institution bancaire latino-américaine qui s'y substituerait.

¹⁴³ Communiqués CIRDI, « L'Équateur ratifie la Convention du CIRDI », 4 août. 2021.

¹⁴⁴ Lettre de David Choquehuanca Cespedes, Ministre des Affaires Étrangères, Bol., to Paul Wolfowitz, Président, World Bank, *Candleria Ofidaka la Salida de Bolivia del CIADI (Ministry of Bolivia Officially Exits ICSID)*, 1 May 2007, reproduit dans 46 ILM 973 (2007) ; MANCIAUX (Sébastien). « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 2, p. 355 ; FEKL (Matthias), « Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 2019, p. 413.

¹⁴⁵ DURNEY (Mariana), « Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: A Perspective from Latin American Cases », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 17, 2013, pp. 234-235 (citant les explication données par l'ancien Ministre de la défense juridique de Bolivie, Elizabeth Arismendi dans « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el CIADI », Arismendi ajoute aux raisons mentionnées ci-dessus le cout important pour l'État et approfondi les arguments relatifs à l'absence d'impartialité et de partis pris en faveur des investisseurs).

¹⁴⁶ « Latin Leftists Mull Quitting World Bank Arbitrator », *Reuters*, World News, 30 avril 2007.

¹⁴⁷ *Aguas del Tunari SA c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/03.

litige découlant d'un contrat de concession pour la fourniture d'eau potable et de traitement des eaux dans la ville de Cochabamba, a été cité comme étant l'un des exemples probants de ces problèmes¹⁴⁸. Dans cette affaire, il faut noter qu'aucune sentence arbitrale n'a été rendue à ce jour. La seule sentence arbitrale impliquant l'État de Bolivie a été enregistrée en 2006, le tribunal n'a pas été réuni avant le 19 décembre 2007 et la sentence a été rendue en 2015, soit bien après la dénonciation de la Convention CIRDI par la Bolivie¹⁴⁹. Cela explique que les raisons de la dénonciation de la Convention ne semblent guère justifiées car la Bolivie n'avait, au moment de sa dénonciation, jamais perdu un litige soumis à l'arbitrage d'investissement.

32. Le 9 février 2009, la Bolivie a promulgué sa nouvelle Constitution basée sur un modèle socialiste selon lequel les nationaux bénéficient d'un traitement plus favorable que celui accordé aux investisseurs étrangers¹⁵⁰. En 2009, cette nouvelle Constitution fait disparaître l'arbitrage d'investissement et la protection diplomatique comme méthode de résolution des litiges investisseur-État¹⁵¹. Le 10 juin 2011, la Bolivie a décidé de mettre fin au TBI États-Unis-Bolivie de 1998 en le notifiant aux États-Unis¹⁵². Le gouvernement bolivien a depuis confirmé l'arrêt de l'ensemble de ses TBI¹⁵³. Suivant cette vague de dénonciations des différents TBI, la Bolivie a annoncé

¹⁴⁸ ST JOHN (Taylor), *The Rise of Investor State Arbitration, Politics, Law and Unintended Consequences*, Oxford University Press, 2018, p. 236.

¹⁴⁹ *Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/06/2, Sentence, 16 septembre 2015.

¹⁵⁰ Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana De Venezuela, AÑO CXXXVI—MES V, Caracas, jueves 19 de febrero de 2009 N° 5.908 Extraordinario, Article 320 de la Constitution de 2009 de l'État plurinational de Bolivie (« *I. Bolivian investment shall take priority over foreign investment. II. Every foreign investment shall be subject to Bolivian jurisdiction, laws and authorities, and no one may invoke an exceptional situation or appeal to diplomatic claims to obtain a more favourable treatment. III. The economic relations with foreign states or enterprises shall be carried out under conditions of independence, mutual respect and equity. Foreign states or enterprises may not be granted conditions more favourable than those established for Bolivians. IV. The state acts independently in all of its decisions on internal economic policy, and shall not accept demands or conditions imposed on this policy by states, Bolivian or foreign banks or financial institutions, multilateral entities or transnational enterprises. V. The public policies shall promote internal consumption of products made in Bolivia.* »). Voir *Constitute Project, Bolivia (Plurinational State of)'s Constitution of 2009*, Oxford University Press, p. 70 (traduction par Max Planck Institute).

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Notification de terminaison du TBI États-Unis – Bolivie, Registre fédéral des États-Unis, 10 juin 2011.

¹⁵³ ORTIZ (Alejandro) *et al.*, « Two Solutions for One Problem: Latin America's Reactions to Concerns over Investor-State Arbitration », *supra* note 113, p. 3.

son intention de renégocier des TBI contenant une clause les soumettant à l'UNASUR¹⁵⁴.

2. L'Équateur

33. Le 4 décembre 2007, l'Équateur a soumis la notification prévue à l'article 25(4) de la Convention CIRDI permettant d'exclure de la compétence du CIRDI les futurs litiges concernant « *the exploitation of natural resources such as oil, gas, minerals or others* »¹⁵⁵. Par la suite, le 6 juillet 2009, l'Équateur a formalisé son retrait en envoyant une notification officielle¹⁵⁶. Cette dénonciation de la Convention est venue clôturer une série d'actions prises par l'Équateur depuis juin 2008. En effet, l'Équateur a amendé sa Constitution afin de prohiber la cession de sa *souveraineté juridictionnelle* dans les litiges impliquant des entreprises et tranchés par des tribunaux internationaux¹⁵⁷. Le 12 juin 2009, les législateurs équatoriens ont voté le retrait de la Convention et le 2 juillet, le Président Rafael Correa signa l'ordre exécutif n° 1823, dernier acte nécessaire à l'aboutissement de la dénonciation¹⁵⁸. Entre l'amendement de sa Constitution et la dénonciation de la Convention CIRDI¹⁵⁹, l'Équateur a, le 30 janvier 2008, décidé de mettre fin à ses TBI conclus avec huit États d'Amérique

¹⁵⁴ LAZO (Rodrigo), « Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention? », *supra* note 117, p. 14, note de bas de page n° 79 (citant l'Avocat Général de Bolivie dans *América Economía*, 25 novembre 2011).

¹⁵⁵ CADENA (Xavier), « Introductory Note to Ecuador's Notice under ICSID Article 25(4) [4 décembre 2007] », 47 ILM 154 (2008).

¹⁵⁶ FOURET (Julien), KHAYAT (Dany) et PROST (Mario), « Jurisprudence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Revue québécoise de droit international*, vol. 22-2, 2009, p. 232.

¹⁵⁷ Registro Oficial No. 449 de 20 octobre 2008. Article 416 de la Constitution de 2008 promu un nouveau système de commerce et d'investissements fondé sur, entre autres, la justice, solidarité et complémentarité (traduction anglaise : « *Article 416(12) It fosters a new trade and investment system among States, one that is based on justice, solidarity, complementariness, the creation of international mechanisms to monitor multinational corporations and the establishment of an international financial system that is fair, transparent and equitable. It rejects converting disputes with foreign private companies into conflicts between States.* »). Article 422 prévoit qu'il ne doit pas y avoir de traités internationaux dans lesquels l'Équateur donne *compétence souveraine* à l'arbitrage international pour certaines controverses entre États et personnes physiques ou morales (traduction anglaise : « *Article 420. The ratification of treaties can be requested by referendum, citizen initiative or the President of the Republic. Denunciation of a treaty that has been adopted shall pertain to the President of the Republic. In the event of denunciation of a treaty adopted by the citizenry in a referendum, the same procedure that adopted the treaty shall be required.* ») ; voir également LOOSE (Hernan), « Constitution of the Republic of Ecuador, A contribution by the ITA Board of Reporters », *Kluwer Law International*, juillet 2008.

¹⁵⁸ ROBBINS (Joshua), « Ecuador withdraws from the ICSID Convention », *Practical Law*, Thomson Reuters, 12 août 2009.

¹⁵⁹ LAZO (Rodrigo), « Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention? », *supra* note 117, p. 17.

latine et la Roumanie¹⁶⁰. Dans cette circonstance, entre 2010 et 2013, la Cour constitutionnelle équatorienne a rendu plusieurs décisions déclarant les TBI inconstitutionnels et donnant ainsi un moyen de dénonciation aux législateurs¹⁶¹. C'est ainsi que, le 16 mai 2017 l'Équateur signa un décret visant à mettre fin à 16 TBI¹⁶², laissant seulement deux TBI encore en vigueur, le TBI Équateur-Italie et le TBI Équateur-Pays-Bas¹⁶³.

34. L'Équateur a par conséquent mis fin à son TBI avec les États-Unis (1993)¹⁶⁴, le TBI le plus souvent invoqué à son encontre puisque 16 des 25 litiges d'investissement impliquant l'Équateur avant sa dénonciation de la Convention CIRDI se sont fondés sur ce même TBI¹⁶⁵. D'ailleurs, l'Équateur avait lancé un arbitrage inter-étatique¹⁶⁶ contre les États-Unis dans le but d'obtenir une interprétation du TBI et d'obtenir l'annulation d'une sentence partielle prononcée à son encontre pour violation de l'article II(7) du TBI due à une longueur des procédures injustifiée devant les tribunaux nationaux¹⁶⁷. Ce litige contre les États-Unis semble avoir constitué une tentative de l'Équateur d'utiliser l'arbitrage inter-étatique afin de faire appel d'une sentence

¹⁶⁰ UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements, 2008 - June 2009*, IIA Monitor, No. 3, juillet 2009, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, p. 6 (« Ecuador denounced nine BITs, mainly with neighbouring Latin American countries. ») ; JARAMILLO (Javier) et MURIEL-BEDOYA (Camilo), « Ecuadorian BIT's Termination Revisited: Behind the Scenes », *Kluwer Arbitration Blog*, 26 May 2017 (mettant fin aux TBI avec le Cuba, la République dominicaine, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, l'Uruguay et la Roumanie).

¹⁶¹ Voir e.g. *Équateur – Grande Bretagne TBI*, Dictamen No 020-10-Dti-Cc aff. n° 0008-10-Ti (2010) ; *France - Équateur TBI*, Dictamen No 031-10-Dti-Cc aff. n° 0007-10-Ti (2010) ; *Espagne - Équateur TBI*, Dictamen No 010-13-D-Cc aff. n° 0010- 11-Ti Corte Constitucional del Ecuador (2013) ; *Argentine-Équateur TBI*, Dictamen No 0003-013-D-Cc aff. n° 0009-10-Ti (2013).

¹⁶² Voir MUNOZ (Prieto) et GUSTAVO (Jose), « Ecuador's 2017 Termination of Treaties: How Not to Exit the International Investment Regime », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, 2017, p. 180.

¹⁶³ JARAMILLO (Javier), « Ecuadorian BIT's Termination Revisited, Behind the Scenes », *Kluwer Arbitration Blog*, 26 May 2017, p. 2.

¹⁶⁴ La notification de terminaison du TBI États-Unis-Équateur, Département d'État du représentant au commerce des États Unis, Notification publique 10418, registre fédéral, vol. 83, n° 97 (la terminaison devenant effective le 18 mai 2017).

¹⁶⁵ Statistiques des litiges médiatisés contre l'Équateur à partir CNUCED Centre de Politique d'Investissement, consulté en novembre 2021.

¹⁶⁶ *Équateur c. États-Unis*, CPA aff. n° 2012-05, Demande d'arbitrage, 18 juin 2011.

¹⁶⁷ *Chevron Corp. et Texaco Petroleum Co. c. Équateur*, CNUDCI, CPA aff. n° 34877, Sentence partielle, 30 mars 2010, p. 249 (affirmant que « The Respondent has breached Article II(7) of the BIT through the undue delay of the Ecuadorian courts in deciding TexPet's seven court cases and is liable for the damages to the Claimants resulting therefrom. »).

pourtant insusceptible d'appel. Cependant, le tribunal a décliné sa compétence sur le fondement qu'il n'existait pas de litiges entre les deux États¹⁶⁸.

35. La dernière de vague de dénonciations des TBI par l'Équateur s'est fondée sur un rapport de 668 pages exigé par le gouvernement et publié par une Commission nommée « *the Ecuadorian Citizens' Commission for a Comprehensive Audit of Investment Protection Treaties and of the International Arbitration System on Investments* » (« **CAITISA** »). Cette Commission avait été établie par le Président Correa en 2013 afin d'effectuer un audit portant sur les TBI impliquant l'Équateur¹⁶⁹. Le rapport de la CAITISA a recommandé la cessation de tous les TBI en vigueur et l'exclusion du mécanisme du RDIE dans les nouveaux traités, cette position étant justifiée par le fait que l'Équateur n'aurait tiré aucun bénéfice du régime des TBI mais qu'au contraire il a été condamné à payer aux investisseurs des milliards de dollars de réparation¹⁷⁰. La position de la CAITISA peut sembler sujette à débats sur sa crédibilité puisque le panel était composé de deux critiques renommées du mécanisme du RDIE¹⁷¹. En effet, la Commission était présidée par Madame Cecilia Olivet, une non-Equatorienne, publiant régulièrement des rapports anti-RDIE pour les Organisations non gouvernementales (« **ONG** ») tel que le rapport *Les profiteurs de l'injustice*, une diatribe assez extrémiste à l'égard du régime de l'arbitrage d'investissement datant de 2012 publiée par deux ONG belge et néerlandaise. L'autre membre en question est le Professeur australien Muthucumaraswamy Sornarajah, connu également pour ses publications anti-RDIE. Malgré ce rapport et la décision de l'Équateur de mettre un terme à tous ses TBI, cela n'empêche pas la poursuite des procédures en cours et la possibilité pour le pays de faire l'objet d'une nouvelle procédure d'arbitrage d'investissement pendant la période de la clause de survie.

¹⁶⁸ *Équateur c. États-Unis*, CPA aff. n° 2012-05, Sentence, 29 septembre 2012, p. 90.

¹⁶⁹ JONES (Tom), « Ecuador Bids Goodbye to BITs », *Global Arbitration Review* (« **GAR** »), 17 mai 2017.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Pour des exemples de la position anti-RDIE de Olivet et Sornarajah, voir EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory (« **CEO** ») et the Transnational Institute (« **TNI** »), 2012 et SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », in ROGER (Catherine) et ROGER (Alford) (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009 ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Case Against a Regime for International Investment Law », in TRAKMAN (Leon) et RAIERI (Nicola) (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford University Press, 2013.

3. Le Venezuela

36. En 2012, le Venezuela avait fait l'objet de 32 procédures, sept d'entre elles avaient été conclues alors que les 20 autres étaient en cours¹⁷². Alors que le Venezuela avait annoncé son intention de se retirer de la Convention CIRDI en joignant l'ALBA¹⁷³, il a plutôt d'abord mis fin le 30 avril 2008 au TBI Pays-Bas-Venezuela datant de 1991¹⁷⁴. Le TBI avec les Pays-Bas avait été la source d'au moins quinze arbitrages CIRDI et laissait par conséquent une certaine amertume¹⁷⁵. En effet, les Pays-Bas constituent un véhicule utilisé par certaines entreprises étrangères afin de réaliser des opérations d'investissement leur permettant de bénéficier des dispositions protectrices de ses traités d'investissement¹⁷⁶. Étant donné le grand nombre d'affaires CIRDI intentées à l'encontre du Venezuela, sa décision de se retirer du système CIRDI datant du 24 janvier 2012¹⁷⁷ n'était pas à proprement parler une grande surprise. A travers une communication officielle, le Venezuela s'est exprimé sur ce retrait en relevant que sa décision de 1993 d'accéder à la Convention constituait¹⁷⁸ « *a decision of a provisional and weak government, devoid of popular legitimacy, and under the pressure of transnational economic sectors involved in the dismantling of Venezuela's*

¹⁷² UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIE/PCB/2013/REV., mai 2013, p. 4 ; FERRERO (Javier), « Venezuela versus the ICSID Convention », *Semana Económica*, 22 avril 2012.

¹⁷³ ROMERO (Cesar), « What are the Consequences of the Denunciation of the ICSID Convention to Investor-State Arbitration in Latin America ? », *TDM*, vol. 13, issue 5, 2016, p. 6.

¹⁷⁴ PETERSON (Luke), « Venezuela Surprises the Netherlands with Termination Notice for BIT; Treaty has been Used by many Investors to 'Route' Investments into Venezuela », *Investment Arbitration Reporter* (« **IA Reporter** »), 16 May 2008 ; WICK (Diana), « The Counter Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change », *The Journal of International Business Law*, vol. 11, issue 2, 2012, p. 265.

¹⁷⁵ RIPINSKY (Sergey), « Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve », *Investment Treaty News*, 13 avril 2012 (« *The Dutch BIT must have been a source of particular annoyance to the country as it has served as a basis of at least ten ICSID cases against Venezuela* »).

¹⁷⁶ VAN ROSS (Os) et KNOTTNERUS (Roeline), *The Netherlands: A Gateway to 'Treaty Shopping' for Investment Protection*, SOMO, octobre 2011 ; Un rapport de 2018 du Centre de recherche sur les corporations multinationales a constaté que 12 % de tous RDIE litiges médiatisés ont été introduit par des investisseurs néerlandais, constituant 17,5 % des réclamations cumulées, malgré le fait que les Pays-Bas font partis de seulement 3 % des traités d'investissement. Voir VERBEEK (Bart-Jaap) et KNOTTNERUS (Roeline), « The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018.

¹⁷⁷ FEKL (Matthias), « Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 1er Juillet 2018, p. 413 ; MANCIAUX (Sébastien), « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2012, p. 215.

¹⁷⁸ Venezuela a signé la Convention CIRDI le 18 août 1992 et a déposé son instrument de ratification le 2 mai 1995. Il est entré en vigueur pour Venezuela le 1 juin 1995.

national sovereignty. »¹⁷⁹ La décision de se retirer de la Convention a été prise afin de protéger le droit des vénézuéliens de décider des stratégies économiques et sociales de la nation¹⁸⁰. Le Venezuela a invoqué sa Constitution de 1999 excluant expressément les réclamations étrangères dans les contrats d'intérêt public et ce afin de rendre *nulle et non avenue* les dispositions de la Convention CIRDI¹⁸¹.

37. Le nombre de litiges introduit devant le RDIE en Amérique latine a provoqué un contrecoup indiscutable à l'égard du système d'arbitrage d'investissement. L'expérience des États d'Amérique latine ayant poussé certains à se retirer de la Convention CIRDI et à mettre un terme à leurs TBI, cela explique pourquoi il existe aujourd'hui un scepticisme grandissant à l'égard du mécanisme du RDIE ainsi qu'une attention particulière portée aux TBI. Au moment du retrait du Venezuela de la Convention CIRDI en 2012, certains pronostiquaient le retrait d'autres États mécontents du système du CIRDI¹⁸². Pourtant, depuis le premier retrait du CIRDI en 2007, treize États, dont le Mexique, ont ratifié la Convention¹⁸³. À cet égard, l'éventualité d'un effondrement de la Convention CIRDI ou de l'arbitrage d'investissement semble finalement infondée au regard de l'expérience de l'Amérique latine.

¹⁷⁹ LAZO (Rodrigo), « Is there a Life for Latin American Countries after Denouncing the ICSID Convention? », *supra* note 117, p. 20 (citant Notas ALBA-TCP, « Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi », 25 janvier 2012).

¹⁸⁰ DURNEY (Mariana), « Legal Effects and Implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: A Perspective from Latin American Cases », *supra* note 145, p. 236.

¹⁸¹ L'article 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela dispose que : « *Dans les contrats d'intérêt public, dont la nature n'a pas été prise en compte, il sera considéré comme incorporé, même s'il n'est pas explicite, une clause selon laquelle les doutes et les controverses qui peuvent surgir sur lesdits contrats et qui ne peuvent être résolus à l'amiable d'un commun accord par les parties contractantes, ils seront réglés par les tribunaux compétents de la République, en conformité avec ses lois, sans qu'aucun motif, ni cause puissent être à l'origine de réclamations étrangères.* ». Voir Constitution De La Republique Bolivarienne Du Venezuela, République Bolivarienne du Vénézuéla, Ministère des Relations Extérieures Direction Générale des Archives et Bibliothèques, Journal Officiel de la Republique du Venezuela, AN CXXVII Mois III, CARACAS jeudi 30 décembre 1999, no. 36.860.

¹⁸² WICK (Diana), « The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change », *supra* note 174, p. 239.

¹⁸³ Ces États sont : Serbie (2007), Kosovo (2009), Haïti (2009), Qatar (2010), Moldavie (2011), Soudan du Sud (2012), Monténégro (2013), Sao Tomé-et-Principe (2013), Canada (2013), Saint Marin (2015), Iraq (2015), Nauru (2016) et Mexique (2018). Voir CIRDI, ICSID/3, *Liste Des États Contractants et Signataires de la Convention*, 3 septembre 2021.

B. La dénonciation des TBI par certains pays

38. Le mouvement qui consiste à mettre un terme aux TBI ne se limite pas seulement à l'Amérique latine. Récemment, les TBI ont généré une controverse toute particulière puisque d'autres pays en développement affirment être désavantagés par rapport aux multinationales. Ce courant qui consiste à mettre un terme aux TBI résulte d'une insatisfaction croissante liée à des décisions ou encore à des litiges considérés comme dénués de fondement. Dans ce contexte, plusieurs États en développement ont décidé de mettre un terme à leurs TBI afin de prévenir les risques d'être poursuivis devant les tribunaux arbitraux¹⁸⁴. La principale cause de cette vague de dénonciations est le nombre grandissant de litiges contre les États poursuivis par des investisseurs de pays traditionnellement exportateurs de capitaux¹⁸⁵. La décision de désavouer les TBI représente un développement significatif, non seulement car il s'agit d'une décision drastique à l'égard du RDIE mais aussi car elle permet aux États de se pencher sur la lecture de ces TBI afin de repenser leurs futurs accords. En effet, certains États ont depuis révisé leur politique domestique en matière d'investissement, notamment en développant des nouveaux modèles de TBI ou encore en renégociant ces derniers en y incluant des dispositions plus favorables à leur égard. Bien que ces États aient mis un terme à leurs TBI, le régime de ces derniers n'est pas tout à fait éliminé car les TBI contiennent ce que l'on appelle une « *clause de survie* ». Ces clauses permettent aux investisseurs d'intenter une action en relation avec l'investissement dans une certaine période après que le TBI a été résilié, cette période variant de 10 à 15 ans selon le traité.

1. L'Afrique du Sud

39. En 2001, un investisseur Suisse a commencé le premier arbitrage contre l'Afrique du Sud basé sur un TBI ; une sentence partielle a été rendue en 2003 retenant la responsabilité de l'Afrique du Sud pour avoir manqué à son obligation de sécurité

¹⁸⁴ LORASI (James) et EWING-CHOW (Michael), « Pacific Rim Investment Treaty Practice: Regional Considerations - Reflective or Reactionary? Indonesia's Approaches to International Investment Agreements and Recommendations for the Future », *TDM*, vol. 12, issue 1, 2015, p. 2.

¹⁸⁵ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, IIA Issues Note, No. 2, juin 2018, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/2, p. 1 (« *Developed-country investors brought most of the 65 known cases in 2017. Investors from the Netherlands and the United States initiated the most cases* »).

due à l'absence de mise en place d'une protection policière suffisante à l'égard de la propriété de l'investisseur¹⁸⁶. Le tribunal a, dans une sentence confidentielle rendue en 2004, alloué à l'investisseur suisse la somme de 6,6 millions de rand sud-africain plus intérêts¹⁸⁷. En 2006, un investisseur européen dans le domaine minier a démarré une procédure sous l'égide du CIRDI contre l'Afrique du Sud, sur le fondement d'une expropriation liée à la politique postapartheid de « *Black Economic Empowerment* » ; cette action était basée sur le TBI de l'Union économique belgo-luxembourgeoise-Afrique du Sud (le TBI « **BLUE-Afrique du Sud** ») et le tribunal a tranché en faveur de l'Afrique du Sud en 2010¹⁸⁸. C'est suite à cette affaire que le Département du Commerce et de l'Industrie (« **DTI** ») a entrepris un examen des TBI entraînant la rupture du TBI BLUE-Afrique du Sud en 2012¹⁸⁹ suivi de la rupture de neuf autres TBI¹⁹⁰. De plus, l'Afrique du Sud a adopté une législation concernant les investissements excluant le mécanisme du RDIE. Plus particulièrement, l'Afrique du Sud décida d'exclure le RDIE de ses lois domestiques ainsi que de ses futurs traités¹⁹¹.

40. Le gouvernement sud-africain a décidé, en se basant sur l'examen et les recommandations du DTI : (1) d'éviter d'entrer dans de nouveaux TBI sauf lorsque nées « *des circonstances économiques ou politiques les obligeant à conclure un traité* » ; (2) de mettre fin à la plupart de ses TBI ; et (3) d'adopter un accord de protection des investissements le « *Protection of Investment Act* » (« **PIA** ») dans le

¹⁸⁶ ZIYAEVA (Diora) et JONKER (Maria), « Legal Trends and Developments of International Arbitration in South Africa », *TDM*, vol. 13, issue. 4, 2016, p. 5 ; PETERSON (Luke), « Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration over South Africa Land Dispute », *IA Reporter*, 22 octobre 2008.

¹⁸⁷ PETERSON (Luke), « Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration over South Africa Land Dispute », *idem*.

¹⁸⁸ Piero Foresti, *Laura de Carli et al. c. Afrique du Sud*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/07/1, Sentence, 4 août 2010, §§ 132-133.

¹⁸⁹ UNCTAD, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, IIA Issues Note, No. 4, juin 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9, p. 3 (« *in septembre 2012, South Africa informed the Belgo-Luxembourg Economic Union, through a notice of termination, that it would not renew the existing bilateral investment treaty, which was set to expire in mars 2013* »).

¹⁹⁰ Les 9 États sont : Argentine, Danemark, France, Allemagne, Suisse, Pays-Bas, et le Royaume-Uni. CNUCED Centre de Politique d'Investissement (Afrique du Sud), CNUCED Centre de Politique d'Investissement (Afrique du Sud), Navigateur des accords d'investissement internationaux.

¹⁹¹ Modèle de TBI avec commentaire de la Communauté de développement d'Afrique australe (« **SADC** »), juillet 2012, p. 55 (« *Special Note: The Drafting Committee was of the view that the preferred option is not to include investor-State dispute settlement. Several States are opting out or looking at opting out of investor-State mechanisms, including Australia, South Africa and others.* »).

but de le substituer aux dispositions concernant la protection des TBI dans les TBI¹⁹². La DTI a indiqué que les TBI étaient rédigés de manière inéquitable, en faveur des investisseurs et aux dépens de la concurrence domestique¹⁹³. Le 13 juillet 2018, le PIA est entré en vigueur offrant une protection des investisseurs et couvrant le domaine des relations investisseurs-État¹⁹⁴. Cependant, cette nouvelle législation se démarque significativement des dispositions sur l'expropriation et sur le RDIE contenues dans les TBI sud-africains de première génération. Par exemple, le PIA renforce le pouvoir du gouvernement de régler dans certains domaines tels que celui des inégalités économiques et sociales ou encore sur l'héritage culturel¹⁹⁵. Aussi, la disposition concernant la résolution des litiges contenue dans le PIA exclut le mécanisme du RDIE et nécessite d'abord le recours à la médiation puis les recours internes avant d'envisager en dernier ressort l'arbitrage inter-étatique¹⁹⁶.

2. L'Indonésie

41. L'Indonésie a commencé à mettre fin à ses TBI en 2014, lorsque les flux d'IDE ont atteint leur niveau le plus élevé. À l'époque, de nombreux commentateurs ont donc lié cette décision à des préoccupations nationales concernant l'affaire *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*¹⁹⁷, qui impliquait une demande de dommages et intérêts de plus de 1,3 milliard de dollars US (finalement rejetée en décembre 2016)¹⁹⁸ ainsi que des tendances protectionnistes. Le gouvernement indonésien a donc entrepris la révision de ses traités¹⁹⁹. En effet, l'affaire *Churchill* a causé un choc en Indonésie, à cause du montant des réparations en jeu était de

¹⁹² Les notes pour le discours du Ministre à la discussion concernant le cadre stratégique de l'investissement pour le développement durable du CNUCED, 24 septembre 2012 ; voir aussi CARIM (Xavier), « Update on the Review of Bilateral Investment Treaties in South Africa », préparé pour le rapport parlementaire du comité de commerce et d'industrie, 15 février 2013.

¹⁹³ LEON (Peter) et MULLER (Ernst), « New Dispute Resolution Rules for Foreign Investors in South Africa », *Herbert Smith Freehills (« HSF ») Arbitration Notes*, 16 février 2017.

¹⁹⁴ Protection of Investment Act (« PIA ») (2015), Afrique du Sud, Act no. 22, *Official gazette*, vol. 606, no. 39514.

¹⁹⁵ Article 8.4 du PIA.

¹⁹⁶ Articles 13(4) et 13(5) du PIA.

¹⁹⁷ *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, CIRDI aff. n°ARB/12/14 et 12/40, Décision sur la compétence, 24 février 2014.

¹⁹⁸ CROCKETT (Antony), « Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Between Generations? », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, issue 2, 2015, p. 437.

¹⁹⁹ NESBITT (Simon) *et al.*, « Indonesia Terminates Its Bilateral Investment Treaty (BIT) with the Netherlands from 1 juillet 2015 and May Terminate All of its BITs », *Hogan Lovells*, 26 mars 2014 ; TRAKMAN (Leon) et SHARMA (Kanal), « Indonesia's Termination of the Netherlands – Indonesia BIT: Broader Implications in the Asia Pacific? », *Kluwer Arbitration Blog*, 21 août 2014.

1 milliard de dollars, sans les intérêts²⁰⁰. En mars 2014, l'Indonésie a informé les Pays-Bas de sa décision de mettre fin au TBI entre les deux pays, à compter de son expiration le 1^{er} juillet 2015²⁰¹. L'Ambassade des Pays-Bas déclara que le gouvernement indonésien a fait part de son intention de mettre fin à l'ensemble de ses 67 TBI²⁰². Depuis 2015, l'Indonésie a mis un terme de façon unilatérale à 22 TBI²⁰³ parmi lesquels celui conclu avec l'Argentine qui, par accord entre les deux États du 19 octobre 2016, ne laissera pas perdurer sa clause de survie²⁰⁴.

42. Il est au-delà de la portée de cette introduction de s'engager dans un examen exhaustif des TBI de l'Indonésie. En 2015, le gouvernement indonésien a indiqué son intention de renégocier les TBI afin d'accroître la protection assurée aux investisseurs étrangers souhaitant s'implanter en Indonésie ainsi qu'au gouvernement Indonésien²⁰⁵. Par conséquent, les traités permettront à l'État de régler dans les domaines de « *la santé publique, l'environnement et la finance* »²⁰⁶. L'Indonésie a justifié cette décision par son intention de réviser des dispositions contenues dans les AII qu'elle considère obsolètes aujourd'hui, car ces dispositions octroient aux investisseurs étrangers une protection et des droits très larges²⁰⁷. A ce jour, l'Indonésie a négocié et remplacé 6 TBI²⁰⁸. Par ailleurs, le gouvernement prépare un nouveau modèle de TBI qui nécessitera l'accord de l'État-hôte préalable à l'engagement d'une procédure arbitrale, c'est ce qui avait été la source du contentieux dans l'affaire *Churchill*²⁰⁹. Ce

²⁰⁰ TRAVENDALE (Craig) et NAISH (Vanessa), « Indonesia Indicates its Intention to Terminate all of its Bilateral Investment Treaties? », *HSF Arbitration Notes*, 20 mars 2014.

²⁰¹ UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, février 2015, p. 3.

²⁰² TRAVENDALE (Craig) et NAISH (Vanessa), « Indonesia Indicates its Intention to Terminate all of its Bilateral Investment Treaties? », *supra* note 202.

²⁰³ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3, mars 2019, p. 11 (« *Indonesia has also pursued the termination of BITs. Since 2014, some 22 BITs have effectively been terminated (mostly on a unilateral basis)* »).

²⁰⁴ PETERSON (Luke), « Indonesia Ramps Up Termination of BITs – and Kills Survival Clause in One Such Treaty – But Faces New \$600 Mil. Claim from Indian Mining Investor », *LA Reporter*, 20 novembre 2015.

²⁰⁵ CROCKET (Anthony) et EGLEZOS (Catherine), « Indonesia Announces Renegotiation of BITs », *HSF Arbitration Notes*, 13 May 2015.

²⁰⁶ TRAKMAN (Leon) et SHARMA (Kunal), « Indonesia's Termination of the Netherlands-Indonesia BIT: Broader Implications in the Asia-Pacific? », *Kluwer Arbitration Blog*, 17 septembre 2015.

²⁰⁷ JAILANI (Abdulkadir), « Indonesia's Perspective on Review of international Investment Agreements », *Investment Policy Brief*, no. 1, South Centre, juillet 2015, p. 1.

²⁰⁸ Indonésie-Pays-Bas TBI 1968 ; Allemagne-Indonésie TBI 1968 ; Indonésie-Danemark TBI 1968 ; Indonésie-Norvège TBI 1969 ; Indonésie-Singapour TBI 1990 ; Finlande-Indonésie TBI 1996.

²⁰⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, UNCTAD/WIR/2015, publication des Nations Unies, 2015, p. 110.

nouveau modèle exclura certainement l'investissement portfolio de la définition de l'investissement, ce qui ajoutera à la définition de la notion d'investissement la nécessité de contribuer au développement économique de l'État-hôte²¹⁰.

43. Depuis, l'Indonésie a conclu un TBI avec Singapour en 2018²¹¹ ainsi qu'un accord avec l'Australie en mars 2019, connu sous le nom de « Comprehensive Economic Partnership Agreement » (« **CEPA Australie-Indonésie** ») contenant des dispositions sur la protection des investissements²¹² et contribuant à la construction de l'ALE ASEAN-Australie-Nouvelle-Zélande connu sous l'acronyme (« **AANZFTA** »). Le CEPA Australie-Indonésie contient une clause de RDIE²¹³, une clause de garantie des frais d'arbitrage²¹⁴ ainsi que des dispositions sur la transparence²¹⁵. Néanmoins, la clause de NPF ne s'applique pas à la disposition sur la résolution des litiges²¹⁶. Bien que l'Indonésie ait décidé de mettre un terme à ses TBI, elle est toujours soumise aux obligations découlant de l'ASEAN, tel que l'ACIA et d'autres traités ASEAN comme l'accord sur les investissements ASEAN-Inde²¹⁷.

3. L'Inde

44. En 2010, l'Inde a été impliquée dans une affaire importante contre *White Industries Australia Ltd.* Dans le cas d'espèce, le tribunal arbitral a conclu en l'existence de « *délais excessifs devant les juridictions indiennes* »²¹⁸ pour reconnaître et exécuter une sentence arbitrale de la CCI et que cela est synonyme de violation de l'obligation de l'Inde d'assurer « *effective means of asserting claims and enforcing rights* », obligation figurant au TBI Australie-Inde²¹⁹. Notamment, dans l'affaire *White Industries*, le demandeur s'était appuyé sur la clause NPF pour se prévaloir des

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Indonésie-Singapour TBI 2018, signé le 11 octobre 2018.

²¹² Accord de partenariat économique global conclu entre l'Australie et Indonésie (« **CEPA Australie-Indonésie** ») signé le 4 mars 2019.

²¹³ Section B: Règlement de différends entre investisseurs et État, Articles 14.19-14.35 du IA-CEPA.

²¹⁴ Article 14.28 du IA-CEPA.

²¹⁵ Article 14.31 du IA-CEPA.

²¹⁶ Article 14.5(3) du IA-CEPA.

²¹⁷ Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India, signé le 12 novembre 2014.

²¹⁸ *White Industries Australia Limited c. Inde*, CNUDCI, Sentence finale, 30 novembre 2011 § 11.4.19.

²¹⁹ *Idem.* § 11.6.11(a).

dispositions protectrices du TBI Inde-Kuwait²²⁰. Cette condamnation importante ainsi que les conclusions du tribunal sur le système judiciaire étatique indien ont généré de fortes préoccupations concernant le RDIE²²¹. A ce jour, l'Inde a été impliquée dans vingt-six arbitrages d'investissement²²², et ce pays est celui qui a été le plus fréquemment poursuivi en Asie²²³. Le Ministre du Commerce décrit le nombre d'affaires impliquant l'Inde découlant de TBI d'anciennes générations comme « *choquant* »²²⁴. Le Ministre des finances a également déclaré que « *[it is] necessary to stop the hundreds of arbitration cases filed against the government by foreign firms* »²²⁵. En juillet 2012, au lendemain de l'affaire *White Industries*, le gouvernement indien a décidé d'entreprendre une procédure de révision de son Modèle de TBI datant de 2003²²⁶.

45. En 2017, le gouvernement indien a décidé de mettre fin à ses TBI conclus avec 58 États, incluant 22 États de l'UE²²⁷. Cela inclut le TBI avec les Pays-Bas, qui représente l'une des sources majeures d'investissements en Inde (de même, les Pays Bas ont reçu un quart des IDE en provenance de l'Inde en 2016)²²⁸. Cette décision que l'on peut qualifier de radicale est intervenue au lendemain de la publication du nouveau modèle de TBI indien en 2015²²⁹. L'objectif de ce nouveau modèle est de « *contrebalancer les droits des investisseurs avec le droit souverain des*

²²⁰ *White Industries Australia Limited c. Inde*, CNUDCI, Sentence finale, 30 novembre 2011, § 16.1.1.

²²¹ AGARWAL (Akshat), « Rethinking the Regulation of International Foreign Investment: Recent Developments in Brazil, South Africa and India », *Indian Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2019, p. 12.

²²² CNUCED Centre de Politique d'Investissement, Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements, consulté en mai 2022.

²²³ SVOBODA (Ondrej), « EU-India Investment Negotiations and their Prospects in Era of Backlash and Reform », *TDM*, vol. 15, issue 2, 2018, p. 6.

²²⁴ ROSS (Allison), « India's termination of BITs to begin », *GAR*, 22 mars 2017 ; PEACOCK (Nicholas), SURFANI (Donny) et VENUGOPAL (Kritika), « India seeks to re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 countries », *HSF Arbitration Notes*, 7 juillet 2016.

²²⁵ CHAUDHURI (Pramit), « India's Bilateral Investment Treaties: Once BITten, 57 Times More Shy », *Hindustan Times*, 25 novembre 2016.

²²⁶ SVOBODA (Ondrej), « EU-India Investment Negotiations and their Prospects in Era of Backlash and Reform », *supra* note 223, p. 6.

²²⁷ ROSS (Allison), « India's termination of BITs to begin », *supra* note 204 ; PEACOCK (Nicholas) et NIHAL (Joseph), « Mixed messages to investors as India quietly terminates bilateral investment treaties with 58 countries », *HSF Arbitration Notes*, 16 mars 2017.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ AGARWAL (Akshat), « Rethinking the Regulation of International Foreign Investment: Recent Developments in Brazil, South Africa and India », *supra* note 221, p. 11.

gouvernements d'adopter certaines politiques publiques »²³⁰, et de forger l'outil principal des renégociations des futurs TBI. Le modèle proposé change considérablement le champ de protection des investissements²³¹, en soustrayant par exemple les clauses de NPF et de TJE. Le retrait de la clause de NPF est une réponse directe à l'affaire *White Industries*, dans laquelle le demandeur s'était appuyé sur cette clause pour se prévaloir des dispositions protectrices du TBI Inde-Kuwait²³². L'une des inquiétudes principales pesant sur ce nouveau modèle de TBI est la nécessité d'épuisement des voies de recours internes²³³. En vertu de l'article 15.2, un investisseur doit se prévaloir des recours locaux pendant une période d'au moins cinq ans avant de pouvoir présenter une demande en vertu du modèle TBI, à moins que l'investisseur puisse démontrer qu'il y a « *no available domestic legal remedies capable of reasonably providing any relief in respect of the same measure* ». La situation en Inde est préoccupante concernant notamment les délais de procédure et les retards fréquents au sein des tribunaux indiens, puisqu'un litige d'investissement peut prendre des années à être tranché devant les juridictions étatiques ce qui retarde d'autant la possibilité de se prévaloir du TBI. Il faut rappeler à ce sujet que les délais de procédure ont été la cause principale de la condamnation de l'Inde dans l'affaire *White Industries*. Ce nouveau type d'accord est une tentative de l'Inde pour reprendre le pouvoir dans le déroulement de la procédure arbitrale en affaiblissant les possibilités de recours à une telle méthode de résolution des différends.

46. Pour les TBI maintenus, en l'occurrence ceux qui ne sont pas venus à leur terme et ne sont pas sujets à être terminés, l'Inde a publié une interprétation conjointe précisant l'obligation des États de se conformer au nouveau modèle de TBI indien²³⁴. Sous l'impulsion du Premier ministre Narendra Modi, l'Inde a envoyé une lettre à

²³⁰ Ministry of Finance, Government of India, « Challenges, Opportunities and Road Ahead », Conference on International Arbitration in BRICS, 27 août 2016.

²³¹ Articles 3.1 et 4.2 du 2015 modèle TBI d'Inde, Gouvernement d'Inde, ministère des Finances, Département des affaires économiques (Division d'investissement), F. No. 26/St20t3-IC, 28 décembre 2015.

²³² *White Industries Australia Limited c. Inde*, CNUDCI, Sentence finale, 30 novembre 2011, § 16.1.1.

²³³ Article 15.2 du modèle TBI d'Inde (« *Where applicable, if, after exhausting all judicial and administrative remedies relating to the measure underlying the claim for at least a period of five years from the date on which the investor first acquired knowledge of the measure in question, no resolution has been reached satisfactory to the investor, the investor may commence a proceeding under this chapter by transmitting a notice of dispute ('notice of dispute') to the Defending Party* »).

²³⁴ UNCTAD, *Taking Stock of the IIA Reform: Recent Developments*, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/5, juin 2019, p. 4.

plusieurs États afin de les informer de son intention de renégocier les TBI²³⁵. A ce jour, l'Inde a conclu des négociations avec le Brésil (fin 2016)²³⁶ ainsi qu'avec le Belarus (en 2018)²³⁷. Des négociations sont en cours avec d'autres États incluant le Cambodge²³⁸, les Émirats Arabes Unis²³⁹ et le Canada²⁴⁰.

47. Les développements intervenus en Indonésie, en Inde et en Afrique du Sud permettent de constater qu'il existe une réflexion nouvelle sur le droit international des investissements. Ce réexamen des AII découle des caractéristiques uniques du régime ayant permis aux investisseurs étrangers d'intenter des actions portant sur les investissements à l'encontre de pays en développement. De façon semblable au contrecoup de l'arbitrage d'investissement en Amérique latine, ces pays en développement ont été incités à réformer leur droit, en partie en raison des inquiétudes liées à la différence de traitement entre les investisseurs étrangers et les investisseurs locaux mais aussi vu le caractère jugé inadapté du RDIE. Malgré cette hostilité des pays en développement à l'égard du RDIE se manifestant notamment par des réformes du droit des investissements, les pays occidentaux quant à eux maintenaient leur position : le RDIE est bénéfique²⁴¹. Toutefois, certains d'entre eux ont commencé à dénoncer le système du RDIE à compter du jour où certains d'entre eux ont été poursuivis en arbitrage.

²³⁵ MERCURIO (Bryan), « Negotiations on the United States-India Bilateral Investment Treaty: An Exercise in Futility », *Trade Pacts*, 7 septembre 2016 ; PEACOCK (Nicholas), SURFANI (Donny) et VENUGOPAL (Kritika), « India seeks to re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 countries », *supra* note 224.

²³⁶ COLEMAN (Jesse) et GUPTA (Kanika), « India's Revised Model BIT: Two Steps Forward, One Step Back? », *Investment Claims*, Oxford University Press, p. 2.

²³⁷ TBI entre le Belarus et l'Inde ; UNCTAD, *Taking Stock of the IIA Reform: Recent Developments*, IIA Issues Note, No. 3, juin 2019, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/5, pp. 2, 7.

²³⁸ Ministère des Affaires Extérieures, Gouvernement d'Inde, « India-Cambodia Bilateral Relations », décembre 2018, p. 3.

²³⁹ Ministère des Affaires Extérieures, Gouvernement d'Inde, « India-UAE Joint Statement during State Visit of the Prime Minister of India to UAE », 11 février 2018.

²⁴⁰ SEN (Amiti), « India may Deviate from Model BIT to Meet Canada's Demands », *Business Line*, 9 janvier 2018.

²⁴¹ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/2, juin 2018, p. 1 (« Developed-country investors brought most of the 65 known cases in 2017. Investors from the Netherlands and the United States initiated the most cases ... , followed by investors from the United Kingdom ».) ; voir aussi UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIA/PCB/2013/3/REV., mai 2013, p. 1 (« In 66% of the new cases, respondents are developing or transition economies. While the number of cases initiated by developing country investors has increased, the majority of new cases (64%) still originate from developed countries. »).

C. L'exclusion du RDIE par l'Australie

48. Le 12 avril 2011, le gouvernement australien a annoncé la fin de l'inclusion de clauses de RDIE dans ses futurs traités d'investissement et autres accords économiques²⁴². Cette déclaration est connue sous le nom de « *Gillard Government Trade Policy Statement* » et constitue une réponse directe au premier arbitrage d'investissement introduit contre l'Australie par la multinationale Philip Morris, suite à l'adoption d'une loi consacrant le paquet de cigarettes neutre²⁴³. Cette annonce fait suite à la plainte déposée par Philip Morris le 15 juillet 2011. Cette réorientation de politique a été justifiée par la volonté de préserver le droit de l'État à pouvoir régler dans l'intérêt général²⁴⁴. En effet, le département des affaires étrangères et de l'économie, a, en 2011, admis que, « *[Australia] has not dealt with [ISDS] because it has never happened to [Australia] before* »²⁴⁵. Empêchant l'inclusion de toute forme de règlement des différends entre investisseurs et État, incluant la médiation ou la conciliation²⁴⁶, cette décision a marqué une rupture nette avec deux décennies de pratiques conventionnelles en Australie. En 2014, le parti écologiste a introduit un projet de loi visant à entraver contenant des clauses d'arbitrage d'investissement²⁴⁷, cependant cette proposition n'a pas convaincu la nouvelle coalition libérale²⁴⁸. Bien que certains commentateurs aient qualifié ce changement politique déclenché par l'affaire *Philip Morris* comme excessif²⁴⁹, le poids de

²⁴² Ministère australien des affaires étrangères et du commerce extérieur, « Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to jobs and prosperity » (« *The Gillard Government will discontinue this practice. If Australian businesses are concerned about sovereign risk in Australian trading partner countries, they will need to make their own assessments about whether they want to commit to investing in those countries.* »).

²⁴³ Notification des réclamations par Philip Morris au Procureur général d'Australie du 15 juillet 2011, *Investor State Law Guide*.

²⁴⁴ Gillard Government Trade Policy Statement, *supra* note 242, p. 14.

²⁴⁵ *Idem.* § 9.86 (citant le procès-verbal du comité du département des affaires étrangères et du commerce extérieur, 3 juin 2011, pp. 13-14).

²⁴⁶ CAMPBELL (Christopher), NAPPERT (Sophie) et NOTTAGE (Luke), « Assessing Treaty-Based Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform? », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. i.

²⁴⁷ The Trade and Foreign Investment (Protecting the Public Interest) Bill 2014, 27 août 2014.

²⁴⁸ KAWHARU (Amokura) et NOTTAGE (Luke), « NZ Renounces ISDS: Deja Vu? », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 décembre 2017.

²⁴⁹ CAMPBELL (Christopher), NAPPERT (Sophie) et NOTTAGE (Luke), « Assessing Treaty-Based Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform? », *supra* note 246, p. ii.

l'opinion publique dans cette affaire a engendré un effet durable ayant impacté la vision de l'arbitrage d'investissement²⁵⁰.

49. Anticipant son litige contre l'Australie, en février 2011, Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) a acquis Philip Morris Australie, et est ainsi soumis au droit de propriété intellectuel australien²⁵¹. Cela a donc permis à Philip Morris Asie d'arguer que la loi australienne sur le paquet neutre violait les obligations prévues par le TBI²⁵². Bien que l'Australie ait remporté l'affaire durant la phase juridictionnelle en 2015²⁵³, le gouvernement australien continue d'être l'un des plus critiques à l'égard du mécanisme de RDIE et examine avec une attention particulière les dispositions sur l'arbitrage d'investissement lors des négociations des traités. L'affaire *Philip Morris* fait non seulement naître des préoccupations concernant le pouvoir des États de règlementer, mais aussi sur la possibilité de recourir à un *forum shopping* par des restructurations dans l'unique but de pouvoir user des dispositions protectrices d'un TBI. En d'autres termes, cette affaire démontre que n'importe quelle multinationale peut « *buy into a dispute [which] is existing or highly probably* »²⁵⁴ afin de pénétrer dans le droit domestique de l'État-hôte.

50. L'impact de l'affaire *Philip Morris* ne doit pas être sous-estimé. En effet, il convient de noter que pendant les négociations du Partenariat Trans-Pacifique ou de son nom anglais « Trans-Pacific Partnership Agreement » (« **TPP** ») incluant 12 États dont l'Australie et les États-Unis, une exception concernant le produit du tabac a été incluse. Cette exception prohibe la possibilité pour les investisseurs étrangers de

²⁵⁰ Voir e.g. KWAN (Edwina), « Australia's Conflict Approach to ISDS: Where to From Here? », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 juin 2015 (discutant comment le gouvernement australien a décidé dans un premier temps d'abandonner le RDIE en réaction à l'affaire Philip Morris avant de changer ultérieurement sa position) ; PERRY (Sebastian), « Australia to Scrap Investor-State Protections », *GAR*, 18 April 2011.

²⁵¹ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, La réponse d'Australie à la notification d'arbitrage, 21 décembre 2011, § 6 ; *Philip Morris Asia c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, Sentence sur la compétence et la recevabilité, 17 décembre 2015, § 588 (Le tribunal a accepté la position soutenue par l'Australie « *the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection.* »).

²⁵² *Philip Morris Asia c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, Demande d'arbitrage, 21 novembre 2011, §§ 6-10.

²⁵³ *Philip Morris Asia c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, Sentence sur la compétence et recevabilité, 15 décembre 2005, § 588.

²⁵⁴ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, Ordonnance de procédure n° 4 concernant la procédure avant la décision sur la bifurcation, 26 octobre 2012, §§ 29-30.

remettre en cause une mesure étatique visant à régler le domaine du tabac²⁵⁵. Malgré cette disposition, la clause de RDIE faisait toujours l'objet de controverses parmi les pays occidentaux²⁵⁶. La sénatrice américaine Elizabeth Warren a utilisé l'affaire *Philip Morris* comme exemple afin de démontrer que les grandes multinationales poursuivaient les gouvernements étrangers et avaient la possibilité de « *weaken their environmental and public health rules* »²⁵⁷. Elle a d'ailleurs affirmé, lors d'une session au Sénat américain, que ces grandes multinationales utilisaient le mécanisme de RDIE comme moyen de « *challenge laws they don't like ... in front of industry friendly arbitration panels that sit outside any court system. Those panels can force taxpayers to write huge checks to big corporations with no appeals* »²⁵⁸. En plus, le Premier Ministre néo-zélandais Jacinda Adern a annoncé que la Nouvelle-Zélande « *remain[s] determined to do [its] utmost to amend the ISDS provisions of TPP. In addition, Cabinet has ... instructed trade negotiation officials to oppose ISDS in any future free trade agreements.* »²⁵⁹ A cet égard, l'affaire *Philip Morris* peut être caractérisée comme l'affaire ayant eu une influence déterminante sur les négociations en matière d'investissement internationaux.

51. L'affaire *Philip Morris c. Australie* marque le premier arbitrage d'investissement dans lequel une multinationale a décidé de se réorganiser afin de pouvoir remettre en cause une mesure réglementaire de santé publique. Le Comité permanent australien sur les traités, connu en anglais sous le nom de « *Joint Standing*

²⁵⁵ Voir Article 29.5 du TTP qui reprend le CPTPP. Article 29.5 (Mesures de contrôle du tabagisme) dispose que : « *Une Partie peut décider de refuser d'accorder les avantages prévus à la section B du Chapitre 9 (Investissement) relativement aux plaints contestant une mesure de contrôle du tabagisme de cette Partie. Dans ce cas, les plaints ne sont pas déposées aux fins d'arbitrage au titre de la section B du Chapitre 9 (Investissement).* ».

²⁵⁶ L'ébauche du chapitre sur l'investissement du TPP qui a été publié par Wikileaks le 20 mars 2015 a révélé qu'une note de bas de page par l'Australie disposait qu'elle ne consentait pas à ce qu'une réclamation soit soumise à l'arbitrage conformément aux dispositions du RDIE. Voir Trans-Pacific Partnership Treaty: Advanced Investment Chapter, Annexe II H (ébauche du 20 janvier 2015).

²⁵⁷ Sénateur Elizabeth Warren, Discussion du Sénat, C-SPAN2, 19 mai 2015.

²⁵⁸ Déclaration du Sénateur Elizabeth Warren, Session 2 du Sénat, 2 février 2016. De plus, des professeurs de droit et d'économie aux États-Unis ont rédigé une lettre ouverte au Président Trump l'exhortant de retirer le RDIE de l'ALENA et de tous les futurs traités sur le commerce ou l'investissement, intitulé « *230 Law and Economics Professor Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from NAFTA and Other Pacts* », *Public Citizen*, 25 octobre 2017. Voir SOUGENS (Gilles), « *Value and Judgment in Investment Treaty Arbitration* », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2018, issue 1, 2018, p. 1, note de bas de page n° 1.

²⁵⁹ CHENG (Derek), « *Ban on Foreign House Buyers by Early 2018, but Aussie Buyers Exempt* », *New Zealand Herald*, 31 octobre 2017.

Committee on Treaties », a publié un rapport en 2016 dans lequel il laisse paraître ses inquiétudes sur l'impact du RDIE et sur la capacité du gouvernement de régler dans l'intérêt public qui s'accompagne de risques d'être poursuivi en arbitrage par les investisseurs étrangers²⁶⁰. Bien que le point de vue de l'Australie ait prévalu dans cette affaire et que ce pays a pu maintenir sa réglementation sur les paquets neutres, l'opposition au RDIE continua de prendre de l'ampleur au sein de l'opinion publique. Le lancement d'une procédure par Philip Morris a servi d'exemple pour souligner le fait que le RDIE peut empêcher les États d'adopter certaines réglementations, résultant ainsi au fameux concept de « *gel réglementaire* », en anglais « *regulatory chill* ». Il convient de noter que c'est à compter de l'affaire *Philip Morris* que l'Australie et d'autres États considérés « *développés* » ont commencé à réaliser que, comme les pays en développement, ils pouvaient aussi être la cible du RDIE et que cela était susceptible d'avoir des conséquences financières onéreuses.

D. Le démantèlement du RDIE par l'Union Européenne

52. Suite à l'amplification des critiques à l'égard de l'arbitrage et à la progression d'un mouvement anti-globalisation, l'Union Européenne (« l'UE ») a décidé de démanteler le système *ad hoc* d'arbitrage d'investissement et de le remplacer par un nouveau système. A cet égard, la Commissaire européenne, Cecilia Malmström, a déclaré à Washington que le RDIE est devenu « *l'acronyme le plus toxique en Europe* »²⁶¹ et fait savoir que sa position est claire : le système traditionnel du RDIE « *is not fit for purpose in the 21st century* ». De plus, l'écologiste anglais décrit le RDIE comme « *une attaque frontale contre la démocratie* »²⁶². La Commissaire a critiqué l'arbitrage d'investissement, qu'elle qualifie de mécanisme soumis à des « *possible abuse, and the lack of transparency* », de même, les traitements des investisseurs étrangers comme étant « *at the expense of government's right to regulate* »²⁶³.

²⁶⁰ Commonwealth d'Australie, « Joint Standing Committee on Treaties, Report 165 – Trans-Pacific Partnership Agreement », Parlement du Commonwealth d'Australie, novembre 2016, §§ 6.37, 6.50.

²⁶¹ AMES (Paul), « ISDS: The Most Toxic Acronym in Europe », *Politico*, 17 septembre 2015.

²⁶² MONBIOT (George), « This Transatlantic Trade Deal Is a Full-Frontal Assault on Democracy », *The Guardian*, 4 novembre 2013 (traduction libre).

²⁶³ MALMSTRÖM (Cecilia), « Investments in TTIP and Beyond – Towards an International Investment Court », *EU Monitor*, 5 mai 2015.

53. Ce qui a déclenché le contrecoup de l'UE à l'égard du RDIE sont les deux affaires dans lesquelles une multinationale suédoise, Vattenfall, a poursuivi l'Allemagne²⁶⁴. En effet, en 2009 et en 2012, Vattenfall décide de former un recours contre l'Allemagne pour violation de la TJE car le pays a décidé de mettre un terme au programme nucléaire ainsi que de restreindre l'exploitation des centrales au charbon par Vattenfall à Hamburg-Mooburg²⁶⁵. Ces deux arbitrages ont choqué l'opinion publique affirmant que les mesures décidées par l'Allemagne avaient pour but la protection de l'environnement, et soutenaient que ces affaires allaient engendrer un « *gel réglementaire* » et créer des précédents déplorables²⁶⁶. Le 29 juin 2017, à Francfort, lors d'un séminaire organisé par « *Global Arbitration Review* » sur la réforme du RDIE, il a été souligné que la campagne anti-RDIE entreprise par l'UE a été incitée par les affaires *Vattenfall* :

*Without Vattenfall, this would not be an issue in Germany because, as long as we could go against underdeveloped, third world countries who expropriated, that was not a problem from the western perspective with state investor arbitration. Now, for the first time, western companies are defendants. The system is no longer accepted as a method of dispute resolution...*²⁶⁷

En effet, si l'Allemagne n'avait pas fait l'objet d'une procédure de RDIE, il est difficile d'imaginer qu'elle compterait aujourd'hui parmi les plus forts opposants du RDIE. Le contrecoup de l'UE s'est propagé, et même en Australie le parti politique des Verts a déclaré que : « *If ISDS is a bad idea in Europe, it's bad idea everywhere* »²⁶⁸.

²⁶⁴ *Vattenfall AR Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6, Sentence, 11 mars 2011 ; *Vattenfall AB et al. c. Allemagne*, CIRDI, aff. n° ARB/12/12.

²⁶⁵ *Vattenfall AR Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6, Sentence, 11 mars 2011 ; *Vattenfall AB et al. c. Allemagne*, CIRDI, aff. n° ARB/12/12.

²⁶⁶ BERNASCONI (Nathalie), *Background Paper on Vattenfall c. Germany Arbitration*, International Institute for Sustainable Development (« **IISD** »), juillet 2009, p. 6 (« *the threat of an arbitration can have a so-called regulatory chill effect, seeking either lower standards to be applied or no standards at all. The settlement negotiations apparently taking place now with Vattenfall may raise such a concern.* ») ; « *Investment Tribunals Could Undermine Urgent Climate Action* », Press Release, *Client Earth*, 17 juillet 2019 (« *The Vattenfall case is the most striking example of government watering down their environmental standards because of an ISDS dispute.* »).

²⁶⁷ STEVEN (Sarah), « *GAR Live Lookback from 29 juin 2017: Frankfurt – Is the EU's Investment Court Proposal Fit for Purpose?* », *GAR*, 31 mai 2018, p. 12.

²⁶⁸ « *EU Stands against ISDS Clauses, Australia Should Too* », Communiqué officiel du Parti Vert d'Australie, 24 mai 2018.

54. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, l'UE a entrepris le développement de nouvelles politiques d'investissement et les groupes anti-RDIE ont été à l'origine d'une campagne sans précédent. Au jour même de la publication par la Commission européenne (« **la Commission** ») d'une communication portant sur l'accord de protection des investissements internationaux, le 7 juillet 2010²⁶⁹, les groupes anti-RDIE ont publié un rapport de 100 pages²⁷⁰ appelant au démantèlement de l'arbitrage international d'investissement. Cette campagne politique et médiatique concertée n'a pas seulement permis de retourner l'Allemagne, les Pays-Bas et la France, pourtant partisans du RDIE, contre ce mécanisme, mais a aussi permis de stopper les négociations du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) connu en anglais « Transatlantic Trade and Investment Partnership » (« **TTIP** ») avec les États-Unis, ou Partenariat transpacifique global et progressiste » (PTCI) connu en anglais « Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership » (« **CPTPP** »)²⁷¹. Plusieurs dizaines de milliers de personnes ont manifesté en Allemagne, clamant que le TTIP aurait pour effet de diminuer les standards de protection dans les domaines de l'agroalimentaire ainsi que de l'environnement et causera la disparition d'emplois²⁷². En communiquant de façon massive sur les effets néfastes du TTIP²⁷³, les groupes anti-RDIE sont parvenus à convaincre l'UE d'abandonner le système du RDIE dont elle est pourtant à l'origine et qui est en place depuis cinquante années.

55. Étant donné que le Parlement européen a indiqué qu'il ne serait en faveur du TTIP si ce dernier contenait une référence à l'arbitrage d'investissement, la

²⁶⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM(2010) 343, Bruxelles, 7 juillet 2010.

²⁷⁰ MAES, (Marc), EVENTON (Ross) *et al.*, « Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy », Report, *The Transnational Institute*, 7 juillet 2010.

²⁷¹ LAVRANOS (Nikos), « Profiting from Anti-ISDS Propaganda », *Kluwer Arbitration Blog*, 11 mars 2016.

²⁷² « Protests in Germany against Transatlantic TTIP and CETA Trade Deals », *BBC News*, 17 septembre 2016.

²⁷³ BAUER (Matthias), « The Spiral of Silence – How Anti-TTIP Groups Dominate German Online Media and Set the Tone for TTIP Opinion », janvier 2015 (rapportant qu'une étude menée par le Centre Européen pour l'économie politique internationale (« **ECIPE** ») a découvert que 85 % des positions des médias en ligne allemands concernant le TTIP étaient rédigées et diffusées par des anti-TTIP groupes).

Commission décida de façon précipitée de réformer le RDIE²⁷⁴. En juillet 2015, le Parlement européen vota en faveur du rejet du RDIE²⁷⁵, le qualifiant de modèle obsolète²⁷⁶. Selon la Commission, le RDIE est un système lacunaire pour un certain nombre de raisons. Ces motifs comprennent notamment des « *potential limitations to the right of governments to regulate in the public interest* », des conflits d'intérêts de la part des arbitres qualifiés de partiels puisqu'un arbitre peut agir en qualité d'arbitre et de conseil, l'imprévisibilité des décisions et pour finir l'impossibilité de corriger une sentence due à l'inexistence de mécanisme d'appel²⁷⁷. En conséquence, le Parlement européen adopta une résolution sur le TTIP demandant de remplacer le RDIE par un nouveau système similaire à celui d'un tribunal, composé de « *judges professionnels indépendants* » nommés par les autorités publiques, et prévoyant une procédure d'appel²⁷⁸. De plus, les États membres de l'UE se sont mis d'accord pour mettre fin aux TBI intra-européens suite à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») dans l'affaire *Achmea*²⁷⁹.

56. Le contrecoup lié au RDIE au sein de l'UE est étonnant compte tenu du nombre d'affaires impliquant des investisseurs européens en qualité de demandeurs²⁸⁰. A la fin de 2013, 299 arbitrages ont été initiés par des investisseurs de l'UE, soit 52 % des affaires connues²⁸¹. Parmi les États de l'UE, les demandeurs sont le plus souvent

²⁷⁴ HAPP (Richard) et WUSCHKA (Sebastian), « From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma », *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 6, issue 1, 2017, p. 122.

²⁷⁵ Parlement européen, Observatoire législatif, Recommandations à la Commission européenne sur les négociations relatives au partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), vote final, 8 juillet 2015, 2014/2228(INI) I A8-0175/2015.

²⁷⁶ Parlement européen, Négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, PV 07/07/2015 – 4 (débat), procès-verbal du 7 juillet 2015, voir *e.g.* déclarations de Jeppe Kofod et Marian Harkin.

²⁷⁷ Commission européenne, Concept Paper, « *Investment in the TTIP and beyond – the Path for Reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court* », 5 mai 2015, pp. 5-8.

²⁷⁸ Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), (2015) (2014/2228(INI)).

²⁷⁹ CJUE, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. n° C-284/16, 6 mars 2018 (retenant que la clause d'arbitrage contenue dans l'article 8 du TBI Pays-Bas-Slovaquie de 1991 est incompatible avec le droit de l'UE) ; Commission européenne, Statement, « EU Member States agree on a plurilateral treaty to terminate bilateral investment treaties », 24 octobre 2019.

²⁸⁰ UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2014/3, avril 2014, p. 1 (« *Together, claimants from the EU and the United States account for 75 per cent of all cases.* »).

²⁸¹ *Idem.* p. 8.

originaires des Pays-Bas (61 affaires), du Royaume-Uni (43), de l'Allemagne (39), de la France (31), de l'Italie (26) et de l'Espagne (25)²⁸². A la fin de l'année 2018, 9 États membres de l'UE ont été classés parmi les États comptant le plus grand nombre d'investisseurs demandeurs, ayant au total poursuivi des États-hôtes dans 450 affaires connus²⁸³. Sans prendre en compte les différends intra-européens, les investisseurs de l'UE ont significativement profité du RDIE²⁸⁴. Ainsi, il est surprenant que des États, à l'origine de la création du régime d'arbitrage d'investissement et ayant fait la promotion des TBI, décident d'abandonner ce système. Ces pays, et tout particulièrement l'Allemagne, ont totalement ignoré et rejeté les raisons pour lesquelles ils ont inventé ce système : la protection de leurs ressortissants effectuant des opérations d'investissement à l'étranger au point que cela a pu être souligné : « *It is ironic that we should be having a debate about the merits of ISDS in Europe, its birthplace* »²⁸⁵. Dès lors, la teneur des hostilités émises à l'encontre du RDIE en Allemagne a pu surprendre certains représentants de l'UE notant qu'il s'agit de l'État ayant conclu le premier TBI²⁸⁶. De plus, selon la CNUCED, les investisseurs originaires d'États occidentaux développés, tels que les États-Unis, le Canada et certains États de l'UE représentent environ 80 % des utilisateurs récurrents du RDIE²⁸⁷.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ UNCTAD, *Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/4, mai 2019, p. 3.

²⁸⁴ UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/2, juin 2018, p. 1 (« *Developed-country investors brought most of the 65 known cases in 2017. Investors from the Netherlands and the United States initiated the most cases ... followed by investors from the United Kingdom* ») ; voir également UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/3/REV., mai 2013, p. 1. (« *In 66% of the new cases, respondents are developing or transition economies ... the majority of new cases (64%) still originate from developed countries* »).

²⁸⁵ BROWER (Charles N.), « *Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?* », *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, vol. 8, issue 3, 2015, p. 662.

²⁸⁶ AMES (Paul), « *ISDS: The Most Toxic Acronym in Europe* », *supra* note 252.

²⁸⁷ UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, février 2015, p. 6.

IV. LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DU RDIE : UN PROBLÈME DE DÉFINITION

57. Suite à l'accroissement des différends soumis au mécanisme du RDIE, ce système basé sur les traités fait l'objet d'une attention particulière²⁸⁸. Les débats publics sur le mécanisme du RDIE se sont intensifiés lors des affaires *Philip Morris* et *Vattenfall*. De même, à l'origine des débats sur le RDIE se trouvent les négociations concernant le TPP et le TTIP, les actions des ONG anti-globalisation, celles de la société civile, de plusieurs États et certains responsables universitaires²⁸⁹. Bien que les

²⁸⁸ LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *Indian Journal of Arbitration Law*, National Law University, vol. V, issue 2, 2016, p. 93 (« *International investment law is in the midst of a watershed moment. Even as the scale and scope of cases increase with each passing year ... [« ISDS »] system is facing heated criticism from several quarters over its perceived deficiencies. This has resulted in a powerful campaign that questions the inherent legitimacy of the system* »).

²⁸⁹ Pour les critiques de RDIE voir e.g. BROWER (Charles H. II), « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, no. 1, 2001 ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, issue 4, 2005 ; VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008 ; VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, no. 2, 2007 ; CHUNG (Olivia), « The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration », *supra* note 105 ; CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, no. 3, 2008 ; KAHALE III (George), « A Problem in Investor/State Arbitration », *TDM*, vol. 6, issue 1, 2009 ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 171 ; WAIBEL (Michael) *et al.*, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, *supra* note 109 ; KAHALE III (George), « Is Investor-State Arbitration Broken? », *supra* note 110 ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Case Against a Regime for International Investment Law », *supra* note 171 ; KULICK (Andreas), « Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, no. 2, 2015, p. 443 ; CONSTAIN (Silvia), « ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement Journeys for the 21st Century*, Bill Nijhoff, 2015, pp. 344-350 ; MOJTABA (Dani) et AKHTAR-KHAVARI (Afshin), « The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation Cases and the Legitimacy Problems of Investment Arbitration », *Widener Law Review*, vol. 22, no. 1, 2016 ; SINGH (Kavaljit) et ILGE (Burghard), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016 ; VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, Friends of the Earth Europe, Les Amis de la Terre France, TNI, CEO, Mouvement écologique, 2019 (affirmant que le RDIE est un « corporate court » ou « red carpet court » comme une arme pour les intérêts corporatifs pour renforcer l'injustice à travers le monde, pour intimider les nations et pour affaiblir la démocratie et les citoyens pour des milliards de dollars ; MULLER (Bettina) et OLIVET (Cecilia), *ISDS in Numbers: Impacts of Investment Arbitration against African States*, TNI, 2019 (alléguant que les États ne gagnent jamais les litiges) ; DUPRE (Mathilde), « Qu'est-ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États? », *Institut Veblen pour les réformes économiques*, 2019 (« *Les multinationales ont désormais régulièrement recours à l'arbitrage d'investissement pour poursuivre les États quand ces derniers adoptent des règles (quel que soit leur bien-fondé) qui nuisent à leurs intérêts présents ou futurs.* »).

critiques soient vives, le droit international des investissements ne fait pas l'objet de larges études théoriques. Comme le soulignent les professeurs Jacob, Latty et Nanteuil

*L'arbitrage d'investissement étant aujourd'hui largement fondé sur des traités bi ou multilatéraux, les questions de droit des traités s'y épanouissent. D'autres sources, plus ou moins classiques, du droit international sont toutefois également mobilisées par les arbitres, à titre principal ou complémentaire. Le droit applicable au règlement du différend étant régulièrement plus large que le seul traité qui donne compétence au tribunal, il n'est d'ailleurs pas exclu que des tribunaux mobilisent des instruments que l'on ne s'attendrait pas nécessairement à rencontrer en parcourant les sentences rendues en la matière*²⁹⁰.

Ainsi, du fait de son étendue, le domaine des droits des investissements n'est pas suffisamment « équipé »²⁹¹. En effet, les experts ont observé que les ressources académiques en défaveur de l'arbitrage d'investissement « *have not been matched by an equally forceful defense of the system that explains its advantages over proposed alternatives and justifies the institutional choices that states made when setting up the current system* »²⁹².

58. Depuis quelques années, des groupes d'académiciens et de militants politiques tentent d'attirer l'attention sur l'existence d'une *crise de légitimité* de l'arbitrage d'investissement²⁹³. Comme le font remarquer certains commentateurs « *Investment*

²⁹⁰ JACOB (Patrick), LATTY (Franck), DE NANTEUIL (Arnaud), *Arbitrage d'investissement et droit international général*, Annuaire français de droit international, CNRS Editions, 2017, p. 649.

²⁹¹ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 2009, p. 472.

²⁹² *Idem*. p. 476.

²⁹³ Avertissement sur la crise de légitimité: FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1523 (« *As investment arbitration is still in its infancy but in the middle of its first 'growing pains,' it is appropriate to help the jurisprudence develop, acknowledge the difficulties in the current framework, and find ways to minimize the looming legitimacy crisis.* ») ; GURUDEVAN (Naveen), « An Evaluation of Current Legitimacy-Based Objections to NAFTA's Chapter 11 Investment Dispute Resolution Process », *San Diego International Law Journal*, vol. 6, no. 2, 2005, p. 419 (« *The legitimacy problem faced by the NAFTA regime is multi-faceted and by no means unique to NAFTA. One aspect of the problem is the notion of a private party's right of action against the host government, which though an integral part of the investment dispute resolution process* ») ; CHUNG (Olivia), « The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration », *supra* note 105, p. 955 (« *argues that the current form of BIT arbitration is resting on 'tenuous legitimacy,' and without changes, the surge in cases will be accompanied by increasing efforts to undermine the existing system.* ») ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 171, pp. 277-278 (« *The ... uncertainties cast*

arbitration is plagued with a backlash from states, potentially leading to a crisis of legitimacy in the investor-state system as a whole. »²⁹⁴ A ce jour, la contestation ne se limite pas au cercle des professeurs anti-RDIE, mais a désormais gagné certaines grandes institutions. Par exemple, la CNUCED, en se basant sur un rapport d'une ONG anti-RDIE nommé *Les profiteurs de l'injustice - Comment les cabinets juridiques, les arbitres et les financiers alimentent un boom de l'arbitrage d'investissement*²⁹⁵, a publié une feuille de route appelant à la réforme du RDIE tout en listant les points sur lesquels il convient de porter une attention particulière incluant un déficit de légitimité perçu ainsi que des questions sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres²⁹⁶. Cependant, plus récemment en 2018, la CNUCED a déclaré que « *[o]riginally modelled on the system of ad hoc confidential commercial arbitration between private parties, today, the ISDS system suffers from a legitimacy crisis.* »²⁹⁷ Alors que le phénomène de contrecoup peut être rattaché à une certaine période liée aux actes de certains États, la *crise de légitimité* est quant à elle subjective, alarmiste, difficile à localiser dans le temps, et également très émotionnelle. L'utilisation du terme « *crise de légitimité* » selon Thomas Wälde, incarne « *a quasi-religious approach valuing sentiment more than outcome* »²⁹⁸. L'absence d'une définition objective et sincère rend l'usage des termes *crise* et *légitimité* inapproprié dans le contexte académique, et il s'agit de termes alarmistes et peu instructifs qui ne représentent pas la réalité de la

doubts not only on the legitimacy of the law, but also on the system that created it. ») ; SCHILL (Stephan), « Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 18, 2015, p. 789 (« *The issue of legitimacy of international arbitration and its conditions is receiving increasing attention, not only outside the arbitration community, but also within.* »).

²⁹⁴ MOJTABA (Dani) et AKHTAR-KHAVARI (Afshin), « The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation Cases and the Legitimacy Problems of Investment Arbitration », *supra* note 288, p. 1.

²⁹⁵ EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171 (La page de couverture du rapport indique de manière provocatrice que: « *Profiting from Injustice uncovers a secretive but burgeoning legal industry which benefits from these disputes - at the expense of taxpayers, the environment and human rights. Law firms and arbitrators, who are making millions from investment disputes against governments, are actively promoting new cases and lobbying against reform in the public interest.* »).

²⁹⁶ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, juin 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4.

²⁹⁷ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, United Nations Publication, 2018, p. 23.

²⁹⁸ WÄLDE (Thomas), « Investment Arbitration and Sustainable Development: Good Intentions - or Effective Results? », *TDM*, vol. 3, issue 5, 2006, p. 7.

situation mais qui s'insèrent plutôt dans les discours d'activistes politiques. Cependant, il convient de se poser la question de savoir si cette crise de légitimité est bien réelle.

59. La *crise de légitimité* en arbitrage d'investissement peut être qualifiée d'illusoire car il n'existe pas de consensus académique sur le sujet. Le mot crise est défini comme « *an unstable or crucial time or state of affairs in which a decisive change is pending, especially one with the distinct possibility of a highly undesirable outcome.* »²⁹⁹ Ce terme est souvent utilisé dans un contexte économique ou humanitaire, et sa notion correspond aussi à une limite de temps, car par définition il faut agir rapidement afin d'apaiser voire de régler la crise pouvant mener à une catastrophe ou une grande perte, telle que la crise financière en Argentine de 2001. La formule *crise de légitimité* dont serait victime le RDIE est semble-t-il inadaptée. Les instruments conventionnels en la matière sont pour la majorité des TBI qui ne sont ni hiérarchisés ni coordonnés les uns avec les autres. En d'autres termes, il n'existe pas dans cette matière un corps unifié et centralisé, mais seulement une collection fragmentée d'AII négociés de façon casuistique et datant parfois d'il y a plusieurs décennies. L'utilisation du terme « *crise de légitimité* » est incohérente et ce pour diverses raisons. D'abord, il n'existe pas de consensus pour dire que l'arbitrage d'investissement connaît une *crise de légitimité* ou que le RDIE est illégitime. De plus, les auteurs semblent ne pas être d'accord sur la localisation temporelle de cette *crise*. En effet, il n'existe pas de consensus sur son point de départ, ce qui contrevient à la notion de « *crise* ». Les opinions divergent en ce qui concerne les causes de cette *crise de légitimité*, ce qui est pourtant un point important puisqu'il convient d'envisager des solutions pour atténuer celle-ci. La compréhension du concept de *crise de légitimité*, ainsi, varie profondément en fonction de la personne utilisant ce terme et du contexte.

A. L'absence de consensus concernant la « crise de légitimité »

60. Un certain nombre d'académiciens s'opposent à l'existence d'une « *crise de légitimité* » en arbitrage d'investissement³⁰⁰. En 2014, le Juge Charles N. Brower a

²⁹⁹ Merriam-Dictionary; Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales site web (« *Situation troublée caractérisée par des transformations plus ou moins violentes* »).

³⁰⁰ Voir KRISHAN (Devashish), « Thinking about BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis that Never Was », in WEILER (Todd) et BAETENS (Freya) (eds.), *New Directions in International*

décrit cette fameuse crise de légitimité comme étant « *fabriquée de toutes pièces* » et « *sparked by scaremongering [NGOs] and left-wing academics, anti-globalization groups, and misinformed politicians of other States* »³⁰¹. Afin de mieux replacer le sujet dans son contexte, l'image négative de l'arbitrage d'investissement s'est accrue d'année en année, notamment du fait des fausses informations et exagérations diffusées par les groupes anti-multinationales et anti-globalisation. Ces informations erronées ont ensuite été reprises par des médias³⁰² et ont finalement eu une certaine influence sur les politiques, particulièrement pendant les négociations du TPP et du TTIP. En effet, en 2001, le *New York Times* a publié une critique négative concernant la procédure d'arbitrage d'investissement contenue dans l'ALENA :

*Their meetings are secrets. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And this is all in the name of protecting the rights of foreign investors*³⁰³.

Cette description de l'arbitrage d'investissement par le *New York Times* illustre le scepticisme ambiant à l'égard de cette méthode de résolution des litiges et se base sur des fausses informations relayées par les groupes anti-globalisation telles que Public Citizen, ONG ayant pu qualifier les tribunaux d'investissement de « *gouvernements secrets* »³⁰⁴. Bien que l'article cite un avocat spécialisé en droit du commerce extérieur décrivant les critiques comme émanant de groupes anti-globalisation et ayant vocation à répandre un sentiment de peur, cette longue diatribe se concentre sur les lacunes de l'arbitrage d'investissement, lacunes souvent soulignées par des ONG qui n'ont

Economic Law: in Memoriam Thomas Wälde, Brill Nijhoff, 2011 ; BROWER (Charles N.), « Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration? », *supra* note 285, 2015.

³⁰¹ BROWER (Charles N.), « Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration? », *idem*. p. 654.

³⁰² SUROWIECKI (James), « Trade-Agreement Troubles », *The New Yorker*, 22 juin 2015 ; COOPER (Ryan), « How the TPP Boosts Corporate Power at the Expense of National Sovereignty », *The Week*, 7 octobre 2015 ; JONES (Owen), « The TTIP deal hands British sovereignty to multinationals », *The Guardian*, 14 septembre 2014.

³⁰³ DEPALMA (Anthony), « NAFTA's Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Dispute, But Go Too Far, Critics Say », *New York Times*, 11 mars 2001.

³⁰⁴ *Idem*.

pourtant jamais été impliquées dans une procédure d'arbitrage d'investissement³⁰⁵. Plus de dix années après, la même ONG, Public Citizen, a écrit plusieurs lettres ouvertes signées par des professeurs et législateurs non spécialisés en droit international et destinées au Président Donald Trump ainsi qu'à certains représentant américains pour le commerce, leur demandant de stopper l'inclusion de clauses de RDIE dans les accords économiques³⁰⁶. Public Citizen agit tel un gardien, scrutant le moindre différend soumis au RDIE et agissant tel un lobby auprès des politiques afin de les pousser à retirer les dispositions sur le RDIE dans les accords, affirmant que ce mécanisme « *incentivizes job outsourcing and empowers corporations to attack domestic policies that protect public health and the environment before tribunals of three corporate lawyers* »³⁰⁷. Cette position est tout simplement fautive. Public Citizen rassemble les différentes déclarations des politiques, des médias et de la doctrine hostile au RDIE. Cela comprend la déclaration de la sénatrice Elizabeth Warren dans le Washington Post lors des négociations du TPP. La sénatrice y décrit les tribunaux d'investissement comme des « *rigged, pseudo-courts* » et affirme que « *who believe in U.S. sovereignty should be outraged that ISDS would shift power from American courts, whose authority is derived from our Constitution, to unaccountable international tribunals* »³⁰⁸.

61. Public Citizen n'est qu'une ONG parmi d'autres mobilisées afin dans une sorte de croisade contre le RDIE et tentant de faire pression sur les politiques publiques. Ces ONG particulièrement influentes sont présentes partout en Europe et sont composées, entre autres, de the Center for Research on Multinational Corporations (« **SOMO** ») (Pays-Bas), Les Amis de la Terre Europe et International (Belgique), Both ENDS (Pays-Bas), Corporate Europe Observatory (« **CEO** ») (Belgique), the

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ Voir e.g. « More Than 300 Republican and Democratic State Legislators from all 50 States Sign Letter to USTR Lighthizer Urging the End of ISDS in NAFTA », *Public Citizen*, 12 septembre 2018 ; voir aussi « 230 Law and Economics Professors Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from NAFTA and Other Pacts », *supra* note 258. Il convient de préciser que de nombreux professeurs ayant signé cette lettre ouverte ne sont pas des spécialistes du droit international, droit d'investissement ou de la résolution des litiges. Parmi les professeurs ayant signé cette lettre il y a des professeurs d'économie, propriété intellectuelle, micro-modélisation appliquée, droit et « *pluies* » et droit du travail, technologie, ressources alimentaires et droits de l'homme.

³⁰⁷ Annual Report, *2018 Year in Review*, Public Citizen News, janvier/février 2019, p. 12.

³⁰⁸ WARREN (Elizabeth), « The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose », *The Washington Post*, 25 février 2015.

Transnational Institute (« TNI ») (Pays-Bas), Campact (Allemagne), Uplift (Irlande), PROGRESSI (Italie), Skiffet (Suède), Mehr Demokratie (Allemagne), et BUND (Allemagne). Bien que les motifs puissent sembler altruistes, des rapports ont indiqué que les ONG ont tiré un profit financier important des campagnes anti-RDIE³⁰⁹. (Pour de plus amples informations, voir la Partie 2, Titre 1, Chapitre 1). Leurs efforts concertés ont poussé les politiques de l'UE à dénoncer le RDIE. Par exemple, le Secrétaire d'État français chargé du Commerce extérieur, Matthias Fekl, a déclaré en 2015 que « *ISDS as it stands cannot be the standard for dispute resolution* »³¹⁰. Selon le média Politico, « *some conservatives and liberal politicians have said that TTIP was blown up by NGOs and the Green party to compensate for the loss of the nuclear campaign* »³¹¹. Le Commissaire européen en charge du commerce, Cecilia Malmström a quant à elle déclaré que : « *I want the rule of law, not the rule of lawyers.* »³¹² Les campagnes menées par les ONG ont généré l'attention des médias qui tentent d'influencer l'opinion publique à travers de nombreuses interviews et une distorsion des faits³¹³. Par exemple, le journal the Independent a publié un article décrivant le RDIE comme une « *attaque contre la démocratie* » et composé de tribunaux « *'little more than kangaroo courts' with 'a vested interest in ruling in favour of business.'* »³¹⁴. Finalement, les campagnes massives menées par les ONG³¹⁵

³⁰⁹ LAVRANOS (Nikos), « Profiting from Anti ISDS Propaganda », *Kluwer Arbitration Blog*, 11 octobre 2016.

³¹⁰ AMES (Paul), « ISDS: The Most Toxic Acronym in Europe », *supra* note 261.

³¹¹ VON DER BURCHARD (Hans), « Anti-Trade Campaigners Slaughter Their Golden Goose: TTIP », *Politico*, 16 septembre 2016.

³¹² MALMSTRÖM (Cecilia), « Investments in TTIP and Beyond – towards an International Investment Court », *supra* note 263.

³¹³ BEATTIE (Alan Beattie), « Concern Grows over Global Trade Regulation », *Financial Times*, 12 mars 2008 (citant des ONG « Friends of the Earth and Sierra Club ») ; DONNAN (Shawn), « Trade Deals: Toxic Talks », *Financial Times*, 6 octobre 2014 ; « The Arbitration Game: Governments are Souring on Treaties to Protect Foreign Investors », *The Economist*, 11 octobre 2014 (citant « Public Citizen ») ; AMES (Paul), « ISDS: The Most Toxic Acronym in Europe », *supra* note 261 (interviewant un CEO de ONG) ; DAYEN (David), « The Big Problem with the Trans-Pacific Partnership's Super Court that We're Not Talking About », *Huffington Post*, 29 août 2016 (citant l'ONG CEO) ; DUPRE (Mathilde), « Arbitrage d'Investissement, Une Justice d'Exception au Service des Multinationales », *Alternatives Economiques*, juin 2017 (se référant à l'ONG française Institut Veblen) ; PEKER (Emre), « Trade Tribunals Draw Ire Outside NAFTA, Too », *Wall Street Journal*, 16 août 2017 ; VON DER BURCHARD (Hans) et RONE (Julia), « Why Europeans May Not Want a U.S. Trade Deal », *The Washington Post*, 4 octobre 2018 ; CORNISH (Lisa), « Civil Society Criticizes Secretive Asia-Pacific Free Trade Negotiations », *DEVEX*, 3 juillet 2019.

³¹⁴ WILLIAMS (Lee), « What is TTIP? and Six Reasons Why the Answer should Scare You », *The Independent*, 6 octobre 2015.

³¹⁵ DREYER (Iana), *Germany: How Minority Groups Have Come to Dominate the Public Debate on TTIP*, Bordelex, 13 septembre 2016.

ont permis de faire pression sur l'UE afin que celle-ci modifie sa directive³¹⁶ concernant les négociations du TTIP qui en premier lieu, en 2013, devait contenir une clause de RDIE mais qui a été réformée en 2015³¹⁷. D'ailleurs, la plupart des critiques sur le RDIE proviennent de groupes n'étant pas directement impliqués dans le RDIE³¹⁸.

62. A travers la mobilisation des ONG, des médias et de l'attention des acteurs politiques sur le RDIE, « *public opinion is changing from indifference or ignorance towards international investment law and arbitration to predominantly skepticism or even fierce opposition* »³¹⁹. Néanmoins, les critiques du RDIE émises par ces groupes ne sont pas basées sur des faits mais sur des suppositions, des supputations voire des inventions. Par exemple, certaines ONG affirment que le RDIE accorderait un privilège exclusif aux multinationales de poursuivre un gouvernement s'il ne réalise pas un profit suffisant ou pour une perte de résultats causant d'énormes charges au contribuable³²⁰. En réalité, ce mécanisme de résolution des litiges bénéficie aussi aux petites et moyennes entreprises (« **PME** »)³²¹. Car, au contraire de ce que pensent les ONG, l'arbitrage d'investissement constitue le seul recours effectif pour les PME. De plus, il est incorrect de dire que l'arbitrage d'investissement permet aux multinationales de s'attaquer à un gouvernement pour des actions leur ayant causé des manques à gagner ; une perte de profit ou perte économique n'est pas un moyen justifiant une action en réparation, elle constitue le dommage. Par conséquent, pour pouvoir se retourner contre le gouvernement, il faut pouvoir prouver l'existence d'une violation des obligations contenues dans l'AII, comme par exemple, la prise d'une

³¹⁶ Conseil de l'Europe, Directive de négociation du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis, 17 juin 2013, 1103/13, p. 9.

³¹⁷ Parlement européen, « Observatoire législatif, Recommandations à la Commission européenne sur les négociations relatives au partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), vote final », 2014/2228(INI) I A8-0175/2015, 8 juillet 2015.

³¹⁸ ABBOTT (Roderick), ABBOTT (Roderick), ERIXON (Frederik) et FERRACANE (Martina), « Demystifying Investor-State Dispute Settlement », *supra* note 94, p. 19 (« *[M]uch (but not all) of the criticism is based on erroneous information or opinions, with no direct connection to ISDS, aiming for a broader argument about the illegitimacy of international arbitration between an investor and a state.* »).

³¹⁹ KULICK (Andreas), « Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy », *supra* note 289, p. 443.

³²⁰ « Open Letter to Congressional Leaders and the U.S. Trade Representative by 100 Law Professors », *Allegiance for Justice*, 11 mars 2015.

³²¹ LAVRANOS (Nikos), « The Proven Benefits of ISDS and BIT's, Even for SMEs and Small Claims », *Kluwer Arbitration Blog*, 24 octobre 2017.

mesure discriminatoire à l'encontre de l'investisseur étranger. Également, lorsqu'un investisseur échoue à l'issue d'une procédure arbitrale, il est souvent condamné à de lourdes réparations basées sur le fait que son action peut être qualifiée d'abusives ou de frivoles, ainsi cela contrevient à l'argument selon lequel les retombées d'une procédure arbitrale pénalisent le contribuable³²². En réponse à ces critiques, une lettre a été partagée par l'ONG Alliance for Justice³²³. Yves Fortier, Président de l'Université McGill, a envoyé une lettre signée par des professeurs et praticiens du droit des investissements, signalant que « *the discussion should be based on facts and balanced representations, rather than on errors or skewed information.* »³²⁴ Dans ce monde où les informations circulent plus vite, l'opinion publique est majoritairement influencée par les médias et en particulier par internet, et il semble de plus en plus difficile de mener un débat objectif et documenté sur certains sujets. Cela est particulièrement avéré en ce qui concerne l'arbitrage d'investissement. Le RDIE est un mécanisme en développement continu, à la croisée des chemins entre la justice internationale et la politique. Cependant, la diffusion de fausses informations n'aide pas à améliorer ce système et à l'adapter à l'évolution de la matière. Au contraire, cela constitue un véritable obstacle à la conduite de discussions éclairées sur une réforme souhaitable³²⁵.

63. Malgré le changement de l'opinion publique, de nombreux universitaires renommés dans le domaine du droit des investissements considèrent le mécanisme du RDIE comme étant un moyen légitime, neutre et effectif de résoudre les différends entre investisseurs et États³²⁶. Comme le font remarquer des commentateurs,

³²² E.g. *Philip Morris c. Australie*, CPA aff. n° 2012-12, Sentence finale concernant l'allocation des coûts, 8 juillet 2017 ; *Piero Foresti, Laura de Carli and others c. Afrique du Sud*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/07/1, Sentence, 4 août 2010, p. 33 ; *Walter Bau AG (in Liquidation) c. Thaïlande*, CNUDCI, Sentence finale, 1 juillet 2009, § 17.1.

³²³ « Open Letter to Congressional Leaders and the U.S. Trade Representative by 100 Law Professors », *supra* note 320.

³²⁴ « An Open Letter About Investor-State Dispute Settlement by More than 40 Law Professors », McGill University, 7 April 2015. Parmi les signataires figuraient, *inter alia*, les renommés Professeurs FRANCK (Franck), PAULSSON (Jan), ALVAREZ (José), BJORKLUNG (Andrea), BROWER (Charles H. II), GRANT (David), REISMANN (Michael), SALACUSE (Jeswald), STEGER (Debra), VALDEVELDE (Kenneth) et ABBOTT (Roderick) ; ABBOTT (Roderick), ERIXON (Frederik) et FERRACANE (Martina), « Demystifying Investor-State Dispute Settlement », *supra* note 94, p. 19 (« *much (but not all) of the criticism is based on erroneous information or opinions, with no direct connection to ISDS, aiming for a broader argument about the illegitimacy of international arbitration between an investor and a state.* »).

³²⁵ « An Open Letter About Investor-State Dispute Settlement by More than 40 Law Professors », *idem*.

³²⁶ WÄLDE (Thomas), « Investment Arbitration and Sustainable Development: Good Intentions - or Effective Results? », *supra* note 298 ; GILL (Judith), « Investment Treaty Arbitration », *European*

l'arbitrage d'investissement offre un accès direct à un mécanisme neutre et dépolitisé, loin des tribunaux étatiques et de la protection diplomatique³²⁷. A cet égard, si l'investisseur ne dispose pas du RDIE, la conclusion de traités d'investissement aurait davantage la force de déclaration politique plutôt que celle d'un corps d'obligations

Business Law Review, vol. 17, no. 2, 2006 ; MEYERS (Daniel), « In Defense of the International Treaty Arbitration System », *Houston Journal of International Law*, vol. 31, no. 1, 2008 ; BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291 ; SCHWEBEL (Stephen), « A BIT about ICSID », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 23, issue 1, 2008 ; NELSON (Timothy), « History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration Will Survive the 'New Revolution' », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 555-575 ; SCHILL (Stephan), « Private Enforcement of International Investment Law, Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, pp. 29-50 ; SALACUSE (Jeswald), « The Emerging Global Regime for Investment », *supra* note 130 ; DEVASHISH (Krishan), « Thinking About BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis That Never Was », *supra* note 300 ; SCHREUER (Christoph), « The Future of Investment Arbitration », in MARSANJANI (Mahmoud), COGAN (Jacob), *et al.* (eds.), *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011 ; BROWER (Charles N.) et BRANCHARD (Sadie), « From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': the Case against Re-Statification of Investment Dispute Settlement », *supra* note 108 ; KINNEAR (Meg), « Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Resolution », *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, vol. 6, issue 3, 2013 ; BROWER (Charles N.), « Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration? », *supra* note 285 ; BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », *Columbia Journal of International Law*, vol. 52, 2014 ; CAMPBELL (Christopher), NAPPERT (Sophie) et NOTTAGE (Luke), « Assessing Treaty-Based Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform? », *supra* note 246 ; HAPP (Richard), « Why Investment Arbitration Contributes to the Rule of Law: Without Knowing Where We Came from We Cannot Know Where We are Heading », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, no. 1, 2016 ; COLLINS (David), « The UK Should Include ISDS in Its Post-Brexit International Investment Agreements », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 14, no. 3, 2017.

³²⁷ Voir SCHILL (Stephan), « Private Enforcement of International Investment Law, Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement », *idem.* p. 29 ; PAULSSON (Jan), « Arbitration Without Privity », in WÄLDE (Thomas) (ed.), *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, Kluwer Law International, 1996, pp. 441-442 (« *The possibility of direct action - international arbitration without privity - allows the true complainant to face the true defendant. This has the immense merit of clarity and realism; these, and not eloquent proclamations, are the prerequisites of confidence in the legal process ... The aim here is not to take anything away from States, but to help ensure that foreigners have faith in their promises. The objective is not arbitration that favours the foreigner, but one that simply favours neutrality.* ») ; FRANCK (Susan), « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law », *McGeorge Global Business and Development Law Journal*, vol. 19, 2007, p. 372 (« *Investors also may be interested in neutrality. While investors may be interested in having neutral and independent adjudicators, they are more likely desire a neutral forum for dispute resolution that does not unfairly benefit either party or create a 'home field' advantage.* ») ; HAPP (Richard), « Why Investment Arbitration Contributes to the Rule of Law: Without Knowing Where We Came from We Cannot Know Where We are Heading », *idem.* p. 281 (« *By excluding recourse to diplomatic protection on the one hand and regulating questions of applicable law and enforcement of awards on the other, the result was tailor-made for settling investment disputes in a neutral atmosphere.* »).

incombant à l'État d'accueil³²⁸. De plus, la doctrine a relevé l'importance de l'autonomie des parties³²⁹, et des études pratiques ont mis en lumière le fait que le RDIE ne constitue pas un mécanisme favorisant l'investisseur³³⁰. En ce qui concerne le CIRDI, un commentateur a déclaré :

*ICSID is undoubtedly a legitimate body. ... ICSID is one of the most frequently used fora for investment dispute resolution, and as of 2016, there were 153 contracting member states. It appears that this criticism is baseless; disagreement with several ICSID awards does not deem the entire body illegitimate*³³¹.

D'autres auteurs de la doctrine ont exprimé une opinion similaire en affirmant que l'arbitrage d'investissement « *constitute a legitimate vehicle for structuring and stabilizing foreign investment activities* »³³². Bien que trois États se soient retirés de la Convention CIRDI, treize autres ont ratifiés la Convention depuis³³³, soutenant que le RDIE constitue un mécanisme légitime de résolution des différends³³⁴.

64. Ainsi que la doctrine a pu le souligner, « *overall, states seem to accept that international investment treaties and investment-treaty arbitration are legitimate, even if they occasionally disagree with some of the decisions* arbitral tribunals reach on

³²⁸ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 477.

³²⁹ COLLINS (David), « The UK Should Include ISDS in Its Post-Brexit International Investment Agreements », *supra* note 326, p. 314 (« *[I]n addition to undermining party autonomy in the selection of arbitrators (arguably the cornerstone of arbitration as distinct from litigation), ICS imposes additional cost and delay without significant benefits in the form of legal correctness or clarity.* ») ; LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *supra* note 288, pp. 17-18 (« *What the [NGO] report fails to properly address, however, is the underlying fundamental principle of international arbitration, namely, the principle of party autonomy. In the system of international arbitration, parties are free to structure the procedure as they wish, but also, most importantly, to select and appoint an arbitrator of their own choice.* »).

³³⁰ FRANCK (Susan), « Between Myth and Reality: The 9th John E.C. Brierly Memorial Lecture », *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 5, no. 1, 2018-2019, pp. 17-18 (« *[T]he myth about pro-investor bias in arbitration outcomes is not borne out. My research has identified that states have won more than investors, and that the difference is now statistically meaningful.* »).

³³¹ HEIDEMAN (Alexander), « Investment Law for Investors: A Case against Multilateral Investment Courts », *UC Davis Business Law Journal*, vol. 19, no. 1, 2018, p. 15.

³³² BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 477 (« *investment treaties and investor-state arbitration constitute a legitimate vehicle for structuring and stabilizing foreign investment activities.* »).

³³³ CIRDI, ICSID/3, Liste Des États Contractants et Signataires de la Convention au 3 septembre 2021.

³³⁴ BALTAG (Crina), « The ICSID Convention: A Successful Story - The Origins and History of the ICSID », *supra* note 61, p. 23 (« *[T]he ICSID Convention is a success by all means, now in its 50th year and with more than 150 States which ratified it.* »).

some of the finer points of international investment law »³³⁵. Cela fonde l'opposition de certains États à l'arbitrage d'investissement ne doit pas être perçue comme l'indicateur d'une opposition généralisée pouvant servir de base à la mise en cause de l'entière légitimité de ce mécanisme de droit international. En particulier, un traité d'investissement est un instrument réciproque. Il couvre les investissements des ressortissants de chaque partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante. Les investisseurs de l'un ou l'autre État qui sont lésés peuvent exercer un recours par le biais de RDIE. En effet, une étude menée par le Centre for Strategic and International Studies en 2015 révèle que 90 % des TBI et AII en vigueur opèrent sans avoir donné lieu à un seul différend relatif aux investissements³³⁶. De même, bien qu'en 2011 l'Australie ait déclaré qu'elle excluait le mécanisme du RDIE dans ses futurs accords, elle a signé un accord de libre-échange avec la Corée du Sud en 2014, le « **KAFTA** »³³⁷ ainsi qu'avec la Chine en 2015, le « **ChaFTA** »³³⁸. Ces deux accords contiennent une clause de RDIE. De plus, le TTIP conclu entre 11 États en janvier 2018, contient une clause de RDIE³³⁹. Le Juge Charles N. Brower et le Professeur Dr. Stephan Schill définissent le terme « *légitimité* » comme « *acceptance of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process.* »³⁴⁰ Le fait que les États continuent d'adopter des clauses de RDIE dans leurs accords illustre l'acceptation de ce système et finalement sa pertinence.

65. Plus particulièrement, la doctrine décrit le RDIE comme un moyen plus flexible de résoudre un différend. Il s'agit d'un mécanisme en développement constant, capable de s'adapter et d'innover en fonction de l'évolution du domaine du droit des

³³⁵ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 495.

³³⁶ HICKS (Gregory) et MILLER (Scott), *Investor-State Dispute Settlement - A Reality Check: A Report of the CSIS Scholl Chair in International Business*, the Center for Strategic and International Studies, janvier 2015, p. 6.

³³⁷ Article 20 de l'accord de libre-échange entre la Corée et Australie (Korea-Australia Free Trade Agreement « **KAFTA** ») entré en vigueur le 12 décembre 2014.

³³⁸ Article 15 de l'accord de libre-échange entre la Chine et Australie (China-Australia Free Trade Agreement « **ChaFTA** ») entré en vigueur le 20 décembre 2015.

³³⁹ Chapitre 9 du CPTTP.

³⁴⁰ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 471.

investissements et de la résolution des litiges³⁴¹. Le RDIE a montré sa capacité de s'adapter avec le temps et répondre aux besoins des utilisateurs³⁴². Par exemple, le CIRDI a adopté un certain nombre d'amendements en 2006 afin de répondre aux critiques sur le manque de transparence et ses règles sont en cours de révision. La Convention CIRDI prévoit désormais l'accès à certains documents³⁴³ ainsi que la tenue d'audiences publiques³⁴⁴. Le système du RDIE continue son processus de modernisation et de simplification afin de répondre à la demande des utilisateurs de l'arbitrage d'investissement. La résilience du RDIE se démontre par l'adoption du Règlement de la CNUDCI sur la Transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités³⁴⁵. Ce règlement a été suivi par l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la Transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États basée sur des traités en 2015³⁴⁶. Ces deux instruments sont considérés par la doctrine comme une étape significative dans la résolution des différends³⁴⁷. En outre, les États deviennent des acteurs plus attentifs et actifs dans l'amélioration de leurs traités, cherchant à équilibrer la protection des investisseurs avec celle des réglementations décidées par l'État-hôte³⁴⁸. Cela apparaît notamment dans le modèle de TBI des États-Unis de 2004³⁴⁹ ainsi que dans le CPTPP excluant du domaine de la protection des investissements et du RDIE tout ce qui touche aux réglementations relatives au tabac

³⁴¹ LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *supra* note 288.

³⁴² *Idem.* p. 94 ; KINNEAR (Meg), « Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Resolution », *supra* note 326, p. 661.

³⁴³ Règle 48 des règles CIRDI.

³⁴⁴ Règle 32 des règles CIRDI.

³⁴⁵ CNUDCI, Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et Règlement d'arbitrage tel qu'adopté par la Résolution de l'Assemblée Générale du 16 décembre 2013, A/RES/68/109, U.N. Doc. 1/68/462, 16 décembre 2013.

³⁴⁶ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (ci-après « **Convention de Maurice** »), telle qu'adoptée par l'Assemblée Générale, A/RES/69/116, U.N. Doc. A/68/496, 10 décembre 2014.

³⁴⁷ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 48, no. 3, 2016, p. 797 ; SALASKY (Julia) et MONTINERI (Corinne), « UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *ASA Bulletin*, vol. 31, no. 4, 2013, p. 774.

³⁴⁸ LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *supra* note 288, p. 94 ; sur la relation entre l'arbitrage basé sur les traités d'investissement et l'élaboration des traités d'investissement, voir UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact On Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, United Nations Publication, 2007.

³⁴⁹ SCHWEBEL (Stephen), « The United States 2004 Bilateral Investment Treaty and Denial of Justice in International Law », in BINDER (Christina) *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, pp. 519-521.

en réponse à l'affaire *Philip Morris*³⁵⁰. Certains États ont également publié des lignes directrices ayant force obligatoire afin de guider les futures juridictions arbitrales³⁵¹.

B. Le désaccord sur le point de départ de la « crise »

66. Une crise est communément entendue comme un moment décisif, un point critique que l'on peut localiser dans le temps³⁵². La crise de légitimité que connaît l'arbitrage d'investissement, a, selon les auteurs, soit tout juste commencé ou débuté il y a des dizaines d'années. De plus, aucun détracteur n'a su dater le moment de la chute du RDIE dans une crise de légitimité ou du moins identifier les signes laissant croire qu'une crise était imminente. Dépeindre le RDIE comme étant en crise est aussi contredit par l'augmentation du nombre de TBI.

67. Un certain nombre de commentateurs ont souligné que la crise avait débuté dans les années 1990 au lendemain des premiers mouvements anti-globalisation dans le contexte de : (1) l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »), (2) l'Accord multilatéral sur les investissements (« AMI ») datant de 1995, et (3) la résistance aux premières affaires découlant de l'ALENA contre les États-Unis et le Canada³⁵³. Cependant il n'existait dans les années 1990 que 9 affaires découlant de l'ALENA³⁵⁴. Il convient de relever que, selon la CNUCED, les TBI

³⁵⁰ Voir Article 29.5 du CPTPP.

³⁵¹ Voir e.g. NAFTA Free Trade Communication, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions - 31 juillet 2001*, reproduit dans *World Trade and Arbitration Materials*, décembre 2001, vol. 13, no. 6, pp. 139-142.

³⁵² Le Petit Robert, *Dictionnaires Le Robert*, 2002, pp. 594-595 (« phase grave dans l'évolution des choses, des événements, des idées »); Larousse Grand Dictionnaire Synonymes & Contraires, Larousse, 2004, p. 260 (« mouvement difficile d'une évolution »).

³⁵³ Voir COYNE (Johanna) et SIMMONS (Joshua), « Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying ? », in LAIRD (Ian), SABAHI (Borzu), SOURGENS (Frédéric) *et al.* (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris Publishing, vol. 10, 2017, pp. 60-61 ; BEHN (Daniel), « Legitimacy, Evolution, and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, no. 2, 2015, p. 366 ; KULICK (Andreas), « Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy », *supra* note 289, p. 441 ; SHARPE (Jeremy), « Control, Capacity, and Legitimacy in Investment Treaty Arbitration », *AJIL Unbound*, vol. 112, 2018, pp. 261-265.

³⁵⁴ *Ethyl Corporation c. Canada* (1996); *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB (AF)/97/2 (1997) ; *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/97/1 (1997) ; *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/98/3 (1998) ; *Waste Management, Inc. c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/98/2 (1998) ; *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, CNDUCI ; *Methanex Corporation c. États-Unis* (1999) ; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/99/1 (1999) ; *Pope & Talbot c. Canada* (2001) ; *ADF Group Inc. c. États-Unis*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/1 (2000) ; *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/2 (2000) ; *Waste Management c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/3 (2000) ; *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) c. Canada*, CIRDI aff.

continuaient d'être négociés à un rythme élevé, jusqu'à atteindre le nombre de 1700 à la fin de l'année 1998, soit quatre cinquièmes du nombre total de TBI signés à la fin des années 1990³⁵⁵. Compte tenu de ces données empiriques sur la prolifération des traités durant les années 1990, il est difficile de croire qu'à cette même période le RDIE traversait vraiment une crise de légitimité.

68. D'autres auteurs localisent le début de la crise de légitimité autour des années 2001-2003, soit après la vague de contentieux découlant de l'ALENA³⁵⁶. Cependant, durant cette période, seule une poignée d'affaires a donné lieu à débats. Un auteur a pu remarquer que « *Although only a handful of cases have been addressed, seven arbitral awards decided in 2002 provide a reasonably clear picture of what can be expected in future years.* »³⁵⁷ De plus, il n'existait que très peu de mécontentement émanant de petits groupes arguant qu'à l'inverse des TBI, l'ALENA rassemblait deux États développés, les États-Unis et le Canada, États disposant d'un système règlementaire très solide³⁵⁸. Ainsi, les investisseurs peuvent exiger des gouvernements du Canada et des États-Unis qu'ils satisfassent à leurs obligations découlant du traité, obligations pesant souvent sur des pays en voie de développement³⁵⁹. Comme a pu le noter un auteur : « *This is the element of NAFTA Chapter 11 that has irritated the Canadian and US governments the most. They do not like being told that international law means something other than what politics dictates.* »³⁶⁰ Ces critiques semblent omettre que l'ALENA est un accord tripartite incluant le Mexique, et que les États

n° UNCT/02/1 (2000) ; *Billy Joe Adams, Juan Alarcon, Roberto Alonzo et al. c. Mexique*, CNDUCI (2001).

³⁵⁵ UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/13, décembre 1999 ; UNCTAD, *Lessons from the MIA*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/Misc.22, 1999 (« *The 1990s have witnessed a dramatic increase in negotiating activity related to international investment instruments, mainly at the bilateral, regional and interregional levels.* »).

³⁵⁶ AFILALO (Ari), *Constitutionalization through the Back Door: A European Perspective on NAFTA's Investment Chapter*, *New York University Journal of International Law and Politics*, 2001, p. 52 (« *Today, Chapter 11 suffers from a crisis of legitimacy.* ») ; BROWER (Charles H. II), « *Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter* », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, issue 1, 2013, p. 93 (« *Chapter 11 finds itself in the midst of a legitimacy crisis* »).

³⁵⁷ WEILER (Todd), « *NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming along Nicely* », *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 9, no. 2, 2002-2003, pp. 245-246.

³⁵⁸ BROWER (Charles H. II), « *Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter* », *supra* note 356, p. 44.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ LAIRD (Ian), « *NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little* », *Chicago Journal of International Law*, vol. 2, no. 1, 2001, p. 224.

l'emportent plus souvent que les investisseurs³⁶¹. En outre, entre 2001 et 2008, les États ont signé un total de 750 TBI³⁶². Par conséquent, la situation dans les années 1990 ne permet pas de conclure à l'existence d'une crise dans les années 2000.

69. En réalité, il semble que la date de début de cette crise supposée dépend de l'auteur traitant le sujet. Par exemple, le Professeur Susan Franck, dans un article fréquemment cité, intitulé « *Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions* », est d'avis que « *the lack of determinacy and coherence in treaty arbitration has raised the specter of a legitimacy crisis* »³⁶³. En 2014, le Professeur Catherine Rogers décrit la crise de légitimité du RDIE comme étant en cours³⁶⁴. Également, le Professeur Ahmed Ali Ghouri a publié un ouvrage en 2015, affirmant que le remède pour venir à bout de cette crise de légitimité est de « *taking up and resolving the issue of treaty conflicts by investor-State arbitral tribunals* »³⁶⁵, suggérant de ce fait que la crise est continue. En 2018, la CNUCED a affirmé que le RDIE souffrait « *d'une crise de légitimité* »³⁶⁶. Cette position est contraire à ce qu'elle avait soutenue antérieurement, car dans un

³⁶¹ Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Mexique, CIRDI, aff. n° ARB (AF)/97/2 ; Metalclad Corporation c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/97/1 ; Waste Management, Inc. c. Mexique, CIRDI, aff. n° ARB(AF)/98/2.; Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/99/1 ; Waste Management c. Mexique, CIRDI, aff. n° ARB(AF)/00/3 ; Billy Joe Adams, Juan Alarcon, Roberto Alonzo et al. c. Mexique ; Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/02/1 ; Robert J. Frank c. Mexique ; GAMI Investments, Inc. c. Mexique ; International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique ; Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/04/5 ; Corn Products International, Inc. c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/04/1 ; Bayview Irrigation District and others c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/05/1 ; Cargill, Incorporated c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/05/2 ; KBR, Inc. c. Mexique, CIRDI aff. n° UNCT/14/1 ; Lion Mexico Consolidated L.P. c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/15/2 ; Deana Anthone, Neil Ayervais, Douglas Black and others c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/16/3 ; Joshua Dean Nelson c. Mexique, CIRDI aff. n° UNCT/17/1 ; Vento Motorcycles, Inc. c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/17/3 ; Ampex Retirement Master Trust, Apple Oaks Partners, LLC, Brentwood Associates Private Equity Profit Sharing Plan et. al c. Mexique, CIRDI aff. n° UNCT/18/4 ; Legacy Vulcan, LLC c. Mexique, CIRDI aff. n° ARB/19/1 ; Odyssey Marine Exploration, Inc. and Exploraciones Oceánicas S. de R.L. de C.C. c. Mexique.

³⁶² UNCTAD, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*, UNCTAD/WIR/2011, 2011, p. 13.

³⁶³ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1586.

³⁶⁴ ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 10 (« *What is currently referred to as a « legitimacy crisis » in investment arbitration is driven in part by anecdotal impressions, which are sometimes sensationalized and sometimes naively optimistic.* »).

³⁶⁵ GHOURI (Ahmad), *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 32, 2015, p. 8.

³⁶⁶ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, Nations Unis Publication, p. 23.

rapport publié en 2013, la CNUCED avait relevé que la crise de légitimité résidait davantage dans un problème de perception³⁶⁷.

70. Cela nous permet de conclure qu'il n'existe pas de consensus sur le point de départ de cette soi-disant *crise de légitimité*. Si l'on associe les commentaires de tous les auteurs, le RDIE serait en crise depuis environ trente ans. Compte tenu de la définition d'une crise par une « *durée limitée* », que l'on peut localiser dans le temps et qui engendre la prise ou le déclenchement de mesures permettant de la contrôler, de l'apaiser puis de la régler, le RDIE ne peut évidemment pas être en crise depuis plus de trente années. Cela n'aurait pas de sens. A cet égard, il apparaît pertinent de s'interroger sur l'utilité du terme « *crise* ». Et ce, afin de déterminer si son utilisation constitue une qualification appropriée ou si d'autres termes ou expressions apparaissent plus adéquates, telle que par exemple l'expression *contrecoup de l'arbitrage d'investissement*.

C. Les opinions divergentes sur les causes de la crise de légitimité

71. Les praticiens du droit, les universitaires ainsi que la société civile ont des opinions divergentes sur les raisons pour lesquelles il existerait une crise de légitimité, ces différentes opinions envahissant la littérature abondante portant sur la question de savoir si le droit international des investissements traverserait de graves turbulences. Alors que certains admettent que le système du RDIE présente des lacunes méritant d'être corrigées, il n'y a pas de consensus dans la doctrine sur les points méritant d'être réformés. Ainsi, s'il n'existe pas d'accord sur le diagnostic, il semble difficile d'imaginer qu'il puisse y en avoir un sur les traitements nécessaires. Afin d'aborder au mieux ce point, il convient de séparer en deux catégories les critiques émises à l'égard de ce qui est aussi appelé en anglais « *the backlash critique* »³⁶⁸. Il conviendra en premier lieu de s'attarder sur les auteurs convaincus que c'est la structure *ad hoc* du système d'arbitrage qui est défectueuse. En deuxième lieu, c'est la critique des auteurs convaincus que ce ne sont que certains aspects de l'arbitrage d'investissement

³⁶⁷ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, juin 2013, p.1.

³⁶⁸ WELLS (Louis), « Backlash in Investment Arbitration: Three Causes », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 341-352 ; KINNEAR (Meg), « Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Resolution », *supra* note 326, pp. 661-665.

qui doivent être réformés qui sera abordée. Ces points sont extrêmement débattus par la doctrine, et il n'existe pas d'unanimité sur ce qui doit être entrepris pour faire du RDIE un meilleur système. Encore une fois, la cause de l'illégitimité du système varie d'un auteur à l'autre.

1. L'illégitimité causée par la structure même du RDIE

72. La question fondamentale relevée dans les débats entourant la légitimité du RDIE est de savoir si les différends entre investisseurs étrangers et États-hôtes doivent être résolus par un tribunal arbitral. Certains auteurs concentrent leur critique sur l'aspect arbitrale de la procédure, et se demandent si un système *ad hoc*, où les parties nomment elles-mêmes leurs arbitres, est un dispositif adéquat pour résoudre des litiges impliquant un État souverain³⁶⁹. Cette critique se réfère au concept même du système de RDIE et constitue une remise en question de la légitimité même de l'arbitrage d'investissement depuis sa fondation.

73. L'une des personnalités les plus actives dans la contestation des traités d'investissement et du RDIE est le Professeur Gus Van Harten, auteur d'un ouvrage³⁷⁰ et de divers articles fortement critiques à l'égard de l'arbitrage d'investissement³⁷¹. Il a également participé à la publication de rapports et accordé des interviews pour défendre sa position anti-RDIE auprès des ONG³⁷². Selon lui le système privé de tribunaux *ad hoc* composés d'arbitres nommés par les parties n'est pas approprié à la nature publique des différends impliquant un État souverain en raison du manque de

³⁶⁹ KULICK (Andreas), « Investment Arbitration, Investment Treaty Interpretation, and Democracy », *supra* note 289, p. 441 (« *The model of private adjudication, the ad hoc nature of the arbitral panel and the increasing but still limited level of public access to the proceedings are all factors that fuel what has been perceived for more than a decade now as the 'legitimacy crisis' of international investment law.* »).

³⁷⁰ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *supra* note 289 ; VAN HARTEN (Gus), *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013.

³⁷¹ Voir *e.g.* VAN HARTEN (Gus), « Private Authority and Transnational Governance: The Contours of International System of Investor Protection », *Review of International Political Economy*, vol. 12, no. 4, 2005 ; VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *supra* note 289 ; VAN HARTEN (Gus), « Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion », *Trade, Law and Development*, vol. 2, no. 1, 2010 ; VAN HARTEN (Gus), « Fairness and Independence in Investment Arbitration: A Critique of Susan Franck's 'Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration' », *ITN Quarterly*, 2010.

³⁷² VAN HARTEN (Gus), « A Critique of Investment Treaties », in SING (Kavajit) et ILGE (Burghard) (eds.), *Rethinking Bilateral Investment Treaties Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016.

légitimité, d'expérience judiciaire et d'indépendance des arbitres³⁷³. Dans son ouvrage, *Investment Treaty and Public Law*, il allègue que :

To begin, the problems with the present system are structural and they cannot be solved by appointing different system, thought by ICSID or some other organization to have more integrity, as arbitrators ... the system as a whole lacks accountability and openness in fundamental ways, and above all it is open to perception of bias as long as arbitrators earn appointments by the claim. This can only be remedied by moving away from private arbitration and back to the model of public courts³⁷⁴.

Le Professeur Van Harten conclut que les traités d'investissement n'ont pas d'utilité en substance³⁷⁵. Celui-ci considère les projets de réforme du RDIE comme insuffisants³⁷⁶, et appelle à l'abrogation des traités et de l'arbitrage³⁷⁷. Il souhaite voir le RDIE remplacé par une cour institutionnalisée, composée de juges permanents, et chargée de résoudre les différends³⁷⁸. Bien que le Professeur Van Harten ait publié un article appelant à la création d'une Cour d'investissement en 2008³⁷⁹, ce dernier s'est néanmoins montré hostile à la proposition de création d'une Cour d'investissement par l'UE³⁸⁰. Cette opposition semble être en contradiction flagrante avec sa proposition de réforme, ce qui laisse penser qu'il existe dans sa réflexion un manque de cohérence et de clarté. Le Professeur Van Harten s'est opposé à la Cour d'investissement contenue dans le projet de TTIP au motif que les traités donnent « *powerful rights and privileges*,

³⁷³ VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *supra* note 289.

³⁷⁴ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty and Public Law*, Oxford University Press, 2008, p. 175.

³⁷⁵ Voir VAN HARTEN (Gus). « Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion », *Trade, Law and Development*, vol. 2, no. 1, 2010.

³⁷⁶ VAN HARTEN (Gus) *et al.*, « Phase 2 de l'examen du mécanisme RDIE de la CNUDCI: pourquoi les autres questions ont une véritable importance » (translation of « Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter »), *Osgoode Legal Studies Research Paper*, 2019 (soutenant que les réformes procédurales sont inadaptées).

³⁷⁷ VAN HARTEN (Gus), « Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion », *supra* note 371, p. 58.

³⁷⁸ VAN HARTEN (Gus), « Commentary: A Case for an International Investment Court », *Investment Treaty News*, 7 août 2008.

³⁷⁹ *Idem*.

³⁸⁰ EBERHARDT (Pia), *ICS: The Wolf in Sheep's Clothing*, Public Services International, mai 2016, p. 28 (« according to international investment law expert Gus van Harten from Osgoode Hall Law School in Canada, 'ICS is mainly a re-branding exercise for ISDS' »).

without any actionable responsibilities, for foreign investors »³⁸¹. Ce point de vue extrême consistant à dire qu'il convient d'abolir les traités d'investissement et l'arbitrage n'est partagé que par une minorité d'auteurs. D'ailleurs, le Professeur Van Harten a tenté de promouvoir sa position contre le RDIE directement auprès de certains gouvernements³⁸² et il est régulièrement cité par les groupes anti-globalisation et des médias faisant campagne contre le RDIE³⁸³.

2. L'illégitimité causée par des points identifiés mais divergents

74. La seconde catégorie de critiques à l'encontre du RDIE se compose d'auteurs ayant pointé du doigt certains aspects précis du RDIE. Ces critiques peuvent être

³⁸¹ VAN HARTEN (Gus), « Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, no. 16, vol. 12, issue. 4, 2016, p. 3.

³⁸² VAN HARTEN (Gus), « 14 Reasons why Canada-China Investment Deal needs more Time, debate », *Vancouver Observer*, 17 octobre 2012 (publiant la lettre du Professeur Van Harten adressée au Premier Ministre canadien Stephan Harper et le Ministre de commerce international Ed Past présentant ses inquiétudes par rapport à l'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers conclu entre le Canada et la Chine qui est entré en vigueur fin octobre 2012).

³⁸³ DUPRE (Mathilde), « Qu'est-ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États? », *Institut Veblen pour les réformes économiques*, janvier 2019 (citant M. Gus Van Harten : « Selon certaines estimations, la couverture des flux d'investissements directs à l'étranger par des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États pourrait passer de 15-20 % actuellement à 80 % si tous les accords envisagés par l'Union européenne et les États-Unis étaient conclus ») ; EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, supra note 171, p. 16 (« *Investment treaty arbitration is an important legal and institutional piece of the neoliberal puzzle because it imposes exceptionally powerful legal and economic constraints on governments and, by extension, on democratic choice, in order to protect from regulation the assets of multinational firms.* » - *Professor Gus van Harten*) ; VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, Friends of the Earth Europe, Les Amis de la Terre France, TNI, CEO, Mouvement écologique, 2019, p. 68 (« *Comme l'a souligné Gus van Harten, expert en droit de l'investissement, une telle situation tire nettement vers le haut le prix à payer pour prendre des décisions politiques. Changer de cap politique ou adopter une nouvelle législation en réponse à la demande du public peut se révéler très coûteux pour les décideurs. Ce système comporte également un risque important de gel réglementaire, comme l'a montré le cas de la loi française visant à mettre un terme aux énergies fossiles polluantes* ») ; BEUNDER (Alexander) et MAST (Jilles), « As the World Meets to Discuss ISDS, Many Fear Meaningless Reforms », *TNI* (selon le Professeur Gus Van Harten « *Big corporations and the super-rich, along with the arbitration industry [the lawyers who argue ISDS cases] are by far the main beneficiaries of ISDS* ») ; voir aussi AUSTEN (Ian), « If Trump Rips Up Nafta, Canada May Shrug, Not Shudder », *New York Times*, 24 février 2018 (« *Gus Van Harten, a professor of international investment law at the Osgoode Hall Law School at York University in Toronto, has long criticized NAFTA for allowing American and Mexican companies to sue if they feel they have been treated unfairly by Canadian laws and regulations. These complaints (which can also be filed by Canadian companies over practices in the other two Nafta countries) are heard by arbitrators, not courts, and the decisions cannot be reversed.* ») ; VOMIERO (Jessica), « Why Some Experts Say Scrapping Part of NAFTA's Ch. 11 is Canada's Biggest Win with USMCA », *Global News*, 5 octobre 2018 (« *Gus Van Harten, a professor at Osgoode Law School and an expert in dispute settlement, is glad to see it go. He told Global News that the removal of ISDS means that 'the new NAFTA is way better than the old NAFTA'* »).

divisées en 4 catégories : (1) l’empiètement sur le droit des États de régler dans l’intérêt public ; (2) l’existence d’un système fragmenté composé d’une multitude de traités conduisant à des sentences contradictoires et causant ainsi un manque de prévisibilité ; (3) le parti-pris des arbitres pour les investisseurs et le problème des conflits d’intérêt ; et pour finir (4) le manque de transparence du RDIE.

75. La première critique au cœur de la crise de légitimité porte sur l’idée que le RDIE menacerait le droit des États de régler puisque l’État-hôte serait dans l’obligation de dédommager l’investisseur en cas de changement de réglementation³⁸⁴. Selon certains observateurs : « *Investment arbitration is plagued with a backlash from states, potentially leading to a crisis of legitimacy in the investor-state system as a whole. This has arisen primarily from states not being able to enact public policy to pursue their agendas without having to provide substantial compensation to investors.* »³⁸⁵ Ces critiques relèvent que le RDIE a permis aux investisseurs de remettre en cause des réglementations légitimes prises dans l’intérêt public pour promouvoir les droits humains, protéger l’environnement ou encore améliorer le système de santé publique³⁸⁶. Il résulte que, en vertu des droits accordés aux investisseurs, les États seraient contraints de ne pas exercer leur pouvoir souverain de régler par crainte du RDIE. Ceci mènerait à un phénomène de « *gel réglementaire* ».

76. La seconde critique concerne les traités d’investissement et plus particulièrement leur interprétation. Certains auteurs affirment que l’interprétation des traités aboutit au prononcé de sentences contradictoires affectant la prévisibilité et la cohérence des

³⁸⁴ CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit », *supra* note 289, pp. 778-779 ; JONES (Doug), « Investor-State Arbitration in Times of Crisis », *National Law School of India Review*, vol. 25, 2013, p. 51.

³⁸⁵ MOJTABA (Dani) et AKHTAR-KHAVARI (Afshin), « The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation Cases and the Legitimacy Problems of Investment Arbitration », *supra* note 288, p. 1.

³⁸⁶ NARAYANAO SHINDE (Sheetal), « Investment and Human Rights: Sensitizing the Arbitration Mechanism to Protect Human Rights in the Host State », *Indian Journal of Arbitration Law*, 2018, p. 48 (« *The regulatory chill effect surfaces when BITs pressure the States to refrain from introducing domestic policy regulations to protect human rights or protection of the environment as a direct result of its obligation under international investment law* ») ; KORZUN (Vera), « The Right to Regulate in Investor- State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 50, 2016, p. 358 (« *The opponents of investment treaty arbitration further allege that, through ISDS, foreign investors—most commonly multinational corporations—interfere with a government’s ability to regulate in the public interest. This includes protection of public health, public policy, safety, and the environment* »).

décisions et discréditant sévèrement la matière toute entière³⁸⁷. A ce propos, le Professeur Annie Leeks considère que « *[t]he lack of consistency in the arbitral process has come under attack from a number of commentators, with some claiming that the inconsistency has become so serious that it amounts to a crisis in the international investment dispute resolution system.* »³⁸⁸ Cette idée a été développée par le Professeur Susan Franck qui a relevé que l'existence de sentences contradictoires pourtant basées sur des faits similaires et/ou dispositions de traités identiques menaçait l'ordre juridique international³⁸⁹.

77. La troisième critique concerne l'existence d'un parti-pris des arbitres ou *a minima* d'une perception de parti-pris en faveur des investisseurs, qui par conséquent contreviendrait à la légitimité du RDIE³⁹⁰. Certaines critiques affirment que les arbitres nommés par les investisseurs ont tendance à scruter les agissements des États-hôtes, contrairement aux arbitres nommés par les États et ce dans le but d'être nommé arbitre à nouveau dans d'autres affaires³⁹¹. De plus, de par ce système privé *ad hoc*, certains professionnels peuvent détenir le rôle d'arbitre, de conseil ou encore de témoins experts³⁹². Cette pratique, décrite comme « *la double casquette* », fait l'objet de d'attaques fondées sur l'existence de conflits d'intérêts. Certains auteurs notent que la

³⁸⁷ BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *The Journal of World Investment*, vol. 4, issue 2, 2003, p. 211 (« *The more options parties have to resolve their international disputes in different fora, the greater the risk of multiple and conflicting awards. The roughly 2,000 bilateral investment treaties now in force around the world, as well as multilateral investment treaties such as the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the European Energy Charter, simply aggravate the risk.* »).

³⁸⁸ LEEKS (Annie), « The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 65, issue 2, 2007, p. 34 ; voir aussi CHOUDHURY (Barnali), « International Investment Law as a Global Public Good », *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, no. 2, 2013, p. 482 (« *The system of [international investment law, however, is failing to bestow both of its benefits. First, the system is exhibiting failures in indicators of legitimacy-for example by producing incoherent jurisprudence and using indeterminate rules there by limiting the system's ability to establish an overarching framework* »).

³⁸⁹ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1583.

³⁹⁰ VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », in WAIBEL (Michael) *et al.*, *The Backlash against Investment: Perception and Reality*, Arbitration, Kluwer Law International, 2010, pp. 433-453 ; VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, no. 1, 2012 ; KAHALE III (George), « Rethinking ISDS », *TDM*, vol. 15, issue 5, 2018, p. 10.

³⁹¹ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *ASIL Research Forum*, UCLA, 2011.

³⁹² LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et LIE (Runar), « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, issue 2, 2017.

possibilité pour un arbitre d'exercer la fonction de conseil dans le cadre d'autres arbitrages soulevant parfois des questions identiques, affecte sa capacité à trancher le différend de façon impartiale. Cela a été décrit comme « *issue conflict* » traduit en français par « *l'indépendance d'esprit de l'arbitre* », ajoutant de nouveaux questionnements concernant la fonction d'arbitre³⁹³.

78. La quatrième critique concerne la confidentialité de la procédure et le manque de transparence en arbitrage d'investissement. Certains pourfendeurs affirment que la nature publique de l'arbitrage d'investissement et le fait que les sentences à l'encontre des États hôtes soient payées par les contribuables devrait obligatoirement conduire à ce que les procédures soient publiques³⁹⁴. De plus, ces critiques relèvent le manque d'opportunité de pouvoir prendre part à la procédure de manière passive à travers, par exemple, l'obtention des documents autre que la sentence arbitrale, et de participations actives, à travers par exemple les *amicus curiae*³⁹⁵.

V. RDIE : UN APPEL EN FAVEUR D'UNE RÉFORME

79. Ces prétendues lacunes ont conduit à un appel à réformer le système du RDIE. Plusieurs acteurs de l'arbitrage d'investissement revendiquent la nécessité d'améliorer le système, de le réformer, voire de totalement le remplacer³⁹⁶. De manière plutôt intéressante, ces propositions de réformes se sont multipliées depuis que des États développés comme l'Allemagne ou l'Australie ont été poursuivis en arbitrage par

³⁹³ HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », in HWANG (Michael), *Selected Essays on International Arbitration*, Singapore International Arbitration Center, 2013, pp. 506-507 ; ZIADE (Nassib), « L'éthique et l'arbitrage en matière d'investissement : grandeur et misère de la fonction d'arbitre », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2012, p. 309 (« *par issue conflict, on entend non pas l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre vis-à-vis des parties ou de leurs conseils, qui va de soi, mais plutôt une impartialité plus subtile, celle de l'arbitre vis-à-vis de l'objet du litige lui-même ou de certaines questions litigieuses que le différend soulève. On a ainsi pu évoquer dans ce contexte l'indépendance d'esprit de l'arbitre* ») ; Cass. civ. 2e, 13 avril 1972, Consorts Ury c/ Galeries Lafayette, n° 70-12774 (« *l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, et elle est l'une des qualités essentielles des arbitres* »).

³⁹⁴ OVIDIU (Biris), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *Romanian Journal of International Law*, vol. 12, issue 1 2017 ; HINDELANG (Steffen) et SASSEN RATH (Carl-Philipp), *The Investment Chapters of the EU's International Trade and Investment Agreements in a Comparative Perspective*, EU Parliament, Directorate-General for external policies, septembre 2015, p. 70 ; BOYARSKY (Stuart), « Transparency in Investor-State Arbitration », *Dispute Resolution Magazine*, vol. 21, no. 4, 2015, pp. 34-36.

³⁹⁵ HINDELANG (Steffen) et SASSEN RATH (Carl-Philipp), *The Investment Chapters of the EU's International Trade and Investment Agreements in a Comparative Perspective*, *idem.* p. 70.

³⁹⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, p. 128.

d'importants investisseurs³⁹⁷. Ces voix qui s'élèvent proviennent en majorité des groupes issus de la société civile, des ONG et des partis politiques. Certains commentateurs notent que les propositions pour une réforme sont significatives³⁹⁸. De plus, selon un rapport sur l'investissement international publié par la CNUCED en 2015 :

[F]rom the heated public debate taking place in many countries, and from various parliamentary hearing processes, including at the regional level, a shared view is emerging on the need for reform of the IIA regime to ensure that it works for all stakeholders. The question is not about whether to reform or not, but about the what, how and extent of such reform³⁹⁹.

C'est pourquoi, la CNUDCI, après avoir entendu les préoccupations entourant l'arbitrage d'investissement, a, lors de sa 50^{ème} session annuelle de 2017, établi un groupe de travail, le groupe de travail III (« **GT III** ») afin d'examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE et déterminer si une réforme était souhaitable, et le cas échéant mettre au point des solutions qui seront recommandées à la Commission⁴⁰⁰. Les réformes proposées vont du retour à l'arbitrage inter-étatique à l'établissement d'une Cour permanente chargée de résoudre les différends en matière d'investissement et composée de juges permanents, certains proposant des réformes bien plus ciblées visant à remédier à des problèmes spécifiques. Depuis l'octroi du mandat par la CNUDCI jusqu'au mois de novembre 2021, le GT III s'est réuni huit fois et de nombreux États lui ont soumis des propositions de réformes ainsi que des commentaires relatifs aux options de réformes examinées. A ce jour, le GT III n'est pas encore arrivé à une position commune.

VI. L'OBJECTIF ET LA PORTÉE DE CETTE THÈSE

80. Pendant plus de cinquante ans, les États ont reconnu que l'élément politique inhérent aux formes existantes de mécanisme de résolution des litiges d'investissement

³⁹⁷ Voir SARKINOVIC (Bégic), « Investor-State Arbitration: Between Private and Public Interests », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 2, 2016, p. 251.

³⁹⁸ MOJTABA (Dani) et AKHTAR-KHAVARI (Afshin), « The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation Cases and the Legitimacy Problems of Investment Arbitration », *supra* note 288, p. 2.

³⁹⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, p. 120

⁴⁰⁰ CNUDCI, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Cinquantième session (3-21 juillet 2017), A/72/17, p. 50, § 264.

- les tribunaux nationaux et la protection diplomatique - pouvait mettre à l'épreuve les flux de capitaux et les relations internationales. En effet, le CIRDI ainsi que d'autres forums ont été créés afin de résoudre les différends entre investisseurs et États hôtes. L'innovation apportée par l'arbitrage investisseur-État a tenu ses promesses d'accroissement des IDE pour ceux étant le plus dans le besoin et a permis la limitation de la diplomatie de la canonnière. Certaines études récentes sur l'arbitrage d'investissement démontrent qu'il existe de plus en plus d'AII et que cela s'accompagne naturellement de l'accroissement du nombre de litiges. Revenir à un système politisé menacerait les avancées réalisées dans le domaine de la résolution des conflits d'investissement. A ce stade crucial, les appels en faveur d'un retour en arrière en matière de règlement des différends relatifs à l'investissement devraient marquer une pause.

81. C'est dans ce contexte que cette thèse présentera une étude approfondie des principales critiques dirigées à l'encontre du RDIE. La présente étude proposera des éléments de réponse à ces débats relatifs aux critiques adressées à l'encontre de l'arbitrage d'investissement. Toutefois, le système actuel n'est pas à l'abri des critiques qui sont allées même jusqu'à remettre en question sa légitimité. La question primordiale est donc : les défauts du RDIE sont-ils un mythe ou une réalité ? Les réponses à ces interrogations définiront plus précisément la portée de la réforme qui permettrait de remédier le cas échéant aux faiblesses du système RDIE.

82. La Partie I portera sur l'analyse des principales critiques émises à l'égard du RDIE, qu'elles soient substantielles ou procédurales. Bien qu'il existe de nombreuses contestations concernant le RDIE, elles ne sont cependant pas toutes pertinentes eu égard à l'objet de cette présente thèse. Par exemple, l'une d'entre elles concerne la menace du RDIE sur la souveraineté des États⁴⁰¹. L'un des opposants au RDIE est allé jusqu'à qualifier ce système comme « *élevant les firmes au statut de nations*

⁴⁰¹ « 230 Law and Economics Professor Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from NAFTA and Other Pacts », *supra* note 258 (« *[ISDS] threatens domestic sovereignty, and weakens the rule of law.* ») ; WARREN (Elizabeth), « The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose », *supra* note 308 (« *Worse, [ISDS] would undermine U.S. sovereignty.* ») ; voir aussi WILLIAMS (Lee), « What is TTIP? and six reasons why the answer should scare you », *supra* note 314 (« *TTIP's biggest threat to society is its inherent assault on democracy. One of the main aims of TTIP is the introduction of Investor-State Dispute Settlements (ISDS)* ») ; BEATTIE (Alan), « Concern Grows over Global Trade Regulation », *Financial Times*, 12 mars 2008 (« *Development campaigners say tribunals violate national sovereignty.* »).

souveraines »⁴⁰². Cet argument ne tient pourtant pas la route puisque la décision de prendre part à un AII contenant une disposition de RDIE comme méthode de résolution des différends constitue par définition un acte de souveraineté⁴⁰³. Les États décident eux-mêmes quelles obligations ils souhaitent intégrer à un traité et choisissent par conséquent le mécanisme de règlement des différends⁴⁰⁴. Par conséquent, cette thèse ne traitera pas de l'ensemble des critiques émises contre le RDIE. Il serait impraticable de mener une analyse pertinente en évoquant toutes les critiques dont celles qui ne sont pas basées sur des arguments juridiques. La Partie I sera ainsi limitée aux critiques les plus pertinentes, discutées par les universitaires, praticiens du droit et par les États.

83. Le Titre 1 de la Partie I aura donc pour objet d'examiner les critiques substantielles. Celles-ci sont : le RDIE empiète sur le droit des États de réglementer et peut générer un effet de « *gel réglementaire* » (Chapitre 1), le système fragmenté du RDIE mène à des décisions contradictoires menaçant le niveau de prévisibilité attendu (Chapitre 2). Ces critiques sont considérées comme substantielles car elles nécessitent une analyse des sentences arbitrales. En effet, pour évaluer la pertinence de ces deux critiques, il est souhaitable de se pencher sur des sentences arbitrales ainsi que sur certaines dispositions contenues dans des traités. Les questions fondamentales sont de déterminer si le RDIE porte atteinte au droit des États de réglementer dans l'intérêt public et s'il a empêché certains États d'adopter des réglementations par crainte d'être poursuivi en arbitrage. Il faut aussi examiner la question de savoir si les sentences

⁴⁰² GIBSON (Catherine), « ISDS in NAFTA – and ISDS Alternatives », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 novembre 2017 (traduction).

⁴⁰³ WAILER (Todd) et LAIRD (Ian), « International Investment Arbitration, Revolutionary Development or Doomed Experience? », in LAIRD (Ian), SABAHI (Borzu), SOURGENS (Frédéric) *et al.* (eds), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris Publishing, vol. 10, 2017, p. 343 (« *After all, international law is founded on the bedrock principle of unmitigated sovereign authority, reciprocally enjoyed by all States. While it may be axiomatic, the bottom line is that States are not bound by rules unless they have agreed to be so bound* ») ; ACHAIBOU (Anissa), « International Politics vs International Justice: No Room for Investor-State Arbitration ? », *Kluwer Arbitration Blog*, 1 février 2018 (« *So far, the polemics of the anti-ISDS front are hardly convincing. Take, for example, the oft-repeated complaint that the triggering of a treaty clause by a private party deprives states of their sovereignty. It is not only dishonest; it also shows a blatant ignorance of basic principles of public international law. Bilateral Investment Treaties are legal instruments entered into by sovereign nations. That, in itself, is a sovereign act.* »).

⁴⁰⁴ LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *supra* note 288, p. 106 (« *States are not victimized by an unfair set of treaties that were simply imposed on them; rather, they affirmatively choose to enter into those treaties and spend a great deal of time and effort crafting them.* »).

arbitrales sont incohérentes voire contradictoires et si, après tout, la constance des sentences arbitrales est souhaitable. Pour chacune de ces questions, des solutions et des réformes seront explorées.

84. Le Titre 2 de la Partie I aura pour objet l'analyse des critiques procédurales : les conflits d'intérêts liés à la profession d'arbitre (Chapitre 1) et le prétendu manque de transparence pendant la procédure arbitrale (Chapitre 2). La première critique relève de la procédure car elle intéresse les règles liées à l'éthique et aux conflits d'intérêts ainsi que sur celles permettant la récusation des arbitres. De façon similaire, la transparence de la procédure implique des ensembles de règles variés déterminant le juste milieu entre la confidentialité et la transparence de la procédure. Par conséquent, les points étudiés seront les suivants : les arbitres sont-ils réellement en faveur des investisseurs, autrement dit, peut-on les accuser de parti-pris ? Les interrogations ayant trait à l'institution des tribunaux et à la sélection des arbitres, leur impartialité et leur indépendance ont engendré des doutes. On reproche à certains arbitres de favoriser les intérêts des investisseurs et, à d'autres, de prendre parti en faveur des États. La « *double casquette* » arbitre et conseil constitue-t-elle un conflit d'intérêts dans l'arbitrage d'investissement ? Ensuite, existe-t-il un manque de transparence ou est-ce que la procédure arbitrale fait l'objet désormais d'un juste milieu adéquat entre confidentialité et transparence ? Y-a-t-il un besoin de renforcer le rôle des *amicus* en leur garantissant l'accès au mécanisme ? Comme dans la première partie, certaines propositions de réformes seront présentées afin de remédier aux lacunes, s'il en existe.

85. La Partie II de cette thèse aura pour objet les réformes du RDIE actuellement débattues.

86. Le Titre 1 de la Partie II explorera la proposition de l'UE de démanteler le système d'arbitrage d'investissement en le remplaçant par une Cour d'investissement internationale. La création d'une Cour permanente pourra-t-elle répondre aux critiques remettant en question la légitimité du règlement de différends entre investisseurs et États ? En effet, est-ce qu'un tribunal permanent à deux degrés composés de juges permanents conviendra à la résolution des litiges investisseur-État et permettrait ainsi d'atteindre le même objectif que le RDIE : la création d'un système neutre, effectif, dépolitisé, rendant des décisions exécutoires ? Une analyse détaillée du

fonctionnement de cette Cour proposée par l'UE sera établie afin d'en cerner les avantages et les inconvénients et de conclure sur la question de savoir si une telle Cour pourra rendre des décisions exécutoires comme cela est envisagé. La conclusion de ce Chapitre indiquera si la création d'une Cour d'investissement est une idée judicieuse ou si celle-ci mènerait à la création d'un système encore plus complexe. Le Titre 2 de cette deuxième partie portera sur l'hypothèse du maintien du RDIE cependant accompagné de réformes permettant d'améliorer et d'accroître son niveau de « *légitimité* » actuelle. Le Chapitre 1 se concentrera sur la réforme structurelle ou procédurale du système de RDIE, telle que l'introduction d'un système de décision préliminaire et d'un mécanisme d'appel. Certaines de ces options de réforme sont discutées depuis près de 20 ans, le moment est-il venu de les mettre en œuvre ? Une étude approfondie serait menée sur les questions pratiques et juridiques complexes découlant de réformes structurelles. L'ajout d'un autre niveau d'examen avant ou après l'attribution des marchés donnerait-il de meilleurs résultats ? Le dernier Chapitre sera consacré à la réforme de fond et à la position de l'auteur quant à l'origine du mécontentement à l'égard du RDIE et à la manière dont les réformes doivent être réalisées en matière d'élaboration des traités avec des suggestions pour équilibrer les droits des États et des investisseurs lors de leur rédaction.

87. Cette thèse a pour objet de soutenir le RDIE, système d'à peine quelques décennies, toujours en processus de développement. Sur ce point, le Juge Schwebel a pu noter que: « *International investment law is a profoundly progressive development of international law: it should be nurtured rather than restricted and denounced* »⁴⁰⁵. Alors qu'elle comprend des aspects perfectibles, l'arbitrage d'investissement est encore un protocole récent et en pleine croissance, ayant déjà connu de nombreuses améliorations au cours des 50 dernières années. Au lieu d'abandonner, de démanteler le système ou de le modifier complètement, il semble plus pertinent de capitaliser sur les progrès enregistrés et lui permettre d'avancer favorablement. En d'autres termes, « *l'évolution est préférable à la révolution* ».

⁴⁰⁵ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 192.

PARTIE I. LES CRITIQUES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : MYTHE OU RÉALITÉ ?

88. Le mouvement de rejet du système RDIE est alimenté par des désapprobations de la part des États défendeurs et des grands acteurs sur la scène internationale incluant des institutions, ONG, politiciens et des groupes de la société civile. Ces postures sont variées, reflétant les expériences des États défendeurs qui ont dû faire face à des demandes nombreuses ou très médiatisées, les incitant à s'opposer à l'arbitrage d'investissement. Leur mécontentement se concentre principalement sur l'empiétement sur le droit règlementer dans l'intérêt public. De surcroît, des reproches ont été formulés à l'encontre de la jurisprudence et stipulent que ses décisions manqueraient de constance, car variables et incertaines. Ces critiques mettent en question l'institution des tribunaux et la sélection des arbitres, leur impartialité et leur indépendance. Plusieurs arbitres favoriseraient les intérêts des investisseurs au lieu de considérer ceux des États. Le fait que les arbitres ont généralement plusieurs casquettes (arbitres dans certaines affaires et avocats dans d'autres) est souvent mis en avant. Finalement, les ONG et des membres de la société civile contestent le soi-disant manque de transparence et la limite du rôle de l'*amicus curiae*. En raison de la nature du système d'arbitrage, les thèmes de ces critiques se chevaucheront inévitablement, car elles proviennent essentiellement d'États qui se retrouvent du côté des perdants ou en tant que défendeurs dans des différends relatifs aux traités d'investissement.

89. Toutes ces contestations portent atteinte tant à la légitimité d'une décision déterminée qu'à l'évolution du régime de droit des investissements internationaux. L'objectif de la Partie I est d'examiner ce qui a déclenché le contrecoup de l'arbitrage, et d'examiner l'origine du mouvement de contestation par l'étude approfondie des principales critiques formulées par les États, de petits groupes d'universitaires et des ONG. Nous tenterons alors de répondre à la question suivante : la crise de légitimité est-elle un mythe ou une réalité ?

90. Comme annoncé précédemment, l'objectif de cette recherche est donc de plonger dans l'aspect problématique des critiques qui peuvent s'avérer superficielles. Afin de présenter un éventail des thèmes essentiels et de permettre une meilleure compréhension de la question du bien-fondé du mécontentement des États à l'égard de

RDIE, la portée de la thèse doit inévitablement être limitée par nature. En d'autres termes, il serait impossible de disséquer chaque sous-critique, car chaque chapitre peut faire l'objet d'une thèse entière en soi. De l'avis de l'auteur, une analyse globale est davantage bénéfique afin de mieux comprendre le problème et donc de trouver comment y remédier.

TITRE 1. LES CRITIQUES SUR LE FOND

91. L'arbitrage d'investissement ne fait pas l'unanimité. Il apparaît aujourd'hui que pour certains, l'arbitrage d'investissement a des failles substantielles. A cet égard, les commentateurs décrivent des problèmes propres à sa nature même. Il s'agira ici de porter un regard neuf sur ces critiques et de les confronter à la pratique. D'abord, les critiques considérant que l'arbitrage d'investissement constitue un obstacle à la liberté des États de réglementer. En effet, certains considèrent, entre autres, que la menace de l'arbitrage pourrait empêcher les États de réglementer librement. C'est pourquoi le premier chapitre fera l'étude de l'empiètement de l'arbitrage sur le droit de l'État à réglementer (Chapitre 1). Par ailleurs une autre critique concerne la constance de l'arbitrage, ou plus précisément l'absence de constance et cohérence. En effet, plusieurs auteurs considèrent que les décisions divergentes et les interprétations différentes des normes de fond génèrent de l'imprévisibilité et de l'incertitude. Ce second chapitre analysera d'abord si l'inconstance et l'incohérence sont avérées pour enfin s'attarder sur l'éventuel apport d'une jurisprudence constante (Chapitre 2). Ces critiques sont considérées comme substantielles par nature car elles requièrent une analyse jurisprudentielle et touchent l'objet même du droit des investissements, excluant l'aspect procédural.

CHAPITRE 1. L'EMPIÈTEMENT SUR LE DROIT DE L'ÉTAT A RÉGLEMENTER

92. Ces dernières années, le système de résolution des litiges investisseur-État a été décrit comme protégeant davantage les droits des investisseurs aux dépens des intérêts des États hôte⁴⁰⁶. Les opposants au RDIE clament qu'à travers ce procédé, les investisseurs étrangers, souvent des multinationales, se sont immiscés dans la capacité des États de régler dans l'intérêt public⁴⁰⁷. Ce point de vue s'est fortement dégagé de la consultation publique sur la protection des investissements et du RDIE au sein du TTIP, consultation conduite par la Commission européenne⁴⁰⁸. Depuis que l'Australie et l'Uruguay se sont retrouvés parties défenderesses contre Philip Morris dans le cadre d'un arbitrage investisseur-État portant sur la mise en place par ces deux pays de paquets de tabac neutres⁴⁰⁹, il est apparu évident que les investisseurs étrangers pouvaient utiliser le RDIE afin de remettre en question certaines mesures visant à protéger l'intérêt public. Philip Morris n'a pas remporté ces deux affaires, mais cela a pourtant conduit le gouvernement australien à décider qu'il n'inclurait plus de clauses de RDIE dans ses futures AII⁴¹⁰. Ces deux affaires ont été ressenties comme intolérables par l'opinion publique et elles ont conduit au questionnement suivant : la souveraineté des États ne serait-elle pas délaissée, de façon inappropriée, au profit des

⁴⁰⁶ ZARRA (Giovanni), « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, issue 2, 2017, p. 96.

⁴⁰⁷ Voir YANNACA-SMALL (Catherine), « 'Indirect Expropriation' and the 'Right to Regulate' in International Investment Law », *ODCE Working Papers on International Investment*, ODCE Publishing, 2004/04, p. 2 (« *There is increasing concern that concepts such as indirect expropriation may be applicable to regulatory measures aimed at protecting the environment, health and other welfare interests of society.* »).

⁴⁰⁸ Commission européenne, Rapport en ligne sur la consultation publique sur la protection des investissements et sur les litiges investisseurs-États (ISDS) dans le cadre de l'Accord de partenariat transatlantique (TTIP), SWD (2015) 3 final, 13 janvier 2015, p. 14 (« *Many among the collective submissions express specific concerns about governments being sued by corporations for high amounts of money which in their view create a 'chilling effect' on the right to regulate.* »).

⁴⁰⁹ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12 ; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7 (auparavant *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*).

⁴¹⁰ Le ministère australien des affaires étrangères et du commerce extérieur, déclaration du gouvernement Gillard: Trading Our Way to More Job and Prosperity (2011) (archives du 21 janvier 2017) (« *In the past, the Australian Government had sought the inclusion of investor-state dispute resolution procedures in trade agreements with developing countries at the behest of Australian businesses. The Gillard Government will discontinue this practice.* »).

investisseurs étrangers ?⁴¹¹ La croisade engagée contre le RDIE est plus visible compte tenu de récents arbitrages investisseur-État mettant en cause des mesures prises par les États hôtes. C'est par exemple le cas dans le secteur de l'énergie en Allemagne, avec l'affaire portant sur le programme du retrait du nucléaire décidé par Berlin⁴¹², ou encore dans le secteur des énergies renouvelables en Bulgarie, République Tchèque, Italie et Espagne⁴¹³. Les litiges portant sur des décisions gouvernementales sont particulièrement controversés car ils permettent aux investisseurs étrangers de remettre en question ces décisions d'intérêt public⁴¹⁴. Par conséquent, l'arbitrage d'investissement place l'État défendeur entre les mains d'un tribunal arbitral privé risquant de ne pas tenir compte des considérations d'intérêt général défendues par l'État ayant pris la décision contestée⁴¹⁵. Il convient d'ajouter que les arbitres sont souvent décrits comme étant favorables aux investisseurs, on parle ainsi d'arbitre « *investor-friendly* ». Il existe une idée fautive selon laquelle ces arbitres rendraient des

⁴¹¹ MANN (Howard), « The Right of States to Regulate and International Investment Law », Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context, Genève, 6-8 novembre 2002, p. 2.

⁴¹² Voir e.g. *Vattenfall AB c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/12/12 (il s'agit d'un litige en cours depuis mars 2019 dans lequel Vattenfall, une entreprise possédée par l'état suédois souhaite obtenir l'indemnisation de la perte engendrée par la fermeture décidée par le gouvernement allemand de deux réacteurs situés à Krümmel et Brunsbüttel. Cette fermeture a été décidée suite à la volonté de l'Allemagne de sortir du nucléaire) ; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6 (il s'agit d'un litige résolu dans lequel était critiqué un permis pour l'utilisation de l'eau imposant des restrictions à l'exploitation par Vattenfall d'une mine de charbon à Hamburg. Ces restrictions avaient été mises en place afin de respecter les dispositions de l'UE sur l'eau).

⁴¹³ Voir e.g. *ENERGO-PRO a.s. c. Bulgarie*, CIRDI aff. n° ARB/15/19 ; *EVN AG c. Bulgarie*, CIRDI, aff. n° ARB/13/17 ; *Antaris Solar GmbH c. Tchèque*, CNUDCI, CPA aff. n° 2014-01, 2013 ; *Belenergia S.A. c. Italie*, CIRDI aff. n° ARB/15/40 (l'un des sept arbitrages CIRDI en cours concernant l'énergie solaire et à l'encontre de l'Italie) ; *Cordoba Beheer B.V. c. Espagne*, CIRDI aff. n° ARB/16/27 (le dernier arbitrage CIRDI parmi les 30 arbitrages ayant été introduit contre l'Espagne dans le domaine des énergies renouvelables).

⁴¹⁴ Voir e.g. VAN HARTEN (Gus) et LOUGHLIN (Martin), « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *European Journal of International Law*, vol. 17, issue 1, 2006, p. 124 (« This growth [of investment treaty arbitration] suggests that multinational enterprises are increasingly prepared to use investment arbitration to resolve disputes with states, indicating that investment arbitration has become an important method for foreign investors to resist state regulation and seek compensation for the costs that flow from the exercise of public authority. »).

⁴¹⁵ *Idem*. p. 126 (« A key aspect of the investment treaty arbitration is that it transplants this private adjudicative model from the commercial sphere into the realm of government, thereby giving privately-contracted arbitrators the authority to make what are in essence governmental decisions. »).

décisions favorisant la protection des investisseurs tout en négligeant le droit des États à décider et règlementer⁴¹⁶.

93. Cependant, si l'on observe la jurisprudence dans ce domaine, cette affirmation laisse perplexe⁴¹⁷. Certains commentateurs énoncent que les arbitres ne disposant pas de la fonction de gardien de l'ordre public, ils ont néanmoins le devoir de respecter les politiques publiques en place dans les États hôtes⁴¹⁸. Ainsi, la question de savoir comment équilibrer l'intérêt des investisseurs avec celui de l'intérêt public des États d'hôtes est cruciale et alimente un intense débat sur l'opportunité pour certains États d'inclure des clauses de RDIE dans leurs futurs AII. Les opposants au RDIE ajoutent que ces litiges ainsi que la menace que représente l'arbitrage d'investissement ont entraîné un « *chilling effect* » aussi appelé « *gel réglementaire* » ou « *regulatory chill* ». Autrement dit, plusieurs gouvernements seraient désormais réticents à l'idée de mettre en œuvre des mesures visant à règlementer certains domaines tels la santé ou l'environnement, de crainte que cela les mène devant des tribunaux arbitraux⁴¹⁹. Il n'existe pas de données précises permettant d'affirmer que le RDIE représente un danger pour le droit des États de règlementer⁴²⁰. Afin de protéger leur pouvoir de règlementer et de limiter le risque d'être appelé devant un tribunal arbitral, certains États insistent désormais sur la protection de leur droit de règlementer lors de la

⁴¹⁶ MOUYAL (Lone), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, Routledge, 2016, p. 16 ; SHEKHAR (Satwik), « Regulatory Chill: Taking the Right to Regulate for a Spin », *Center for World Trade Organization Studies, Working Paper, CWS/WP/200/27*, septembre 2016, p. 12.

⁴¹⁷ HODGSON (Matthew), « Investment Protection and Public Regulation: The Critical Balancing Act of Investment Treaty Arbitration », in LAIRD (Ian) *et al.* (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet LLC, vol. 6, 2013, pp. 249-250.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ Voir TIENHAARA (Kyla), « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science », in BROWN (Chester) et MILES (Kate) (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 606 (arguant que le problème concernant le gel réglementaire a été « *inadequately addressed and often prematurely dismissed by legal scholars* ») ; voir de manière générale TIENHAARA (Kyla), *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009, pp. 267-268 (« *Some observers suggest that the concerns of environmentalists over investment arbitration are unnecessarily alarmist ... by focusing on individual cases and arguing either that the tribunal made a good decision or that the dispute was not really about the environment, these observers tend to miss the bigger picture.* ») ; NEUMAYER (Eric), « Do Countries Fail to Raise Environmental Standards ? An Evaluation of Policy Options Addressing Regulatory Chill », *International Journal of Sustainable Development*, vol. 4, no. 3, 2001, pp. 231-244.

⁴²⁰ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *European Federation for Investment Law and Arbitration* (« *EFILA* »), 17 mai 2015, p. 29.

rédaction des traités d'investissement à travers des exclusions ou des exemptions⁴²¹. Le dernier chapitre de la thèse explorera les différents types de rédactions de traité qui visent à protéger le droit de l'État à réglementer dans les domaines touchant à l'intérêt public. La finalité de cette section est d'aborder le droit des États à réglementer et d'aborder le phénomène de gel réglementaire. La deuxième section portera examen de l'effet dit de « *gel réglementaire* ». Elle permettra d'évaluer la réalité de cette observation.

SECTION 1. LE RDIE : EST-IL UN DANGER POUR LE DROIT DES ÉTATS DE RÉGLEMENTER ?

94. Le droit des États de réglementer l'économie et la justice et ce dans l'intérêt public trouve sa source dans sa souveraineté⁴²². En effet, l'État à travers son pouvoir législatif et exécutif est libre d'adopter des mesures ayant des objets légitimes⁴²³. La première section concernera les reproches formulés à l'encontre du RDIE décrit comme représentant un danger déjà démontré à plusieurs reprises. Selon les critiques, le RDIE empièterait sur la souveraineté des États et aurait pour objectif de déterminer si cette menace est un mythe ou une réalité. Afin de répondre à cette question, il conviendra d'analyser le droit international des investissements et son possible impact sur le droit des États de réglementer (Section 1.I) et l'effet de « *gel réglementaire* » émanant de la menace de l'arbitrage d'investissement (Section 1.II).

I. L'IMPACT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS SUR LE DROIT DES ÉTATS DE RÉGLEMENTER

95. Afin d'examiner la critique selon laquelle le RDIE empièterait sur le droit des États de réglementer, cette sous-section définira le droit des États de réglementer au regard du droit international des investissements ainsi que les critères adoptés par les

⁴²¹ Voir e.g. Article 8.9(1) du CETA (« *Pour application du [Chapitre huit relatif à l'investissement], les parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.* ») ; Article 2(1) du TTIP (disposition identique) ; l'accord sur la protection des investissements UE-Vietnam (« **EVIPA** »), Article 13.2 (« *The Parties recognize their respective right to: (a) determine its sustainable development objectives, strategies policies and priorities; (b) establish its own levels of domestic protection in the environmental and social areas as it deems appropriate* »).

⁴²² CRAWFORD (James), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th ed., 2012, Ch. 20.2, pp. 204-205, 448.

⁴²³ KOVACS (Csaba), *Attribution in International Investment Law*, Kluwer Law International, vol. 45, 2018, p. 17.

tribunaux pour définir ce droit (A). En outre seront abordées les tensions entre la protection des droits des investisseurs et le droit des États d'adopter des règles (B).

A. La définition du droit des États de réglementer dans l'intérêt public

96. Le droit des États de réglementer fait partie du droit international coutumier et plus particulièrement du concept de *pouvoir de police*⁴²⁴. Tel qu'il a été décrit par le célèbre philosophe et économiste Adam Smith dans son œuvre intitulé *Justice, Police, Revenue and Arms* de 1763, le terme « *police* » de sa racine grecque « *πολιτεία* [politeia] » se définit comme celui « *which properly signified the policy of civil government* »⁴²⁵. Il ne s'agit donc pas de la force de police. Les tribunaux ont reconnu aux États un droit inhérent de réglementer tel que cela découle du droit international coutumier. Comme décrit Madame Mathilde Frappier : « *Il faut que la mesure en question consiste en un exercice de bonne foi par l'État de ce qui est généralement accepté comme étant dans ses 'police powers'* »⁴²⁶.

97. Par la suite, toutes les mesures interférant avec un droit de propriété ne signifient pas automatiquement qu'il s'agit d'une mesure d'expropriation.⁴²⁷ Le concept de *pouvoir de police* signifie :

[t]he power of a state to place restraints on personal freedom and property rights of persons for the protection of the public safety, health, and morals, or the promotion of the public convenience and general prosperity. ... The police power is the exercise of the sovereign right of a government to promote order, safety, security, health, morals and general welfare within the

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ SMITH (Adam), *Lectures On Justice, Police, Revenue And Arms* (1763), Oxford: Clarendon Press, 1869, p. 154.

⁴²⁶ FRAPPIER (Mathilde), « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », mémoire, *Le Petit Jurist*, 2011, p. 19.

⁴²⁷ Voir *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 26 juin 2000, § 102 (« *While it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been 'taken' from the owner ... under international law, expropriation requires a 'substantial deprivation.'* ») ; *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/2, Sentence, 29 mai 2003, § 119 ; *S.D. Myers Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000, § 281 (« *The general body of precedent does not treat regulatory action as amounting to expropriation.* »).

*constitutional limits and is an essential attribute
of government*⁴²⁸.

Par ailleurs, la question de la reconnaissance d'un droit des États de régler a été soulevée par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (« CESDH ») de 1953⁴²⁹, le projet de Convention de Harvard de 1961 sur la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers⁴³⁰, le projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers datant de 1967⁴³¹, le *Restatement Third of Foreign Relations Law of the United States*⁴³², le projet d'accord multilatéral sur l'investissement de 1998⁴³³, et bien d'autres instruments de droit international⁴³⁴. Le pouvoir de police est ancré dans le droit international coutumier et par conséquent, même si un traité d'investissement ne

⁴²⁸ Black's Law Dictionary, 6th ed., 1990 (Cette définition s'appuie sur le droit des États-Unis dans le domaine mais est cohérente avec le droit international). Pour une discussion plus approfondie sous le droit international voir MANN (Howard) et VON MOLTKE (Konrad), *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-state Process on the Environment*, International Institute for Sustainable Development, 1999, pp. 40-45.

⁴²⁹ Conseil de l'Europe, *Protocole 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 20 mars 1952, ETS 9, Article 1 ; *Sporrong et Lonnroth c. Suède*, Requêtes no° 7151/75 et 7152/75, Jugement du 23 septembre 1982, Series A no. 52, p. 19, § 69 (En référence à l'article 1 du Protocole 1, la Cour a relevé que « *Under the Expropriation Act, an expropriation permit must not be issued if the public purpose in question can be achieved in a different way; when this is being assessed, full weight must be given both to the interest of the individual and to the public interest* »).

⁴³⁰ SOHN (Louis) et BAXTER (Richard), « Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens », *American Journal of International Law*, vol. 55, no. 3, 1961, p. 543, Article 10, § 5 (« *An uncompensated taking of property of an alien of a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from ... the action of the competent authorities of the States in the maintenance of public order, health, or morality ... shall not be considered wrongful* »).

⁴³¹ Projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 1967, Article 3.

⁴³² *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, American Law Institute, vol. 1, 1987, Section 712, commentaire g. dispose que « *a State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action that is commonly accepted as within the police power of States, if it is not discriminatory* ».

⁴³³ *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, American Law Institute, vol. 1, 1987, § 712; l'Accord Multilatérale sur l'investissement (Rapport du président du groupe de négociations) DAF/MAI(98)17, 4 mai 1998, Annex 3 Treatment of Investors and Investments, Art 5(1) (« *A Contracting Party shall not expropriate or nationalise an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalisation except: a) for a purpose which is in the public interest* »).

⁴³⁴ Voir e.g. Canada 2014 Model FIPA, Annex B.10 (c) (« *Sauf dans de rares cas, tels ceux où une mesure ou une série de mesures sont si rigoureuses au regard de leur objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'elles ont été adoptées et appliquées de bonne foi, ne constitue pas une expropriation indirecte la mesure non discriminatoire d'une Partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement* »).

fait pas référence à la liberté des États de réglementer, cela ne veut pas dire qu'elle est exclue⁴³⁵.

98. Bien que l'État soit caractérisé par sa souveraineté, celle-ci n'octroie pas à l'État un pouvoir illimité de prendre toutes les mesures qu'il souhaite⁴³⁶. À travers cette souveraineté, les États concluent des AII et acceptent, volontairement, de poser certaines limites à l'exercice de leur droit de réglementer dans le domaine des investissements⁴³⁷. Ce droit de réglementer dans le domaine des investissements a été reconnu dès le premier TBI conclu entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959, ce dernier stipulant que des mesures prises pour des raisons de sécurité, d'ordre public, de santé publique ou pour préserver la moralité ne peuvent pas être considérées comme une discrimination au sens de l'article 2⁴³⁸. Le droit des États de réglementer est soumis au respect du principe de l'État de droit, incluant le respect des obligations découlant des traités, ainsi que le respect du droit international coutumier⁴³⁹. Les AII restreignent légalement la souveraineté des États en incluant des mesures visant notamment à la stabilité des accords tels que des clauses de compensation en cas d'expropriation, des clauses portant sur le traitement juste et équitable, des clauses de stabilisation, ces traités contenant également des clauses portant sur l'octroi de dommages et intérêts en cas de violation des AII⁴⁴⁰.

99. Plusieurs juristes ont fourni un cadre conceptuel pour le droit de réglementer dans la littérature académique. Selon le Dr. Aikaterini Titi dans *The Right to Regulate in International Investment Law*, le droit de réglementer est défini comme « a legal

⁴³⁵ RAJPUT (Aniruddha), *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, p. 142.

⁴³⁶ *ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ltd. c. Hongrie*, CIRDI aff. n° ARB/03/16, Sentence, 2 octobre 2006, § 423 (« the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. »).

⁴³⁷ *The S.S. Wimbledon (Royaume-Uni. c. Japon)*, 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1, 17 août 1923, § 35 (« The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction on the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty. »).

⁴³⁸ VADELDE (Kenneth), « A Brief History of international Investment Agreements », *supra* note 26, p. 169 ; 1959 Allemagne-Pakistan TBI, Protocol (2).

⁴³⁹ *Idem*.

⁴⁴⁰ MARKERT (Lars), « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », in BUNGENBERG (Marc) *et al.* (eds.), *International Investment Law and EU Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011, p. 146.

right that permits a departure from specific investment commitments assumed by a state on the international plane without incurring a duty to compensate »⁴⁴¹. Elle explique que « *successfully invoked treaty exception is deprived of its meaning, where a subsisting requirement to compensate exists* »⁴⁴². Dans ce cas, lorsque les clauses d'exception ou d'autres types de clauses régissant l'intérêt public sont absentes des AII, d'autres paramètres peuvent être envisagés. Par exemple, plusieurs commentateurs soulignent que le droit d'un État de réglementer doit être pris en compte pour estimer la question de la compensation conformément au principe de proportionnalité⁴⁴³. Suivant la définition de Dr. Titi, le droit de réglementer provient des sources suivantes : (1) le droit conventionnel c'est-à-dire le droit contenu dans les traités d'investissement, (2) les exceptions conventionnelles et les exceptions générales appliquées à l'ensemble du traité et exceptions aux dispositions de fond dans les normes de traitement et (3) le droit international général⁴⁴⁴.

100. Cette doctrine du *pouvoir de police* vient à s'appliquer dans certains cas : soit quand il y a soupçon d'expropriation indirecte, soit lorsque la situation dans laquelle une mesure empêche l'usage ou la jouissance de l'investissement et entraîne une perte de valeur de ce dernier voire sa disparition totale alors même que l'investisseur continue d'être en possession de son investissement⁴⁴⁵. Le Professeur Yves Nouvel a d'ailleurs pu souligner que contrairement à une mesure de nationalisation entraînant expropriation directe, l'expropriation indirecte ne s'accompagne pas nécessairement d'une augmentation des fonds publics :

Selon la pratique arbitrale récente, le critère déterminant pour savoir si une mesure équivaut à une expropriation, est l'effet de dépossession qu'elle produit sur l'investisseur. Le raisonnement d'ordre qualitatif s'appuyant sur la finalité de la mesure ne contrebalance

⁴⁴¹ TITI (Aikaterini), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany, 2014, p. 33.

⁴⁴² *Idem.* pp. 34-35.

⁴⁴³ LEVASHOVA (Yulia), *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, 2019, p. 43.

⁴⁴⁴ TITI (Aikaterini), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *supra* note 441, p. 33 (Pour une discussion sur la définition du droit de réglementer de dr. Titi ainsi que les recherches qui y sont associées voir LEVASHOVA (Yulia), *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, *idem.* pp. 37-40).

⁴⁴⁵ Voir DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, pp. 101-102, 112.

*qu'exceptionnellement le raisonnement d'ordre
quantitatif s'appuyant sur son effet*⁴⁴⁶.

La question de l'expropriation indirecte implique une distinction entre la prise par le gouvernement d'une mesure susceptible d'être compensée et la prise d'une mesure qui ne le sera pas⁴⁴⁷. Alors que la plupart des litiges d'investissement se fonde sur l'existence d'une mesure d'expropriation, une telle réglementation peut être remise en cause lorsqu'il existe une violation dite « *moins importante* » du droit des investissements⁴⁴⁸ telle qu'une mesure discriminatoire ou un manquement au TJE⁴⁴⁹. Ainsi, la prise d'une mesure réglementaire applicable à tous peut être discriminatoire si celle-ci engendre des conséquences défavorables à l'encontre d'un seul investisseur.

101. La jurisprudence découlant de l'ALENA démontre que l'expropriation indirecte existe lorsque la mesure prise par le gouvernement implique « *covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or 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* »⁴⁵⁰. Par ailleurs, la doctrine du pouvoir de police est apparue, dans le contexte des litiges d'investissement. Cela a été le cas du tribunal dans l'affaire *Saluka c. Tchèque*⁴⁵¹, il a relevé que « *the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are 'commonly accepted as within the police power of States' forms part of customary law today* »⁴⁵². Le tribunal dans l'affaire *S.D. Myers c. Canada*, a mis en balance l'objectif et les effets de la décision gouvernementale en s'interrogeant

⁴⁴⁶ NOUVEL (Yves), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue Général du Droit International Public*, 2002-1, p. 101.

⁴⁴⁷ BRAY (Devin), « Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA », *TDM*, vol. 9, issue 7, 2012, pp. 3 et 10.

⁴⁴⁸ PELLET (Alain), « Police Powers or the State's Right to Regulate », in KINNEAR (Meg), FISCHER (Geraldine) et al. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, pp. 448, 457.

⁴⁴⁹ PAULSSON (Jan), « Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk », A Common Agenda Symposium Organisé par le CIRDI, l'ODCE et la CNUCED, 12 décembre 2005, Paris, *TDM*, vol. 3, issue 2, 2006, p. 7.

⁴⁵⁰ *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000, § 105.

⁴⁵¹ *Saluka Investments B.V. c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 7 mars 2006, § 262.

⁴⁵² PELLET (Alain), « Police Powers or the State's Right to Regulate », *supra* note 448, p. 462.

sur la possible existence d'une mesure équivalente susceptible de produire des effets moindres sur l'investissement en question⁴⁵³.

102. En droit international des investissements, le droit de régler implique l'adoption de régulations par l'État affectant la valeur de l'investissement découlant du traité dont il est partie et sans entraîner une simple compensation. Dans le but de déterminer la légalité de la régulation susceptible d'entraîner une obligation de compensation pour l'État auteur de cette dernière, certains tribunaux appliquent un test de proportionnalité en balançant les intérêts en jeu : (1) les intérêts de l'État hôte (2) et le degré d'interférence de la mesure sur le droit de l'investisseur⁴⁵⁴. Certains auteurs ont pu noter que « *Le droit de l'investissement est redevable de l'introduction du test de proportionnalité dans le cadre de l'expropriation indirecte à la sentence Tecmed c. Mexique, rendue en 2003.* »⁴⁵⁵ Dans cette sentence, le tribunal s'est basé sur la proportionnalité entre la mesure remise en cause par l'investisseur et son intérêt public pour l'État⁴⁵⁶. Dans le cadre de l'affaire *Tecmed*, le tribunal a relevé que « *whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality* »⁴⁵⁷. En d'autres termes, une relation de proportionnalité suffisante doit exister entre ce qui est imposé à l'investisseur étranger et le but poursuivi par la décision prise par l'État hôte. Si la mesure adoptée est dite *bona fide*, c'est-à-dire dénuée de toute forme de discrimination et présentant un intérêt public suffisant, alors l'État hôte ne devra s'acquitter de dommages et intérêts compensatoires⁴⁵⁸.

⁴⁵³ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000.

⁴⁵⁴ ZARRA (Giovanni), « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay », *supra* note 406, p. 97 ; voir *e.g. Azurix Corp. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, §§ 310-311 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, §§ 189, 195.

⁴⁵⁵ DE NANTEUIL (Arnaud), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017, p. 380.

⁴⁵⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB (AF)/00/2, Sentence, 29 mai 2003, § 122 (« *the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality* »).

⁴⁵⁷ *Idem.* § 195.

⁴⁵⁸ BRAY (Devin), « Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA », *supra* note 447, p. 10 ; *Sedco Inc. c. National Iranian Oil Co.*, 9 IUSCT 248, 1985, § 275 (le tribunal a noté qu'il s'agissait « *an accepted principle of international law that a State is not liable for economic injury* »).

103. Bien que la doctrine de *pouvoir de police* constitue un moyen de défense pour l'État qui adopte une mesure d'expropriation, le champ d'application incertain de cette doctrine entraîne des applications variées dans le cadre des litiges d'investissement⁴⁵⁹. Une harmonisation de l'application du test de proportionnalité et du principe d'égalité devant les charges publiques permettrait de créer une meilleure prévisibilité et cohérence de l'application de ces concepts.

B. La mise en œuvre du droit de réglementer est souvent une source de tensions entre États et investisseurs

104. Dans cette partie, seront examinées les tensions entre les droits des investisseurs (aussi appelé « protection des investissements ») et le droit des États de réglementer, ou autonomie de l'État. La question est de savoir comment balancer les intérêts des investisseurs avec ceux de l'État hôte protecteur de l'intérêt général. Cette interrogation est cruciale et elle est la source d'intenses débats sur la place du RDIE dans les futurs AII. Ce point n'est pas très facile à aborder. En effet, l'équilibre des intérêts constitue un dilemme classique en droit international des investissements. Lorsqu'un investisseur décide d'investir à l'étranger, ce dernier est souvent préoccupé par les mauvais traitements qui pourrait lui être infligés par les régulateurs de l'État hôte. Par conséquent, il est nécessaire d'équilibrer la protection des investissements avec les objectifs publics de l'État et en particulier avec son droit de réglementer dans l'intérêt général.

105. D'une part, les investisseurs souhaitent une prévisibilité concernant le droit applicable dans l'État hôte, la protection de leurs investissements et du profit qui en découle. Il a pu être noté que : « *No-payment-policy chills FDI, while it must be encouraged; capital is a scarce resource* »⁴⁶⁰. Dans un monde de plus en plus ouvert

which is a consequence of bona fide 'regulation' within the accepted police powers of states » ; *Saluka Investments BV c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 17 mars 2006, § 262 (« *In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are 'commonly accepted as within the police power of States' forms part of customary international law today... '[i]t is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required' »*).

⁴⁵⁹ BRAY (Devin), « Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA », *supra* note 447, p. 12

⁴⁶⁰ BORNER (Achim-Rüdiger), « Simple Truths on the Right to Regulate and the Duty to Pay », in RISSE (Jörg), PICKRAHN (Günter) *et al.* (eds.), *Schieds VZ | German Arbitration J.*, Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG, vol. 15, issue 1, 2017, p. 5.

et interdépendant, la confiance des investisseurs est primordiale. Ce commentaire met en exergue la nécessité pour un État de s'engager dans la conclusion d'AII afin de promouvoir l'investissement et de dépolitiser le contentieux d'investissement potentiel⁴⁶¹. Une stabilité économique et régulatrice sont nécessaires pour que l'investisseur soit enclin à s'engager à long terme⁴⁶². Ceci est partiellement assuré par les dispositions contenues dans les AII prévoyant un échange de consentement mutuel sur la nécessité de promouvoir l'investissement⁴⁶³. D'autre part, les États souhaitent pouvoir disposer d'une certaine flexibilité, s'agissant d'une liberté de gouverner et prendre des décisions, afin d'assurer un cadre sain et durable pour le développement de l'État tout en veillant à ce que la protection de l'investissement s'adapte aux normes régionales et nationales. En effet, les États peuvent changer leurs politiques ou répondre à l'évolution de la société et de l'intérêt général. Cela a pu être démontré avec la récente pandémie où les gouvernements du monde entier ont adopté des mesures drastiques sans précédent dans le but de maintenir leurs économies à flot. Ces mesures ont affecté et continueront d'affecter les investissements de manière positive et négative. En effet, certaines c'entre elles ont déjà suscité des inquiétudes quant à la possibilité d'être l'objet de nouvelles demandes d'arbitrage d'investissement. En avril 2020, le Pérou aurait été menacé par une plainte dans un arbitrage confidentiel du CIRDI après que le Congrès ait approuvé un projet de loi suspendant la récolte des frais des péages sur les principales autoroutes (l'une des nombreuses mesures économiques d'atténuation des conséquences du COVID-19)⁴⁶⁴. Toutefois, le droit de réglementer ne devrait pas être sans limites et de nombreux débats apparaîtront pour savoir si certaines mesures adoptées pendant la crise sanitaire étaient proportionnées. Comme le tribunal a pu justement l'observer dans l'affaire *Pope & Talbot* : « *a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation.* »⁴⁶⁵ Par conséquent, il convient de trouver un bon

⁴⁶¹ *Idem.* pp. 22-23.

⁴⁶² Voir MOUYAL (Lone), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, *supra* note 406, p. 10.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. c. Pérou*, CIRDI, aff. n° ARB/20/18 ; SANDERSON (Cosmo), « Peru Warned of Potential ICSID Claims over Covid-19 Measures », *GAR*, 9 April 2020 ; BOHMER (Lisa), « [Updated] Highway Concessionaire Initiates Contract-Based ICSID Arbitration Against Peru », *IA Reporter*, 11 juin 2020.

⁴⁶⁵ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 26 juin 2000, § 99.

équilibre entre la flexibilité pour l'État d'adopter des mesures pour répondre à une crise et pour protéger l'intérêt public, tout en assurant aux investisseurs un cadre stable et prene pour leurs leurs investissements.

106. À travers la jurisprudence et la doctrine, le terme « *mesure d'intérêt général* » apparaît comme pouvant être utilisé dans de très vastes circonstances. Il convient de relever que le terme « *d'intérêt général* » ne doit pas être entendu comme dans son sens français ⁴⁶⁶. Une mesure d'intérêt général peut concerner la santé, l'environnement, le droit du travail, la protection du consommateur, la sécurité publique, le système social, les droits de l'Homme, la culture, mais aussi par exemple l'économie en temps de crise financière⁴⁶⁷. Ainsi, certains tribunaux ont adopté une définition élargie du droit des États de réglementer. Le tribunal dans l'affaire *LG&E c. Argentina*, choisit cette approche en avançant que « *[w]ith respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose.* »⁴⁶⁸ Parfois, le terme « *intérêt general* » permet de définir la collectivité dans son ensemble, autrement dit « *[t]he people's general welfare and well-being, something in which the populace at whole has a stake* »⁴⁶⁹. Le terme « *intérêt général* » est parfois utilisé afin de lister un groupe d'intérêts spécifiques énumérés⁴⁷⁰ dans les AII et ne fait pas référence au terme d'intérêt public au sens du collectif général.

⁴⁶⁶ EL BOUDOUHI (Saïda), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, CNRS Editions, 2005, p. 543 (« *Bien que cela repose sur une fiction, il est généralement admis que l'objectif de satisfaction de l'intérêt général constitue le fondement de toute action publique et que par conséquent, l'intérêt général correspond à tous les intérêts étatiques* »).

⁴⁶⁷ MARKERT (Lars), « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », *supra* note 440, p. 148 ; HODGSON (Matthew), « Investment Protection and Public Regulation: The Critical Balancing Act of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 417, p. 251 (« *Public objectives which may be pursued include such diverse areas as public⁴⁴⁰, national security, health, environment, morality, economic growth and stability, consumer protection, industrial policy and culture* »).

⁴⁶⁸ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, § 195.

⁴⁶⁹ TITI (Aikaterini), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *supra* note 441, p. 100.

⁴⁷⁰ Voir *e.g.* Article 3(1), note de bas de page n° 2 du projet de TBI norvégien en date de 2007 (« *legitimate policy objectives of public interest such as the protection of public health, safety and the environment* ») ; voir également Article 4.6(1) de the European Free Trade Association (« **EFTA** »), *ALE Hong-Kong* (2011) (« *Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure consistent with this Chapter that is in the public interest, such as measures to meet health, safety or environmental concerns and reasonable measures for prudential purposes.* »).

107. Le droit des États de règlementer lorsqu'il se trouve en état de nécessité a été vigoureusement débattu dans le cadre des litiges d'investissement, lors des différends au lendemain de la crise financière en Argentine en 2001 ayant conduit à de nombreuses procédures arbitrales⁴⁷¹. À la suite des litiges découlant de l'ALENA, des sentences CIRDI à l'encontre de l'Argentine et de la prolifération des AII, l'opinion publique décida d'adopter une démarche proactive dans le développement des politiques d'investissement⁴⁷². Ces derniers temps, certains domaines relevant de l'intérêt public comme ceux de la santé et de la protection de l'environnement ont reçu une attention toute particulière, notamment en raison de l'implication des ONG fortement opposées au système du RDIE⁴⁷³.

108. Cet intérêt tout particulier pour le domaine des investissements est relativement nouveau. Dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (« GATT »)⁴⁷⁴, les domaines en vertu desquels le droit de règlementer dans un but d'intérêt général est admis sont les suivants : la préservation de la vie, de la santé, de l'environnement et des standards sociaux. Cette disposition apparaît à l'article XX de l'accord ainsi que dans d'autres TBI sous une clause dite d'exceptions générales⁴⁷⁵. Également, le chapeau du GATT précise que les mesures figurant au sein de l'accord ne peuvent en aucun cas être appliquées de façon arbitraire, discriminatoires ou être

⁴⁷¹ DI PIETRO (Domenico), « State of Necessity in Investment Arbitration », *The European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2008, pp. 25 *et seq.* ; BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010 ; ROBERTO (Luzi), « BITs & Economic Crises: Do States have *Carte Blanche?* », in WEILER (T.J. Grierson) (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, JurisNet, 2008, pp. 188 *et seq.*

⁴⁷² CNUCED, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, UNCTAD/WIR/2013, Publication des Nations Unies, p. 92.

⁴⁷³ KORZUN (Vera), « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Translational Law*, vol. 50, no. 2, 2017, p. 358 ; HODGSON (Matthew), « Investment Protection and Public Regulation: The Critical Balancing Act of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 417, p. 251.

⁴⁷⁴ Article XX du GATT, 30 octobre 1947, prévoit des exceptions générales incluant notamment des mesures « nécessaires à la protection de la moralité publique », « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », et pour « la conservation des ressources naturelles ».

⁴⁷⁵ E.g. Article 17(1)(a) de l'Accord sur l'investissement de l'ASEAN ; Article 14(2) de Modèle de TBI finlandais ; Section VI, Exceptions générales, § 3 du Projet d'accord multilatéral sur l'investissement ; Article 14(2) du Projet de TBI norvégien.

déguisées avec pour objectif de nuire aux échanges et à l'investissement⁴⁷⁶. Selon certains auteurs, « *as far as the States' 'right to regulate' is concerned, contemporary investment treaties hardly provide for explicit exceptions from their standards of protection.* »⁴⁷⁷ En 2010, le Professeur Andrew Newcombe estimait « *that only a handful – perhaps twenty-five to thirty – IIAs contain GATT or GATTS-like general exceptions* »⁴⁷⁸. Par conséquent, les clauses d'exemption étaient encore considérées comme rares. Cette affirmation est confirmée par le Professeur Sabrina Robert-Cuandet qui relève que « *quelques rares accords prévoient des exceptions générales, telles celles de l'article XX de l'Accord Général sur le Commerce de Marchandises de l'Organisation Mondiale du Commerce, visant expressément la protection de l'environnement* »⁴⁷⁹. Cependant, les clauses d'exception sont de plus en plus nombreuses dans les ALE et autres accords économiques contenant des AII tel que le TCE⁴⁸⁰, l'ALE Singapour-Australie (« SAFTA »)⁴⁸¹, et l'ALE entre l'ASEAN et la Corée du Sud⁴⁸².

109. Suite à l'attention générée par la question du droit des États de régler, certains États ont tenté d'inclure des dispositions dans leurs AII protégeant leur pouvoir de régler⁴⁸³. L'adoption de certaines dispositions en matière de respect du droit de régler apparaît comme une manifestation d'un désir d'obtenir un meilleur équilibre entre la protection des investissements et l'autonomie des États hôtes. Néanmoins, compte tenu de la divergence de positions des États hôtes concernant la nature de ce droit de régler, un risque d'incohérence dans la pratique du droit international des investissements pourrait surgir. Cela obstrue

⁴⁷⁶ ROJID (Faraz), LOSARI (James) et MADERO (Alberto), « No Coverage for Tobacco Industries with Regard to Tobacco-Control Measures - The Future of International Investment Agreements? », *TDM*, vol. 9, issue 5, 2012, p. 5.

⁴⁷⁷ BUNGENBERG (Marc), GRIEBEL (Jörn), HOBE (Stephan), et REINISCH (August), « General Introduction to International Investment Law », in BUNGENBERG (Marc) *et al.* (eds.), *International Investment Law*, Hart Publishing, 2015, pp. 1-5.

⁴⁷⁸ NEWCOMBE (Andrew), « General Exceptions in International Investment Agreements », in SEGGER (Marie-Claire), GEHRING (Markus) et NEWCOMBE (Andrew) (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010, p. 358.

⁴⁷⁹ ROBERT-CUADET (Sabrina), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirect », *Droit de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Martinus Nijhoff, 2010, p. 2.

⁴⁸⁰ Article 24 du TCE.

⁴⁸¹ Article 21 du Chapitre 8 de la version amendée du SAFTA.

⁴⁸² Article 20 de l'ALE ASEAN-Corée du Sud.

⁴⁸³ Voir *e.g.* CETA et TPP.

l'objectif d'intelligibilité du droit international des investissements. Il est souhaitable que dans un futur proche, les États s'accordent sur la substance de ce droit de règlementer et cela dans le but de garantir la cohérence du droit des investissements à l'échelle internationale. En effet, des dispositions sur ce droit de règlementer sont incluses dans des traités multilatéraux tels que l'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG/CETA) et le CPTPP. Pour une discussion plus détaillée des tendances récentes et des suggestions de rédaction d'exemptions ou d'exclusions pour protéger le droit de l'État à règlementer dans l'intérêt public, voir la Partie II, Titre 2, Chapitre 2.

II. L'EFFET DE « GEL RÉGLEMENTAIRE » ÉMANANT DE LA MENACE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

110. La croisade pour la défense du droit de règlementer est le plus souvent basée sur l'argument qui revient systématiquement dans les débats concernant l'effet dit de « *gel réglementaire* ». Avant d'évoquer ce sujet, il est utile de définir ce que cette notion représente. Les professeurs Tietje et Baetens, ont, à l'occasion d'une étude pour le ministère néerlandais des affaires étrangères, examiné cette question⁴⁸⁴. Ils définissent ce phénomène comme la situation dans laquelle « *a State actor will fail to enact or enforce bona fide regulatory measures because of a perceived or actual threat of investment arbitration* ». Ils y distinguent (a) le fait de ne pas adopter telle ou telle législation par crainte d'une procédure arbitrale engagée par l'investisseur ; (b) le fait de « *geler* » la procédure d'adoption du texte législatif car un risque d'arbitrage est avéré ; (c) le fait de « *geler* » l'adoption d'un texte suite à un litige entre investisseur et État⁴⁸⁵. Ces deux professeurs ainsi que d'autres auteurs décrivent ces trois formes de gel réglementaire de la manière suivante : le gel anticipatif « *anticipatory chill* », le gel réponse « *specific response chill* », et le gel du à un précédent « *precedential chill* »⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ TIETJE (Christian) et BAETENS (Freya), « The Impact of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », Study for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands. MINBUZA-2014.78850, 24 juin 2014, pp. 39-48.

⁴⁸⁵ *Idem.* pp. 40-41.

⁴⁸⁶ *Ibid.* ; LANDAU (Toby), « Arbitration in a Changing World », in WEERAMANTRY (Romesh) et CHOONG (John) (eds.), *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), vol. 20, issue 4, 2018, p. 155.

111. Les opposants au mécanisme du RDIE affirment que le tribunal arbitral, par les pouvoirs qu'il détient, interfère de façon illégitime avec la politique publique des États. Une sentence attribuant des dommages à l'investisseur peut avoir un « *chilling effect on future governmental conduct by preventing governments from adopting certain courses of action for fear of future* »⁴⁸⁷. Les opposants au RDIE considèrent que ce mécanisme entraîne in fine une situation de gel règlementaire et souhaitent que le droit de règlementer puisse s'exercer librement, car ils estiment que cette prérogative doit être sans limites car allant de pair avec les devoirs, droits et responsabilités des États⁴⁸⁸. Cette Section aura pour objectif d'analyser si l'argument consistant à dire que l'arbitrage investisseur-État produit un effet de gel règlementaire est fondé ou s'il s'agit seulement de critiques sans réelle substance.

112. Il existe beaucoup de ressources documentaires sur la question du gel règlementaire⁴⁸⁹, mais les recherches sur le sujet ne démontrent pas pour autant la pertinence des critiques. Le Professeur Kyla Tienhaara a étudié différents litiges investisseur-État impliquant des questions environnementales et ayant été résolu par voie d'arbitrage ou l'ayant été sous la menace d'une procédure arbitrale⁴⁹⁰. Après examen de ces différents litiges, incluant même ceux n'ayant pas atteint le stade de l'arbitrage, le professeur avance que la simple menace d'une procédure arbitrale peut suffire à bloquer le développement d'une politique publique⁴⁹¹. Un des litiges étudiés concerne l'exploitation des mines à ciel ouvert en Indonésie. En effet, une législation avait été adoptée par le gouvernement qui interdisait l'exploitation de mines à ciel ouvert dans la zone des forêts protégées par l'État ; plusieurs entreprises ont menacé le gouvernement indonésien de former un recours en arbitrage, ce qui leur a permis d'obtenir une autorisation d'exploitation pourtant contraire à l'interdiction mise en

⁴⁸⁷ ROBERTS (Anthea), « The Present - Investment Arbitration as a Governance Tool for Economic International Relations? The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Arbitration: the Next Fifty Years*, ICCA Congress Series 16, 2011, p. 170.

⁴⁸⁸ Voir LAVRANOS (Nikos), « Profiting from Anti-ISDS Propaganda », *supra* note 271 ; les principaux groupes anti-ISDS incluent « Stop ISDS: Rights for People, Rules for Corporations », et ont regroupés plus de 200 organisations européennes dans son assaut contre les dispositions sur le RDIE dans les AII.

⁴⁸⁹ Voir e.g. TIENHAARA (Kyla), *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, *supra* note 419.

⁴⁹⁰ *Idem.* pp. 2-3.

⁴⁹¹ *Idem.* p. 3.

place⁴⁹². Un litige similaire a eu lieu au Ghana où des exceptions avaient été octroyées à certaines entreprises suite à l'arrêt des activités minières décidé par le gouvernement dans des forêts protégées⁴⁹³. Ces deux exemples sont souvent cités pour illustrer le phénomène de gel règlementaire mais sont cependant anecdotiques. Il existe des doutes sur le fait de savoir si la menace arbitrale a réellement eu un impact sur la décision du Ghana d'octroyer des autorisations à certaines entreprises, pourtant contraires à l'interdiction des activités minières dans certaines zones⁴⁹⁴. Dans d'autres études, dont celle du Professeur Julia Brown, l'effet de gel règlementaire anticipatif « *the anticipatory chill* » a été utilisé comme argument à travers des communications du président de la cour constitutionnelle indonésienne⁴⁹⁵. Il a été avancé que différents facteurs sont en réalité entrés en jeu et ont conduit l'Indonésie à finalement autoriser certaines exploitations à ciel ouvert dans des zones protégées⁴⁹⁶.

113. En dépit des critiques portant sur l'effet de gel règlementaire, certains commentateurs ont admis qu'il est difficile d'affirmer que le système de RDIE est la cause de ce phénomène. Le Professeur Eric Neumayer considère que cela se réfère à quelque chose que l'on ne pouvait pas prouver ; en effet, on cherche ici à prouver qu'une loi ou une mesure n'a pas été adoptée à cause de la menace du RDIE, mais comment prouver quelque chose qui ne s'est pas produit ? De plus cette hypothèse qui relève de la spéculation rend la collecte d'informations difficile voire impossible sur le sujet⁴⁹⁷. D'autres auteurs ont signalé que le problème majeur, tout particulièrement en ce qui concerne le gel règlementaire dit anticipatif, est que « *it assumes that regulators are aware of international law* »⁴⁹⁸. La réalité est que beaucoup d'États sont certainement « *clearly uninformed by the dictates of international law* » surtout si l'État en question n'a jamais été partie à un litige investisseur-État dans le cadre

⁴⁹² *Idem.* pp. 217-218.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Idem.* p. 232.

⁴⁹⁵ BROWN (Julia), « International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat », *Western Journal of Legal Studies*, 2013, pp. 12-13.

⁴⁹⁶ *Idem.* p. 13.

⁴⁹⁷ NEUMAYER (Eric), « UK Parliament Select Committee on Treasury: Memorandum submitted by Professor Eric Neumayer », *Parliamentary Business*, octobre 2006.

⁴⁹⁸ COLE (Jack) et RUBINS (Noah), « Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions », in WEILER (Todd) (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, p. 599.

d'un TBI⁴⁹⁹. De surcroît, il est difficile de pouvoir identifier le RDIE comme étant le problème, car certains États conscients des risques d'arbitrage n'en décident pas moins d'opérer des changements de régulation. Selon les Professeurs Tietje et Baetens, « *Even if one can identify a drastic change in the adoption of public interest regulations, pinpointing the reason for the change is nearly impossible. Indeed, political choices can hardly ever be adequately explained by one independent variable.* »⁵⁰⁰ Il existe une littérature abondante pour contester les hypothèses sous-jacentes à la notion de *gel réglementaire* (« *regulatory chill* »), qui examine souvent l'interprétation donnée à la notion de plus « *favorable à l'État* » dans différents traités, mais également les positions des gouvernements pour défendre, avec succès, les mesures mises en œuvre afin d'atteindre des objectifs d'intérêt public clairs⁵⁰¹. L'argument le plus convaincant réfutant l'effet de gel réglementaire est celui de dire que malgré des litiges tels le cas *Philip Morris*, de nombreux pays dont la France et la Nouvelle-Zélande ont suivi l'Australie et l'Uruguay en adoptant des législations mettant en place des paquets neutres alors que les litiges étaient toujours pendants⁵⁰². Il est difficile d'imaginer que ces États n'avaient pas pris en considération les arbitrages en cours lorsqu'ils ont décidé d'adopter des dispositions ayant le même objet que la législation litigieuse.

114. Même si certains reconnaissent l'existence d'un phénomène de « *regulatory chill* », certains auteurs et organisations ayant examiné le phénomène notamment en analysant les éléments concrets, ont discrédité l'impact de l'arbitrage sur le pouvoir d'un État de réglementer au nom de l'intérêt public. À l'occasion d'une des premières recherches sur le sujet, l'avocat Julie Soloway s'est penchée sur les litiges provenant

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ TIETJE (Christian) et BAETENS (Freya), « The Impact of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *supra* note 484, p. 42.

⁵⁰¹ GARCIA-PERROTE (Guillermo) et WISNIEWSKI (Ella), « Time for a Clean Energy Charter Treaty? Examining the Role of ISDS in Promoting and Protecting Renewable Energy in Investments », in ANDERSON (Alan) et BEAUMONT (Ben) (eds.), *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, Kluwer Law International, 2020, p. 249.

⁵⁰² Voir *e.g.* Gouvernement néo-zélandais, « Press Release: Government Moves Forward with Plain Packaging of Tobacco Products », 20 février 2013 (En 2013, le gouvernement néo-zélandais a décidé de poursuivre l'adoption d'une législation sur le paquet de cigarettes neutre suivant une consultation publique ayant eu lieu après l'action de PM Asie contre l'Australie. Il convient de noter que la décision d'imposer la neutralité des paquets de cigarettes avait été décidé en même temps que l'Australie) ; voir également « *France to Adopt Plain Tobacco Packaging and Restrict E-cigarettes* », *Financial Times*, 25 septembre 2014.

de l'ALENA et leur lien avec l'augmentation des législations environnementales au Canada au début des années 2000. Son étude a permis de conclure que les argumentations soutenant l'affirmation selon laquelle la frilosité réglementaire existe largement sont finalement anecdotiques et n'ont pas été suffisamment étayées⁵⁰³. Plus tard, les efforts se poursuivent notamment après les affaires *Philip Morris* et *Vattenfall*, cependant les conclusions sont les mêmes. En effet, la Fédération européenne pour le droit des investissements et l'arbitrage (« EFILA ») a mené une étude sur le phénomène de gel réglementaire et avance que décrier le RDIE comme étant une force qui « *unduly chills existing or proposed legislation has no basis in political science or analysis of international investment law and ISDS statistics.* »⁵⁰⁴ Si l'on se penche sur des données chiffrées, sur l'ensemble des litiges CIRDI conclus avant l'année 2015, 47 % portent sur la remise en cause d'un acte exécutif ou législatif, tels que des permis ou l'octroi de licence alors que seulement 9 %, soit 14 litiges, portent sur un acte législatif⁵⁰⁵. Une étude réalisée par le Centre pour le développement durable de l'investissement international, le Vale Columbia Centre on Sustainable International Investment a conclu qu'il y a moins d'arbitrages en réponse à la législation ou aux décisions des tribunaux⁵⁰⁶. Cette étude devrait permettre de dissiper les craintes que l'arbitrage d'investissement porte atteinte à la souveraineté des gouvernements des pays hôtes. Étant donné le faible taux de litiges impliquant l'activité du pouvoir législatif, l'argument selon lequel l'arbitrage d'investissement pourrait empiéter sur la souveraineté de l'État en matière d'adoption de règlements semble très exagéré.

115. Un consensus selon lequel le phénomène de gel réglementaire est infondé apparaît à travers la doctrine⁵⁰⁷. En effet, il n'y a pas de preuves concrètes sur la réalité

⁵⁰³ SOLOWAY (Julie), « NAFTA's Chapter 11: Investment Protection, Integration and the Public Interest », Institute for Research on Public Policy, 2003, pp. 1-47.

⁵⁰⁴ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 30.

⁵⁰⁵ CADDEL (Jeremy) et JENSEN (Nathan), « Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors? », *Columbia FDI Perspectives: Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, no. 120, 28 avril 2014, pp. 1-2.

⁵⁰⁶ *Idem.* p. 1.

⁵⁰⁷ *Ibid.* ; voir aussi LAVRANOS (Nikos), « Investment Arbitration and Environmental Protection: A Double-Edged Sword », *Kluwer Arbitration Blog*, 9 novembre 2015; BORNER (Achim-Rüdiger), « Simple Truths on the Right to Regulate and the Duty to Pay », *supra* note 460, p. 5 (note que « NGOs, who notoriously lack democratic legitimacy and derive their strength from crying out loudly, are the most adamant proponents of this fake argument »).

de cet effet de gel réglementaire⁵⁰⁸, mais l'idée selon laquelle les États seraient exposés à des arbitrages internationaux en cas d'adoption de mesures étatiques considérées contraires à la logique de profit de l'investisseur persiste⁵⁰⁹. Lors d'un forum de discussions, d'éminents arbitres ont convenus que « *transparent, non-discriminatory and reasonable regulatory changes are not likely to give rise to successful claims of expropriation under NAFTA* »⁵¹⁰. Il a été suggéré que la crainte du gel réglementaire et les campagnes contre le RDIE résultent en fait des nombreuses critiques formulées à l'égard du système et non pas par des situations concrètes où un gel réglementaire a pu être constaté, autrement dit, les détracteurs du RDIE seraient à l'origine du phénomène de gel réglementaire⁵¹¹. M. Nikos Lavranos résume ce sentiment en décrivant le gel réglementaire comme un « *often-heard but so far unproven* » et ayant été « *touted loudly by anti-ISDS groups* »⁵¹². Le problème n'est donc pas de savoir si le RDIE en lui-même est la cause du gel réglementaire mais de savoir si les États ont réagi à ces allégations en changeant leur approche lors de la conclusion de traités d'investissement⁵¹³.

SECTION 2. LES DÉFIS RÉGLEMENTAIRES : UN DÉFI POUR LE RDIE ?

116. Un litige portant sur une régulation se caractérise par la remise en cause par un investisseur, d'une mesure législative, réglementaire ou administrative qui selon lui contrevient aux obligations découlant d'un AII. La caractéristique prépondérante dans ce type de litige est que l'État hôte a adopté une décision réduisant la valeur actuelle

⁵⁰⁸ SHEKHAR (Satwik), « Regulatory Chill: Taking the Right to Regulate for a Spin », *supra* note 416, pp. 1-2 ; LANDAU (Toby), « Arbitration in a Changing World », *supra* note 486, pp. 154-159 ; COTE (Christine), « A Chilling Effect? The Impact of International Investment Agreements on National Regulatory Autonomy in the Areas of Health, Safety, and the Environment », Thesis Submitted to London School of Economics, février 2014, pp. 67-68.

⁵⁰⁹ ROSS (Alison) et LANDAU (Toby), « Saving Investment Arbitration from Itself », Freshfields Lecture, *GAR*, 6 avril 2011, p. 2 (Il est perçu que ce type de litiges entraîne un « *gel réglementaire* » affaiblissant le pouvoir des états d'adopter des mesures protégeant des domaines tels que l'environnement ou encire les droits de l'Homme. Ils entraînent aussi l'allocation de fonds publics au remboursement des dommages, en les privant de la possibilité de recourir à une procédure d'appel. L'auteur a pu noter qu'à ce jour, l'Argentine a été condamnée à rembourser 80 milliards de dollars.).

⁵¹⁰ Voir le commentaire du Professeur. TRACHTMAN (Joel) et HOWSE (Rob), « Arbitrators and the Judiciary, Standards for Regulatory Takings and the Role of Investment Arbitration: A Discussion on OGEMID by M. Kantor », *TDM*, vol. 1, issue 4, 2004, p. 14.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² LAVRANOS (Nikos), « Investment Arbitration and Environmental Protection: A Double-Edged Sword », *supra* note 507, p. 1.

⁵¹³ JI (Jessica), « Attacking ISDS Provisions for Causing Regulatory Chill: A Moving Target », *Practical Law Arbitration Blog*, 25 mai 2018.

ou future de l'investissement⁵¹⁴. De tels litiges sont susceptibles d'impliquer une volonté de l'État de protéger l'intérêt général et entraînent de manière incidente et non souhaitée un impact négatif sur les IDE⁵¹⁵. Ainsi, les tribunaux d'investissement font face à un conflit apparent entre la pérennité de l'investissement protégé par l'AII et l'autonomie des États habilités à régler. Ces litiges posent de sensibles questions d'ordre public et les critiques mettent en question la légitimité du RDIE comme mécanisme de règlement des différends, accusant ce dernier de constituer une menace à la liberté des États de régler dans un but d'intérêt général. Certains commentateurs évoquent l'aptitude des arbitres, personnes privées, à résoudre des litiges ne suivant pas une logique purement commerciale. Ces litiges ont en effet pour principal objet la validité d'une mesure « *d'intérêt public* » adoptée par un « *gouvernement démocratiquement élu* »⁵¹⁶.

117. Les mesures ordinaires font référence à celles prises suivant un mode d'adoption dit classique établi par l'État hôte ; cela peut être une loi, un règlement ou une décision de justice⁵¹⁷. Ces mesures ne sont pas adoptées en temps de crise exceptionnelle et tombent dans l'exercice classique de la souveraineté des États. Les litiges intervenant dans le cadre d'une crise exceptionnelle résultent d'un événement de grande ampleur affectant la valeur actuelle ou à venir d'un investissement étranger⁵¹⁸. L'exemple le plus connu est celui de la crise financière en Argentine en 2001 ayant entraîné plus de quarante arbitrages d'investissement visant à remettre en cause le plan de sauvegarde adopté par l'Argentine pour faire face à l'effondrement de son économie⁵¹⁹. Dans cette

⁵¹⁴ MAUPIN (Julie), « Global Public Interests in International Investment Law Panel », *American Society of International Law* (« ASIL »), vol. 109, 2015, p. 239.

⁵¹⁵ CHEN (Richard), « A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes », *Yale Journal of International Law*, vol. 40, issue 2, 2015, p. 296.

⁵¹⁶ CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *supra* note 289, p. 779 (« *the question arises as to whether state exercises of public authority should be adjudicated by foreigners, largely on the basis of commercial principles, when the adjudicators are unconcerned with the wider effects of their decisions... If democratically elected governments enact public interest regulations in response to public concerns or to address democratic ideals, how can investment arbitrators make decisions affecting such regulations without public input?* »).

⁵¹⁷ MAUPIN (Julie), « Global Public Interests in International Investment Law Panel », *supra* note 514, p. 239.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ REED (Lucy), « Scorecard of Investment Treaty Cases against Argentina since 2001 », *Kluwer Arbitration Blog*, 2 mars 2009.

situation, l'État hôte a rapidement réagi et se plaçant en état de nécessité. Cette section, cependant, ne traitera que des litiges portant sur des mesures ordinaires.

118. Dans le cadre des litiges d'investissement, le droit des États de réglementer est compris soit comme relevant du pouvoir de police de l'État prévu par le droit international soit comme faisant partie des *exceptions générales* contenues dans les traités et permettant à un État d'adopter des mesures contraires à ses obligations vis-à-vis des investisseurs⁵²⁰. Le pouvoir des États de soulever une telle clause est laissé à la discrétion de ces derniers et dépend de la substance de ces clauses. Selon certaines critiques, la communauté internationale devrait réévaluer le droit des États de réglementer en l'incluant comme une exception générale de droit international. Pour la praticienne Julie Kim, la question est de savoir si un tribunal peut restreindre la capacité d'un État d'adopter des mesures au nom de l'intérêt général (autrement dit « *plagued the international investment law system* », ce qui a été constaté lors des litiges devant le CIRDI impliquant l'Argentine)⁵²¹. Néanmoins, l'analyse qui suit aura pour objet l'étude des litiges portant sur une décision gouvernementale et initiés par une puissante multinationale à l'encontre d'un État hôte, souvent un pays en développement. Ces différends seraient à l'origine du phénomène dit de « *gel réglementaire* ».

I. LES LITIGES PORTANT SUR UNE MESURE ENVIRONNEMENTALE

119. Les litiges d'investissement ne portent pas nécessairement sur la validité d'une mesure d'expropriation directe telle que par exemple, la décision prise par un État de reprendre le contrôle d'une usine. En effet, les investisseurs ont souvent tendance à contester la pertinence de dispositions liées à la protection de l'environnement, de la santé publique, et les réglementations prudentielles en matière économique et plus généralement tout ce qui touche à l'intérêt général⁵²². Cela engendre d'évidentes

⁵²⁰ KORZUN (Vera), « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *supra* note 473, p. 373.

⁵²¹ KIM (Julie), « Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements », *George Washington International Law Review*, vol. 50, issue 2, 2018, p. 291.

⁵²² BARKER (Paul), « Legitimate Regulatory Interests : Case Law and Developments in AII Practice », in KULICK (Andreas) (ed.), *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, 2006, pp. 232-233.

conséquences politiques et économiques pour les États hôte défendeur. L'arbitre Toby Landau a ainsi commenté :

Your mandate [as an arbitrator in investment arbitration case] unlike commercial arbitration is to review the exercise of discretion by a sovereign by way of its executive, its legislative even its judiciary ... You are supposedly to rule upon the interest of an individual investor and yet in doing so, you may well impact upon a whole community ... And, you do so with the ability to impose damages unlike many public law municipal systems and those damages may be significant. You have the power to affect the most extraordinary allocation of public funds⁵²³.

Deux affaires ont particulièrement attiré l'attention de l'opinion publique. D'abord celle de la multinationale *Phillip Morris* concernant l'Australie et l'Uruguay et mettant en question des lois de santé publique concernant l'emballage des paquets de tabac. Puis l'affaire *Vattenfall*, entreprise ayant poursuivi l'Allemagne en vertu de le TCE en raison de l'adoption par cet État de restrictions environnementales à l'exploitation de centrales au charbon situées à Hambourg et de l'arrêt de son programme d'énergie nucléaire (au lendemain de la catastrophe nucléaire intervenue à Fukushima).

120. Cette section analysera les litiges précurseurs en matière de remise en question des décisions gouvernementales tout en se concentrant sur les litiges portant sur des cas d'expropriation indirecte, l'objectif étant de déterminer si ce type de litige nuit à la viabilité du RDIE. Il conviendra de se demander si ces litiges sont fréquents ou s'il s'agit d'exceptions et s'ils constituent une réelle menace pour le RDIE.

A. Les arbitrages de l'ALENA relatifs à l'environnement.

121. Ces dernières années, voire décennies, les préoccupations environnementales ont fortement influencé le droit international des investissements⁵²⁴. Cela est illustré par le nombre croissant de litiges d'investissement résultant de l'adoption de mesures visant à la protection de l'environnement. Les investisseurs étrangers soutiennent que

⁵²³ LANDAU (Toby), « Response to the Report, Rethinking the Substantive Standards of Protection Under Investment Treaties », A Joint Conference of the Government of Mauritius, CNUDCI, CPA, CIRDI, CCI, ICCA, and LCIA, 14 décembre 2010, pp. 367-368,

⁵²⁴ TIENHAARA (Kyla), « Unilateral Commitments to Investment Protection : Does the Promise of Stability Restrict Environmental Policy Development ? », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, 2006, p. 139.

de telles mesures violent leurs droits protégés par les AII. En raison de l'accroissement et de la sophistication des instruments de droit international des investissements et du droit international de l'environnement, le possible empiètement de la protection des investisseurs sur la protection de l'environnement (et vice versa) est observé de très près par les professionnels du droit. Le droit de l'environnement touche au droit international des investissements et cela crée un entremêlement des normes interagissant entre elles. Dans ce contexte, cette Section aura pour objectif d'analyser les litiges d'investissement liés à des sujets environnementaux, en commençant par les litiges relevant de l'ALENA, cela pour présenter l'état actuel du droit international en la matière.

122. Du temps où les traités d'investissement étaient relativement peu connus, les premiers litiges d'investissement portant sur des mesures étatiques provenaient principalement de l'ALENA, traité trilatéral datant de 1994 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Cet accord régional contient un chapitre sur la protection des investissements (Chapitre 11) prévoyant le mécanisme du RDIE. Après son entrée en vigueur, le Chapitre 11 s'est vu attribuer un rôle plutôt autonome sans que cela ait été envisagé⁵²⁵. Les différents États parties à L'ALENA se sont retrouvés défendeurs dans de nombreux litiges portant sur des matières telles que l'environnement ou la santé, ce qui a soulevé des interrogations sur le mécanisme du RDIE. Ces dernières années, l'opinion publique et les organisations internationales se sont fortement penchées sur l'affaire *Vattenfall* qui a conduit l'Allemagne, auteur de décisions en matière de protection de la nature, à être poursuivie à deux reprises. Cela démontre que les litiges d'investissement portant remise en cause d'une régulation environnementale ne touchent pas uniquement les pays en développement. Ces affaires ont d'ailleurs marqué le point de départ ayant poussé l'UE à se retourner contre le mécanisme du RDIE et à proposer sa réforme.

⁵²⁵ Le premier arbitrage en vertu de L'ALENA fut introduit en 1997 (*Metalclad c. Mexicque*), il a peu après été suivi d'arbitrages impliquant les deux autres états parties au traité : *S. D. Myers c. Canada* (1998), *Loewen c. États-Unis* (1998), *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada* (1999), *Methanex c. États-Unis* (1999), *Mondev c. États-Unis* (1999), ou *ADF c. États-Unis* (2000) ; Navigateur des accords d'investissement internationaux, CNUCED Centre de Politique d'Investissement. – Classement par État, En date du 31 décembre 2020, le Canada est le 8^{ème} pays à avoir été attrait en arbitrage le plus fréquemment avec 89 litiges, les États-Unis sont classés 15^{ème}. Étonnamment, tous les litiges introduits contre les États-Unis ont été décidé en faveur de l'État hôte, ont été abandonnées en cours de procédure ou un accord a été trouvé.).

1. SD Myers, Inc c. Canada

123. Dans l'arbitrage *S.D. Myers, Inc c. Canada*, l'entreprise S.D. Myers, Inc. (« SDMI ») dénonça la décision canadienne de bannir l'exportation de polychlorobiphényles (« PCB »), mélanges de produits chimiques toxiques présentant des risques avérés pour l'environnement la santé car étant cancérigènes⁵²⁶. SDMI transportait, traitait et éliminait les déchets de PCB au sein d'une installation située dans l'état de l'Ohio⁵²⁷. Les actionnaires de SDMI décidèrent d'incorporer la société Myers au Canada afin d'obtenir davantage de contrats d'exportations des déchets de PCB vers les États-Unis⁵²⁸. Au moment de l'investissement de SDMI, le Canada ne disposait pas de règles en matière d'élimination des déchets de PCB, ce qui signifie que la plupart des entreprises géraient à leur façon l'élimination de leurs déchets de PCB⁵²⁹. En octobre 1995, l'agence américaine de protection de l'environnement (« l'EPA ») a rendu une décision autorisant SDMI à importer du PCB et des déchets de PCB aux États-Unis pour leur élimination. Pourtant, leur importation était interdite en vertu des règles générales applicables aux États-Unis en matière d'environnement⁵³⁰.

124. Cependant, à la fin novembre 1995, le ministre canadien de l'environnement décida de fermer la frontière canadienne aux déchets de PCB, et affirma la volonté du Canada de s'assurer que ces déchets soient traités et éliminés de façon à respecter l'environnement et la santé d'autrui⁵³¹. Cette frontière a néanmoins été de nouveau ouverte en février 1997 et les échanges transfrontaliers de la société SDMI furent autorisés pour une brève période puisque l'entreprise fut refermée une nouvelle fois par décision de justice des États-Unis⁵³². L'entreprise a dénoncé la fermeture de la frontière entre 1995 et 1997 et affirmé que le Canada avait enfreint les articles 1102 (sur le traitement national), 1105 (sur le standard minimum de protection) et 1110 (sur l'expropriation) de l'ALENA⁵³³. L'article 1110 de l'ALENA prévoit que :

⁵²⁶ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000.

⁵²⁷ *Idem.* §§ 88-92.

⁵²⁸ *Idem.* §§ 110-111.

⁵²⁹ *Idem.* § 113.

⁵³⁰ *Idem.* §§ 118-119.

⁵³¹ *Idem.* §§ 122-125.

⁵³² *Idem.* § 127-128.

⁵³³ *Idem.* §§ 130, 135, 143.

Aucune des Parties ne pourra nationaliser ou exproprier, directement ou non, un investissement ... ni prendre une mesure équivalant à l'expropriation ou à la nationalisation d'un tel investissement ..., sauf : a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire ; c) en conformité avec l'application régulière de la loi ... et d) moyennant le versement d'une indemnité⁵³⁴.

Le tribunal décida que les articles 1102 et 1105 avaient été violés car les décisions du Canada portaient atteinte à la société SMDI, mais décida qu'il n'y avait pas en l'espèce de cas d'expropriation⁵³⁵. Le tribunal observa que :

[t]he general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of NAFTA, although the Tribunal does not rule out that possibility⁵³⁶.

Lorsque le tribunal examina la demande portant sur l'existence d'une mesure d'expropriation, celui-ci examina les effets de la mesure et décida que l'ordre de fermer la frontière Canada-États-Unis était une disposition temporaire, repoussant l'entrée de l'entreprise dans le marché canadien pour une durée de seulement 18 mois⁵³⁷. Le tribunal affirma que cet ordre de fermer la frontière n'était pas une expropriation en ce qu'elle n'était que temporaire, qu'il n'y avait pas non plus de transfert de propriété, ni de bénéfice attribuable à un autre investisseur⁵³⁸.

125. Dans cette affaire, le tribunal valida finalement la finalité de la mesure. En effet le tribunal affirma clairement que « *international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures* »⁵³⁹ et releva que le tribunal avait le pouvoir d'apprécier au-delà des considérations de surface et

⁵³⁴ Article 1110 de l'ALENA (« *Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement* ») ; article 1110 condamne trois formes d'expropriation: directe, indirecte et une mesure équivalente à une expropriation.

⁵³⁵ *Idem.* §§ 288, 301.

⁵³⁶ *Idem.* §§ 281.

⁵³⁷ *Idem.* § 284.

⁵³⁸ *Idem.* §§ 287-289.

⁵³⁹ *Idem.* § 281.

d'examiner l'intérêt, le but et les effets du comportement contesté. Durant la procédure, il a été révélé que la ministre canadienne de l'environnement, Sheila Copps, avait été soumise à un lobbying intense engagé par les concurrents canadiens de SDMI, et l'un des lobbyistes fut, quelques mois plus tard, recruté comme membre de son équipe⁵⁴⁰. Les concurrents en question avaient d'ailleurs reçu la promesse par la ministre qu'au cas où SDMI recevait une autorisation d'importation de PCB, elle ordonnerait alors la fermeture de la frontière⁵⁴¹. Le tribunal a par conséquent conclu que « *the documentary record as a whole clearly indicates that the [export ban was] intended primarily to protect the Canadian PCB disposal industry from U.S. competition* » et que le « *Canada [had] produced no convincing witness testimony to rebut the thrust of the documentary evidence* »⁵⁴². Il affirma que l'interdiction était imposée suite à « *the protectionist intent of the lead minister* »⁵⁴³ et que « *there was no legitimate environmental reason for introducing the ban* »⁵⁴⁴. De plus, le tribunal chercha s'il était possible d'avoir recours à une autre alternative pouvant avoir des conséquences moins graves sur l'activité de l'investisseur. Le tribunal considéra qu'il existait d'autres options permettant de maintenir la continuité du marché et d'assurer la permanence de l'élimination des déchets⁵⁴⁵.

126. Dans cette affaire, la partie défenderesse a été desservie par le manque de rapports scientifiques sur l'environnement et d'expertises sur la protection du droit de réglementer⁵⁴⁶. En dehors des aspects stratégiques, ce type de pièces permet aux États de justifier la protection de l'intérêt public national. En effet, présenter des rapports scientifiques sur l'état de l'environnement avant l'interdiction du PCB aurait témoigné un certain niveau de transparence et de qualité de la procédure. Cela aurait aussi permis à l'État défendeur de justifier la mesure affectant l'investisseur au regard des risques de contamination au PCB et de ceux liés au transport des déchets de PCB entre le Canada et les États-Unis. Il convient de noter que la société Myers Canada n'était pas

⁵⁴⁰ *Idem.* § 168.

⁵⁴¹ *Idem.* § 172.

⁵⁴² *Idem.* § 194.

⁵⁴³ *Idem.* § 162.

⁵⁴⁴ *Idem.* § 195.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Voir VIÑUALES (Jorge), « Foreign Investment and the Environment in International Law: an Ambiguous Relationship », *British Yearbook of International Law*, vol. 80, 2010, pp. 30-34.

productrice de déchets de PCB. Elle ne stockait pas de déchets de PCB, ni les enfouissait. En effet, son activité consistait à assainir les déchets PCB et fournir aux clients canadiens les mêmes méthodes de destruction de ces déchets de PCB qu'aux États-Unis.

127. Bien que le tribunal décida qu'il n'y avait pas en l'espèce de mesure d'expropriation, la sentence fut l'objet de nombreuses attaques. En effet, les commentateurs ont soulevé l'absence de prise en considération du droit de l'environnement applicable aux États-Unis et au Canada et notamment la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (« **la Convention de Bâle** »). L'avocat Brian Hodges a notamment allégué que :

The decision reached by the arbitral panel was plainly wrong in light of the body of international law under which States are obliged to operate. The decision ignored the developing erga omnes norm of environmental protection as evidenced by international conventions and the principles of the Rio Declaration that both the United States and Canada have agreed to⁵⁴⁷.

Par ailleurs, le Professeur Dr. Kate Miles exprima son inquiétude sur le fait que les AII puissent être invoqués afin de remettre en question des réglementations en matière de santé et d'environnement et notamment des mesures interdisant l'exportation de déchets dangereux conformément à un traité multilatéral environnemental.⁵⁴⁸ Un commentateur a aussi noté que « *the tribunal solely assessed the like-circumstance 'from the business perspective,' without consideration to the actual environmental situation of the different actors, in sharp contrast with the tribunal's ... statement stressing the need to take into account consideration environmental concerns in*

⁵⁴⁷ HODGES (Brian), « Where the Grass Is Always Greener: Foreign Investor Actions against Environmental Regulations under NAFTA's Chapter 11, S.D. Myers, Inc. v. Canada », *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, issue 2, 2001, p. 403.

⁵⁴⁸ MILES (Kate), « Sustainable Development, National Treatment and Like Circumstances in Investment Law », in SEGGER (Marie-Claire), GEHRING (Markus), NEWCOMBE (Andrew) (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International, vol. 30, 2011, pp. 267-268.

assessing the like-circumstances test »⁵⁴⁹. Néanmoins, l'arbitre Dr Bryan Schwartz a reconnu que la décision allait avoir pour effet de diviser, et estima que l'encouragement à la liberté des échanges nuirait au droit des États de règlementer⁵⁵⁰. Dans une opinion concordante, l'arbitre Dr Schwartz affirma que l'ALENA était en fait respectueux de l'environnement car il permet aux gouvernements membres de mener à bien des projets environnementaux, sous réserve du respect des dispositions de l'accord⁵⁵¹.

2. Methanex c. États-Unis

128. En 1999, l'investisseur canadien, Methanex Corporation, démarra une procédure arbitrale contre les États-Unis en vertu des dispositions de l'ALENA. L'investisseur canadien réclamait 970 millions de dollars liés à l'interdiction par l'État de Californie d'utiliser et de vendre de l'additif de l'essence utilisée pour des besoins d'oxygénation, connu sous le nom de méthyl tertio-butyl éther (« **MTBE** »). Cette interdiction avait été instaurée pour des raisons de santé publique et d'environnement⁵⁵². Methanex est le plus gros producteur mondial de méthanol et il est présent aux États-Unis et tout particulièrement en Californie⁵⁵³, lieu où le produit chimique est utilisé comme matière première du MTBE⁵⁵⁴. De par le risque élevé de fuites souterraines dans les conduites d'eau potable, la Californie imposa l'arrêt de l'utilisation du MTBE comme oxygénant de l'essence à compter du 31 décembre 2002⁵⁵⁵. Bien que Methanex ne produit pas de MTBE⁵⁵⁶, ses représentants affirmaient que l'interdiction n'avait pas pour but de protéger l'environnement mais de simplement favoriser l'industrie américaine de l'éthanol (l'éthanol étant un autre oxygénant de l'essence) et lui permettre de gagner des parts de marché⁵⁵⁷. Methanex argua, entre autres, que la mesure constituait une

⁵⁴⁹ MARTINI (Camille), « Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *International Lawyer*, vol. 50, no. 3, 2017, p. 536.

⁵⁵⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, opinion séparée, § 5.

⁵⁵¹ *Idem.* § 8.

⁵⁵² *Methanex Corporation c. États-Unis*, ALENA, CNUDCI, Sentence finale sur la compétence et sur le fond du 3 août 2005 (« **Sentence Methanex** »), Part I, Preface, §§ 1-5.

⁵⁵³ *Idem.* Part I, Preface, § 1.

⁵⁵⁴ *Idem.* Part II, Ch. D, § 3.

⁵⁵⁵ *Idem.* Part I, Preface, § 2.

⁵⁵⁶ *Idem.* Part I, Preface, § 1.

⁵⁵⁷ *Idem.* Part II, Ch. D, § 24.

mesure d'expropriation directe ou indirecte contraire à l'article 1110 de l'ALENA⁵⁵⁸.

Le tribunal appliqua la doctrine de pouvoir de police lorsqu'il affirma que :

As a matter of international law, a non-discriminator regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation⁵⁵⁹.

Le tribunal tenta de se baser sur les faits d'affaires déjà connues, en notant que dans ces dites affaires une mesure réglementaire constituait une expropriation car l'État s'était engagé spécifiquement envers l'investisseur⁵⁶⁰. Le standard adopté par le tribunal est le même que celui contenu dans les exceptions générales évoquées précédemment bien que de telles exceptions n'apparaissent pas dans l'ALENA. Cela équivaut à considérer qu'une mesure prise pour l'intérêt public ne constitue pas une mesure d'expropriation indirecte. Certains auteurs ont pu considérer que « *no word is spent on the existence and scope of an obligation and/or right of states to regulate for the protection of the environment and promotion of sustainable development* »⁵⁶¹.

129. Le tribunal rejeta toutes les demandes de Methanex⁵⁶² et décida que la mesure californienne avait été adoptée en accordance avec la procédure prévue, de façon non discriminatoire et qu'elle avait pour objectif la protection de l'intérêt public⁵⁶³. De plus, la mesure contestée était en adéquation avec les preuves scientifiques⁵⁶⁴. Le tribunal releva que le souci de protection de l'eau de potentielles contaminations était

⁵⁵⁸ *Idem*. Part IV, Ch. A, §§ 1-2.

⁵⁵⁹ *Idem*. Part IV, Ch. D, § 7.

⁵⁶⁰ *Idem*. Part IV, Ch. D, § 6-9.

⁵⁶¹ Voir PAVONI (Riccardo), « Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal », in DUPUY (Pierre-Marie) *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 528-531, 541.

⁵⁶² *Methanex* Sentence, Part VI, §§ 2-5 (Methanex allègue que l'interdiction californienne de l'utilisation du MTBE viole le principe du traitement national tel qu'établi à l'article 1102, que le traitement infligé à Methanex n'est pas juste et équitable comme cela doit être le cas en vertu de l'article 1105 et que l'interdiction est équivalente à une expropriation pour laquelle une indemnisation est due en vertu de l'article 1110 de l'ALENA).

⁵⁶³ *Idem*. Part IV, Ch. D § 7.

⁵⁶⁴ *Idem*. Part XI, Ch. A, §§ 101-102.

légitime et ne pouvait constituer une mesure d'expropriation⁵⁶⁵. A cet égard le tribunal dans l'affaire Methanex adopta une approche d'un nouveau genre en ce qui concerne l'expropriation indirecte, puisqu'il a analysé le but de la réglementation en cause et opéré une distinction entre une expropriation et une mesure légitime⁵⁶⁶. De plus, il a relevé qu'il n'existait pas de preuves permettant d'affirmer que le but de la mesure californienne était de nuire à Methanex ou de favoriser l'industrie locale de l'éthanol⁵⁶⁷. A cet égard, étant donné que Methanex ne produit pas de MTBE, la mesure interdisant cette substance n'avait aucun lien avec son investissement et l'action était irrecevable⁵⁶⁸.

130. Un des éléments décisifs dans cette affaire a été la transparence du procédé par lequel l'État de Californie a décidé de bannir le produit chimique en question. Cette mesure environnementale a été adoptée à la suite d'une décision unanime du sénat californien précédant sa promulgation par le gouverneur. En outre, cette décision est basée sur des recherches menées par l'Université de Californie, qui ont été soumises à des examens stricts. Une fois les études publiées, une phase de consultation publique a été lancée et a révélé le soutien d'autres états et agences fédérales. Ce processus transparent démontre que la menace que constituait le produit chimique sur l'eau potable était avérée et qu'il existait des inquiétudes fondées sur le risque de fuites d'essence contenant du MTBE dans l'environnement. Madame Frappier commente à ce sujet : « *de tous ces éléments, le tribunal a conclu que la mesure d'interdiction du MTBE dont se plaignait l'investisseur canadien était fondée sur des fondements scientifiques raisonnables ('reasonable scientific grounds')* »⁵⁶⁹. En vertu des conclusions de l'Université de Californie, le tribunal dans l'affaire *Methanex* a analysé l'interdiction du MTBE comme une mesure réglementaire de bonne foi appliquée par l'État de Californie⁵⁷⁰. Le tribunal conclut que la mesure avait été prise dans l'intérêt général et n'avait pas pour but de faire bénéficier l'industrie locale de l'éthanol, ni

⁵⁶⁵ *Idem.* Part IV, Ch. D, § 6-7.

⁵⁶⁶ ASTERITI (Alessandra), « Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years Of Environmental Issues In NAFTA Investment Arbitrations », *TDM*, vol. 9, issue 3, 2012, pp. 12-13.

⁵⁶⁷ Sentence Methanex, Part III, Ch. A, §§ 102(3) and (4), and Part IV, Ch. E, § 20.

⁵⁶⁸ *Idem.* Part IV, Ch. E, § 22.

⁵⁶⁹ FRAPPIER (Mathilde), « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », *supra* note 426, p. 22.

⁵⁷⁰ *Methanex* Sentence, Part III, Ch. A, § 102(2).

n'était le résultat d'un puissant lobbying comme cela a pu être affirmé par Methanex. Ce cas est en contraste complet avec l'affaire *S.D. Myers, Inc c. Canada* dans laquelle il n'y avait pas de preuves scientifiques à l'appui, et où, à l'inverse, il existait des preuves de lobbying en faveur de l'industrie canadienne au détriment des investisseurs américains.

131. La tant attendue sentence arbitrale dans l'affaire *Methanex*, rendue en 2005, marque une victoire significative pour la communauté active dans la protection de l'environnement. Cette sentence réaffirme le droit de réglementer de multiples façons. Même si les constats des différents tribunaux arbitraux résultent de faits complexes relatifs au litige qu'ils doivent connaître, il existe des leçons à tirer afin que les États hôtes puissent adopter des réglementations capables de résister aux tentatives de remise en cause par des investisseurs étrangers. L'affaire *Methanex* permet d'affirmer que si la mesure est prise de façon transparente et dans le respect du *due process*, celle-ci permet de contrecarrer les arguments selon lesquels la réglementation en question n'a pas pour but la protection de l'intérêt public et qu'à l'inverse son objectif est de bénéficier aux industries locales au détriment des investisseurs étrangers⁵⁷¹. Ainsi, au regard de l'importance du droit de réglementer et de la qualité des sentences arbitrales, il ne serait pas surprenant de voir d'autres tribunaux reprendre le raisonnement adopté dans l'affaire *Methanex* lorsque les éléments de dossier et sont similaires.

3. Chemtura c. Canada

132. Dans l'affaire opposant la société Chemtura au Canada, la société américaine Chemtura (« **Chemtura** ») déclencha une procédure arbitrale contre le Canada réclamant la somme de 80,2 millions de dollars suite à l'interdiction par l'agence canadienne de la réglementation de la lutte antiparasitaire (« **ARLA** »), d'un pesticide servant à l'agriculture et ce pour des raisons de santé publique et environnementales⁵⁷². Chemtura était l'une des quatre entreprises enregistrées au Canada et habilitées à traiter des pesticides à base de lindane utilisés pour traiter une variété de graines⁵⁷³. En 1998, l'agence américaine pour l'environnement, l'EPA, annonça qu'elle ne permettrait plus

⁵⁷¹ ALVAREZ-JIMENEZ (Alberto) « Methanex Final Award: An Analysis from the Perspective of Environmental Authorities and Foreign Investors », *Journal of International Arbitration*, vol. 23, issue 5, 2006, p. 429.

⁵⁷² *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, Sentence, 2 août 2010, §§ 5-49, 95.

⁵⁷³ *Idem.* §§ 14-16.

aux agriculteurs américains d'importer des graines de canola traitées au lindane provenant du Canada et ce à compter du 1er juin 1998⁵⁷⁴. Après avoir conduit des recherches sur les pesticides à base de lindane, la ARLA conclu que l'utilisation de ces produits devrait être interdite en raison de préoccupations de santé publique et que la licence du demandeur devait être annulée⁵⁷⁵.

133. Chemtura introduit une action affirmant que les conclusions de la ARLA étaient erronées et violaient les articles 1105 (sur le standard minimum de protection), 1103 (sur le traitement de la nation la plus favorisée) ; elle ajouta que l'annulation des immatriculations de la société constituait une violation de l'article 1110 (sur l'expropriation)⁵⁷⁶. Lorsque le tribunal examina la question de l'expropriation, il précisa que, pour qu'une mesure soit considérée comme une mesure d'expropriation en vertu de l'article 1110 de l'ALENA, elle doit substantiellement priver l'investisseur de son investissement⁵⁷⁷. Le tribunal rappela les différentes interprétations sur le test de « *privation substantielle* » présentée par les deux parties et affirma que « *determination of whether there has been a substantial deprivation is a fact-sensitive exercise to be conduct in the light of the circumstances of each case* »⁵⁷⁸. Le tribunal ajouta que l'appréciation de la privation substantielle devait être réalisée au cas par cas et ne pas être conduite de façon inflexible ; il précisa que cela « *make little sense to state a percentage or a threshold that would have to be met for a deprivation to be substantial* »⁵⁷⁹.

134. Le tribunal rejeta de façon unanime les demandes de Chemtura. Pour lui, la mesure n'équivalait pas à une mesure d'expropriation car la vente de pesticides à base de lindane ne représentait qu'une petite partie des activités de l'entreprise⁵⁸⁰. Le tribunal a relevé que :

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 ... the

⁵⁷⁴ *Idem.* § 13.

⁵⁷⁵ *Idem.* §§ 29-34.

⁵⁷⁶ *Idem.* § 93.

⁵⁷⁷ *Idem.* § 242.

⁵⁷⁸ *Idem.* § 249.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Idem.* §§ 258-259, 263.

*PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by an 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*⁵⁸¹.

En ajoutant ce *dictum*, le tribunal dans l'affaire *Chemtura* confirme la doctrine du pouvoir de police dans son sens le plus absolu et affirma que même dans le cas où le Canada aurait privé l'investisseur de son gain de façon substantielle, le Canada n'aurait pas eu à honorer une obligation d'accorder une compensation à l'investisseur. Le tribunal a aussi appliqué le test de proportionnalité car il a en effet considéré que la mesure contestée était « *motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment* »⁵⁸² et que cela était proportionné au but poursuivi car la preuve a été apportée que la disposition n'a pas conduit à une privation substantielle de l'investissement⁵⁸³. Le tribunal a décidé que le défendeur n'avait pas violé les articles 1105 et 1103 de l'ALENA, et fit peser les coûts de la procédure ainsi que 50 % des frais engagés par le Canada au demandeur⁵⁸⁴, soit une somme d'environ 3 millions de dollars canadien⁵⁸⁵.

135. La sentence *Chemtura* a été remarquée en ce qu'elle confirme la doctrine du pouvoir de police et élabore un standard concernant l'expropriation. De plus, cette sentence atténue la méfiance à l'égard du traité de l'ALENA, accusé d'influencer et de limiter le pouvoir des États de régler dans des domaines sensibles tel que l'environnement⁵⁸⁶. Ainsi, le Professeur Andrew de Lotbiniere McDougall a salué la sentence et commenta que celle-ci « *shows that – in contrary to the concerns raised by critics of investment protection – a state can successfully defend investor claims based on health and environment protection regulatory actions of the state* »⁵⁸⁷. Dès

⁵⁸¹ *Idem.* § 266.

⁵⁸² *Idem.* § 195.

⁵⁸³ *Idem.* § 266.

⁵⁸⁴ *Idem.* §§ 272-273.

⁵⁸⁵ *Idem.* Part V, p. 80.

⁵⁸⁶ ASTERITI (Alessandra), « Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years Of Environmental Issues In NAFTA Investment Arbitrations », *supra* note 566, p. 18.

⁵⁸⁷ DE LOTBINIERE MCGOUGALL (Andrew), « Is the System Working: What Lessons Can be Learned from A Canadian Trilogy of Investors Claims (AbitibiBowater, Chemtura, First Quantum Minerals)? », *Kluwer Arbitration Blog*, 15 septembre 2010, pp. 2-3.

lors, les critiques selon lesquelles le RDIE entraverait le droit de l'État à régler est sans fondement, comme le prouvent cette affaire et *Methanex*.

136. Ces différents cas illustrent la démarche adoptée par les arbitres, qui respecte l'ALENA et conduit à un équilibre des décisions. Tant que les États adoptent des mesures de manière non discriminatoire, sur la base des dangers pour la santé humaine et l'environnement, et que la mesure est proportionnée, celle-ci peut être considérée comme relevant de ses pouvoirs de police. Cette prévisibilité est une garantie appréciable.

B. Les arbitrages Vattenfall : le retournement de l'Allemagne contre le RDIE

137. Les arbitrages *Vattenfall* sont originaux sur différents points. Ils pourraient alimenter la critique concernant le gel règlementaire étant donné le choix systématique de l'accord fait par l'Allemagne. Cette dernière a tout mis en œuvre pour ne pas se retrouver devant le RDIE et de ce fait des accords ont systématiquement été passés. Mais en réalité, cette Partie illustre une alternative à la voie de l'équilibre préférée par les tribunaux. Il s'agit de décisions plus nuancées que celles vues haut-dessus. Une nuance qui pourrait finalement être nécessaire à la coexistence des intérêts en jeu.

1. Vattenfall c. Allemagne I (restrictions environnementales sur le charbon)

138. En avril 2009, la société suédoise Vattenfall introduit un arbitrage CIRDI à l'encontre de l'Allemagne en invoquant que la mise en place d'un permis d'utilisation de l'eau imposé à Vattenfall dans l'exploitation de sa centrale au charbon situé à Hambourg (afin de minimiser l'impact environnemental de l'exploitation de cette dernière) était contraire aux dispositions sur la protection des investissements⁵⁸⁸. En parallèle, Vattenfall introduit une action devant les juridictions administratives allemandes⁵⁸⁹. La construction de la centrale au charbon a commencé à la fin de l'année 2007, juste après l'émission du permis de construire⁵⁹⁰. Le projet avait été l'objet de nombreuses contestations de la part de groupes de protection de

⁵⁸⁸ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6 (auparavant *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG c. Allemagne*), Demande du 30 mars 2009 (« **Vattenfall Demande** »).

⁵⁸⁹ KOKOTT (Juliane) et SABOTTA (Christophe), « Investment Arbitration and EU Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 18, 2016, p. 5.

⁵⁹⁰ PETERSON (Luke), « Germany faces Energy Charter Treaty Claim by Swedish Corp over Regulatory Squeeze on Coal-Fired Water Plant », *IA Reporter*, 2 avril 2009.

l'environnement ainsi que du parti politique des Verts. En effet, le projet nécessite une grande quantité d'eau directement puisée dans le fleuve de l'Elbe ayant pour conséquence de priver la faune et la flore aquatiques de leur habitat naturel et les privant de la protection apportée par la directive sur les habitats naturels. Le litige a été remarqué lorsque le parti politique les Verts a remporté un nombre important des suffrages aux élections locales de 2008⁵⁹¹ et fait adopter un nouveau permis d'utilisation de l'eau la même année. Ce permis imposait des restrictions sur l'usage et le déversement des eaux et imposait la construction d'une échelle à poisson en amont de l'Elbe. Le permis imposait une surveillance continue afin de vérifier l'efficacité du système de protection mis en place. Selon les autorités locales ayant délivré le permis (autorisant l'utilisation de l'eau provenant de l'Elbe et son rejet dans ce même fleuve), ces restrictions étaient imposées afin de satisfaire aux exigences sur la qualité de l'eau imposé par la directive cadre sur l'eau de l'UE⁵⁹².

139. Vattenfall allègue que les conditions imposées pour l'obtention de ce permis étaient politiquement motivées, ce permis imposant selon Vattenfall des limites importantes quant à la quantité d'eau pouvant être tirée et réversée dans l'Elbe qui violeraient le TCE⁵⁹³. Vattenfall soutient que cette nouvelle contrainte rendait le projet peu rentable car la société ne pouvait pas opérer en pleine capacité et demandait ainsi la somme de 1,4 milliard d'euros de dommages et intérêts pour les restrictions imposées à l'exploitation du projet⁵⁹⁴. Cette demande fut l'objet d'une forte médiatisation en Suède et en Allemagne, notamment à l'initiative des ONG dénonçant la construction d'une centrale à charbon sur les bords de l'Elbe et portant des risques pour l'écosystème local⁵⁹⁵. De plus, ce projet engendre de fortes émissions de dioxyde de carbone et de particules fines. Le 12 mars 2010, la procédure fut suspendue et des négociations commencèrent⁵⁹⁶. Les parties ont fini par conclure un accord transactionnel en mars 2011, le gouvernement allemand ayant accepté de modifier les

⁵⁹¹ *Vattenfall Demande*, §§ 29-30 ; PETERSON (Luke), « Parties Vattenfall v. Germany Case Suspend Proceedings », *IA Reporter*, 18 mars 2019.

⁵⁹² Directive 2000/60/EC du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour une politique communautaire de l'eau, 23 oct. 2000, OJ L327, 22 décembre 2000.

⁵⁹³ *Vattenfall Demande*, §§ 36-39, 50-54.

⁵⁹⁴ *Vattenfall Demande*, §§ 41-45.

⁵⁹⁵ PETERSON (Luke), « Parties Vattenfall v. Germany Case Suspend Proceedings », *supra* note 590.

⁵⁹⁶ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6, Sentence, 11 mars 2011 (« **Vattenfall Sentence** »), p. 5.

conditions d'obtention du permis en cause. Cet accord fut formalisé par une sentence d'accord entre parties⁵⁹⁷. Les procédures devant la cour administrative ont aussi été réglées à la suite à la modification des modalités d'obtention du permis. Alors que les détails concernant la transaction sont inconnus, celle-ci a néanmoins abouti à l'abandon des obligations imposées à Vattenfall concernant la construction de la centrale à charbon⁵⁹⁸. Cet accord entre les deux parties a suscité l'indignation des opposants à Vattenfall, notamment de l'ONG Greenpeace qui a estimé que le gouvernement allemand a, de par sa position, affaibli ses engagements pour la protection de l'environnement du fait de la menace d'un arbitrage investisseur-État⁵⁹⁹.

140. En 2013, un tribunal de Hambourg décida que le permis d'utilisation de l'eau délivré par la ville d'Hambourg à la suite de cet accord était illégal⁶⁰⁰. La société Vattenfall et la ville d'Hambourg ont tous deux fait appel de cette décision devant la Cour fédérale administrative allemande. De plus, la Commission européenne a poursuivi l'Allemagne devant la Cour de justice de l'UE en 2015 pour manquement à l'application des dispositions de la directive cadre sur la protection de l'habitat naturel dans le cadre de la centrale à charbon de Hambourg⁶⁰¹. Le 26 avril 2017, la CJUE décida que l'Allemagne avait manqué à ses obligations découlant du droit européen de l'environnement. En vertu du droit de l'UE, un État est en mesure d'autoriser une telle construction s'il s'est au préalable assuré que la construction ne portait pas atteinte à une zone protégée, en l'espèce l'Elbe qui se situe sur une route migratoire protégée par le droit de l'UE⁶⁰². La Cour décida que les conclusions de l'évaluation de l'impact environnemental (« EIA ») conduisaient à affirmer que l'échelle mise en place pour la protection des poissons afin de protéger l'espèce d'effets négatifs d'exploitation de la centrale, n'était pas suffisante pour atténuer les doutes des scientifiques quant à l'absence d'effets défavorables⁶⁰³. La Cour confirma que l'Allemagne avait manqué à

⁵⁹⁷ HEPBURN (Jarrod), « European Commission to Pursue Germany under EU Law for Failing to Enforce Environmental Laws at Vattenfall Power Plant », *IA Reporter*, 31 mars 2015.

⁵⁹⁸ *Vattenfall* Sentence, p. 6, Article 2(b).

⁵⁹⁹ BERNASCONI (Nathalie), « Background Paper on Vattenfall v. Germany Arbitration », *International Institute for Sustainable Development*, juillet 2009, pp. 6-7.

⁶⁰⁰ HEPBURN (Jarrod), « European Commission to Pursue Germany under EU Law for Failing to Enforce Environmental Laws at Vattenfall Power Plant », *supra* note 597.

⁶⁰¹ PROVOST (Claire) et KENNARD (Matt), « The Obscure Legal System that Lets Corporations Sue Countries », *The Guardian*, 10 juin 2015, pp. 2-3.

⁶⁰² Arrêt de la Cour (deuxième chambre), affaire C-142/16, EU:C:2017:301, 26 avril 2017, §§ 3-6.

⁶⁰³ *Idem*. §§ 36-38, 44-45.

son devoir de prendre en compte les effets cumulatifs qu'auraient les autres industries à proximité du site de construction⁶⁰⁴.

141. La CJUE considéra que l'autorisation de l'Allemagne donnée à la construction de la centrale sans une analyse réelle et appropriée constitue une violation du droit de l'UE⁶⁰⁵. Bien que la décision de la Cour ne concerne pas l'accord transactionnel conclu avec Vattenfall, elle pourrait néanmoins avoir un impact sur celui-ci. Cette sentence d'accord parties de 2011 avait mis un terme à la procédure CIRDI sur la délivrance d'un permis révisé. Néanmoins, il semble qu'il soit silencieux sur les conséquences de l'invalidation du permis⁶⁰⁶. De plus, l'accord transactionnel entre les parties contient une clause prévoyant l'arbitrage CNUDCI.

142. Ce litige a été très remarqué car il s'agit du premier litige CIRDI contre l'Allemagne, État considéré comme étant attractif et accueillant pour les investisseurs. Dans la majorité des cas, le défendeur à un arbitrage CIRDI est un pays en voie de développement. Autre point remarquable dans cette affaire, l'allégation de violation du TCE. Le Secrétariat du TCE a, à la date de la demande d'arbitrage dans l'affaire Vattenfall, soit le 30 mars 2009, connu 23 affaires impliquant des revendications d'investisseurs étrangers ; l'ensemble de ces litiges ont été introduits contre des gouvernements d'Europe de l'Est, l'ancienne Union Soviétique et la Turquie⁶⁰⁷. Désormais, il est possible d'observer un mouvement en faveur de la protection de l'environnement et de la lutte contre le changement climatique. Ainsi, il est vraisemblable que l'on verra les gouvernements de pays développés adopter des mesures de plus en plus strictes à l'égard de grands projets et faire face à un nombre de litige croissant.

2. Vattenfall c. Allemagne II (la sortie de l'énergie nucléaire)

143. Cette affaire communément appelée Vattenfall II est liée à un arbitrage CIRDI en cours depuis 2012 né de la décision de l'Allemagne de se retirer du nucléaire et de

⁶⁰⁴ *Idem.* § 63.

⁶⁰⁵ *Idem.* §§ 71-73 (La Cour retient qu'en autorisant la construction de la centrale électrique de Moorborg sans avoir au préalable conduit une évaluation des conséquences, l'Allemagne a manqué à ses obligations découlant de l'article 6(3) de la Directive cadre sur la protection de l'habitat naturel).

⁶⁰⁶ CHARLOTIN (Damien), « EU Court of Justice Finds Fault with Germany's Grant of Revised Permit to Vattenfall, Casting Cloud over Earlier Settlement of ICSID Case », *IA Reporter*, 28 avril 2017.

⁶⁰⁷ Secrétariat du Traité de la Charte de l'énergie : Résolution des litiges - Liste de tous les litiges d'investissement résolus.

fermer deux réacteurs dans les villes de Krümmel et de Brunsbüttel. Cette décision de l'Allemagne de se retirer du nucléaire fait suite à une opposition de l'opinion publique sur l'utilisation de ce type d'énergie au lendemain de la catastrophe de Fukushima au Japon en 2011⁶⁰⁸. Le gouvernement avait d'abord accepté d'étendre la durée de vie des installations existantes avant de changer d'avis en faveur d'une fermeture permanente⁶⁰⁹. Vattenfall réclame la somme de 700 millions d'euros, somme qu'elle a investi dans les réacteurs au lendemain de l'engagement de l'Allemagne d'étendre la fonctionnalité des réacteurs, elle affirme que la décision inverse de l'Allemagne constitue une violation du TCE⁶¹⁰. Les parties ont signé un accord sur la confidentialité très strict et de ce fait, la plupart des informations concernant ce litige ne sont pas accessibles, cela inclut la décision du tribunal datant de 2013 rejetant les demandes du défendeur, l'Allemagne concernant les exceptions préliminaires, les conclusions des parties et les ordonnances du tribunal arbitral⁶¹¹. Les audiences ont eu lieu en octobre 2016, des mémoires postérieures à l'audience ont été versées en 2017 mais la sentence n'a toujours pas été rendue⁶¹².

144. La remise en question par Vattenfall de la législation sur le retrait du nucléaire devant la Cour constitutionnelle allemande (« CCA ») donna lieu à une décision en date du 6 décembre 2016⁶¹³, décision susceptible d'apporter des indices sur la façon dont le tribunal arbitral pourrait analyser le litige. Semblable au litige en vertu du TCE, la question posée à la CCA était celle de savoir si Vattenfall ainsi que d'autres sociétés opérant dans le domaine de l'énergie devaient recevoir des compensations pour des dommages résultant de la décision de l'Allemagne de sortir du nucléaire. La CCA affirma l'étendue du pouvoir des États de réglementer et ce tout particulièrement dans les domaines de la protection de la santé et de l'environnement⁶¹⁴. Il a été soutenu que l'Allemagne était libre de décider de mettre un terme à l'exploitation de l'énergie

⁶⁰⁸ *Vattenfall AB c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/12/12.

⁶⁰⁹ HEPBURN (Jarrod), « Swedish Energy Company Reportedly Planning New ICSID Arbitration over Germany Nuclear Phase-Out », *IA Reporter*, 2 novembre 2011.

⁶¹⁰ *Idem*.

⁶¹¹ WILLIAMS (Zoe), « Vattenfall v. Germany (Over Nuclear Energy Phase-Out) Hearing to be Streamed Online », *IA Reporter*, 4 octobre 2016.

⁶¹² PETERSON (Luke), « As Vattenfall II Case Nears a Close, Germany Faces a New Investment Treaty Dispute », *IA Reporter*, 21 octobre 2017.

⁶¹³ *BVerfG*, Jugement du premier Sénat du 06 décembre 2016 – 1 BvR 2821/11.

⁶¹⁴ *Idem*. §§ 302-307.

nucléaire et de déterminer si les risques liés à l'exploitation de cette énergie sont acceptables ou non. Les États peuvent agir dans certaines limites qui sont notamment caractérisées par les attentes légitimes des investisseurs⁶¹⁵. Dans cette affaire, l'État allemand a d'abord décidé d'étendre la durée de l'exploitation des centrales nucléaires. Par conséquent, Vattenfall et d'autres opérateurs des centrales nucléaires ont été encouragés à prolonger leurs investissements et ne s'attendaient pas à un changement drastique de position. La CCA a d'ailleurs pu noter que :

[E]ven the paramount public interest grounds for an accelerated nuclear phase-out cannot absolve the legislature of the consequences of those investments undertaken in the short period of validity of the 11th AtG Amendment [which extended the permissions] and in the legitimate expectation that the legislature itself had brought about with view of the prolongation of the operational lifetimes⁶¹⁶.

L'analyse de la CCA est similaire à celles en matière d'attentes légitimes dans le domaine du droit des investissements et il était attendu du tribunal arbitral une approche similaire, bien que cela reste aujourd'hui toujours une incertitude. Lorsqu'un État décide de renverser une décision de façon si soudaine, l'investisseur voit ses attentes légitimes entravées. Dans ce cas, la CCA a estimé que la protection de la propriété pouvait être dans une certaine mesure limitée pour des raisons d'intérêt public. Cependant, la décision de l'Allemagne de renverser complètement sa position initiale et ce sans compensation, est au regard du principe de proportionnalité considéré comme attentatoire au droit de propriété de Vattenfall⁶¹⁷. Ainsi, bien que le droit des États de régler est réaffirmé et reste nécessaire pour protéger le bien public, il n'est pas sans limites.

145. La procédure arbitrale s'est définitivement terminée le 9 novembre 2021, Vattenfall ayant abandonné les charges. En effet, la seule raison pour laquelle cette affaire était maintenue devant l'arbitre malgré la décision de la cour constitutionnelle fut l'absence de compensation reçue par les parties. En novembre 2020, Vattenfall introduit un recours devant une cour fédérale pour l'obtention de sa compensation

⁶¹⁵ *Idem.* §§ 379-380.

⁶¹⁶ *Idem.* § 380.

⁶¹⁷ *Idem.* §§ 379-382.

attendue depuis le jugement de 2016. Elle obtient gain de cause ce qui accéléra la mise en place d'un accord entre les parties.

146. La société s'est donc engagée à abandonner les poursuites en échange de l'indemnisation reçue. Le tribunal arbitral aurait probablement été enclin à adopter la même approche que la CCA en ce qu'il était attendu qu'elle adopte une décision contrebalancée entre le pouvoir réglementaire de l'État et les attentes légitimes de l'investisseur ainsi que la bonne foi de la mesure⁶¹⁸.

II. LES LITIGES PORTANT SUR UNE MESURE RELATIVE A LA SANTÉ PUBLIQUE

147. Ajouté au domaine de l'environnement, les litiges relatifs à la santé ont aussi fait l'objet d'analyses afin d'évaluer le pouvoir de police de l'État et sa capacité de régler dans l'intérêt public. Bien que les domaines de la santé et de l'environnement s'entrecroisent parfois, de récentes affaires dans le domaine du tabac ont attiré l'attention, les investisseurs ayant en l'occurrence dénoncé l'accroissement des restrictions liées à la protection de la santé publique violant les AII. Les multinationales du tabac comme Philip Morris ont remis en cause les mesures adoptées par certains gouvernements, notamment l'Australie et l'Uruguay. Suite à ces différents arbitrages, les commentateurs ont examiné la relation entre le droit international des investissements et le droit international lié à la protection de la santé publique afin de résoudre les zones d'ombre autour des mesures de santé publiques mises en cause devant un tribunal arbitral. Cette Section analysera les deux litiges impliquant Philip Morris contre l'Australie et l'autre contre l'Uruguay et tentera de déterminer si l'utilisation de l'arbitrage d'investissement menace l'exercice légitime du pouvoir de police d'un État dans le domaine de la santé publique.

A. Philip Morris c. Australie

148. L'affaire *Philip Morris Asia Limited c. Australie*⁶¹⁹ (**Philip Morris I**) est significative dans la compréhension du droit des États de régler et l'hypothèse de l'effet de gel réglementaire. Philip Morris I implique une multinationale dans le

⁶¹⁸ LAVRANOS (Nikos), « The German Constitutional Court Judgement in the Vattenfall Case: Lessons for the ECT Vattenfall Arbitral Tribunal », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 décembre 2016.

⁶¹⁹ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12, Avis de réclamation, 22 juin 2011.

domaine du tabac contestant une mesure de santé publique visant à réduire la consommation de tabac⁶²⁰. Philip Morris Asie (« **PM Asie** ») a déposé une demande d'arbitrage contre l'Australie en 2011 pour violation du TBI Hong Kong-Australie de 1993⁶²¹. PM Asie soutenait que la décision de l'Australie d'adopter des paquets neutres constituait une mesure d'expropriation de son droit de propriété intellectuelle, incluant la marque déposée Philip Morris⁶²². La loi sur les paquets neutres empêche les différentes entreprises du tabac de pouvoir se différencier les uns des autres sur le marché et c'est ce qui conduit PM Asie à soutenir qu'il y a là une mesure d'expropriation directe et indirecte en vertu de l'article 6 du TBI HK-Australie⁶²³. L'article 6(1) de ce traité dispose :

*Investors of either Contracting Party shall not be deprived of their investments nor subjected to measures having effect equivalent to such deprivation in the area of the other Contracting Party except under due process of law, for a public purpose related to the internal needs of the party, on a non-discriminatory basis, and against compensation*⁶²⁴.

En avril 2014, le tribunal ordonna un séquençage : d'abord une phase préliminaire sur la question de la compétence, puis une phase sur le fond (si nécessaire). Durant la phase préliminaire l'Australie opposa plusieurs arguments, ces derniers incluant notamment : (1) l'existence d'un abus de droit découlant de la restructuration de l'entreprise (2) l'investissement de Philip Morris en Australie ne peut être entendu comme étant un investissement au sens du droit australien (3), un litige entre l'investisseur et l'État était déjà en cours lorsque Philip Morris a acquis des parts de l'investissement en question situées en Australie (4), en février 2001⁶²⁵. En 2015, le tribunal rejeta les demandes de PM Asie pour défaut de compétence et décida que l'introduction de cet arbitrage constituait un « *abus de droit* », Philip Morris ayant procédé à une restructuration de son entreprise afin de pouvoir attaquer l'Australie.⁶²⁶

⁶²⁰ *Idem.* §§ 1-2.

⁶²¹ *Idem.* § 3.

⁶²² *Idem.* §§ 6-10.

⁶²³ *Idem.* § 10.

⁶²⁴ Article 6(1) du 1993 Hong Kong-Australie TBI.

⁶²⁵ HEPBURN (Jarrod) et PETERSON (Luke), « Australia Prevails in Arbitration with Philip Morris Over Tobacco Plain Packaging Dispute », *IA Reporter*, 17 décembre 2015.

⁶²⁶ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12, Sentence sur la compétence et sur la recevabilité, 17 décembre 2015, § 588 (« *the Tribunal cannot but conclude that the initiation*

En effet, Philip Morris avait pu poursuivre l'Australie en arbitrage suite à la réorganisation de PM Asie, car il fallait que celle-ci possède des parts de la filiale australienne pour détenir des parts indirectes de Philip Morris Limited, investisseur vendant du tabac en Australie⁶²⁷. Il a pu être noté que :

La solution adoptée par ce tribunal arbitral revient à considérer qu'un investisseur étranger qui fabriquerait et distribuerait au travers de filiales locales des biens et qui saurait que l'État hôte prépare une législation qui va porter atteinte à ses intérêts commerciaux n'est pas fondé à se restructurer d'une façon qui lui permette de renforcer sa protection ou d'avoir accès à l'arbitrage international s'il n'en dispose pas déjà⁶²⁸.

A cet égard, PM Asie a été condamné à prendre en charge 50 % des frais engagés par l'Australie pour sa défense, soit la somme de 11 522 621,17 A\$⁶²⁹. De plus, PM Asie fut condamné à payer 50 % des frais des arbitres ce qui équivaut à 333 059,92 GBP⁶³⁰.

149. Bien que l'Australie l'ait emporté, cette affaire indigna les académiques, les groupes anti-ISDS ainsi que des gouvernements avançant que ce cas constituait un réel empiètement sur le droit des États de réglementer⁶³¹. Le rejet du RDIE se fit particulièrement remarquer lorsque l'Australie par son Premier ministre M. Gillard déclara que des dispositions sur le RDIE ne seront plus incluses dans ses futurs accords de libre-échange⁶³². Certains ont critiqué la décision comme n'accordant à l'Australie

of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialize and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty Protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute »).

⁶²⁷ *Idem.* §§ 1, 8-9.

⁶²⁸ FADLALLAH (Ibrahim), LEBEN (Charles) *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, mars 2017, p. 895.

⁶²⁹ HEPBURN (Jarrod), « Final Costs Details are Released in Philip Morris v. Australia following request by IA Reporter », *IA Reporter*, 21 mai 2019.

⁶³⁰ *Idem.*

⁶³¹ Voir *e.g.* KWAN (Edwina), « Australia's Conflict Approach to ISDS: Where to From Here? », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 juin 2015 (examine la décision du gouvernement australien d'abandonner le RDIE au lendemain du litige Philip Morris pour ensuite changer d'avis sur le sujet) ; PERRY (Stephane), « Australia to Scrap Investor-State Protections », *GAR*, 18 avril 2011.

⁶³² Ministère australien des affaires étrangères et du commerce extérieur, « Gillard Government Trade Policy Statement: Trading Our Way to More Jobs and Prosperity », avril 2011, p. 14 (« *In the past, Australian Governments have sought the inclusion of investor-state dispute resolution procedures in trade agreements with developing countries at the behest of Australian businesses. The Gillard Government will discontinue this practice* »).

que le remboursement des frais engagés pour la défense⁶³³. Il convient de relever que les critiques à l'égard de la sentence semblent exagérées, en effet, il n'y a pas eu de demande reconventionnelle et l'Australie a pu maintenir la législation en place. Le silence des ONG anti-RDIE et du gouvernement australien face à la victoire contre PM Asia est stupéfiant. En effet, la sentence renforce le système du RDIE puisqu'elle s'attache à confirmer le droit du gouvernement à réglementer. Certains commentateurs ont fait part de cette observation, dont le Professeur Nikos Lavranos : « *one would expect that the critics of ISDS would hail this outcome as a decision, which preserved the policy space of Governments to adopt measures to protect public policy aims.* »⁶³⁴ De plus, cette décision démontre que les tribunaux sont sensibles aux manœuvres dilatoires telles que le forum shopping par les multinationales, raison pour laquelle les demandes furent rejetées. La sentence arbitrale dans cette affaire suggère qu'il existe une certaine flexibilité du droit international des investissements et que le RDIE est un procédé effectif.

B. Philip Morris c. Uruguay

150. En 2010, Philip Morris introduit une procédure arbitrale devant le CIRDI critiquant les lois uruguayennes sur le packaging du tabac et les dénonçant comme étant contraires au TBI Uruguay-Suisse entré en vigueur le 21 avril 1991 (**Phillip Morris II**)⁶³⁵. Ces lois uruguayennes connues sous le nom de « *Single Presentation Requirement* » (« **SPR** ») et le règlement 80/80 : (1) imposent l'apposition d'images visant à alerter sur les dangers sur la santé sur la partie basse des paquets, (2) prohibent l'utilisation de l'identité visuelle de marque, et (3) augmentent la taille des mises en garde sur le tabac de 50 à 80 % de la surface des paquets⁶³⁶. L'Uruguay, l'un des pays d'Amérique Latine comportant un des taux de tabagisme les plus élevés adopta ses mesures poursuivant le respect de ses obligations découlant de la Convention cadre pour la lutte anti-tabac (« **CCLAT** ») de l'organisme mondial de la santé

⁶³³ HEPBURN (Jarrod), « Final Costs Details Are Released in Philip Morris v. Australia Following Request by IA Reporter », *IA Reporter*, 21 mars 2019.

⁶³⁴ LAVRANOS (Nikos), « The Deafening Silence of the Anti-ISDS Groups After the Philip Morris Decision », *Kluwer Arbitration Blog*, 24 février 2016.

⁶³⁵ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Demande, 19 février 2010, §§ 1-4.

⁶³⁶ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016, §§ 9-12.

(« OMS »)⁶³⁷. Néanmoins, Philip Morris dénonça ces mesures, les décrivant comme ayant causé une réduction de la valeur de son investissement et l'ayant exproprié de son image de marque découlant du droit de la propriété intellectuelle et de sa marque déposée, ce qui violerait ses droits et notamment l'article 5(1) du TBI portant sur l'expropriation directe ou indirecte⁶³⁸.

151. Le tribunal a décidé en faveur de l'Uruguay, retenant que la mesure litigieuse ne consistait pas, en vertu du TBI en question, une mesure d'expropriation directe ou indirecte à l'égard de l'investissement de Philip Morris ou de sa marque déposée. En effet, il a pu être noté que : « *Précisément, sur l'allégation d'expropriation, le tribunal va considérer que les mesures litigieuses n'ont pas substantiellement dépossédé l'investisseur de la valeur, l'usage ou la jouissance de ses investissements (§ 284)* »⁶³⁹. Le tribunal décida que la réglementation mise en place n'interférerait pas avec les droits découlant de l'investissement de Philip Morris et que par conséquent et que, si cela avait été le cas, le tribunal aurait tranché en faveur de Philip Morris pour expropriation indirecte⁶⁴⁰. Sur l'expropriation indirecte, le tribunal a soutenu que le standard adéquat était celui de la privation substantielle de la valeur, de l'usage ou de la jouissance de l'investissement, éléments constitutifs du droit de la propriété⁶⁴¹. Le tribunal a d'abord examiné la réglementation 80/80 et conclu que « *there is not even a prima facie case of indirect expropriation* » car il restait 20 % de la surface du paquet qui le rendait reconnaissable et pouvait faire l'objet d'« *éléments distinctifs* »⁶⁴². Le tribunal soutenait qu'il n'y avait pas en l'espèce de réduction substantielle de la valeur de l'investissement de Philip Morris due à la réglementation SPR et que celle-ci n'avait en outre pas d'impact significatif sur les affaires de Philip Morris⁶⁴³.

152. Bien que les constatations ci-dessus semblent suffisantes pour rejeter les demandes portant sur l'expropriation, le tribunal décida que cette demande ne pouvait aboutir car la réglementation en cause a pour objectif de protéger la santé publique et

⁶³⁷ *Idem.* §§ 75-78, 85-86.

⁶³⁸ *Idem.* §§ 11-12.

⁶³⁹ FADLALLAH (Ibrahim), LEBEN (Charles) *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *supra* note 628, p. 895.

⁶⁴⁰ *Philip Morris c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Sentence, § 191.

⁶⁴¹ *Idem.* § 284.

⁶⁴² *Idem.* § 276.

⁶⁴³ *Idem.* § 284.

constituait l'exercice légitime du pouvoir de police de l'Uruguay⁶⁴⁴. Le tribunal nota que le TBI Suisse-Uruguay « *does not prevent Uruguay, in the exercise of its sovereign powers, from regulating harmful products in order to protect public health after investments in the field have been admitted* »⁶⁴⁵. Il estima que le pouvoir de réglementer constitue du droit international coutumier, droit reconnaissant la protection de la santé publique comme une manifestation essentielle du pouvoir de police des États. Le tribunal a également accordé un grand poids au mémoire de l'*amicus curia* concernant les études scientifiques de l'OMS. De plus, l'article 2(1) du TBI Suisse-Uruguay permet aux États contractants de refuser tout investissement « *for reasons of public security and order, public health and morality* »⁶⁴⁶. Il se référa à la doctrine du pouvoir de police, doctrine existant bien avant sa reconnaissance à travers les décisions dans le domaine des investissements et observant que cette doctrine apparaît également à l'article 10(5) du projet de Convention de Harvard de 1961, dans le *Restatement Third of Foreign Relations Law of the United States* et dans le rapport de l'OCDE en date de 2004 sur *l'expropriation indirecte* et le *Droit de réglementer* en droit international des investissements⁶⁴⁷. Le tribunal poursuivi en décrivant les lois SPR 80/80 comme ayant été adoptées de bonne foi pour la protection de l'intérêt public, de façon discriminatoire et proportionnée, et satisfaisant ainsi les conditions requises pour l'exercice du pouvoir de police⁶⁴⁸. Cela est considéré comme étant une « *analyse constante* » contenue dans les sentences dans lesquelles figurent une différenciation entre une mesure d'expropriation indirecte et une mesure non compensatoire⁶⁴⁹.

153. Le tribunal a par la suite abordé la question du droit des États de réglementer dans l'intérêt public dans le cadre de l'examen du moyen de Philip Morris selon lequel la mesure critiquée entraînait une violation du TJE, et conclut qu'il n'y avait pas violation du TJE car les décisions litigieuses avaient été prises de bonne foi et de façon non arbitraire⁶⁵⁰. Le tribunal a également soutenu que la décision de l'Uruguay ne

⁶⁴⁴ *Idem.* § 287.

⁶⁴⁵ *Idem.* § 288.

⁶⁴⁶ *Idem.* §§ 291-294, 307.

⁶⁴⁷ *Idem.* §§ 292-293.

⁶⁴⁸ *Idem.* § 305.

⁶⁴⁹ *Idem.* § 295.

⁶⁵⁰ *Idem.* §§ 409, 420.

violait pas les attentes légitimes de l'investisseur car celle-ci faisait l'objet d'une « *acceptable margin of change* »⁶⁵¹. Phillip Morris a été condamnée à payer la totalité des coûts liés à la procédure arbitrale et de verser à l'Uruguay la somme de 7 millions de dollars, ce qui équivaut à environ 70 % des frais engagés par ce pays⁶⁵².

154. Le résultat de cette affaire a été particulièrement remarqué par les praticiens du domaine du droit des investissements, car cette décision renforce la légitimité du RDIE et affaiblit les critiques à son égard⁶⁵³. La déférence accordée à l'Uruguay ainsi que l'affaiblissement du standard en matière d'attentes légitimes des acteurs dans le domaine du tabac « *established solid guidance for future challenges by tobacco companies to public health regulations under international investment treaties* »⁶⁵⁴. Il a pu être noté que le tribunal dans cette affaire avait été averti de la situation du pays : l'Uruguay étant en voie de développement, le tribunal s'est basé sur les standards internationaux, notamment de l'OMS, afin de légitimer la politique adoptée⁶⁵⁵. Ces références au droit international de la santé ont été saluées car il est désormais « *increasingly important to dovetail investment law appropriately with international public policy* »⁶⁵⁶. Ici, le tribunal ne s'est pas penché sur la question de la proportionnalité de la mesure ou sur celle du but poursuivi mais a simplement relevé qu'elle avait été prise de bonne foi dans le but de préserver la santé publique⁶⁵⁷. Un autre élément clé dans cette décision est l'analyse de l'attente légitime, en effet, le tribunal a fait remarquer que Philip Morris aurait dû anticiper le durcissement des lois sur le tabac⁶⁵⁸. Comme l'a indiqué le tribunal, les fabricants de cigarettes devraient s'attendre à « *progressively more stringent regulation* » de par l'accroissement des

⁶⁵¹ *Idem.* §§ 418, 423.

⁶⁵² *Idem.* §§ 583, 590.

⁶⁵³ RANJAN (Prabash), « Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(2)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay », *Asian Journal of International Law*, 2018, p. 101.

⁶⁵⁴ « Recent International Decision – Tribunal Holds that Uruguay's Anti-Tobacco Regulations Do Not Violate Philip Morris's Investment Rights », *Harvard Law Review*, vol. 130, no. 1986, 2017, p. 1993.

⁶⁵⁵ *Idem.* p. 1990.

⁶⁵⁶ FOSTER (Caroline), « Respecting Regulatory Measures: Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris v Uruguay Tobacco Plain Packaging Case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 26, issue 3, 2017, p. 288.

⁶⁵⁷ ZARRA (Giovanni), « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay », *supra* note 406, p. 100.

⁶⁵⁸ « Recent International Decision – Tribunal Holds that Uruguay's Anti-Tobacco Regulations Do Not Violate Philip Morris's Investment Rights », *supra* note 654, p. 1993.

inquiétudes à l'échelle internationale liées à la consommation du tabac⁶⁵⁹. De plus, le traitement de l'argument de la violation du droit de la propriété intellectuelle par le tribunal a été décrit comme « *a benchmark to reassure the host state's right to regulate public health matters* »⁶⁶⁰. L'analyse du tribunal permet de conclure qu'il n'existe pas de droit de marque déposée « *absolu* » et que cette dernière « *cannot be exploited in a manner that results in serious harm to public health* »⁶⁶¹. Pour ces raisons, le Professeur Harold Koh a décrit cette affaire comme « *an unequivocal landmark rebuke* » des arguments de la firme du tabac⁶⁶². Enfin, le Professeur Giovanni Zarra a noté que cette décision « *could improve the perception of legitimacy of investment arbitration from the perspective of States and from the perspective of the public opinion* »⁶⁶³. La réalité est que les deux tribunaux de l'affaire Philip Morris ont effectué un examen approfondi en considérant et pesant tous les arguments, en autorisant les mémoires d'*amicus curiae*, et en étudiant la jurisprudence pertinente. En d'autres termes, les tribunaux ont fait ce que tout tribunal arbitral devrait faire pour faire preuve de déférence envers les mesures étatiques et rendre justice.

155. Les différents exemples analysés ci-dessus ont mis en lumière les garanties juridiques accordées aux lois de police et les différents choix du RDIE. S'agissant des mesures d'intérêt général adoptées par les États, on peut constater qu'il n'existe pas de menace à l'égard de la réglementation en cause. En effet, les garanties juridiques protégeant l'intérêt public des États suffisent. L'investisseur n'est pas systématiquement compensé. Quand il l'est, le tribunal arbitral tend vers l'équilibre entre les intérêts présents. Toutefois, l'affaire *Vattenfall II* démontre que les tribunaux nationaux choisissent aussi cette approche équilibrée et médiane. A cet égard, alléguer que le RDIE constitue une menace au droit de réglementer des États serait le considérer comme un bouc émissaire. Les différentes affaires analysées ont clairement démontré que le RDIE pouvait trancher de manière nette en faveur de l'État quand la

⁶⁵⁹ *Philip Morris c. Uruguay*, Sentence, § 430.

⁶⁶⁰ GABRIEL (Vivian) et MESQUITA (Alebe), « Repackaging Intellectual Property Protections in International Investment Law: Lessons from the Philip Morris v. Uruguay Case », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, issue 3, 2018, p. 1140.

⁶⁶¹ *Idem.* pp. 1140-1141.

⁶⁶² KOH (Harold), « Global Tobacco Control as a Health and Human Rights Imperative », *Harvard International Law Journal*, vol. 57, issue 2, 2016, p. 447.

⁶⁶³ ZARRA (Giovanni), « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay », *supra* note 406, p. 101.

situation le justifiait. En réalité, les litiges portés par les investisseurs dans le but de remettre en question des décisions gouvernementales ont majoritairement échoué. C'est pourquoi, il ne peut être affirmé que le RDIE représente un danger pour le droit des États à régler. L'existence d'un phénomène de « *gel réglementaire* » est donc dénuée de sens. En effet, il n'existe pas de preuves concrètes permettant d'affirmer que le RDIE empêche un État de régler. Il est légitime de penser que le RDIE peut susciter des appréhensions concernant son impact potentiel sur certaines politiques publiques sensibles, néanmoins des précautions sont à prendre lorsqu'il s'agit d'interpréter les réelles conséquences de l'utilisation de ce mécanisme.

CONCLUSION

156. Les critiques portant sur le droit de régler allèguent donc que le RDIE interfère avec la liberté des gouvernements démocratiquement élus et restreint ainsi la souveraineté des États. Cependant, la conclusion d'un traité est une forme d'exercice de la souveraineté et permet de limiter l'action des décideurs locaux, et c'est là le but des traités d'investissement, qui sont notamment réciproques. L'impossibilité pour les États d'invoquer le droit national afin d'outrepasser les obligations internationales est un principe fondamental de droit international⁶⁶⁴. L'objectif des AII est de garantir aux investisseurs étrangers un certain niveau de protection afin de leur permettre d'investir en toute sécurité. Lorsqu'un État décide d'user de son pouvoir souverain en concluant un traité protégeant les investissements et en offrant un mécanisme de règlement neutre des différends, il fait un choix politique de limiter son pouvoir d'appréciation et celui des acteurs politiques futurs.

157. Les critiques avancent également que les AII et le mécanisme du RDIE sont à l'origine d'un phénomène de gel réglementaire qui constituerait une barrière à la prise de décisions dans l'intérêt public. Cette allégation est effectivement incorrecte⁶⁶⁵. Selon des recherches sur le sujet, il existe en effet très peu de faits supportant cette hypothèse et il est extrêmement difficile d'identifier les raisons pour lesquelles un État déciderait de ne pas adopter telle ou telle régulation. Cette critique avance que les

⁶⁶⁴ Voir l'article 27 de la CVDT. 23 mai 1969, 1155 UNTS 331.

⁶⁶⁵ BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice: The Case Against Re-Stratification of Investment Dispute Settlement », *supra* note 108, p. 4.

décisions gouvernementales qui ont été abandonnées auraient eu un impact positif sur l'État hôte. Mais cet argument néglige le fait que certains gouvernements adoptent parfois des politiques malavisées, discriminatoires et nuisibles.

158. La plupart des critiques se concentrent sur le risque que constitue l'arbitrage pour la liberté des États d'adopter des réglementations dans les domaines de la santé⁶⁶⁶ et de l'environnement⁶⁶⁷. Cependant, des sentences arbitrales récentes démontrent que les politiques des gouvernements dans ces domaines sont bien souvent respectées. En effet, aucun tribunal arbitral n'a ordonné à un État de compenser un investisseur simplement parce qu'il avait adopté une mesure légitime portant sur la santé ou l'environnement ou pour avoir légitimement appliqué une régulation causant une perte pour un investisseur si celle-ci est non discriminatoire et adoptée de façon transparente⁶⁶⁸. A cet égard, les tribunaux ont fait droit à la prise de régulation dans le domaine de la santé ou de l'environnement en considérant la politique publique de cet État et en cherchant si l'État auteur de la mesure litigieuse avait agi contrairement au principe de bonne foi, injustement et de façon inéquitable⁶⁶⁹. L'opinion principale est celle selon laquelle une mesure prise dans l'intérêt public ne constitue pas une mesure d'expropriation, sauf si l'État hôte s'est engagé à soutenir l'investissement pour ensuite revenir sur sa décision⁶⁷⁰. Ainsi, en vertu des sentences rendues jusqu'à ce jour,

⁶⁶⁶ LENCUCHA (Raphael), « Is it Time to Say Farewell to the ISDS System? Comment on the Trans-Pacific Partnership: Is It Everything We Feared for Health ? », *International Journal of Health Policy Management*, vol. 6, issue 5, 2017, pp. 289-291.

⁶⁶⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, UNCTAD/WIR/2012, Publication des Nations Unies, Suisse, p. 90.

⁶⁶⁸ BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « What's in a Meme? The Truth about Investor State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », *supra* note 326, pp. 726-727 (En réfutant l'argument selon lequel les TBI et l'arbitrage investisseur-État contrevient notamment à la protection de l'environnement, l'auteur écrit « *Nor, as has been asserted, do investment tribunals strike down host state's environmental regulations – not on many occasions, and to date, not ever.* »).

⁶⁶⁹ Voir *e.g.* *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, Sentence, 2 août 2010, §§ 123-127 ; *Marion Unglaube c. Costa Rica*, CIRDI aff. n° ARB/08/1, Sentence finale, 16 mai 2012, §§ 258-259 ; voir également *Saluka Investments c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence finale partielle, 17 mars 2006, §§ 253-265.

⁶⁷⁰ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12 ; *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/17 ; *Methanex c. États-Unis*, Sentence final sur la compétence et la responsabilité, 3 août 2005, §§ 7-9 ; *S.D. Myers c. Canada*, Sentence partielle, 13 novembre 2000, §§ 281, 285 ; *Chemtura c. Canada*, Sentence, 2 août 2010, § 266 ; voir également *Waste Management c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/3, Sentence, 30 avril 2004, § 98 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/2, Sentence, 29 mai 2003, §§ 116, 121-122 (l'approche adoptée par le tribunal met la barre haute en établissant qu'il y a expropriation si l'investissement est neutralisé ou détruit. Il ajoute que même si l'investissement a été détruit, il convient d'effectuer un test de proportionnalité afin d'examiner

il ne semble pas que le RDIE représente un danger vis-à-vis du droit des États de réglementer dans l'intérêt public, surtout si cette régulation est dite *bona fide*, reste proportionnelle aux besoins, et n'est pas arbitraire ou discriminatoire.

159. Il convient de noter qu'en outre, les États ont tendance à renforcer leur pouvoir d'adopter des mesures dans l'intérêt public, notamment en révisant leur approche lors de la conclusion d'AII et ce afin de préserver leur autonomie et prévenir les litiges (voir Partie II, Titre 2, Chapitre 2). Il ressort des tendances récentes qu'émerge une nouvelle génération d'AII incluant des dispositions visant à équilibrer les droits et obligations des parties ainsi qu'à protéger le droit des États de réglementer.

s'il existe « *reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.* »).

CHAPITRE 2. L'INCONSTANCE ET L'INCOHÉRENCE DES SENTENCES ARBITRALES

160. Le caractère définitif d'une sentence arbitrale est considéré par les parties comme l'une des caractéristiques de l'arbitrage international⁶⁷¹. Cependant, ces deux dernières décennies, certains commentateurs en matière de RDIE ont entrepris des débats sur la question de l'absence de constance des sentences en matière d'arbitrage d'investissement. Selon le Professeur Gabrielle Kaufman-Kohler, la constance des décisions dans ce contexte se réfère à l'uniformité des résultats ou encore à la cohérence des sentences rendues sous l'égide de dispositions sur la protection des investissements similaires, de traités identiques ou de données factuelles similaires⁶⁷². Les critiques du RDIE affirment que les divergences d'interprétation et d'application des traités dans le régime actuel conduisent à une absence de constance des décisions⁶⁷³. Ces commentateurs prétendent que cette absence de constance résulte en un manque de prédictibilité ainsi qu'à des incertitudes, lesquelles à leurs tours, affaiblissent la légitimité du système⁶⁷⁴.

161. Les critiques arguent que l'absence de constance des sentences arbitrales est due à la nature horizontale du système de tribunal *ad hoc* et à l'absence de hiérarchie verticale qui permet de réexaminer les différentes interprétations des traités et les motifs⁶⁷⁵. De plus, l'absence de doctrine du précédent ou *stare decisis* ainsi que l'inexistence d'un mécanisme d'appel contribuerait à un tel manque de constance des sentences⁶⁷⁶. Il est allégué que le système actuel de réexamen est déficient étant donné

⁶⁷¹ BORN (Gary), *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2nd ed., 2016, p. 3.

⁶⁷² KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », in GAILLARD (Emmanuel) et BANIFETAMI (Yas) (eds.), *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, Inc., 2008, p. 138.

⁶⁷³ Voir *e.g.* *Idem.* ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1523 ; BROWER (Charles N.), BROWER (Charles H. II) et SHARPE (Jeremy), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *Arbitration International*, vol. 19, issue 4, 2003, p. 424.

⁶⁷⁴ Voir *e.g.* FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », *idem.* p. 1583 ; LEEKS (Annie), « The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach », *supra* note 388, p. 34 ; EGLI (Gabriel), « Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions », *Pepperdine Law Review*, vol. 34, no. 4, 2007, p. 1079.

⁶⁷⁵ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *supra* note 289, p. 165.

⁶⁷⁶ Voir *e.g.* « Coherence and Consistency – Is Reform Desirable? », *White Paper by ILLC Washington*, DC Advisory Group 2019, International Law Institute, International Investment Law Center, 2019, p. 1 ; SCHREUER, (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », in ECHANDI (Roberto) et SAUVÉ (Pierre) (eds.), *World Trade Forum: Prospects in International*

que la Convention CIRDI interdit tout appel⁶⁷⁷ et que les motifs listés au sein du mécanisme actuel d'annulation sont jugés limités⁶⁷⁸. S'agissant des arbitrages d'investissement conduits sous l'égide des règles de la CNUDCI ou d'autres règlements institutionnels, les sentences sont aussi généralement insusceptibles d'appel. Le seul recours permis est l'annulation de la sentence en vertu des motifs listés par la Convention de New York qui n'inclut pas l'erreur de droit ou de fait⁶⁷⁹.

162. Certains commentateurs affirment que la constance est nécessaire car elle « renforcerait la confiance dans la stabilité de l'environnement d'investissement et donnerait plus de légitimité au processus »⁶⁸⁰. D'autre part, la plupart des sentences n'entraîne pas de débat sur l'absence de constance comme l'observe le Professeur Stephan Schill, mais permet plutôt de conclure à la « *convergence in arbitration jurisprudence* »⁶⁸¹. En effet, une jurisprudence en arbitrage d'investissement aurait commencé à prendre forme dans les années 1990⁶⁸², et de nombreuses sentences arbitrales ne sont pas publiées, fournissant ainsi une jurisprudence très limitée pour tester la validité de l'argument. Sur les 740 litiges d'investissements achevés jusqu'en 2020⁶⁸³, seul une poignée d'entre eux ont fait l'objet de critiques soutenant la prévalence d'une absence de constance des décisions en la matière, notamment les affaires *CME/Lauder* ainsi que *SGS*⁶⁸⁴. Par conséquent, il convient de se demander si

Investment Law and Policy, Cambridge University Press, 2013 ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1546.

⁶⁷⁷ Article 53(1), la première phrase de la Convention CIRDI dispose que: « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention* ».

⁶⁷⁸ Article 52 de la Convention CIRDI prévoit les motifs d'annulation de sentence suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs.

⁶⁷⁹ Voir Article V de la Convention de New York.

⁶⁸⁰ CNUDCI, 51^{ère} session, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1^{er} décembre 2017), A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, Deuxième Partie, § 11.

⁶⁸¹ SCHILL (Stephan), « W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, 2011, p. 891.

⁶⁸² DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, pp. 9-11.

⁶⁸³ Navigateur des accords d'investissements internationaux, CNUCED Centre de Politique d'Investissement, nombre de cas d'arbitrages Investisseur État basés sur des traités officiels au 31 décembre 2020.

⁶⁸⁴ Pour les affaires *Lauder*, voir *Ronald S. Lauder c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001 et *CME Czech Republic B.V. c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 septembre 2001. Pour les affaires *SGS*, voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, CIRDI, aff. n° ARB/01/13,

les critiques sont pertinentes. A cette fin, il est nécessaire de rappeler que l'absence de consensus concernant la pertinence et le bien fondé des sentences rendues ne signifie pas que ces sentences sont incorrectes ou manquent de constance. Bien qu'il existe un certain nombre de facteurs permettant aux critiques de prétendre que l'arbitrage d'investissement est inconstant voire contradictoire, ces facteurs peuvent être raccordés après examen de plus près. En effet, les résultats contradictoires ne sont pas nécessairement attribués à l'interprétation divergente du même traité comme cela a pu être suggéré⁶⁸⁵. Plutôt, les résultats qui semblent être contradictoires pourraient se déduire d'une différence dans les faits ou dans des lectures dissemblables des dispositions du traité concerné donnant ainsi matière à interprétations multiples⁶⁸⁶.

163. Ce chapitre aura pour objet de se pencher sur la pertinence et la validité des critiques portant sur l'absence de constance de l'arbitrage d'investissement (Section I.A). A cette fin, certains d'entre eux ayant fait l'objet d'abondantes discussions seront examinés afin de déterminer s'ils ont réellement donné lieu à des sentences dépourvues de cohérence ou si les sentences sont en réalité assez proches malgré des différences factuelles ou des dispositions variés dans les traités (Section I.B). Ce chapitre vise également à se pencher sur la nécessité et la volonté d'atteindre une constance des décisions en la matière (Section II.A). Pour finir, des solutions d'amélioration des outils existants concernant l'accroissement de la constance et de la cohérence - sans pour autant qu'elles soient absolues - seront proposées (Section II.B) tandis que les propositions de réformes seront examinées ultérieurement (Partie II).

SECTION 1. L'ABSENCE DE CONSTANCE EST-ELLE UN MYTHE ?

164. L'expansion de l'arbitrage d'investissement atteste de son succès en tant qu'alternative aux tribunaux nationaux. En effet, l'arbitrage est devenu la méthode universelle de règlement des différends internationaux en matière d'investissement. Toutefois, son succès suscite des critiques. Plus le nombre d'affaires est élevé et plus

Décision sur les contestations sur la compétence, 6 août 2003 et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, CIRDI, aff. n° ARB/02/6, Décision sur les contestations sur la compétence et Déclaration séparée, 24 janvier 2004.

⁶⁸⁵ Voir SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 190.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

les parties ont la possibilité de résoudre leurs différends internationaux au sein de différents *fora*, plus le risque de sentences multiples et contradictoires est grand. Ainsi, cette Section examinera le débat sur la question de savoir si le manque de constance en matière d'arbitrage international est un mythe ou une réalité. En d'autres termes, la doctrine juridique soutient-elle que le droit international des investissements produit une jurisprudence incohérente ou un corpus de droit plutôt harmonisé ?

I. ABSENCE DE CONSTANCE ET HARMONISATION

165. Durant les récentes sessions du GT III de la CNUDCI, les États ont identifié la cohérence et la constance de l'arbitrage d'investissement comme source de préoccupations et ont exprimé leurs désirs d'explorer une possible réforme afin d'adresser ce problème⁶⁸⁷. Toutefois, ce point de vue n'est pas universellement accepté par toutes les parties ou par la doctrine.

A. Critiques de l'absence de constance menant à l'illégitimité

166. L'arbitrage d'investissement a récemment fait l'objet d'une insatisfaction grandissante liée notamment aux allégations concernant d'éventuelles contradictions dans l'interprétation des traités, ceci aurait pour conséquence l'apparition de résultats inconstants⁶⁸⁸. Certains auteurs ont relevé qu'avec la multiplicité des procédures, « *one of the most significant drawbacks identified is the possibility of inconsistent outcomes. Cases with materially identical facts and causes of action have resulted in divergent arbitral awards.* »⁶⁸⁹ De plus, les conflits possibles entre les différents

⁶⁸⁷ Note du Secrétariat, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018, A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 août 2018.

⁶⁸⁸ GOSIS (Diego), « Addressing and Redressing Errors in ICSID Arbitration », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 3 ; ÖZGÜR (Uğur), « In Search of Consistency and Fairness in Investor-State Arbitration: An Institutional Approach to Interpreting the Doctrine of Legitimate Expectations », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 2 ; GUILLAUME (Gilbert), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, juillet 2010, p. 685 ; JOHNSON (Lise) et SACHS (Lisa), « Inconsistency's Many Forms in Investor-State Dispute Settlement and Implications for Reform », *CCSI briefing note*, novembre 2018, p. 9 ; EGLI (Gabriel), « Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions », *supra* note 674, p. 1047 ; BESSON (Samantha), « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », *Jusletter*, no. 25, juillet 2005 ; BJORKLUND (Andrea) et BROSSEAU (Jonathan), « L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux : Perspectives théoriques et application au Système juridictionnel des investissements de l'UE », *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 14, janvier 2018.

⁶⁸⁹ D'AGOSTINO (Justin) et JONES (Oliver), « Energy Charter Treaty: a Step towards Consistency in International Investment Arbitration? », *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 25, no. 3, 2007, p. 225 ; voir aussi BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting

régimes juridiques, la diversité des institutions aux compétences pouvant se recouper mènent non seulement à une absence de constance des décisions mais également à une fragmentation du droit des investissements et plus généralement du droit international⁶⁹⁰. Les décisions incohérentes sont décrites comme étant problématiques puisqu'elles ont pour conséquence l'apparition d'un corps de droit illogique avec pour effet le manque de prédictibilité, de certitude et de stabilité⁶⁹¹. Les critiques prétendent que l'absence de constance des sentences menace la durabilité et la légitimité du régime de droit international des investissements⁶⁹². Selon le GT III de la CNUDCI, « l'incohérence et l'absence de constance pourraient en revanche nuire à la fiabilité, à l'efficacité et à la prévisibilité du régime de RDIE et, à plus long terme, à sa crédibilité et à sa légitimité. »⁶⁹³

International Arbitral Awards », *supra* note 387, p. 211 ; HARHAY (Leah), « Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency », *Southwestern Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, 2011, p. 94 ; DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence*, Brill Nijhoff, 2017, pp. 103-105 ; GHOURI (Ahmad), *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, *supra* note 365, pp. 4-5.

⁶⁹⁰ NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: is an Appeals Court Needed? », *Journal of International Arbitration*, vol. 30, issue 5, Kluwer Law International, p. 574 ; voir aussi DE NANTEUIL (Arnaud), « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2017 (« *Au surplus, et même si cela peut sembler paradoxal avec le sentiment de concentration du contentieux entre certaines mains, il n'aura échappé à aucun observateur que le fonctionnement très insulaire des tribunaux arbitraux conduit à un certain éparpillement des solutions et qu'il est parfois difficile d'identifier la moindre cohérence : les errements et incertitudes entourant la notion d'investissement en sont sans doute l'un des signes les plus évidents* »).

⁶⁹¹ Voir HOWARD (David), « Creating Consistency Through a World Investment Court », *Fordham International Law Journal*, vol. 41, issue 1, 2017, pp. 4, 17-18 ; GOSIS (Diego), « Addressing and Redressing Errors in ICSID Arbitration », *supra* note 688, p. 3.

⁶⁹² BURKE-WHITE (William) et VON STATEN (Andreas), « Private Litigation in a Public Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations », *Yale Journal of International Law*, vol. 35, no. 2, 2010 (soutenant que des décisions incohérentes rendues par des tribunaux arbitraux dans des affaires impliquant des faits similaires menacent la légitimité de l'arbitrage investisseur-État) ; voir aussi EGLI (Gabriel), « Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions », *supra* note 674, p. 1079 (« *inconsistent ICSID tribunal decisions regarding essentially the same issue may foster a loss of legitimacy.* ») ; BJORKLUND (Andrea) et BROSSEAU (Jonathan), « L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux : perspectives théoriques et application au système juridictionnel des investissements de l'UE », *supra* note 688, p. 43 (« *Dans les dernières années, une certaine incohérence dans l'interprétation des dispositions de droit matériel dans les ALEs a soulevé des questions de légitimité dans l'arbitrage d'investissement* »).

⁶⁹³ CNUDCI, 51^{ère} session, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre - 1^{er} décembre 2017), A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, Deuxième Partie, § 11.

167. Ces différentes allégations ont permis de faire de la constance et de la cohérence des sentences arbitrales l'un des thèmes de la réforme entreprise par la CNUDCI. Dans le document *Roadmap for Reform*, la CNUDCI a observé :

*Those arbitral decisions that have entered into the public domain have exposed recurring episodes of inconsistent findings ... [including] divergent legal interpretations of identical or similar treaty provisions as well as differences in the assessment of the merits of cases involving the same facts*⁶⁹⁴.

L'absence d'un mécanisme effectif de révision, tel que l'appel, signifierait que les décisions inconstantes ou simplement erronées ne peuvent être corrigées⁶⁹⁵. Ainsi, la CNUDCI a conclu que les décisions erronées ou dépourvues de constance « mènent à des incertitudes sur le sens des obligations clés continues dans les traités et à un manque de prédictibilité quant à leur application dans le cadre de futures affaires »⁶⁹⁶. Également, en 2017, la CNUDCI a identifié l'absence de constance des sentences⁶⁹⁷ et le caractère erroné des décisions⁶⁹⁸ comme des critiques majeures à l'encontre du RDIE. Certaines de ces critiques sont vigoureuses puisqu'elles affirment que le problème est si grave qu'il pousserait les parties à perdre confiance envers le système qui serait indirectement à l'origine de traitements différents pour les parties bien qu'elles soient dans des situations similaires⁶⁹⁹.

B. Le RDIE : un corps de règles harmonieux

168. Bien que certaines critiques affirment que le RDIE souffre d'un problème d'absence de constance, d'autres auteurs ne sont pas de cet avis et affirment au contraire que le RDIE produit un corps de droit harmonieux⁷⁰⁰. A cet égard, le

⁶⁹⁴ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, juin 2013, p. 3.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ *Ibid.* (la version originale dispose « led to uncertainty about the meaning of key treaty obligations and lack of predictability of how they will be applied in future cases. »).

⁶⁹⁷ UNCTAD, *Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools*, IIA Issues Note, no. 4, UNCTAD/DIAE/PCB/2017/8, novembre 2017, p. 6 (« *Inconsistent interpretations have led to uncertainty about the meaning of key treaty obligations and lack of predictability as to how they would be read in future cases.* »).

⁶⁹⁸ *Ibid.* (« *Substantive mistakes of arbitral tribunals, if they arise, cannot be corrected effectively through existing review mechanisms.* »).

⁶⁹⁹ WELLS (Louis), « Backlash to Investment Arbitration, Three Causes », *supra* note 368, p. 342.

⁷⁰⁰ Voir e.g. ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 9 ; ZARRA (Giovanni), « The Issue of Incoherence in

Professeur Christoph Schreuer et l'expert en matière de droit des investissements Matthew Weiniger ont étudié la doctrine du précédent en droit des investissements et les affaires dites *incohérentes*, et ont conclu que « *Fortunately the problem of inconsistency is not pervasive. Most tribunals carefully examine earlier decisions and accept these as authority most of the time. But sometimes they disagree with them and make their disagreement known.* »⁷⁰¹ L'arbitre et avocat Jan Paulsson affirme l'absence de crise d'imprévisibilité⁷⁰². De façon similaire, le Professeur Emmanuel Gaillard a pu déduire qu'« *un examen global de la jurisprudence rendue sous l'égide du Centre fait apparaître, en réalité, une cohérence remarquable.* »⁷⁰³ Par conséquent, un nombre significatif d'arbitres renommés et d'universitaires spécialisés considèrent qu'il n'y a pas une incohérence aussi considérable et qu'il s'agit plutôt d'une critique exagérée.

169. Il a été affirmé qu'à terme, l'accumulation des sentences en matière d'investissement permettra le développement d'une jurisprudence constante – une *jurisprudence persistante* garantissant *l'unification d'une stabilité judiciaire*⁷⁰⁴. Tel que le Professeur Andrew Newcombe a pu le remarquer :

What is most striking to me is not inconsistent jurisprudential trends, but that after 23 short years of investment treaty jurisprudence, there is such a remarkable level of jurisprudence constante in an area

Investment Arbitration: Is there Need for a Systemic Reform? », *Chinese Journal of International Law*, 2018, p. 167 ; BENTOLILA (Dolores), « Le précédent arbitral », *Revue de l'arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage 2017, vol. 2017, issue 4, 2017, p. 1167 (« *L'arbitrage international n'est pas soumis à des mécanismes d'appel ou à la doctrine de précédent comme le sont les cours. Malgré cela, les décisions cohérentes en arbitrage international sont courantes.* ») ; JACQUET (Jean-Michel), « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2010, issue 3, 2010, p. 449 (« *Parfois la jurisprudence arbitrale est louée pour ses vertus intrinsèques. Elle assure la prévisibilité juridique et la cohérence ('consistency') du droit, valeurs hautement prisées en droit du commerce international.* ») ; voir aussi TERCIER (Pierre), « La légitimité de l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2011, issue 3, p. 666 (« *l'on constate une cohérence toujours plus forte des décisions, les arbitres ayant bien la conviction d'appliquer un droit* »).

⁷⁰¹ SCHREUER (Christoph) et WEINIGER (Matthew), « Conversation Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration? », *TDM*, vol. 5, issue 3, 2008, p. 12.

⁷⁰² PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 241.

⁷⁰³ GAILLARD (Emmanuel), « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, 2006.

⁷⁰⁴ BJORKLUND (Andrea), « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », in BICKER (Colin), BUNN (Isabella) et ARNER (Douglas) (eds.), *The State and Future of the Discipline*, Hart Publishing, 2008, p. 255.

*of international law where there has been such intense ideological divisions in the past*⁷⁰⁵.

En l'absence d'un traité multilatéral d'investissement permettant de réguler l'ensemble du droit des investissements, le système a produit un corps robuste de sentences arbitrales en matière d'investissement et cela bien que « *the web of broadly but similar but not identical treaties on which investment law is based, there is still a high degree of consistency amongst tribunal decisions* »⁷⁰⁶. La convergence devient donc un thème de plus en plus récurrent dans l'interprétation.

170. Dans l'étude menée par le Professeur Stephan Schill sur le droit international des investissements, ce dernier a conclu que :

*Almost paradoxically, however, mainstream international investment law literature did not perceive inconsistent arbitral awards as a fundamental problem, nor did it view it as an obstacle to the doctrinal reconstruction of substantive and procedural investment law. Instead, convergence in arbitral jurisprudence is the main theme of the numerous textbooks dealing with international investment law, even though the substantive law is enshrined in a myriad of bilateral treaties and implemented by one-off arbitral tribunals*⁷⁰⁷.

Le Professeur Stephan Schill et le Professeur Katrine Tvede ont par ailleurs conduit une étude sur l'utilisation de la jurisprudence en droit des investissements par l'ensemble des tribunaux et ont conclu que « *international investment law [is] a uniform legal regime that is part and parcel of the broader system of international law,*

⁷⁰⁵ NEWCOMBE (Andrew), « Should Investment Treaty Tribunals Fly in Flocks? Predictability and Consistency in Arbitral Decision Making », *Kluwer Arbitration Blog*, 31 mars 2013.

⁷⁰⁶ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 9.

⁷⁰⁷ SCHILL (Stephan), « W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *supra* note 681, p. 891 ; LEAL-ARCAS (Rafael), « The Multilateralization of International Investment Law », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 35, no. 1, 2009, p. 67 (« *even if there is no complete uniformity yet, there is enough convergence to be able to speak of international investment law as an existing international law discipline made up of uniform investment law principles* ») ; voir aussi SCHILL (Stephan), « The Multilateralization of International Investment Law: The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties », *Society of International Economic Law Inaugural Conference Paper*, 2008, p. 1 (« *Despite the infinite fragmentation of substantive investment law, coupled with arbitration as a decentralized dispute and compliance mechanism ... [BITs] create a relatively uniform and treaty-overarching legal framework for international investments based on uniform principles with little room for insular deviation* »).

their jurisprudence is now starting to be used ... as an authoritative source for the determination of rules of general international law. »⁷⁰⁸ Ces deux auteurs ont également affirmé que « *investment tribunals generate, with some notable exceptions, largely coherent decisions both on questions of substantive investment protection and points of general international law.* »⁷⁰⁹ On peut donc constater une tendance structurante de convergence, et non de divergence.

II. L'ABSENCE DE CONSTANCE EST-ELLE RÉPANDUE ?

171. Alors que certains auteurs reconnaissent que des tribunaux prononcent parfois des sentences divergentes du fait de différences factuelles ou de dispositions du traité, d'autres auteurs reconnaissent que dans certaines affaires les solutions sont contradictoires et ne peuvent être expliquées⁷¹⁰. Cependant, le Professeur Patrick Juillard note que « *conflicts between ICSID awards are bound to remain quite exceptional ... factual and legal differences call for a cautious use of the term 'inconsistent.'* »⁷¹¹.

172. Selon le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, il existe une certaine constance sur certains points et des divergences plus systématiques sur des notions telles que la clause parapluie ou l'état de nécessité⁷¹². Néanmoins, elle conclut qu'il existe une constance des décisions depuis l'affaire *Neer* de 1926⁷¹³, puisque des exigences plus strictes ont été imposées aux États hôtes en matière de traitement juste et équitable⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ SCHILL (Stephan) et TVEDE (Katrine), « Mainstreaming Investment Treaty Jurisprudence », *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 14, no. 1, 2015, p. 98.

⁷⁰⁹ *Idem.* p. 99 ; voir aussi ZARRA (Giovanni), « The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is there Need for a Systemic Reform? », *supra* note 700, p. 167 (« *This means that a certain degree of internal coherence, at least from the point of view of the reasoning of arbitral awards, is (and shall be) usually granted in investment decisions ... A second element of internal coherence is given by the quite uniform application of standards of treatment by tribunals in international investment law.* »).

⁷¹⁰ Voir PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 442 ; MENAKER (Andrea), « Seeking Consistency in Investment Arbitration: The Evolution of ICSID and Alternatives for Reform », in VAN DEN BERG (Albert), « International Arbitration: The Coming of a New Age? », *ICCA Congress Series*, vol. 17, 2013, p. 614.

⁷¹¹ JUILLARD (Patrick), « Variation in the Substantive Provisions and Interpretation of IIAs », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 97.

⁷¹² KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », *supra* note 672, p. 143.

⁷¹³ *L. F.H. Neer and Pauline E. Neer (États-Unis) c. (Mexique)*, Commission générale des réclamations, 15 octobre 1926, *United Nations Reports of International Arbitral Award*, vol. IV, pp. 60-61.

⁷¹⁴ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », *supra* note 672, p. 140.

Plus précisément, il existe une émergence de standards concernant trois aspects : (1) les tribunaux arbitraux ont abandonné l'idée que la possibilité de se prévaloir de la clause de TJE soit tributaire de la preuve de l'existence d'un acte de mauvaise foi, (2) les tribunaux appuient sur la nécessité d'un cadre juridique et économique stable, et enfin (3) ils donnent du poids aux attentes légitimes et raisonnables des investisseurs⁷¹⁵.

173. Cette Section aura pour objet d'explorer les litiges fréquemment cités par les auteurs comme étant contradictoires et ce afin de déterminer si les décisions sont réellement dépourvues de constance ou si les solutions peuvent s'expliquer par des différences objectives résidant dans les faits ou les traités. Se pencher sur les formes et causes menant à des décisions dites inconstantes prises par des tribunaux arbitraux permettra de mieux comprendre cette problématique. Il sera donc examiné les raisons de l'absence de constance dans certaines décisions et la tendance thématique de ces décisions. L'examen de ces différentes sentences permettra de d'apprécier la validité ou pertinence de la critique selon laquelle la jurisprudence en matière de droit des investissements est dépourvue de constance.

A. CME/Lauder

174. Décrite par un commentateur comme le « *fiasco ultime de l'arbitrage d'investissement* »⁷¹⁶, les affaires CME / Lauder, *CME c. Tchèque* et *Lauder c. Tchèque*, ont été examinées de manière approfondie par la doctrine⁷¹⁷. Les origines de ces procédures parallèles remontent à octobre 1991, lorsque la Tchèque a adopté une législation autorisant les parties privées - nationales ou étrangères - à diffuser des programmes de radio et de télévision dans le pays⁷¹⁸. La loi a également créé une nouvelle entité gouvernementale appelée « Conseil des médias » pour mettre en œuvre

⁷¹⁵ *Idem.* pp. 140-141.

⁷¹⁶ REINISCH (August), « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanism », *supra* note 88, p. 116.

⁷¹⁷ Voir *e.g.* BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *supra* note 387 ; KOHN (Wolfgang), « How to Avoid Conflict Awards: The Lauder and CME Cases », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, no. 1, 2004 ; DE LY (Filip), « Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration - Are Investors and Host States on a Level Playing Field: The Lauder/Czech Republic Legacy », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, no. 1, 2005.

⁷¹⁸ *CME Czech Republic B.V. c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 septembre 2001 (« **Sentence CME** »), § 182.

la loi et délivrer les licences d'exploitation⁷¹⁹. En 1993, le gouvernement tchèque a délivré une licence d'exploitation télévisuelle à Central European Television 21 (« CET 21 »), la première chaîne de télévision nationale privée de Tchéquie⁷²⁰. Afin d'obtenir sa licence d'exploitation, CET 21 a travaillé en étroite collaboration avec une société à responsabilité limitée étrangère, la Central European Development Corporation GmbH (« CEDC »), dont M. Ronald Lauder, un américain, était actionnaire majoritaire. CEDC était une filiale de Central European Media Enterprises Ltd. dont M. Lauder était également l'actionnaire majoritaire⁷²¹.

175. L'entité gouvernementale tchèque de régulation de la télévision et de la radio, le Conseil des médias, a initialement approuvé l'investissement direct de CED dans CET 21⁷²². Cependant le Conseil des médias exigeait des deux sociétés la création d'une société commune (« **joint-venture** ») afin de gérer la diffusion en respect de la licence accordée à CED 21, il s'agissait d'une décision « *more acceptable to Czech Parliamentary and public opinion than one that accorded foreign capital a direct ownership or licensee interest* »⁷²³. Ainsi, les deux sociétés ont constitué une tierce société en 1993, la société CNTS⁷²⁴. Selon les nouvelles modalités, le Dr. Vladimír Zelezny, homme d'affaire tchèque, avait pour mission de gérer CET 21 et CNTS⁷²⁵. La création de cette nouvelle entité permettait d'éviter l'implication et l'investissement directs de M. Lauder dans CET 21, pourtant détentrice de la licence d'exploitation, et donnait à CNTS l'entière des droits d'utilisation de la licence de CET 21 en Tchéquie⁷²⁶. Opérant sous le nom de TV NOVA, la programmation de CET 21/CNTS s'est avérée si populaire que les sociétés ont rapidement obtenu la majorité des parts de marché de la télévision tchèque et généré plusieurs millions de dollars de profit annuel⁷²⁷.

176. En dépit de sa popularité, le gouvernement tchèque manifesta des inquiétudes puisque selon lui, CNTS ne diffusait pas ses programmes sous licence, ce qui mena le

⁷¹⁹ *Idem*, § 189.

⁷²⁰ *Idem*, § 199.

⁷²¹ *Idem*, §§ 196-199.

⁷²² *Idem*, § 199.

⁷²³ *Idem*, § 11.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Idem*, §§ 12-13.

⁷²⁷ *Idem*, § 14.

Conseil des médias à changer son approche en 1996⁷²⁸. En effet, en juillet 1996, le Conseil des médias démarra une procédure administrative à l'encontre de CET 21 pour avoir procédé à de la diffusion sans autorisation⁷²⁹. Dans ce contexte, il rejeta un élément essentiel de l'accord de joint-venture qu'il avait précédemment approuvé, forçant CNTS à renoncer à l'utilisation exclusive de la licence d'exploitation que CET 21 avait fournie comme garantie juridique en échange de son investissement en capital⁷³⁰. En conséquence, les sociétés CNTS et CET 21 ont adopté plusieurs amendements à leur contrat, lequel stipulait désormais que CET 21 était l'entité qui possédait les licences et qui opérait la diffusion, alors que CNTS avait seulement pour mission d'encadrer la diffusion opérée par CET 21⁷³¹.

177. En 1999, il apparaît clair que CET 21 ne souhaitait plus opérer ses activités de diffusion uniquement avec CNTS. Ainsi, en mars 1999, le Dr. Zelezny obtint une lettre du Conseil des médias, adressée à CNT et CET 21, appuyant sa position selon laquelle la relation exclusive entre CNTS et CET 21 était illégale⁷³². La tension entre les deux sociétés ne cessa de croître suite à cette lettre. En août 1999, la société CNTS n'a pas remis à CET 21 le « Daily Log », document listant le programme de diffusion du jour suivant⁷³³. Sur la base de cette violation, CET 21 mis fin au contrat avec CNTS le 5 août⁷³⁴. Puisque les activités de CNTS pour CET 21 constituaient sa seule activité et ainsi sa seule source de revenu, cette résiliation du contrat mit fin aux activités autrefois lucratives de CNTS⁷³⁵. Lors de cette procédure, certains changements liés aux participations de la société sont intervenus. La CEDC a transféré toutes ses actions dans CNTS à CME Czech Republic BV (« CME »), également contrôlée par M. Lauder, qui a ensuite porté la participation à 99 % de la participation dans CNTS⁷³⁶.

⁷²⁸ *Idem.* §§ 462-468.

⁷²⁹ *Idem.* § 485. CNTS a plutôt retenu « *use of the know-how of the license* », ce que le tribunal a qualifié comme étant « *meaningless and worthless* », § 470.

⁷³⁰ *Idem.* § 460.

⁷³¹ *Idem.* §§ 502-505.

⁷³² *Idem.* §§ 542-547.

⁷³³ *Idem.* § 474.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ *Idem.* § 558.

⁷³⁶ *Idem.* § 5.

1. **Lauder c. Tchéquie**

178. En août 1999, (deux semaines suivant la résolution du contrat), M. Lauder entreprit une procédure d'arbitrage contre la Tchéquie, à Londres, en alléguant une violation du TBI États-Unis-Tchéquie-Slovaquie en date de 1991⁷³⁷, (le « **tribunal de Londres** »)⁷³⁸. M. Lauder affirmait que la Tchéquie avait manqué à son obligation : (1) de fournir un TJE ; (2) « *de fournir une protection complète et la sécurité des investissements* » ; (3) « *de traiter les investissements en conformité avec les principes de droit international* » ; (4) « *de ne pas entraver les investissements par des aides arbitraires ou mesures discriminatoires* » ; et (5) « *de ne pas exproprier les investissements directs ou de façon indirecte à travers des mesures équivalentes à une expropriation* »⁷³⁹.

179. Dans la sentence du 3 septembre 2001, le tribunal de Londres conclut que la Tchéquie avait agi de manière illégale à l'égard de M. Lauder sur un point : la décision du Conseil des médias d'imposer CEDC et CET 21 à former une joint-venture afin de gérer la licence de CET 21 lui permettant de diffuser les programmes, en ce que cette décision était motivée par des motifs politiques et discriminatoire car elle empêchait CEDC d'obtenir une part directe dans la société de télévision tchèque⁷⁴⁰. Ainsi, cette décision du Conseil des médias en date de 1993 violait la prohibition d'agir de façon arbitraire et discriminatoire contenue dans le TBI États-Unis-Tchéquie⁷⁴¹.

180. Le tribunal de Londres nota qu'il « *might exist the possibility of contradictory findings of this Arbitral Tribunal and the one set up to examine the claims of CME against the Czech Republic under the Dutch-Czech Bilateral Investment treaty.* »⁷⁴²

Le tribunal de Londres analysa la question des procédures parallèles en relevant que :

The Arbitral Tribunal does not see any abuse of process by the Claimant's pursuit of his claim in the present proceedings and by CME's pursuit of its claim in the

⁷³⁷ Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République fédérale tchèque et slovaque concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 22 octobre 1991.

⁷³⁸ *Ronald S. Lauder c. Tchéquie*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001 (« **Sentence Lauder** »).

⁷³⁹ *Idem.* § 42.

⁷⁴⁰ *Idem.* §§ 232-233.

⁷⁴¹ *Idem.* §§ 216, 230-231. Article n(2)(b) du traité prévoit en partie: « *Neither party shall in any way impair by arbitrary and discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments.* ».

⁷⁴² *Idem.* § 173.

*parallel arbitration proceedings. As already stated (see 4.3 above), the claimants and the causes of action are not the same in the two cases*⁷⁴³.

Le tribunal pris note du refus du défendeur d'autoriser la constitution de tribunaux identiques pour connaître des deux affaires, ce qui aurait pu permettre la coordination des tribunaux, leur permettre de gagner du temps et de l'argent ainsi que d'éviter des décisions divergentes⁷⁴⁴. Concernant l'expropriation, l'article III(1) stipule que :

Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ("expropriation") except for a public purpose; in accordance with due process of law; in a nondiscriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with the general principles or treatment provided for in Article II(2).

En tranchant sur la question de l'expropriation, le tribunal posa trois conditions devant être remplies : (1) une action ou une mesure doit avoir été prise par l'État, (2) au bénéfice de l'État, (3) ayant sérieusement interféré avec le droit de propriété de l'investisseur⁷⁴⁵. Cependant, le tribunal de Londres trancha que M. Lauder ne démontrait pas que la décision du Conseil des médias de 1993 était la cause de son dommage (en l'occurrence la résolution du contrat en août 1999), et il n'a donc pas obtenu de dommages sur ce motif⁷⁴⁶. En effet, le tribunal décida qu'il y avait absence de lien de causalité entre la décision du Conseil des médias et la chute de l'investissement de M. Lauder. Selon le tribunal, la perte de M. Lauder était le résultat d'actions entreprises par des entités privées dénuées d'implication du gouvernement.

2. CME c. Tchéquie

181. Le 22 février 2000, environ six mois après la demande d'arbitrage de M. Lauder, la société mère néerlandaise à travers laquelle M. Lauder avait effectué son

⁷⁴³ *Idem.* § 174.

⁷⁴⁴ *Idem.* § 178.

⁷⁴⁵ *Idem.* § 202.

⁷⁴⁶ *Idem.* § 235. Le Tribunal de Londres a jugé que « [t]he alleged harm was ... caused in 1999 by the acts of CET 21, controlled by Mr Zelezny. The 1993 breach of the Treaty was too remote to qualify as a relevant cause for the harm caused. A finding on damages due to the Claimant by the Respondent would therefore not be appropriate. ».

investissement, CME, possédant 99 pourcents des parts de CNTS, entrepris une procédure arbitrale contre la Tchéquie à Stockholm, alléguant une violation du TBI Pays-Bas-Tchéquie⁷⁴⁷, (le « **tribunal de Stockholm** »).

182. En rejetant la contestation portant sur la compétence, le tribunal de Stockholm se prononça sur les conséquences liées aux deux procédures parallèles en indiquant qu'il n'existe pas d'obstacle et donc qu'il est possible de trancher le même litige en vertu de traités différents :

The Czech Republic did not agree to consolidate the Treaty proceedings, a request raised by the Claimant (again) during these arbitration proceedings. The Czech Government asserted the right to have each action determined independently and promptly. This has the consequence that there will be two awards on the same subject which may be consistent with each other or may differ⁷⁴⁸.

Certains commentateurs ont pu noter que le refus de la Tchéquie de joindre les deux procédures tel que suggéré par les demandeurs aurait influencé la position du tribunal concernant la question de la juridiction⁷⁴⁹.

183. Le tribunal de Stockholm a conclu que la Tchéquie avait violé plusieurs dispositions du TBI à travers des actions et omissions du « Conseil des médias ». Contrairement au tribunal de Londres, le tribunal de Stockholm constata un lien de causalité, tel que formulé par CME :

The collapse of CME's investment was caused by the Media Council's coercion against CME, in requiring the 1996 amendment of the legal structure as the basis of its investment and by aggravating the Media Council's interference with the legal relationship between CET 21 and CNTs by issuing an official regulator's letter which eliminated the exclusivity ... that

⁷⁴⁷ Sentence CME, § 3 (« [After the Czech and Slovak Federal Republic ceased to exist on December 31, 1992, the Czech Republic succeeded to the rights and obligations of the Czech and Slovak Federal Republic under the Treaty »).

⁷⁴⁸ Sentence CME, § 412.

⁷⁴⁹ BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie) et JOHNSON (Lise), *International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from 2000-2001*, International Institute for Sustainable Development, 2011, p. 37.

*was the cornerstone of CME's legal protection for its investment*⁷⁵⁰.

Il convient de noter que la disposition sur l'expropriation contenue dans le TBI Pays-Bas-Tchéquie est plus large que celle contenue dans le TBI États-Unis-Tchéquie. L'article 5 du TBI Pays-Bas-Tchéquie dispose que « *[n]either Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments* » sauf si cette dépossession est « *taken in the public interest and under due process of law* » est effectuée de manière non discriminatoire et s'accompagne d'une juste compensation⁷⁵¹. Puisque la disposition n'utilise pas le terme « *expropriation* », le tribunal de Stockholm décida de ne pas appliquer la définition restrictive de l'expropriation et analysa l'interférence avec la propriété de l'investisseur⁷⁵². Par conséquent, le tribunal a interprété la disposition sur la « *deprivation* » comme étant « *the broadest provisions in bilateral investment treaties, specifically, and in international law.* »⁷⁵³ Le tribunal définit le terme « *deprivation* » comme étant constitué lorsque l'État prend des mesures ayant pour conséquence de « *effectively neutralize the benefit of the property for the foreign owner* »⁷⁵⁴. Également, le tribunal a décidé qu'il n'était pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si l'État tirait un bénéfice économique des actions entreprises en l'espèce.

184. Le tribunal de Stockholm conclut que le Conseil des médias était à l'origine de « *the collapse of CME's investment* » puisqu'elle avait contraint CNTS à amender son contrat avec CET 21 qui avait amené à émettre la lettre en mars 1999⁷⁵⁵. Le tribunal a, par conséquent, décidé que le gouvernement tchèque ayant de facto exproprié CME était dans l'obligation de réparer le dommage subi par CME, conséquence de la violation du traité⁷⁵⁶.

⁷⁵⁰ Sentence CME, § 575.

⁷⁵¹ Article 5 du TBI entre le Royaume des Pays-Bas, la Tchéquie et la Slovaquie.

⁷⁵² Sentence CME, § 151.

⁷⁵³ *Idem.* § 150.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ *Idem.* § 575.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

3. Réconcilier les affaires

185. Les décisions différentes dans les affaires *Lauder* et *CME* ont fait l'objet d'abondantes critiques⁷⁵⁷, les commentateurs pointant du doigt « *some of the perils of international arbitration in an era of multiple fora for dispute resolution.* »⁷⁵⁸ Le Professeur Giorgio Sacerdoti est allé encore plus loin en notant que « *this glaring inconsistency could potentially bring a backlash against international investment* »⁷⁵⁹. Cependant, si l'on examine de plus près les deux décisions, la divergence s'explique par la différence de langage de la définition de l'expropriation contenue dans les deux TBI en cause ainsi qu'à une appréciation différente des faits de l'espèce⁷⁶⁰.

186. Un certain nombre d'auteurs est arrivé à la conclusion erronée selon laquelle « *the two tribunals reached radically different results despite the similarity of the two BITs* »⁷⁶¹. Néanmoins, le TBI Pays-Bas-Tchéquie contient un langage très large en

⁷⁵⁷ Voir SACERTODI (Giorgio), « The Proliferation of BITs: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, pp. 127-129 ; HARHAY (Leah), « Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency », *supra* note 689, pp. 94-95 ; NILSSON (Anders) et ENGLESSION (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed », *supra* note 690, p. 567 ; BROWER (Charles N.), BROWER (Charles H. II) et SHARPE (Jeremy), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *supra* note 673, pp. 424-428 ; WERNER (Jacques), « Making Investment Arbitration More Certain - A Modest Proposal », *Journal of World Investment*, vol. 4, no. 5, 2003, p. 782 (« *in a borderline case-the Lauder and CME Awards-where arbitrators could-and did!-differ on both the questions of the illegality of a State action and its causal link to any damage suffered by the investors, the host government was slapped with an award amounting to US\$ 354 million* »).

⁷⁵⁸ BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *supra* note 387, p. 216.

⁷⁵⁹ SACERTODI (Giorgio), « The Proliferation of BITs: Conflicts of Treaties, Proceedings and Awards », *supra* note 759, p. 127.

⁷⁶⁰ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 190 ; SOURGENS (Frédéric), *A Nascent Common Law: The Process of Decision making in International Legal Disputes between States and Foreign Investors*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 318-319.

⁷⁶¹ GANTZ (David), « An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, no. 1, 2006, p. 44 ; MENAKER (Andrea), « Seeking Consistency in Investment Arbitration: The Evolution of ICSID and Alternatives for Reform », *supra* note 710, p. 614 ; FRANCK (Susan), « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have A Bright Future », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, no. 1, 2005, p. 60 (« *The Lauder cases provide a tangible example of the impact of inconsistency, in the form of different results, where there are related parties, the same facts, and textually indistinguishable substantive rights.* ») ; NILSSON (Anders) et ENGLESSION (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 567 (« *The two inconsistent Lauder decisions illustrate the difficulties an arbitration tribunal faces when deciding issues of expropriation and highlights the broader issue that application of the law by arbitrators entails subjective judgments.* ») ; KYRIAKOUP (Panagiotis), « Mitigating the Risks Entailed in Shareholders' Claims for Reflective Loss: Suggestions for Investment Treaty Reform », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018, p. 699 (« *Adding to the fact that the standards pleaded by claimants in both cases were virtually*

matière d'expropriation en droit des investissements⁷⁶² comparé au langage au contraire restrictif de cette notion dans le TBI États-Unis-Tchéquie⁷⁶³. En effet, tel que précité, le TBI Pays-Bas-Tchéquie n'emploie tout simplement pas le terme « *expropriation* » et se refuse ainsi à permettre l'aboutissement à des décisions restrictives. Le traité se focalise sur le concept d'interférence avec la propriété de l'investisseur plutôt que sur la notion du transfert de l'investissement vers l'État en prohibant la « *deprivation* », en français déposssession, plutôt que sur la notion de « *takings* », en français « *confiscation* ». Ces différences de langage entraînent des variations concernant les éléments constitutifs de l'expropriation et de la causalité. Le tribunal de Londres a identifié trois éléments constitutifs d'une mesure d'expropriation : (1) une action ou mesure doit avoir été adoptée par l'État, (2) au bénéfice de ce dernier et (3) ayant pour conséquence une grave interférence avec le droit de propriété de l'investisseur⁷⁶⁴. Le tribunal a décidé que *Lauder* ne répondait pas à tous ces éléments puisque le gouvernement n'avait pas interféré avec le droit de propriété de *Lauder* et même si *Lauder* pouvait prouver une interférence du gouvernement tchèque, ce dernier n'avait pas bénéficié de la mesure décidée⁷⁶⁵. Le tribunal de Stockholm utilisa le test de l'interférence substantielle ou de dépossession

identical, the two awards were in outright conflict, fueling discussions over a potential systemic threat to investment treaty arbitration. »).

⁷⁶² Article 5 du TBI entre les Pays-Bas et la Tchéquie de 1991 dispose que : *Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with: (a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; (b) the measures are not discriminatory; (c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without undue delay, to the country designated by the claimants concerned and in any freely convertible currency accepted by the claimants.*

⁷⁶³ Article III du TBI entre les États-Unis et la Tchéquie de 1991 dispose que : *1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation') except: for public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(2). Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be calculated in a freely usable currency on the basis of the prevailing market rate of exchange at that time; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be freely transferable. 2. A national, or company of either Party that asserts that all or part of its investment has been expropriated shall have a right to prompt review by the appropriate judicial or administrative authorities of the other Party to determine whether any such expropriation has occurred and, if so, whether such expropriation, and any associated compensation, conforms to the principles of international law.*

⁷⁶⁴ Sentence *Lauder*, § 202.

⁷⁶⁵ *Idem.* §§ 202-203.

de la valeur de l'investissement afin de qualifier l'existence d'une mesure d'expropriation⁷⁶⁶, et ajouta que le bénéfice de l'État étant immatériel, il ne permet donc pas de déterminer s'il y a expropriation⁷⁶⁷. Ce tribunal décida que le Conseil des médias avait contraint la société CNTS à abandonner ses protections contractuelles et les certitudes légales ce qui a causé une dévaluation significative de l'investissement en question⁷⁶⁸. Tel que le Professeur Stephan Schill l'a justement pointé : « *Different treaties might also contain different standards of investment protection, therefore resulting in differentiated protection of various foreign investors.* »⁷⁶⁹ Les différences de formulation des dispositions des traités sont souvent ignorées par les commentateurs qui n'identifient pas ces différences et l'impact de celles-ci sur l'interprétation de la loi ce qui mène à des décisions différentes⁷⁷⁰.

187. Les différents résultats dans ces deux affaires proviennent également d'une appréciation différente des faits. Tel que noté par le Juge Schwebel, « *the two decisions did not interpret the two concordant BITs conflictually. They rather interpreted the facts differently. Their difference was not of treaty interpretation but of factual causality.* »⁷⁷¹ La conclusion du tribunal de Londres est que « *Claimant has not alleged and even less proved that the actions which seriously interfered with the Claimant's property rights, i.e. [its local business partner's] CET 21's decision to withdraw from the 1997's Agreement on 5 August 1999, was one of the State and not one of the private entity completely independent of the State.* »⁷⁷² Le dossier adressé au tribunal dans

⁷⁶⁶ The tribunal CME a fondé son interprétation large sur le caractère large de la disposition du TBI entre les Pays-Bas et la Tchéquie qui prohibe que quelconque mesure prive l'investisseur de son investissement directement ou indirectement. Voir Sentence CME, § 149.

⁷⁶⁷ Sentence CME, § 150.

⁷⁶⁸ Sentence CME, § 599.

⁷⁶⁹ SCHILL (Stephan), « The Multilateralization of International Investment Law: The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties », *supra* note 707, p. 5.

⁷⁷⁰ MENAKER (Andrea), « Seeking Consistency in Investment Arbitration: The Evolution of ICSID and Alternatives for Reform », *supra* note 710, p. 614 (« *Inconsistencies in investment arbitration jurisprudence undoubtedly exist. The perennial exemplars of *Lauder v. Czech Republic* and *CME v. Czech Republic* are often the first cases that come to mind, not only because these cases involved the same facts, but also because the tribunals arrived at such dramatically different conclusions within days of one another.* ») ; KLEIN (Bohuslav), « How to Avoid Conflicting Awards - The *Lauder* and *CME* Cases », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, no. 1, 2004, p. 20 (« *First of all, the facts were identical. The legal representatives, the lawyers, presented them in practically the same way. The problem was in the evaluation of the steps, measures, facts by both Tribunals, and that, to me, is a problem because I would not say that the second instance would be reasonable.* »).

⁷⁷¹ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 190.

⁷⁷² Sentence *Lauder*, § 202.

l'affaire *CME*, a fourni davantage d'éléments permettant au tribunal de conclure à une collusion entre l'autorité de régulation et un propriétaire d'entreprise local que ne l'a fait le dossier dans l'affaire *Lauder*. Le tribunal de Stockholm releva que les actions du Conseil des médias avaient pour conséquence pour l'investisseur d'être dépossédé de son « *safety net* », et qu'il s'était entretenu avec CET 21 dans le but de faire perdre à l'investisseur la valeur de l'ensemble des investissements⁷⁷³. Cette décision du tribunal est due aux admissions des représentants du défendeur qui se sont avérées être en contradiction avec la position initiale selon laquelle CME/CNTS avait volontairement accepté de modifier le MOA⁷⁷⁴. Le tribunal de Stockholm avait davantage d'éléments à inspecter durant la procédure, en particulier l'admission du représentant tchèque, le Professeur Lowe, ayant déclaré que CME avait été « *forced to change the MOA and to give up the 'safety net'* », à savoir l'utilisation de la licence d'exploitation⁷⁷⁵. Cet aveu a mené le tribunal de Stockholm à conclure qu'il existait une mesure d'expropriation contrairement au tribunal de Londres qui a considéré que le Conseil des médias tchèque avait eu une attitude légitime visant à assurer la conformité des activités aux réglementations nationales⁷⁷⁶. Bien que les critiques relèvent que ces deux procédures parallèles reposent sur des faits identiques, il doit être noté que le tribunal de Stockholm a pu arriver à une conclusion en se basant sur des faits plus clairs et approfondis ainsi que sur des motivations plus exhaustives des parties. Un commentateur a dans ce contexte noté que la critique d'incohérence portée à l'égard des affaires *CME/Lauder* « *misses the independent roles of arbitrators in the performance of their duties* »⁷⁷⁷. En effet, les arbitres ont probablement posé des questions aux avocats, interrogé plusieurs témoins et experts et délibéré sur l'effet des faits et des propositions juridiques qui leur ont été soumis. De plus, le tribunal aurait ordonné la production de documents différents. En substance, « *it was a different*

⁷⁷³ Sentence CME, § 575.

⁷⁷⁴ *Idem.* § 569.

⁷⁷⁵ *Idem.* §§ 468-469 (« *This view of the Arbitral Tribunal is supported by the sequence of events, ending with CME being forced to change the MOA and to give up the 'safety net' (as it was described by the Respondent's representative Prof. Lowe at the Stockholm hearing) by replacing in the MOA the 'use of the Licence.'* It is clear that the replacement of the 'use of the Licence' (which CNTS enjoyed under the split structure) by the 'use of the know-how of the licence' vitiated the Claimant's protection for its investment in the Czech Republic. »).

⁷⁷⁶ Sentence *Lauder*, §§ 310-14 ; Sentence CME, §§ 611-614.

⁷⁷⁷ BALDWIN (Teddy), « The Right to be Heard: the Messy Business of Due Process », in LAIRD (Ian) *et al.* (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 7, JurisNet, 2014, p. 240.

case »⁷⁷⁸. Pour l'éminent arbitre Jan Paulsson « *the two awards are not at all incompatible. Their understanding of the relevant legal standards, including causation, were perfectly congruent; their findings of facts were not.* »⁷⁷⁹ Ce dernier ajoute que « *such things happen when a story is told in different ways on different occasions to different people.* »⁷⁸⁰

188. L'existence de procédures parallèles a fortement été critiquée puisque ceci a permis à M. Lauder d'user de deux TBI et donc de s'adonner à un forum shopping lui permettant d'engager deux procédures en espérant que l'une d'entre elles ait lui soit favorable⁷⁸¹. A cet égard, le commentaire de M. Lauder est le suivant : « *Well, if there are these problems, we don't know what the Tribunal will decide. We want a second shot to our bow and so we will start identical proceedings under the Dutch BIT* »⁷⁸². Il semble que M. Lauder a bel et bien engagé deux procédures via deux TBI disponibles afin d'accroître ses chances de l'emporter contre la Tchéquie. Cependant, il convient de noter que la décision de la Tchéquie de ne pas joindre les deux procédures a eu pour conséquence de lui faire courir un risque de voir les deux tribunaux rendre des sentences contradictoires⁷⁸³.

B. Les affaires SGS : la clause parapluie

189. L'une des affaires fréquemment citée s'agissant du manque de constance relativement à la clause parapluie est l'arbitrage SGS⁷⁸⁴. Les deux litiges *SGS c.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 247.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ Voir D'AGOSTINO (Justin) et JONES (Oliver), « Energy Charter Treaty: A Step Towards Consistency in International Investment Arbitration », *supra* note 689, p. 229.

⁷⁸² KOHN (Wolfgang), « How to Avoid Conflict Awards: The Lauder and CME Cases », *supra* note 717, p. 19.

⁷⁸³ SOURGENS (Frédéric), *A Nascent Common Law: The Process of Decision making in International Legal Disputes between States and Foreign Investors*, *supra* note 760, p. 321.

⁷⁸⁴ Voir e.g. FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1568-1574 ; BALLINTINE (Kathryn), « How Far Do Bits Bite - A Comparison of *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties », *Cambridge Student Law Review*, no. 2, 2006, pp. 33-44 ; HOWARD (David), « Creating Consistency through a World Investment Court », *supra* note 691, pp.31-32 ; SISI (Tang), « The Endangered Umbrella Clause: To Save It or to Leave It », *Journal of WTO and China*, vol. 9, no. 1, 2019, p. 99.

*Pakistan*⁷⁸⁵ et *SGS c. Philippines*⁷⁸⁶ découlent du non-paiement (par le Pakistan et les Philippines, respectivement) des sommes prétendument dues à SGS, une société suisse, dans le cadre de contrats pour la fourniture de services d'inspection et de certification avant expédition. Dans ces deux affaires, l'activité de la société suisse était la même. SGS était chargée de vérifier les déclarations des importateurs et leur conformité avec les réglementations en vigueur en matière d'importation, et de délivrer des certificats avant expédition autorisant l'entrée des marchandises⁷⁸⁷. Ces services étaient complétés par la mise en œuvre d'un programme de formation des autorités douanières locales et la mise en place de « bureaux de liaison » dans différents ports et villes (e.g. Lahore, Karachi, Manille). Dans ces deux affaires, les contrats étaient exécutés en partie sur le territoire du Pakistan et des Philippines et en partie sur le territoire d'origine des produits importés⁷⁸⁸. Après plusieurs années d'exécution du contrat, SGS a fait face à des défauts de paiement des États. Ainsi, la société décida de poursuivre les deux États devant le CIRDI⁷⁸⁹, en se basant sur le TBI conclu entre la Suisse et le Pakistan d'une part⁷⁹⁰, et sur celui conclu avec les Philippines d'autre part⁷⁹¹.

190. La problématique commune à ces deux affaires était de savoir si SGS pouvait invoquer la clause parapluie figurant dans les deux TBI concernés afin de faire valoir que les deux pays d'accueil ont violé leurs obligations contractuelles dans le cadre du TBI. Le tribunal dans l'arbitrage *SGS c. Pakistan* conclut que la clause parapluie

⁷⁸⁵ Pour les affaires *SGS*, voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, CIRDI, aff. n° ARB/01/13, Sentence sur compétence, 6 août 2003 (« *SGS c. Pakistan* »).

⁷⁸⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, CIRDI, aff. n° ARB/02/6, Décision sur la compétence et Déclaration séparée, 24 janvier 2004 (« *SGS c. Philippines* »).

⁷⁸⁷ YALA (Farouk), « Notion of Investment in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdiction Requirement - Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS and Mihaly », *The Journal of International Arbitration*, vol. 22, no. 2, 2005, p. 114.

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ Franck (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, pp. 1570, 1573 (« *A dispute arose when the Philippines allegedly failed to pay amounts due under the CISS Agreement. Although the CISS Agreement contained an exclusive jurisdiction clause in favor of the Philippines courts, SGS commenced ICSID arbitration on the ground that its contract claim could be elevated to a treaty claim under the 'umbrella clause' in the Switzerland-Philippines BIT* »).

⁷⁹⁰ *SGS c. Pakistan*, § 2 (« *This Tribunal was subsequently created by virtue of the 12 October 2001 Request of the Claimant, Société Générale de Surveillance S.A.* »).

⁷⁹¹ *SGS c. Philippines*, § 1 (« *On 26 April 2002, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) received from SGS Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) a request for arbitration dated 24 April 2002 against the Republic of the Philippines* »).

contenue dans le TBI Suisse-Pakistan ne permettait pas à SGS d'introduire une demande au titre du TBI en se fondant sur la violation du contrat⁷⁹² alors que le tribunal dans l'affaire *SGS c. les Philippines*⁷⁹³.

191. Les décisions divergentes dans ces deux affaires ont généré beaucoup de critiques de la part de la communauté arbitrale, notamment celle selon laquelle « *such inconsistent readings of the umbrella clause by the two SGS tribunals raised reasonable concerns as to the unpredictable effect of the umbrella clause and even its legitimacy in the international investment law regime.* »⁷⁹⁴ C'est pourquoi, cette Section se penchera sur l'analyse effectuée par les tribunaux dans ces deux affaires et ce afin de déterminer si celles-ci sont réellement dépourvues de constance ou si ces décisions s'expliquent par le fait qu'elles ont été intentées sur le fondement de TBI différents.

1. *SGS c. Pakistan*

192. Dans ce premier arbitrage, *SGS c. Pakistan*, un contrat de cinq ans avait été conclu entre SGS et le Pakistan, en vertu duquel SGS avait pour obligation de fournir une « *inspection avant expédition* » des marchandises exportées au Pakistan⁷⁹⁵. L'objectif des vérifications effectuées par SGS était de s'assurer de la classification des marchandises pour vérifier leur conformité aux déclarations des importateurs et de permettre la collecte efficace des revenus douaniers du Pakistan⁷⁹⁶. L'accord d'inspection avant expédition stipulait que SGS ouvrirait des bureaux de liaison et que le Pakistan s'assurerait de la délivrance des documents d'immigration, des permis de travail et autorisations⁷⁹⁷. Deux bureaux de liaison ont été établis après autorisation par le Bureau des investissements du Pakistan chargé de transmettre les informations aux autorités douanières pakistanaise, ces bureaux pouvant seulement transmettre des informations aux autorités douanières pakistanaises et engager des activités de

⁷⁹² *SGS c. Pakistan*, § 173.

⁷⁹³ *Idem.* § 128 (« *To summarize the Tribunal's conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments* »).

⁷⁹⁴ SISI (Tang), « *The Endangered Umbrella Clause: To Save It or to Leave It* », *supra* note 784, p. 99.

⁷⁹⁵ *SGS c. Pakistan*, § 11.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Idem.* § 13.

liaison⁷⁹⁸. L'accord fut résilié par le Pakistan et chaque partie remettait en cause l'exécution des obligations de l'autre⁷⁹⁹.

193. La disposition pertinente du TBI Suisse-Pakistan en l'espèce dispose que : « *Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante.* »⁸⁰⁰ En se basant sur le droit international, le tribunal décida que « *a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law.* »⁸⁰¹ En ce qui concerne la clause parapluie, le tribunal opta pour une approche restrictive, puisque la formulation de la clause aurait dû être formulée de manière bien plus précise pour que l'on puisse raisonnablement l'interpréter de façon expansive. Le tribunal déclara que : « *The appropriate interpretive approach [to the umbrella clause] is the prudential one summed up in the literature as in dubio pars mitior est sequenda, or more tersely, in dubio mitius.* »⁸⁰² Le tribunal considéra également qu'une interprétation large de la clause parapluie aurait pour conséquence de rendre les autres articles du TBI superflus et permettrait à l'investisseur de mettre à mal et d'invoquer, quand il le veut, la nullité de toute clause de règlement des différends librement négociée dans un contrat conclu avec un État⁸⁰³.

194. Selon le point de vue du tribunal, une interprétation étroite de la clause parapluie était nécessaire afin d'empêcher que la moindre obligation d'un État ou le moindre contrat conclu ne soit élevée au rang d'obligations soumises aux traités internationaux⁸⁰⁴. En effet, le tribunal a exprimé des doutes quant à la faculté des investisseurs à faire preuve de retenue en invoquant la clause parapluie⁸⁰⁵. Le tribunal trancha en faveur du Pakistan en affirmant qu'il n'était pas compétent pour connaître des demandes contractuelles au titre de la clause parapluie contenue à l'article 11 du

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Idem.* § 16.

⁸⁰⁰ Article 11 de l'accord entre la Confédération suisse et la République Islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 11 juillet 1995.

⁸⁰¹ *SGS c. Pakistan*, § 167.

⁸⁰² *Idem.* § 171.

⁸⁰³ *Idem.* § 168.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid.*

TBI Suisse-Pakistan⁸⁰⁶. En prenant cette décision, le tribunal prit en compte les risques liés à une interprétation extensive de la clause parapluie. En effet il nota que « *the scope of [the umbrella clause], while consisting in its entirety of only one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion* ». ⁸⁰⁷ Néanmoins, ce premier n'a pas estimé que son interprétation rendait la clause parapluie inopérante.

2. SGS c. Philippines

195. A la fin des années 80, SGS conclut un contrat avec les Philippines ayant pour objet la supervision des services d'importation⁸⁰⁸. Essentiellement, cela impliquait l'inspection et la notification au bureau des douanes philippin des caractéristiques des marchandises importées avant leur expédition aux Philippines⁸⁰⁹. En 2000, un litige est né entre les parties en raison du prétendu non-paiement par les Philippines des factures de SGS pour des services rendus. SGS entama une procédure d'arbitrage CIRDI pour un montant des dommages estimé par SGS à 200 millions de francs suisses⁸¹⁰. Le contrat contenait une clause désignant la compétence des tribunaux étatiques philippins en cas de litige en lien avec le contrat.

196. Dans sa demande d'arbitrage, SGS affirmait que le refus de paiement du contrat par les Philippines constituait une violation de la clause parapluie située à l'article X(2) du TBI Suisse-Philippines⁸¹¹, ainsi que des violations d'autres dispositions du TBI en question⁸¹². L'article X(2) dispose que : « *Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante.* »⁸¹³ SGS a cherché à s'appuyer sur la clause parapluie afin de faire entrer ce que SGS a identifié comme des revendications purement contractuelles dans le domaine du TBI et par conséquent de

⁸⁰⁶ *Idem.* § 173.

⁸⁰⁷ *Idem.* § 168.

⁸⁰⁸ *SGS c. Philippines*, § 13.

⁸⁰⁹ *Idem.* § 15.

⁸¹⁰ *Idem.* § 22.

⁸¹¹ L'Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 31 mars 1997.

⁸¹² *SGS v. Philippines*, § 16. De plus, SGS prétendait que les Philippines ont violé l'article IV (concernant le traitement juste et équitable) et VI(1) (concernant l'expropriation) du TBI entre la Suisse et les Philippines et que le tribunal arbitral était compétent sur le fondement de l'article VIII et du consentement par écrit de SGS contenu dans sa requête d'arbitrage. *SGS c. Philippines*, § 16.

⁸¹³ Article X(2) de l'Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 31 mars 1997.

la compétence du tribunal du CIRDI. Les Philippines s'opposait à l'application de la clause parapluie en citant notamment la décision *SGS c. Pakistan*⁸¹⁴.

197. Dans la sentence sur la compétence, le tribunal conclut que la clause parapluie « *veut dire ce qu'elle veut dire* », en anglais « *means what it says* ». ⁸¹⁵ Le tribunal affirma que le terme « *any obligation* » signifie que les obligations tirées du droit national, *e.g.*, celles tirées d'un contrat peuvent être soumises à la clause parapluie ⁸¹⁶, et que cette dernière « *would appear to say, and say clearly, that each contracting party shall observe any legal obligation it has assumed or will in future assume, with regard to specific investments covered by the BIT* » ⁸¹⁷. Le tribunal affirma que sa décision était tout à fait en accord avec l'objet du TBI qui est de donner à l'article X(2) une interprétation effective, incluant l'obligation de l'État de respecter ses « *commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments.* » ⁸¹⁸ Bien que le tribunal décida que la clause parapluie contenue dans le TBI fondait l'action de SGS, le tribunal déclina néanmoins l'exercice de sa compétence et sursoit à statuer dans l'attente que les tribunaux philippins se prononcent sur le litige contractuel conformément à la clause d'élection de for.

198. Dans cette affaire, le tribunal opta pour une méthode d'interprétation donnant plein effet à la disposition en question. Conséquemment, le tribunal releva que :

*The object and purpose of the BIT supports an effective interpretation of Article X(2) [umbrella clause]. The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other'. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments*⁸¹⁹.

Le tribunal ne partage pas les conclusions du tribunal *SGS c. Pakistan* sur la question de l'interprétation. En fin de compte, il revient à chaque tribunal d'exercer sa propre

⁸¹⁴ *SGS c. Philippines*, § 113.

⁸¹⁵ *Idem.* § 119.

⁸¹⁶ *Idem.* § 115.

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ *Idem.* § 128.

⁸¹⁹ *Idem.* § 116.

compétence sur le fondement du droit applicable, c'est-à-dire, par définition, les différents TBI⁸²⁰. Le tribunal distingua l'affaire en cause et la clause parapluie dans l'affaire *SGS c. Pakistan* en relevant que « *it is relevant to consider the reasons given by the Tribunal in SGS c. Pakistan for giving a highly restrictive interpretation to the 'umbrella clause', in the context of the more specific language of Article X(2), the provision the present Tribunal has to apply.* »⁸²¹ Le tribunal conclut également que la clause de résolution des litiges investisseur-État⁸²², autorise le renvoi de litiges purement contractuels au CIRDI, cette clause n'étant pas limitée aux actions fondées exclusivement sur le TBI.

3. Réconcilier les affaires

199. Bien que la sentence impliquant les Philippines se détachait radicalement de la solution et du raisonnement de celle impliquant le Pakistan, un point commun subsiste puisqu'en effet, aucun des tribunaux ne s'est prononcé sur le fond de l'affaire. Pourtant, l'approche divergente sur l'applicabilité de la clause parapluie dans ces deux affaires a généré beaucoup de critiques⁸²³. Certains relèvent que les deux affaires impliquent « *similarly-worded treaty terms* »⁸²⁴, ce qui n'est pas tout à fait vrai ou est,

⁸²⁰ *Idem.* § 97.

⁸²¹ *Idem.* § 120.

⁸²² Article VIII(2) de l'Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 31 mars 1997.

⁸²³ Sur le débat concernant les affaires *SGS* et « umbrella clause », voir e.g. CRAWFORD (James), « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, issue 3, 2008 ; GILL (Judith) *et al.*, « Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties », *Journal of International Arbitration*, vol. 21, no. 5, 2004 ; WENDLANDT (Matthew), « *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disput* », *Texas Investment Law Journal*, vol. 43, no. 3, 2008 ; POTTS (Jonathan), « Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization », *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, issue 4, 2011 ; SCHILL (Stephan), « Enabling Private Ordering - Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, issue 1, 2008.

⁸²⁴ BALLINTINE (Kathryn), « How Far Do Bits Bite - A Comparison of *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties », *supra* note 784, pp. 33 et 37 (« *The language of the umbrella clause in the Switzerland-Philippines BIT differed only slightly from the language in the Switzerland-Pakistan BIT* ») ; TRAMS (Christian), « An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure », *TDM*, vol. 4, issue 5, 2007, p. 26 (« *the conflict between the two decisions cannot really be explained by the wording of the respective treaties.* ») ; MAYER (Pierre), « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2009 (« *Des clauses rédigées de façon identique sont interprétées de façon divergente, et les situations de procédures parallèles, génératrices de décisions contradictoires, sont nombreuses. La cause la plus apparente de cet état de fait réside dans les tribunaux arbitraux. Ils adhèrent fortement à des conceptions théoriques qui les opposent les uns aux autres, et le résultat est qu'aucune ligne jurisprudentielle claire ne se dégage.* »).

du moins, discutable. En effet, le Professeur Susan Franck qui a fortement critiqué les deux affaires reconnaît que « *using a textual approach to consider the rights granted by the specific treaty, it may be possible to explain the different outcomes on the basis of the differences in the substantive rights granted by the ‘umbrella clauses’ of each treaty.* »⁸²⁵ Les commentateurs semblent se focaliser sur la similarité des faits, les deux affaires impliquant le même demandeur et sa demande se fondant sur la clause parapluie, cependant est complètement ignoré le fait que les demandes étaient soumises à des TBI différents avec des dispositions textuelles différentes⁸²⁶. Comme l’a noté l’expert en droit international, le Professeur James Crawford « *Some umbrella clauses are more equal than others to the interpretative weight put upon them - or to put it in less Orwellian terms, everything depends on their actual language.* »⁸²⁷ En raison de la diversité de formulation des clauses parapluie, l’interprétation de celles-ci est variable et dépend de la rédaction du traité en question, de son sens ordinaire, de son contexte, de son objet et but ainsi que de l’historique de la négociation ou d’autres indications de l’intention des parties. Ainsi, une analyse de la clause parapluie doit se faire au cas par cas⁸²⁸.

⁸²⁵ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1574.

⁸²⁶ LEMAIRE (Sophie), « La mystérieuse ‘umbrella clause’ (Interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements) », *Revue de l’arbitrage*, vol. 2009, issue 3, 2009, p. 485 ; FADLALLAH (Ibrahim), LEBEN (Charles), TEYNIER (Eric) *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l’arbitrage*, n° 4, octobre 2013, p. 15 (« *La détermination du sens, de la portée et des effets des umbrella clauses est l’une des questions les plus controversées du droit international des investissements, notamment parce que les sentences et décisions arbitrales ont souvent été divergentes, voire contradictoires sur le sujet. Les deux premières décisions abordant directement la question, les décisions SGS c/ Pakistan du 6 août 2003 et SGS c/ Philippines du 29 janvier 2004, ont notamment suscité beaucoup d’interrogations en raison des solutions contradictoires qu’elles ont adoptées, alors que les faits litigieux étaient similaires.* ») ; TRAMS (Christian), « An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure », *supra* note 824, pp. 25-26 (« *Instances like the different SGS cases concern the conflicting interpretation, given by different ICSID tribunals, of a similar legal rule enshrined in different treaties, and applicable in similar cases between different parties* ») ; ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Permanent Investment Court », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 425 (« *Despite the purported similarities in the facts that gave rise to both cases, each tribunal arrived at a different conclusion.* »).

⁸²⁷ CRAWFORD (James), « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *supra* note 823, p. 367.

⁸²⁸ YANNACA-SMALL (Katia), « Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements », *OECD Working Papers on International Investment*, OCDE Publishing, 2006/03, 2006, p. 22 (« *Arbitral tribunals, in their majority, when faced with a ‘proper’ umbrella clause, i.e. one drafted in broad and inclusive terms, seem to be adopting a fairly consistent interpretation which covers all state obligations, including contractual one. ... Case-by-case consideration which may shed additional light will continue to be called for.* ») ; CATE (Irene), « The Costs of Consistency: Precedent in Investment

200. Bien que le tribunal dans l'affaire impliquant les Philippines avait explicité son désaccord concernant l'interprétation de la clause parapluie dans la sentence *SGS c. Pakistan* en expliquant les différences de formulation des traités, la critique selon laquelle « *the tribunal in SGS v. Philippines (which was subsequent to the decision in SGS v. Pakistan) did not try to distinguish or avoid inconsistency with the prior tribunal's conflicting interpretation* » a néanmoins émergé⁸²⁹. Cette affirmation est incorrecte puisque la sentence *SGS c. Philippines* comprend une longue discussion distinguant la clause parapluie et l'interprétation extensive qui en est faite en l'espèce et l'approche restrictive adoptée dans la *SGS c. Pakistan*⁸³⁰.

201. D'autres commentateurs ont retenu que les différentes solutions dans les affaires *SGS* peuvent être justifiées par le fait que les clauses parapluies contenaient des dispositions textuelles différentes, ce qui a conduit à une interprétation divergente de l'engagement respectif de l'État d'accueil⁸³¹. Tel que James Crawford, co-arbitre dans l'affaire *SGS c. Philippines* case a pu le noter : « *the clause in SGS v. Pakistan was curiously worded and might have given grounds for a narrower construction.* »⁸³² La clause parapluie dans le TBI Suisse-Pakistan était formulée distinctement et dans des termes plus vagues que l'article X(2) du TBI Suisse-Philippines. En particulier, la phrase « *the commitments it has entered into with respect to the investments* » est moins claire et moins catégorique que « *any obligations it has assumed with regard to investments in the territory.* »⁸³³ Le tribunal des Philippines a interprété « *any*

Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, no. 2, 2013, p. 464 (« *although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law* »).

⁸²⁹ HOWARD (David), « Creating Consistency through a World Investment Court », *supra* note 691, p. 32.

⁸³⁰ Voir e.g. *SGS c. Philippines*, §§ 95-97, 111, 113, 119- 127, 133, 138, 157-159, 172-173.

⁸³¹ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 190 (« *Their differing wording goes far to explain the allegedly conflicting conclusions that were reached by the two tribunals.* ») ; VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *supra* note 289, p. 390 (« *There are various explanations for why these two tribunals arrived at different conclusions, most of which are not directly relevant to the public-private dimension at the heart of this paper. For one, the wording of the respective umbrella clauses was different. In SGS v Pakistan, the States Parties were obliged to 'constantly guarantee the observance of commitments', whereas in SGS v Philippines each was required to 'observe any obligation it has assumed'. The latter phrase, as noted by the SGS v Philippines tribunal is a bit more categorical.* »).

⁸³² CRAWFORD (James), « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *supra* note 823, p. 367.

⁸³³ *SGS c. Philippines*, § 119.

obligation it has assumed » comme signifiant des obligations légales y compris contractuelles. De plus, le tribunal analysa le préambule « *to create and maintain favourable conditions for investments by investors* » et conclut que l'objectif du TBI était de donner plein effet à la clause.

202. De par le déroulé des arguments dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, il apparaît que les parties à cette procédure n'ont pas fourni une telle analyse comparative des autres clauses parapluie. Au regard de cette observation, le tribunal dans *SGS c. Pakistan*, décida qu'une décision en faveur du demandeur imposerait des conséquences non anticipées aux parties signataires du TBI⁸³⁴. Ce problème potentiel pourrait être significativement atténué au regard de la disposition plus précise du TBI Suisse-Philippines. Percevoir une contradiction flagrante entre ces procédures reviendrait à ne pas véritablement admettre que les tribunaux tranchent les différends de manière casuistique au regard du contexte du dossier créé par les parties. Concernant la sentence *SGS c. Philippines*, l'avocat Jan Paulsson a commenté : « *The only thing wrong with their award was that it said that it was different from *SGS v. Pakistan*—setting a thousand tongues wagging about 'inconsistent' ICSID decisions. But do not ask them to explain just how the decisions are irreconcilable* »⁸³⁵. Conséquemment, Jan Paulsson assistant le Pakistan dans la première procédure a conclu que les deux affaires ne sont pas contradictoires et peuvent être rapprochées.

C. La crise financière argentine : la défense de l'état de nécessité

203. Au début des années 2000, l'Argentine a connu une crise financière sans précédent. En un jour, le peso argentin a connu une dévaluation de l'ordre de 40 %⁸³⁶. Selon *The Economist*, durant cette crise, le revenu par personne, est passé de 7 000 dollars en moyenne à 3500 dollars et le taux de chômage a augmenté d'environ 25 %⁸³⁷. En décembre 2001, une journée de protestation a coûté la vie à 30 civils, ce qui a conduit à la démission du Président Fernando de la Rúa et à la chute du

⁸³⁴ Voir *SGS c. Pakistan*, § 168.

⁸³⁵ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, pp. 246-247.

⁸³⁶ Voir Certificat concernant l'état de nécessité en Argentine, Guillermo Nielson, Secrétaire d'Argentine, janvier 2003, § 11 (Nielsen Déclaration).

⁸³⁷ « Argentina's Collapse: A Decline without Parallel », *The Economist*, 2-8 mars 2002, p. 26.

gouvernement en place. Cela a été suivi par une « *tragicomic spectacle of a succession of five presidents taking office over a mere ten days* »⁸³⁸.

204. En réponse à la crise, l'Argentine adopta plusieurs mesures visant à stabiliser l'économie, dont l'adoption d'une loi le 6 janvier 2002 connue sous le nom de 'Emergency Law'⁸³⁹. Cette loi a éliminé le calcul des tarifs en dollars américains, les convertissant en pesos au taux de change fixe d'un dollar pour un peso⁸⁴⁰. De plus, le gouvernement était autorisé à dévaluer le peso, qui quelques jours plus tard avait atteint un taux de 1,40 peso pour un dollar pour certaines transactions (principalement bancaires) et au taux du marché libre pour toutes les autres transactions⁸⁴¹. Un mois plus tard, le taux du marché libre était appliqué à toutes les transactions. La loi d'urgence avait également pour objet d'enjoindre au gouvernement argentin la renégociation de certains contrats d'utilité publique affectés par ce train de mesures⁸⁴². De tels changements ont conduit à la baisse de la valeur économique des intérêts des investisseurs étrangers impliqués dans des activités économiques en Argentine. Par conséquent, un certain nombre d'entre eux ont commencé des procédures arbitrales contre l'Argentine devant le CIRDI en vertu de TBI ou de contrats d'État. Parmi les affaires les plus notables, les sentences *CMS c. Argentine*⁸⁴³, *LG&E c. Argentine*⁸⁴⁴,

⁸³⁸ BLUSTEIN (Paul), *And the Money Kept Rolling In (and Out): Wall Street, the IMF, and the Bankrupting of Argentina*, PublicAffairs, 2005, p. 1.

⁸³⁹ Voir Loi d'urgence publique no. 25.561, adopté par le Congrès argentin le 6 janvier 2002, *Bolletín Oficial*, 7 janvier 2002.

⁸⁴⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007 (« **Sentence LG&E** »), §§ 64-67 ; *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/8, Sentence, 12 mai 2005 (« **Sentence CMS** »), §§ 65-66 ; *Sempra Energy International. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/06, Sentence, 28 septembre 2007 (« **Sentence Sempra** »), § 116 ; *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007 (« **Sentence Enron** »), §§ 72-73.

⁸⁴¹ *Idem*.

⁸⁴² *Idem*.

⁸⁴³ *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/8.

⁸⁴⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/1.

*Continental Casualty c. Argentine*⁸⁴⁵, *Enron c. Argentine*⁸⁴⁶ et *Sempra c. Argentine*⁸⁴⁷, ont été prononcées en application du TBI États-Unis-Argentine⁸⁴⁸.

205. Afin de justifier les mesures édictées, l'Argentine a invoqué la clause de « *non-precluded measure* » (« **NPM** ») contenue à l'article XI du TBI États-Unis-Argentine et l'état de nécessité du droit international coutumier. L'article XI du TBI dispose :

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfilment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interest.

L'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (« **Projet CDI** »)⁸⁴⁹ reconnu comme composant du droit international coutumier dispose :

- 1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.*
- 2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité: a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.*

L'Argentine a invoqué les deux dispositions précitées en soutenant qu'elles empêchaient de qualifier ses actions d'illicites. Son argument suggère, dans un premier

⁸⁴⁵ *Continental Casualty Company c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/03/9.

⁸⁴⁶ *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/3.

⁸⁴⁷ *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/06.

⁸⁴⁸ Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République argentine concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé 14 novembre 1991, entré en vigueur le 20 octobre 1994, 31 ILM 124 (1992).

⁸⁴⁹ Nations Unies, Assemblée Générale, Résolution 56/83, Cinquante-sixième session, U.N. Doc. No. A/RES/56/83, 28 janvier 2002, p. 6 ; voir généralement CRAWFORD (James), *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002.

temps en vertu du droit des traités et dans un second temps en vertu du droit coutumier, que l'Argentine était en droit d'adopter de telles dispositions, qui en temps normal seraient considérées comme des violations du TBI. L'Argentine a soutenu que la crise financière en 2001 et 2002 a altéré les intérêts essentiels de l'État et a obligé l'Argentine à adopter des lois constituant la seule option possible pour remédier à la crise⁸⁵⁰. Ainsi, l'Argentine a affirmé que les critères contenus dans le droit international coutumier concernant l'état de nécessité étaient remplis, excluant l'illicéité de son action indépendamment de son argument concernant l'exception de la clause NPM fondée sur le traité⁸⁵¹.

206. Le fond du différend dans presque toutes ces affaires consistait à savoir si la situation économique argentine justifiait l'application de la disposition sur l'urgence contenue dans le TBI en question et/ ou l'application du principe de nécessité en droit international. A cet égard, les tribunaux *ad hoc* étaient principalement chargés d'interpréter l'article XI du TBI États-Unis-Argentine. Plus de 40 affaires ont découlé de la crise économique ayant touché l'Argentine⁸⁵², et les critiques affirment que la tentative des investisseurs de remettre en question les mesures prises par l'Argentine pour lutter contre la crise économique de 2001 « illustre la crise actuelle des décisions et des procédures d'annulation du CIRDI »⁸⁵³.

1. Décisions sur la défense de l'état de nécessité de l'Argentine

207. Les différents tribunaux ont opté pour des approches différentes lors de l'interprétation des conditions (du terme « *nécessaire pour* ») de la clause NPM du TBI États-Unis-Argentine (article XI), et cela a mené à des décisions inconstantes s'agissant de la responsabilité de l'Argentine.

⁸⁵⁰ Voir *e.g.* Sentence CMS, § 312 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/03/9, Sentence, 5 septembre 2008 (« **Sentence Continental Casualty** »), § 189.

⁸⁵¹ Voir *e.g.* Sentence CMS, § 311 ; Sentence Continental Casualty, § 160.

⁸⁵² SCHILL (Stephan), « From Calvo to CMS: Burying an International Law Legacy? Argentina's Currency Reform in the Face of Investment Protection: The ICSID Case CMS v. Argentina », *TDM*, vol. 3, issue 2, avril 2006, p. 1.

⁸⁵³ SCHNEIDER (Andrea), « Error Correction and Dispute System Design in Investor-State Arbitration », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 197 (traduction d'anglais).

a. Les affaires CMS, Enron et Sempra : L'état de nécessité est inséparable du droit international coutumier

208. Les Tribunaux dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*, tous trois présidés par l'arbitre Professeur Francisco Orrego-Vicuña, ont appliqué les conditions de la défense de l'état de nécessité issues du droit international coutumier⁸⁵⁴. Tel que cela a été défini ci-dessus, la règle coutumière de nécessité prescrit un seuil d'application plus élevé que l'article XI du TBI. En effet, les trois tribunaux ont lu les conditions du droit international coutumier en matière d'état de nécessité en les transposant à la clause NPM du traité, examinant donc l'invocation par l'Argentine de la clause NPM au regard de l'exigence fondamentale de la défense de nécessité en droit international coutumier⁸⁵⁵. Afin de soutenir leur approche, les tribunaux ont retenu que la clause du traité est « *inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of state of necessity are concerned* »⁸⁵⁶, et ont de ce fait constaté que les conditions posées par le droit international coutumier en matière d'état de nécessité sont « *pertinentes* » pour déterminer si les conditions nécessaires à l'invocation de la clause NPM contenues dans le TBI sont effectivement remplies⁸⁵⁷. Par conséquent, pour les tribunaux des trois affaires précitées, la clause NPM constituerait une reformulation du droit international coutumier en matière d'état de nécessité qui n'a pas d'impact juridique indépendant.

209. De plus, ces trois tribunaux ont appliqué un standard de preuve rigoureux en imposant à l'État hôte de démontrer que l'adoption des mesures en question était le seul moyen pour l'Argentine de protéger ses « *intérêts essentiels* » et d'empêcher que la situation ne constitue un grave péril⁸⁵⁸. Dans ces circonstances, l'Argentine devait prouver que les mesures adoptées par le gouvernement étaient les seules dont le

⁸⁵⁴ Sentence CMS, §§ 315-317 ; Sentence Enron, §§ 304, 313 ; Sentence Sempra, § 378.

⁸⁵⁵ Sentence CMS, § 353 (« *as rightly explained in the Commentary to Article 25 of the Articles on State Responsibility, the plea of necessity is excluded by the very object and purpose of the treaty. conditions for its operation are concerned, given that it is under customary law that such elements have been defined.* ») ; Sentence Enron, § 333 (« *there is no specific guidance to this effect under the Treaty. This is what makes necessary to rely on the requirements of state of necessity under customary international law, as outlined above in connection with their expression in Article 25 of the Articles on State Responsibility, so as to evaluate whether such requirements have been met in this case.* »).

⁸⁵⁶ Sentence CMS, §§ 353-358 ; Sentence Enron, § 334 ; Sentence Sempra, § 376.

⁸⁵⁷ Sentence CMS, § 353 ; Sentence Enron, § 333 ; Sentence Sempra, § 375.

⁸⁵⁸ Sentence CMS, § 324 ; Sentence Enron, §§ 304-305 ; Sentence Sempra, §§ 347, 350.

gouvernement disposait pour répondre à la crise économique⁸⁵⁹. Dans les trois affaires, les tribunaux n'étaient « *pas convaincus de la sévérité de la crise en Argentine comme pouvant être un facteur capable d'entraîner un état de nécessité.* »⁸⁶⁰ En d'autres termes, les tribunaux ont constaté que la crise n'était pas hors de contrôle⁸⁶¹. En ce qui concerne les conditions de l'article 25, les tribunaux ont conclu que l'Argentine avait contribué à son état de nécessité⁸⁶². Les tribunaux étaient en outre en désaccord sur le point de savoir si les actions de l'Argentine étaient le *seul moyen* offert à l'Argentine. Sans préciser d'autres moyens par lesquels l'Argentine aurait pu répondre à la crise économique, les tribunaux de *CMS*, d'*Enron* et de *Sempra* ont tous estimé que les mesures d'urgence prises par l'Argentine n'étaient pas les seuls moyens disponibles⁸⁶³. De ce fait, les trois tribunaux ont conclu que les exigences et conditions du droit international coutumier n'étaient pas pleinement satisfaites⁸⁶⁴. A cet égard, les tribunaux ont ajouté qu'il n'était pas nécessaire de « *undertake a further judicial review under Article XI given that this Article does not set out conditions different from customary law in such regard.* »⁸⁶⁵

b. Les affaires LG&E et Continental Casualty : la clause du traité est à distinguer du droit international coutumier

210. Au contraire, les tribunaux dans les affaires *LG&E* et *Continental Casualty* ont examiné la clause NPM indépendamment du droit international coutumier⁸⁶⁶. Les deux tribunaux ont considéré que la clause NPM et le droit international coutumier

⁸⁵⁹ Sentence CMS, §§ 373-374 ; Sentence Enron, § 309 ; Sentence Sempra, § 345.

⁸⁶⁰ Voir Sentence Sempra, § 346 (se référant aux conclusions des tribunaux dans les affaires CMS et Enron), voir aussi § 348 ; Sentence Enron, § 306, traduit de l'anglais « *n'ont pas été convaincu de la gravité des affaires impliquant l'Argentine, qui aurait constitué un facteur lui permettant d'invoquer l'état de nécessité* ».

⁸⁶¹ Sentence CMS, § 355 ; Sentence Enron, § 307 ; Sentence Sempra, § 349, traduit de l'anglais : « *la crise n'était pas hors de contrôle* ».

⁸⁶² Sentence CMS, § 329 ; Sentence Enron, §§ 311-312 ; Sentence Sempra, § 354.

⁸⁶³ Sentence CMS, §§ 323-324, 356 ; Sentence Enron, § 308 ; Sentence Sempra, §§ 349-351. Par ailleurs, les tribunaux *Enron* et *Sempra* ont déclaré qu'une enquête sur d'autres réponses possibles à la crise économique ne relèverait pas de leurs compétences respectives. Voir Sentence Enron, § 309 ; Sentence Sempra, § 351.

⁸⁶⁴ Sentence CMS, § 331 ; Sentence Enron, § 313 ; Sentence Sempra, §§ 378, 388.

⁸⁶⁵ Voir Sentence Enron, § 339 ; Sentence Sempra, § 388.

⁸⁶⁶ Sentence Continental Casualty, § 162 (« *The Tribunal will deal with the arguments based on Art. XI first, both because Argentina raises it as its first defense, and also because the application of Art. XI in the present case (if warranted) may be such as to render superfluous a detailed examination of the defense of necessity under general international law applied to the particular facts of the present dispute.* »).

constituaient deux moyens de défense distincts nécessitant des conditions différentes⁸⁶⁷, et ont interprété l'article XI sans appliquer les éléments provenant du droit international coutumier en matière d'état de nécessité⁸⁶⁸. Le tribunal *LG&E* note que :

This leads the Tribunal to the conclusion that invocation of Art. XI under this BIT, as a specific provision limiting the general investment protection obligations (of a 'primary' nature) bilaterally agreed by the Contracting Parties, is not necessarily subject to the same conditions of application as the plea of necessity under general international law⁸⁶⁹.

Pour ces deux tribunaux, l'invocation de la clause NPM doit se baser sur des éléments distincts de ceux sur lesquels se fondent la défense de l'état de nécessité en vertu du droit international coutumier. La clause NPM est un dispositif distinct de répartition des risques et fait explicitement partie de l'accord conclu dans le cadre du TBI entre les États-Unis et l'Argentine, assurant à l'État une protection supplémentaire que celle qui aurait été offerte sur le fondement du droit coutumier⁸⁷⁰. En analysant l'applicabilité de l'article XI, le tribunal dans l'affaire *LG&E* examina deux critères : (1) si les circonstances qui existaient en Argentine lors de la période en question étaient telles que l'État était en mesure d'invoquer les protections prévues à l'article XI du traité ; et (2) si les mesures mises en œuvre par l'Argentine étaient nécessaires pour maintenir l'ordre public et les intérêts essentiels de l'État⁸⁷¹. De même, le *Continental Casualty* tribunal a interprété l'article XI comme une clause de sauvegarde par laquelle l'État hôte ne violerait pas ses obligations au titre du TBI si la crise économique, politique et sociale relevait de l'article XI en ce qu'elle impliquait le *maintien de l'ordre public* et/ou la protection des *intérêts de sécurité essentiels* de l'Argentine et les mesures étaient nécessaires pour maintenir l'ordre public et protéger les intérêts de

⁸⁶⁷ *LG&E*, Décision sur la responsabilité, §§ 206, 245-256 ; Sentence *Continental Casualty*, §§ 162-163 (« *In view of these differences between the situation regulated under Art. 25 ILC Articles and that addressed by Art. XI of the BIT, the conditions of application are not the same.* »).

⁸⁶⁸ Sentence *Continental Casualty*, § 168 (« *The Tribunal will therefore focus on the analysis of Art. XI and the conditions of its application, referring to the customary rule on State of Necessity (as enshrined in Art. 25 of the ILC test) only insofar as the concept there used assist in the interpretation of Art. XI itself* »).

⁸⁶⁹ Sentence *Continental Casualty*, § 167 ; voir également *LG&E*, Décision sur la responsabilité, § 245.

⁸⁷⁰ Voir Sentence *Continental Casualty*, §§ 167-168.

⁸⁷¹ *LG&E* Décision sur la responsabilité, § 205.

sécurité essentiels de l'Argentine. De même, le tribunal dans l'affaire *Continental Casualty* a interprété l'article XI comme une clause protectrice selon laquelle l'État hôte ne violerait pas ses obligations découlant du traité si la crise économique, politique et sociale telle que présentée par ledit article impliquait le *maintien de l'ordre public* et/ou la protection par l'Argentine de ses *intérêts essentiels*⁸⁷².

211. En ce qui concerne la charge de la preuve, les deux tribunaux en question ont adopté une approche moins restrictive laissant à l'État le pouvoir discrétionnaire d'élaborer ses propres politiques en réponse à la crise économique. Par exemple, le tribunal *LG&E* a relevé que :

*Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate decisive action to restore civil order and stop the economic decline Article XI refers to situations in which a State has no choice but to act. A state may have several responses at its disposal to maintain public order or to protect its essential security interests*⁸⁷³.

Par conséquent, le tribunal a reconnu la nature subjective de certains objectifs admissibles dans le cadre du TBI et a conclu que les États, plutôt que les tribunaux du CIRDI, sont souvent les mieux placés pour apporter des réponses politiques appropriées aux situations d'urgence⁸⁷⁴. Le tribunal dans l'affaire *Continental Casualty* de façon similaire, relevé que « *the Tribunal is mindful that it is not its mandate to pass judgment upon Argentina's economic policy during 2001-2002, nor to censure Argentina's sovereign choices as an independent state.* »⁸⁷⁵ Les deux tribunaux ont jugé que, en vertu des éléments présentés, les intérêts essentiels de sécurité étaient menacés en Argentine⁸⁷⁶, et que le comportement de l'Argentine face à la crise économique et sociale était conforme aux conditions requises pour déroger à

⁸⁷² Sentence *Continental Casualty*, §§ 164, 169 (le Tribunal a également évalué si l'article XI s'imposait de lui-même, ainsi que l'effet de l'application de l'article XI sur les mesures prises par l'Argentine).

⁸⁷³ *LG&E* Décision sur la responsabilité, § 214 ; Sentence *Continental Casualty*, § 179 (« *The review carried out above of basic features of the crisis which Argentina faced in the latter part of 2001, and which continued into 2002, causes the Tribunal to decide that such a crisis is covered by the application of Art. XI.* »).

⁸⁷⁴ Voir aussi Sentence *Continental Casualty*, § 181 (« *in the Tribunal's view, this objective assessment must contain a significant margin of appreciation for the State applying the particular measure: a time of grave crisis is not the time for nice judgments, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight* »).

⁸⁷⁵ Sentence *Continental Casualty*, § 199.

⁸⁷⁶ *LG&E*, Décision sur la responsabilité, §§ 229-237 ; Sentence *Continental Casualty*, § 197.

ses obligations en vertu de l'articles XI du TBI⁸⁷⁷. De plus, les deux tribunaux ont respectivement jugé que les mesures adoptées par le gouvernement étaient les « *seuls moyens disponibles* »⁸⁷⁸ et que le point de savoir si l'État a contribué à l'état de nécessité⁸⁷⁹ ne constituait pas une condition d'application de l'article XI du TBI.

212. L'adoption d'approches divergentes quant à l'interprétation de l'article XI du TBI États-Unis-Argentine a eu pour conséquence de voir certains tribunaux (le premier groupe d'affaire) rejeter la défense de l'Argentine se basant sur l'existence d'un état de nécessité fondé sur la clause NPM condamnant ainsi l'État hôte à verser des dommages aux investisseurs, alors que dans les deux autres affaires, les tribunaux ont accepté cette défense considérant ainsi que l'Argentine n'était pas responsable.

2. Décisions d'annulation de l'Argentine : fragmentation accrue ou analyse constante ?

213. Ces cinq affaires ont fait l'objet d'un recours en annulation devant l'organe prévu à cet effet, le Comité *ad hoc* du CIRDI. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Sempra* a annulé l'intégralité de la sentence sur le fondement de l'excès de pouvoir manifeste⁸⁸⁰, en raison du défaut d'application de l'article XI du TBI États-Unis-Argentine par le tribunal⁸⁸¹. De façon plus précise, le Comité a cité une série de sentences CIRDI confirmant que la non-application de la loi applicable peut constituer un excès de pouvoir manifeste⁸⁸². De plus, le Comité *ad hoc* prit en compte le fait que la sentence *Sempra* a constaté que « *there is no need to undertake a further judicial review under Article XI* » puisque les conditions du droit international coutumier avaient été remplies⁸⁸³. Le Comité *ad hoc* constitué pour l'affaire *Enron*⁸⁸⁴ a fait preuve d'une autre interprétation en jugeant que la sentence a démontré de façon suffisamment claire les raisons justifiant le recours au droit international coutumier

⁸⁷⁷ Sentence, Continental Casualty, § 233.

⁸⁷⁸ LG&E, Décision sur la responsabilité, § 239, traduit de l'anglais « *seul moyen disponible* ».

⁸⁷⁹ *Idem.* § 234.

⁸⁸⁰ Article 52(1)(b) de la Convention CIRDI stipule : « *Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : ... (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal* ».

⁸⁸¹ *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/16, Décision relative à la demande d'annulation de la République Argentine, 29 juin 2010, §§ 185, 229.

⁸⁸² *Idem.* §§ 205-206.

⁸⁸³ *Idem.* § 130.

⁸⁸⁴ *Enron Corp. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/3, Décision relative à la demande d'annulation de la République Argentine, 30 juillet 2010.

pour interpréter l'article XI du TBI, et a ajouté que « *it is not for the Committee to determine whether or not that interpretation was correct* », signifiant qu'il n'y a pas en l'espèce d'erreur justifiant une annulation sur ce point⁸⁸⁵. Plutôt, le Comité *ad hoc* a annulé la sentence en considérant que le tribunal n'avait pas appliqué la loi applicable lors de la résolution des questions portant sur l'existence d'autres moyens pour l'Argentine de contrer la crise et sa contribution à cette dernière puisque le tribunal s'est fondé non pas sur le droit mais sur des expertises économiques⁸⁸⁶. De plus, le Comité a constaté que le tribunal avait manqué à son obligation de motiver sa décision conformément aux conditions posées par le droit international⁸⁸⁷. Étant donné que la conclusion du tribunal relative à l'inapplicabilité de l'article XI constituait le fondement de sa décision selon laquelle les conditions de l'article 25 du projet CDI n'étaient pas remplies, le Comité a conclu que la sentence devait être annulée à cet égard⁸⁸⁸. Bien que les fondements permettant l'annulation soient limités, les deux Comités *ad hoc* ont conclu que les deux sentences dans les affaires *Sempra* et *Enron* devaient être annulées. Cependant ces deux décisions d'annulation contiennent des motivations divergentes sur l'interprétation adéquate de l'état de nécessité basé sur le TBI États-Unis-Argentine et sur le droit international coutumier.

214. La décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS*⁸⁸⁹ a fait l'objet d'une grande attention compte tenu de son analyse approfondie et de la critique dressée à l'égard de la décision du tribunal sur le fond⁸⁹⁰, et plus particulièrement sur la défense de l'Argentine fondée sur l'état de nécessité. Plus particulièrement, le Comité *ad hoc* nota

⁸⁸⁵ *Idem.* § 403.

⁸⁸⁶ *Idem.* §§ 377, 393.

⁸⁸⁷ *Idem.* § 384.

⁸⁸⁸ *Idem.* §§ 404-405.

⁸⁸⁹ *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/01/8, Décision de la commission ad hoc sur la demande d'annulation de l'Argentine, 25 septembre 2007 (« **CMS Annulment** »).

⁸⁹⁰ BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *supra* note 471, p. 408 (« *While scholars have long noted a legitimacy deficit in investor-state arbitration and predicted a crisis in the system, the Argentine cases may well be precipitating that crisis both because these cases touch on the most fundamental policy choices of states and because, for the first time, an Annulment Committee appears to be catalyzing a rethinking of investor-state arbitration more generally through its own jurisprudence.* ») ; VON STATEN (Andreas), « Towards Greater Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decision », *Czech Yearbook of International Law*, vol. 2, 2011, p. 217 (« *As part of its discussion, the committee put forward a doctrinally much improved view of the relationship between Article XI and the necessity defence under customary law, but eventually declined to annul the CMS award on this account.* »).

que la sentence arbitrale contenait des erreurs manifestes de droit puisque : i) le tribunal n'a pas tranché sur les questions de savoir si les articles XI du TBI et 25 du Projet CDI sont applicables en l'espèce, bien que les deux articles soient différents dans leur fonctionnement et contenu et ii) le tribunal n'a pas démontré que l'article XI du TBI constitue la *lex specialis* de l'article 25 du Projet CDI et que ce dernier ne peut être soulevé que de manière subsidiaire. En outre, le Comité *ad hoc* nota que le tribunal a commis une erreur de droit car il n'a pas examiné si les conditions de l'article XI étaient remplies et si par conséquent les mesures prises par l'Argentine constituaient une violation du traité. Le Comité nota que ces « *two errors made by the Tribunal could have had a decisive impact on the operative part of the Award. As admitted by CMS, the Tribunal gave an erroneous interpretation to Article XI.* »⁸⁹¹ Il observe :

*In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law*⁸⁹².

Cependant, le Comité étant conscient de sa compétence en matière d'annulation des sentences, il décida de ne pas annuler la sentence CMS⁸⁹³. Cependant, se pose la question de savoir si l'erreur de droit dans cette affaire n'était pas d'une gravité telle qu'elle était équivalente à l'inapplication effective de l'article XI. Après tout, lorsque les parties à un traité décident d'y inclure une clause de NPM, elles négocient une telle clause, qui sera simplement considérée par le tribunal comme la défense de nécessité du droit coutumier, et, prise de manière isolée, cette disposition n'a pas d'effets. Une telle approche viole le principe d'effectivité de l'interprétation des traités selon laquelle les dispositions du traité doivent avoir plein effet. Une telle approche viole le principe d'efficacité de l'interprétation des traités selon lequel il convient de donner effet à chaque disposition d'un traité (connu sous le terme *effet utile* ou le principe de

⁸⁹¹ *Idem.* § 135.

⁸⁹² *Idem.* § 134.

⁸⁹³ *Idem.* § 158.

ut res magis valeat quam pereat)⁸⁹⁴. Selon les professeurs Jacob, Latty et de Nanteuil : « Le principe de l'effet utile occupe également une place de choix dans le raisonnement des tribunaux arbitraux, bien qu'il ne figure pas expressément parmi les directives codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités. »⁸⁹⁵ Si l'Argentine et les États-Unis avaient simplement souhaité soumettre leur accord à la défense de nécessité, ils auraient pu rester silencieux sur ce point dans la mesure où la défense de nécessité aurait de toute façon été appliquée. Le fait qu'ils aient choisi un texte formulé différemment, ne faisant pas référence au principe de nécessité tel que prévu par le droit coutumier suggère plutôt qu'ils avaient l'intention de prévoir une norme différente au regard de laquelle les mesures d'urgence devaient être évaluées. Néanmoins, si le Comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS* a affirmé qu'il existait une différence significative entre l'article XI et la défense de nécessité issue du droit coutumier, celui-ci n'était pas disposé à conclure que le fait de confondre les deux entraînait la non-application de l'article XI.

215. L'investisseur LG&E et l'Argentine ont tous deux effectué un recours en annulation partielle de la sentence. Cependant les parties se sont ensuite entendues sur l'arrêt de cette procédure⁸⁹⁶. L'investisseur Continental Casualty et l'Argentine ont également effectué un recours en annulation partielle de la sentence sur le fondement de l'excès de pouvoir manifeste du tribunal et du défaut de motifs⁸⁹⁷. Cependant, le Comité d'annulation a rejeté la totalité de cette demande⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ Voir BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *supra* note 471, pp. 407, 420.

⁸⁹⁵ JACOB (Patrick), LATTY (Franck), DE NANTEUIL (Arnaud), *Arbitrage d'investissement et droit international général*, *supra* note 290, p. 651.

⁸⁹⁶ *LG&E Energy Corp. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/02/1, Ordonnance du Secrétaire-Général prenant acte de la discontinuité de la procédure, 20 février 2015, §§ 4-6 (« On January 26, 2015, the Secretary-General received a letter from the Claimants requesting the discontinuance of the proceeding pursuant to Rule 44 of the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings ('ICSID Arbitration Rules'). [...] On February 2, 2015, the Secretary-General received a letter from the Argentine Republic stating that it had no objections to the discontinuance of the proceeding. »).

⁸⁹⁷ *Continental Casualty Co. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/03/9, Décision sur la demande d'annulation partielle de Continental Casualty Company et Décision sur la demande d'annulation partielle de l'Argentine, 16 septembre 2011, § 80.

⁸⁹⁸ *Idem.* p. 114(1), (2).

3. Expliquer les différences de résultats : un produit doctrinal ?

216. La défense basée sur l'état de nécessité, et plus particulièrement son champ d'application, s'est révélé comme l'une des questions les plus débattue en droit international des investissements⁸⁹⁹. La divergence entre les affaires *Sempra*, *CMS*, et *Enron* avec les affaires *LG&E* et *Continental Casualty* est attribuable à l'interprétation divergente des tribunaux de l'état de nécessité de l'article XI du TBI et de son lien avec l'état de nécessité tel que prévu par le droit international coutumier. Cette différence d'interprétation particulièrement flagrante a eu pour conséquence des décisions divergentes sur la responsabilité de l'Argentine et a engendré un vif débat entre critiques⁹⁰⁰. Tel que le Professeur Giovanni Zarra a pu commenter :

If coherence is a key element for the legitimacy of a certain system of justice, the decisions regarding the necessity defence in the Argentinian cases are a step forward towards mistrust for investment arbitration: not only did they reach irreconcilable conclusions, but often they completely disregarded each other. The above concerns are illustrated by what is stated by an Italian scholar, who said: this contradiction of outcomes is regrettable and lead us to question whether ICSID is an adequate mechanism for the settlement of disputes⁹⁰¹.

En particulier, les critiques affirment que les différentes solutions dans les affaires impliquant l'Argentine sont particulièrement problématiques étant donné qu'elles

⁸⁹⁹ SUBRAMANIAN (S. R.), « Too Similar or Too Difficult: State of Necessity as a Defence under Customary International Law and the Bilateral Investment Treaty and their Relationship », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 9, no. 1, 2012, p. 68.

⁹⁰⁰ BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *supra* note 471, p. 420 (« *The jurisprudence of the ICSID tribunals in the Argentina cases is particularly problematic for two reasons. First, the legal reasoning in these awards is often deeply flawed* ») ; PARK (EUN), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 447 (« *This lack of coherence in the ruling on a fundamental legal issue has contributed to a loss of confidence in the investment arbitration system* ») ; SUBRAMANIAN (S. R.), « Too Similar or Too Difficult: State of Necessity as a Defence under Customary International Law and the Bilateral Investment Treaty and their Relationship », *idem*. p. 75 (« *It is expected that such analysis [of the Argentine cases] will serve as a necessary background for recognition of how far the lack of consistency and coherence in investment arbitration, especially in the issue of application of emergency clause, could be a major problem for the legitimacy of international investment law.* ») ; SPOORENBERG (Frank) et VIÑUALES (Jorge), « Conflicting Decisions in International Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, no. 1, 2009, p. 94 (« *The differing conclusions reached on the issue of necessity in the CMS and LG&E awards provide a clear illustration of the potentially disruptive effect entailed by such contradiction.* »).

⁹⁰¹ ZARRA (Giovanni), « Orderliness and Coherence in International Investment law and Arbitration: An analysis Through the Lens of State of Necessity », in SCHERER (Maxi) (ed.), *Journal of International Arbitration*, vol. 34, issue 4, p. 662.

mettent en cause des faits similaires, la remise en question des mesures prises par l'Argentine et la défense de ce pays fondée en partie sur l'état de nécessité, tout cela sous l'égide du même TBI États-Unis-Argentine⁹⁰². Cela permet de différencier les affaires impliquant l'Argentine des affaires précédemment invoquées telles que *CME/Lauder* et *SGS* qui ont pour fondement juridique des traités bilatéraux différents aux dispositions formulées différemment, nécessitant ainsi différentes interprétations.

217. La tentative visant à concilier les différentes interprétations et conclusions des sentences arbitrales concernant la défense de nécessité de l'Argentine laisse de nombreuses questions sans réponse. En outre, les différents comités *ad hoc* constitués pour ces trois affaires ont adopté des positions divergentes, soulevant ainsi des préoccupations supplémentaires concernant le manque de constance⁹⁰³. Deux de ces trois sentences ayant été prononcées en défaveur de l'Argentine ont été annulées

⁹⁰² FOURET (Julien), « 'CMS c. LG&E' ou l'état de nécessité en question », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2007, issue 2, p. 249 (« *Les sentences CMS c/ Argentine et LG&E c/ Argentine illustrent l'inexistence de la règle du précédent en arbitrage CIRDI. Outre cette constatation prima facie, ces deux décisions sont lourdes de conséquences pour le droit des investissements mais aussi, plus largement, pour le droit international public dans son ensemble. En effet, l'analyse de l'état de nécessité de l'Argentine menée par les deux tribunaux est quasi antinomique. Si ces derniers ont une analyse similaire du caractère self-judging des dispositions conventionnelles contenant des références à cette circonstance excluant l'illicéité, leur opposition est frontale concernant la reconnaissance de cet état et des conséquences potentiellement afférentes à cette reconnaissance* »); HARHAY (Leah), « Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency », *supra* note 689, p. 95 (« *Despite the similar fact patterns and the identical defenses, three of the four tribunals held Argentina fully responsible for harms to investors, whereas the fourth absolved Argentina of much of its responsibility* »); SCHILL (Stephan), « International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crisis », *Journal of International Arbitration*, vol. 24, issue 3, p. 278 (« *contradicting awards nevertheless create insecurity about the proper state of the law and put the legitimacy of the system of investment arbitration into question. This is particularly so where divergences occur in the interpretation of the same BIT and relate to almost identical facts.* »); MARTINEZ (Elizabeth), « Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23, no. 1, 2012, pp. 150-151 (« *Perhaps even more noteworthy than the amount of damages awarded are the conflicting interpretations of the necessity of Argentina's emergency measures as a response to the economic crisis ... commentators and practitioners have taken a particular interest in a group of ICSID cases collectively known as the Argentine Gas Cases.* »); SIMOES (Joanna), « Sovereign Bond Disputes before ICSID Tribunals: Lessons from the Argentina Crisis », *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, no. 4, 2011, p. 713 (« *it becomes harder to explain these inconsistencies when the problem arises from treaties that have the same language or disputes with similar facts.* »).

⁹⁰³ PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 450 (« *Such intensified complications in the annulment stage have deepened concerns regarding inconsistency in international investment law, and the implications that it poses on the ICSID regime as a whole.* »); HARHAY (Leah), « Investment Arbitration in 2021: A Look to Diversity and Consistency », *idem*, p. 96 (« *Even in their annulments, there is inconsistency.* »); MARTINEZ (Elizabeth), « Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases », *idem*, p. 175 (« *Analysis of the Argentine Gas Cases reflects a widespread concern about inconsistency in international investment law and its ramifications* »).

s'agissant de la défense de nécessité mais sur des fondements différents. La sentence *CMS* n'a quant à elle pas fait l'objet d'une annulation malgré la reconnaissance par le Comité *ad hoc* de plusieurs *erreurs de droit*⁹⁰⁴. Bien qu'il puisse exister parmi les commentateurs un désaccord portant sur le bien-fondé des décisions des différents comités *ad hoc*, ces derniers analysent les sentences « *on the basic doctrinal parameters regarding the relationship between treaty law and customary law, and the interpretation and application of each, are great improvements over much of what can be found in the underlying tribunal awards.* »⁹⁰⁵ Malgré qu'au final, la sentence *CMS* est la seule à retenir l'Argentine responsable, une explication de la différence des deux groupes de décisions est possible et il est permis de conclure qu'une jurisprudence s'est développée grâce aux jugements des différents comités d'annulation.

218. La différence d'interprétation de l'état de nécessité dans les affaires *CMS*, *Sempra* et *Enron* (constituant le premier groupe) et les décisions in *LG&E* et *Continental Casualty* (constituant le deuxième groupe) résulte de deux facteurs. Dans un premier temps, les tribunaux ont eu une interprétation différente sur le lien entre l'état de nécessité en vertu du droit international coutumier et l'article XI du TBI. Dans le premier groupe de sentences, le tribunal a examiné la défense de l'état de nécessité en vertu du droit international coutumier tel que cela figure à l'article 25 du Projet CDI, en se référant seulement à l'article XI du TBI. A l'inverse, les tribunaux *LG&E* et *Continental Casualty* ont appliqué la clause NPM du TBI en ne se référant au droit international coutumier qu'à titre subsidiaire afin d'appuyer leur conclusion⁹⁰⁶. Cette différence a eu pour conséquence d'affecter la question de savoir si des dommages étaient dus à l'investisseur étranger même lorsqu'il était admis que les conditions de l'état de nécessité étaient remplies. Dans un second temps, bien que les deux fondements puissent être dans une certaine mesure comparable, les tribunaux ont adopté des positions divergentes sur la charge de la preuve nécessaire pour prouver qu'il existait un état de nécessité. Le premier groupe de tribunaux exigeait de l'État hôte qu'il prouve qu'il n'avait pas contribué à cette crise et qu'il n'existait pas de

⁹⁰⁴ CMS Annulment, §§ 158-159.

⁹⁰⁵ VON STATEN (Andreas), « Towards Greater Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decision », *supra* note 890, p. 225.

⁹⁰⁶ Voir Sentence *LG&E*, § 206 (sur la relation entre la clause d'urgence du TBI et le droit international coutumier) et § 245 (notant que le droit international coutumier « *supports the Tribunal's conclusion* »).

moyens moins contraignant pour l'endiguer. Ces différences de raisonnement sont problématiques et, ci-dessous seront expliquées les raisons pour lesquelles l'approche adoptée par les tribunaux *LG&E* et *Continental Casualty* est la meilleure.

219. Tout d'abord, les tribunaux *LG&E* et *Continental Casualty* ont analysé le lien entre la clause du TBI et le droit international coutumier de façon correcte⁹⁰⁷. Il est convenu que le droit provenant des traités prévaut sur le droit international coutumier, puisque le traité fait office de *lex specialis*⁹⁰⁸, L'analyse fondée sur l'article 25 du Projet CDI vient en « *norme subsidiaire (en droit international)* », le tribunal étant ainsi dans l'obligation de se prononcer dans un premier temps sur l'application de l'article XI du TBI permettant de justifier la violation par l'Argentine du TBI États-Unis-Argentine⁹⁰⁹. C'est seulement après avoir déterminé l'inapplication de l'exception prévue à la clause NPM que le tribunal aurait pu être en mesure d'analyser le droit international coutumier comme fondement permettant de justifier la prise de mesures par l'Argentine pendant la crise⁹¹⁰.

220. Deuxièmement, la décision *LG&E* mérite d'être soutenue car elle laisse à l'État la liberté d'adopter des mesures ayant pour but de répondre à une crise économique sévère en lui permettant de réagir à cette crise de manière flexible en choisissant parmi différentes mesures *nécessaires et légitimes*⁹¹¹. En substance, cela revient à reconnaître que l'État hôte dispose dans ce contexte d'une certaine marge de manœuvre insusceptible de contrôle⁹¹². Cela atténue l'une des conséquences extrêmes qui est celle de l'application restrictive du critère du *seul moyen* tel que cela est le cas dans la décision *CMS*, à savoir qu'un État confronté à une crise devrait attendre que cette dernière s'aggrave au point qu'il n'existe plus qu'une seule solution pour y répondre, et ce même si une intervention de l'État à un stade plus précoce permettrait d'éviter un

⁹⁰⁷ SCHILL (Stephan), « International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crisis », *supra* note 902, p. 282 ; BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *supra* note 471, p. 418.

⁹⁰⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril –1 juin and 2 juillet –10 août 2001), A/56/10, 2001, Article 55, Commentaires 1 et 2, p. 140.

⁹⁰⁹ Voir également *CMS Annulment*, § 134 ; *Sempra Annulment*, §§ 203-204.

⁹¹⁰ Voir *idem*.

⁹¹¹ Sentence *LG&E*, § 240.

⁹¹² SCHILL (Stephan), « International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crisis », *supra* note 902, p. 561.

préjudice plus important. Un critère aussi étroit et strict exigerait qu'un État hôte soit dans un état d'effondrement économique total avant de pouvoir invoquer le principe de nécessité, ce qui serait préjudiciable à la fois pour l'État hôte et pour les investisseurs. En pratique, cela implique bien évidemment que la défense de nécessité deviendra pratiquement indisponible dans les cas où elle émane d'une crise économique face à laquelle les États auront bien souvent des options différentes quant à la manière de réagir⁹¹³.

221. L'un des aspects les plus troublants de la première série de sentences prononcées contre l'Argentine repose sur la confusion entre les normes applicables⁹¹⁴. Tout aussi déconcertant, les tribunaux ont confondu les normes applicables sans s'appuyer sur les règles relatives à l'interprétation des traités telles que codifiées par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (« **CVDT** »). Le Professeur William Burke-White a pu observer que les trois tribunaux n'ont pas tenu compte de l'interprétation des États-Unis et de l'Argentine, selon laquelle « *in exchange for granting investors greater protections that would have been available in customary law, the states also sought to preserve for themselves greater freedom of action through the NPM clause than would have been available in customary law.* »⁹¹⁵ En définitif, l'interprétation des éléments de la défense de nécessité dans le cadre du TBI par ces tribunaux était dépourvue d'une approche cohérente et a été effectuée de manière superficielle. En effet, les trois comités d'annulation ont permis d'apporter des précisions et par conséquent plus de clarté en ce qui concerne la première série d'affaires. Les améliorations tirées des décisions rendues par les comités d'annulation sont les suivantes : (i) les dispositions des traités constituent une *lex specialis* (excepté en cas de conflit avec les normes de *jus cogens*) relative au droit international

⁹¹³ MUTHUCUMARASWAMU (Sornarajah), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3rd ed., 2012, pp. 462-463 (Commentant la première série de tribunaux qui, « *the plea was defined by the tribunals so restrictively that it would have been impossible to evoke the plea of Necessity* »).

⁹¹⁴ VON STATEN (Andreas), « Towards Greater Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decision », *supra* note 890, p. 210 ; BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *supra* note 471, p. 418 (« *Legally, reading the customary defense of necessity into the NPM clause both violates the Vienna Convention rule of *lex specialis* and the canonical rule that every clause in a treaty must be given effect.* »).

⁹¹⁵ BURKE-WHITE (William), « The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *idem*. p. 418-419.

coutumier, (ii) en distinguant les règles primaires régissant la portée et le contenu d'une obligation et les règles secondaires concernant les conséquences d'une violation de ces règles, les comités ont aligné leur jurisprudence sur l'approche adoptée par la CDI dans sa formulation du Projet d'articles et ont fourni une analyse utile permettant de mieux appréhender la relation entre les exceptions d'origine conventionnelle et les défenses fondées sur le droit coutumier, et (iii) l'accent a été mis sur la nécessité d'interpréter soigneusement le droit des traités ainsi que le droit coutumier sur la base de règles d'interprétation reconnues applicables à chaque droit⁹¹⁶. Bien que les trois décisions d'annulation diffèrent concernant l'appréciation du manquement à l'application du droit applicable, les comités ont présenté des arguments plus convaincants et juridiquement cohérents sur l'interprétation et l'application de la clause de NPM ainsi que sur la défense de nécessité fondée sur le droit international coutumier que ceux présentés par les tribunaux dans la première série d'affaires.

222. La composition des tribunaux dans les affaires concernant l'Argentine revêt une importance particulière. Comme le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler l'a noté en 2008 :

So far, there are four decisions against,⁹¹⁷ and one in favor of,⁹¹⁸ resorting to a state of necessity. However, this is a misleading statistic because three of the cases that refused to apply a state of necessity were presided over by the same chairman. The actual result is, thus, more balanced than it appears⁹¹⁹.

Le Professeur Francisco Orrego Vicuña a occupé le poste de président des tribunaux arbitraux dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*⁹²⁰ accompagné de l'honorable Marc

⁹¹⁶ MARTINEZ (Elizabeth), « Understanding the Debate over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases », *supra* note 902, p. 179; VON STATEN (Andreas), « Towards Greater Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decision », *supra* note 890, p. 225.

⁹¹⁷ Sentence CMS, §§ 324 *et seq.* ; Sentence Enron, §§ 307 *et seq.* ; Sentence *Sempra*, §§ 346 *et seq.* ; *BG Group Plc. c. Argentine*, CNUDCI, Sentence finale, 24 décembre 2007.

⁹¹⁸ Sentence LG&E, §§ 339 *et seq.*

⁹¹⁹ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », *supra* note 672, pp. 412-413 ; VON STATEN (Andreas), « Towards Greater Clarity in Investor-State Arbitration: The CMS, Sempra, and Enron Annulment Decision », *supra* note 890, p. 213 (« *incidentally, all shared the same president* »), cette citation faisant référence à la note de bas de page n° 24 (« *Francisco Orrego Vicuña, a Chilean jurist and professor of international law at the University of Chile. The CMS and Sempra tribunals also shared the Canadian Marc Lalonde as arbitrator.* »).

⁹²⁰ Dans l'affaire *Sempra*, avec Vicuña comme président et Lalonde comme mandataire du demandeur, le tribunal a quasiment reproduit leurs motifs dans *CMS*, bien que l'affaire ait été, effectivement,

Lalonde, co-arbitre dans les affaires *Sempra* et *CMS*, les trois sentences ayant été rédigées de façon similaire, sinon identique. Il convient de noter que le Juge Francisco Rezek a siégé comme co-arbitre dans l'affaire *CMS* ayant donné lieu à une sentence rendue le 12 mai 2005, 18 mois avant que la décision du *LG&E* ne soit rendue. Les décisions *CMS* et *LG&E* sont les premières décisions radicalement opposées sur la question de la défense de nécessité et ayant fait l'objet de nombreux débats doctrinaux⁹²¹. En outre, le Professeur Albert Van den Berg a également siégé en tant que co-arbitre dans les affaires *Enron* et *LG&E*. Les Professeurs Rezek et Van den Berg ont essentiellement changé de position dans l'affaire *LG&E*. Selon une étude sur les politiques judiciaires, en anglais «*judicial politics*» et sur les sentences dépourvues de constance dans les affaires impliquant l'Argentine, l'auteur David Schneiderman a noté que :

The one constant is Vicuña, whose preferences are clear. He did not find the necessity defense available in either of his cases and neither did his fellow arbitrators. We can surmise that Vicuña was a powerful and determinative presence on both [CMS and Enron] panels and that he might have convinced either Rezek or Van den Berg to vote against their preference as revealed in either of the two cases.⁹²² We can conclude, in other words, that something else was going on other than law and that it likely was strategic decision making⁹²³.

« examinée à nouveau ». Le tribunal dans l'affaire *Sempra* a écrit « *(it) is not any more persuaded than the CMS and Enron tribunals about the crisis justifying the operation of emergency and necessity.* », Sentence *Sempra*, § 346.

⁹²¹ Voir e.g. FOURET (Julien), « 'CMS c. LG&E' ou l'état de nécessité en question », *supra* note 902 ; SCHILL (Stephan), « International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in *LG&E v. Argentina* », *supra* note 902 ; REINISCH (August), « Necessity in International Investment Arbitration - An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on *CMS v. Argentina* and *LG&E v. Argentina* », *TDM*, vol. 3, issue 5, 2006 ; CASTILLO ARGANARÁS (Luis), « The State of Necessity as International Defense Raised by a State Undergoing a Financial Crisis. A Case Study », *TDM*, vol. 7, issue 4, 2007.

⁹²² Christoph Schreuer, tentant de raisonner ces décisions qui sont « irréciliables », suppose que le « *personal dynamics within a tribunal among the usually three people may also be a very strong contributing factor towards a particular result* » in Forum Panel Discussion: Precedent in Investment Arbitration, *Investment Treaty Law: Current Issues III*, 2009, p. 321.

⁹²³ SCHNEIDERMAN (David), « Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 30, no. 2, 2010, p. 407.

Cette position est d'ailleurs renforcée par la publication du Professeur Vicuña, qui affirme qu'il est « *difficult to understand why preclusion under a treaty ought to have such a different treatment from the very same concept of preclusion under Article 25 of the Articles on State Responsibility.* »⁹²⁴ Il soutient également que le principe de nécessité contenu dans le droit international coutumier peut constituer un cadre idéal pour interpréter la clause NPM contenue dans le TBI États-Unis-Argentine⁹²⁵. Selon le Professeur Vicuña, si le traité « *provides for an exception [the NPM clause] and this is not defined, its examination under customary international law will be the first and only shot supplementing the treaty vacuum.* »⁹²⁶ Ceci est fondée sur l'idée selon laquelle il est « *quite natural to search for the missing meaning in the mother source ... general international law* », si les dispositions du traité sont « *somehow incomplete.* »⁹²⁷ Par conséquent, il apparaît que l'interprétation du premier groupe de décision est fondée sur le point de vue personnel du Vicuña en tant qu'arbitre-président.

SECTION 2. LA CONSTANCE EST-ELLE SOUHAITABLE ET SI OUI, QUELLES SONT LES FAÇONS D'Y PARVENIR ?

223. Malgré le régime fragmenté des TBI dont les dispositions diffèrent, certains universitaires soutiennent que la constance et la cohérence des décisions arbitrales sont nécessaires pour favoriser la stabilité et la prévisibilité. A cet égard, on peut se demander s'il est en fait souhaitable de répondre de la même manière à des questions juridiques similaires et s'il est approprié de critiquer le manque de constance de la jurisprudence, étant donné que l'arbitrage international des investissements est un mode de règlement des différends hautement complexe et non judiciaire. Cette Section examinera si la constance est effectivement souhaitable (I) et certains moyens permettant de mieux parvenir à la constance (II).

I. A-T-ON BESOIN DE CONSTANCE ?

224. Cette Section traitera du débat sur la valeur et la nécessité d'une constance jurisprudentielle dans l'arbitrage d'investissement. Il s'agit de savoir si une

⁹²⁴ VICUÑA (Francisco), « Softening Necessity », in ARSANJANI (Mahnoush) et REISMAN (Michael) (eds.), *Looking to the Future: Essays*, Martinus Nijhoff, 2011, p. 742.

⁹²⁵ *Idem.* p. 744.

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ *Idem.* p. 743.

jurisprudence plus constante est réellement un objectif souhaitable. En répondant à la deuxième question, il ne faut pas ignorer que certaines solutions sont propres à un traité ou à un fait. En outre, un certain degré d'absence de constance est inhérent à tout système juridique et ne devrait pas être inacceptable⁹²⁸. Par exemple, la jurisprudence américaine est souvent confrontée à des décisions divergentes au sein de des tribunaux de même degré. Au sein des tribunaux fédéraux américains, il n'est pas rare que l'on parle de « *circuit split* », c'est-à-dire que le litige est tranché d'une manière dans une « *circuit appellate court* » et différemment dans une autre. Cette divergence ne se résout que si l'un des circuits se réunit *en banc* et annule la décision de l'un de ses groupes constitutifs, ou si la Cour suprême américaine décide d'entendre l'une des affaires. Ce n'est pas toujours le cas, mais les États-Unis parviennent néanmoins à avoir un système judiciaire plutôt cohérent⁹²⁹.

A. Les arguments en faveur de la cohérence, de résultats plus prévisibles et d'un système harmonisé

225. De façon général, il n'est pas difficile de plaider en faveur de la constance. La cohérence et la constance sont souhaitables dans tout système juridique⁹³⁰. La Professeure Gabrielle Kaufmann-Kohler a souligné que la constance est une « *réalité et un objectif nécessaire* »⁹³¹. Selon le Professeur Christoph Schreuer, un système juridique est constant s'il traite des situations identiques ou similaires de la même

⁹²⁸ Voir e.g. KRAMER (Matthew), *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 128-239 (« *There is a qualitative difference between a system of governance whose norms are replete with contradictions and a system of governance whose norms contain few or no contradictions. Only the latter is a legal system.* ») ; LAIRD (Ian) et ASKEW (Rebecca), « Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System », *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 7, no. 2, 2005, p. 298 (« *The danger of inconsistent decisions is a facet of any legal system. National courts have a system of binding precedent; yet, as a reasonable observer must admit, they are not immune from contradictory decisions.* ») ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1613 (notant comment « *a minor degree of inconsistency may be useful, as it permits a challenge to the fundamental principles of the system and fosters the considered evolution of law* ») ; dans le même sens voir aussi BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *supra* note 387, p. 222 (« *In the end, some degree of dysfunctionality must be accepted as inherent in every system of adjudication, including international arbitration.* »).

⁹²⁹ Voir SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 190 (« *In the USA, to take the example at hand, conflicts between state courts are common. Even in federal courts, conflicts are substantial. There are conflicts among Circuit Courts of Appeal that persist for years unsettled by a judgment of the Supreme Court.* »).

⁹³⁰ SCHREUER (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », *supra* note 676, p. 391.

⁹³¹ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Inconsistency a Myth? », *supra* note 672, p. 147.

façon et traite les participants de ce système de manière égale⁹³². En effet, la théorie juridique veut que l'état de droit ne soit que s'il est appliqué de manière constante, de sorte qu'il soit prévisible⁹³³.

226. Les partisans de la constance dans l'arbitrage d'investissement font valoir que la cohérence et la constance sont des caractéristiques essentielles pour la confiance, la crédibilité et la légitimité à long terme de l'arbitrage d'investissement⁹³⁴. La cohérence renvoie au principe selon lequel le système devrait avoir un sens dans son ensemble, et le principe de cohérence fait partie intégrante de l'ordre du droit international parce que la cohérence participe à une structure bien organisée. En conséquence, des interprétations différentes de dispositions identiques contenues dans des TBI similaires voire identiques - comme par exemple la portée des dispositions relatives à la nation la plus favorisée - créent un manque de cohérence et menacent la légitimité du système de règlement des différends en matière d'investissement⁹³⁵. Le manque de constance juridique dans le domaine de l'arbitrage d'investissement affecte les décisions en matière d'investissements étrangers, le développement économique ainsi que les relations extérieures. Pour les investisseurs, cela signifie l'incertitude des investissements. Incapable de minimiser ou même d'évaluer avec précision les risques commerciaux pertinents, l'investisseur se retrouve dans une situation très imprévisible. Pour les États, il est allégué que les incohérences arbitrales signifient que les gouvernements ne peuvent exercer leurs pouvoirs législatifs et réglementaires sans

⁹³² SCHREUER (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », *supra* note 676, p. 391.

⁹³³ FULLER (Lon), *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, p. 33.

⁹³⁴ HOWARD (David), « Creating Consistency through a World Investment Court », *supra* note 691, p. 33 ; KAUFMANN-Kohler (Gabrielle), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse? », Freshfields Lecture 2006, *Arbitration International*, vol. 23, no. 3, LCIA, 2007, p. 378 ; NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed », *supra* note 690, p. 575 ; IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Report on Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*, IBA, novembre 2018, p. 6 (« *Consistency engenders predictability, thereby contributing to the system's credibility and legitimacy* ») ; JACQUET (Jean-Michel), « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale? », *supra* note 700, p. 449 (« *Parfois la jurisprudence arbitrale est louée pour ses vertus intrinsèques. Elle assure la prévisibilité juridique et la cohérence ('consistency') du droit, valeurs hautement prisées en droit du commerce international* »).

⁹³⁵ MOUYAL (Lone), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, *supra* note 406, p. 2.

s'exposer à un risque de litige⁹³⁶. C'est pourquoi, en vertu du droit public des investissements internationaux, la constance doit être recherchée⁹³⁷.

B. L'analyse au cas par cas est la meilleure approche pour atteindre la flexibilité et la finalité

227. La question de savoir si la constance est souhaitable doit être replacée dans le contexte du droit international des investissements qui n'est pas un régime unifié unique si tant est qu'on puisse le qualifier de régime. Le droit positif en matière d'investissement est fragmenté et dynamique, provenant de plus de 3 000 instruments d'investissement qui peuvent être similaires dans leur contenu mais néanmoins formellement distincts. Avec une jurisprudence d'environ plus de 20 ans, ce droit est en évolution constante et à un stade de développement. En effet, certains commentateurs contestent le consensus naissant selon lequel les arbitres statuant sur des différends investisseur-États doivent aspirer à plus d'uniformité⁹³⁸. Ils estiment que la flexibilité pour le développement du droit est plus importante que le besoin de constance. Cela serait dû au fait que « *investment rules are still in a development stage at the international level and rigid substantive rules would be premature at this stage, for the dispute settlement system, including the aforesaid flexibility, has been suitable to investment disputes.* »⁹³⁹ En conséquence, convergence ne signifie pas uniformité.

⁹³⁶ FRANCK (Susan), « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have A Bright Future », *supra* note 761, p. 58 ; voir aussi NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 575.

⁹³⁷ KURTZ (Jürgen), *The WTO and International Investment Law: Convergence System*, Cambridge University Press, 2016, p. 247.

⁹³⁸ Voir e.g. CATE (Irene), « The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 828 ; GUILLAUME (Gilbert), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *supra* note 688, § 3 (« *Mais suivre constamment les précédents, c'est aussi. Figer le droit et lui interdire de progresser en fonction des exigences nouvelles de la société. Un équilibre doit par suite être trouvé par le Juge et l'arbitre entre la nécessaire sécurité et la nécessaire évolution du droit.* »).

⁹³⁹ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 415 (« *However, others believe that negative implications could arise from the rigid dispute settlement mechanism of a standing court, and that it is the flexibility that allows the system to work best. Supporters of this position hold that investment rules are still in a development stage at the international level and rigid substantive rules would be premature at this stage, for the dispute settlement system, including the aforesaid flexibility, has been suitable to investment disputes* ») ; KODAMA (Yoshi), « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment - The Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism and Its Failure », *Journal of International Arbitration*, vol. 16, no. 3, 1999, pp. 53-54 (« *A flexible and progressive approach is sometimes more reliable and long-lasting than a clear-cut judicial approach. This is particularly true for investment rules that are still developing at the international level, given the rapid expansion and diversification of investment activities.* »).

Tant que les disparités dans le traitement de questions juridiques identiques ou similaires sont expliquées et justifiées, le résultat final peut toujours être la convergence⁹⁴⁰.

228. Lors de la conférence Freshfields en novembre 2012, le Professeur Michael Reisman a fait valoir que les arbitres d'investissement « *servent au mieux le système en statuant de manière casuistique* »⁹⁴¹. Par conséquent, les arbitres « *should confine themselves to their case-specific mandate and refrain from departing from it to take account of what arbitrators may conceive to be the 'systemic implications' of their decision* »⁹⁴². Il a pu être avancé que le droit des investissements est mieux servi par l'abandon des efforts visant à maintenir la constance de la norme au profit d'une attention plus immédiate portée sur la qualité de la prise de décision et sur le fond des sentences⁹⁴³. Ainsi, plutôt que d'exiger une plus grande cohérence, les tribunaux devraient parvenir à ce qu'ils estiment être la bonne décision dans l'affaire dont ils sont saisis et ce, conformément à leur évaluation indépendante de ce que la loi exige⁹⁴⁴. En effet, la co-arbitre le Professeur Brigitte Stern a relevé dans le cadre de l'affaire *Burlington Resources c. Équateur* que les arbitres ont un devoir de « *decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trend* »⁹⁴⁵. A cet effet, « *suivre constamment les précédents, c'est aussi figer le droit et lui interdire de*

⁹⁴⁰ WEBB (Philippa), « Factors Influencing Fragmentation and Convergence in International Courts », in ANDENAS (Mads) et BJORGE (Eirik) (eds.), *A Farewell to Fragmentation*, Cambridge University Press, 2015, p. 151.

⁹⁴¹ REISMAN (Michael), « 'Case Specific Mandates' versus 'Systemic Implications': How Should Investment Tribunals Decide? », The Freshfields Arbitration Lecture 2012, *Arbitration International*, vol. 29, no. 2, 2013, p. 131, traduit de l'anglais « *servir au mieux le système en étant spécifique à chaque cas* ».

⁹⁴² *Ibid.* (Néanmoins, le professeur Reisman a reconnu que le mandat spécifique pour un cas n'exclut pas la prise en compte de manière respectueuse des décisions pertinentes antérieures, une analyse rigoureuse des objets et des buts des instruments en question, et la complémentarité discipliné lorsqu'il s'agit de combler une lacune dans le canon d'interprétation du droit applicable).

⁹⁴³ CATE (Irene), « The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 828, p. 420.

⁹⁴⁴ JACQUET (Jean-Michel), « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *supra* note 700, p. 449 (« *La cohérence du droit applicable, si elle est une préoccupation, semble de prime abord excéder la mission des tribunaux arbitraux, ne serait-ce qu'en raison de la diversité d'origine des règles applicables par ces tribunaux. Si la cohérence du droit applicable n'est pas du ressort des tribunaux arbitraux, en revanche, l'on peut attendre d'eux qu'ils soient cohérents avec eux-mêmes. Mais il est de la nature de l'arbitrage de ne pas mettre un tribunal face à ses propres actes et décisions antérieurs sauf au cours d'une même instance.* »).

⁹⁴⁵ *Burlington Resources c. Équateur*, CIRDI, aff. n° ARB/08/5, Décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012, § 187.

progresser en fonction des exigences nouvelles de la société »⁹⁴⁶. Il convient de noter que l'arbitrage d'investissement repose sur une représentation par avocat dont la qualité varie d'un cas à un autre. Dans la mesure où les arbitres se limitent à rendre des décisions basées sur les prétentions des parties, un arbitre unique peut être contraint et desservi dans sa décision puisque celle-ci est basée sur la présentation factuelle et sur l'argumentation juridique des parties. C'est une réalité que les commentateurs ignorent souvent lorsqu'ils expriment leurs inquiétudes liées au manque de constance perçue⁹⁴⁷. Les arbitres statuent sur les affaires telles qu'elles sont présentées, indépendamment des lacunes présentes dans les mémoires ou dans le dossier factuel soumis⁹⁴⁸. Il faut donc établir, pour l'arbitre, un équilibre entre besoin de certitude et la nécessaire évolution du droit⁹⁴⁹.

229. Certains ont suggéré que *le manque de constance* renforce la prévisibilité et permet une certaine souplesse puisque le système d'arbitrage nécessite une certaine marge de manœuvre⁹⁵⁰. Ce manque de constance permet prétendument d'identifier les défauts du système et d'y apporter des améliorations conduisant à des changements positifs, assurant ainsi une *jurisprudence plus réfléchie*⁹⁵¹. Par exemple, en reconnaissant un problème structurel dans le processus, une possibilité de corriger ledit problème peut apporter de la constance. Il peut également servir de laboratoire dynamique pour l'élaboration de droits substantiels communs et interdépendants entre les TBI. Tel que l'a indiqué le Professeur Irene Cate, l'absence de constance peut être précieuse car cela « *keeps the investment arbitration community vigilant and contributes to the development and refinement of substantive and procedural*

⁹⁴⁶ GUILLAUME (Gilbert), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *supra* note 688, § 3.

⁹⁴⁷ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 248.

⁹⁴⁸ LEVY (Laurent) et ROBERT-TISSOT (Fabrice), « L'interprétation arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2013, issue 4, 2013, pp. 880-881 (« *Les sentences sont confidentielles et n'ont pas valeur de précédent. Elles peuvent exceptionnellement être prises en compte à titre persuasif ou doctrinal, mais ne lient pas l'arbitre. Par ailleurs, celui-ci tranche pour le cas particulier, sans souci d'œuvrer à la confirmation ou à l'évolution d'une jurisprudence. En effet, contrairement au juge, il n'a pas la préoccupation de l'effet social de son interprétation.* »).

⁹⁴⁹ GILBERT (Guillaume), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *supra* note 688 (« *Mais suivre constamment les précédents, c'est aussi figer le droit et lui interdire de progresser en fonction des exigences nouvelles de la société. Un équilibre doit par suite être trouvé par le Juge et l'arbitre entre la nécessaire sécurité et la nécessaire évolution du droit.* »).

⁹⁵⁰ FRANCK (Susan), « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have A Bright Future », *supra* note 761, p. 68.

⁹⁵¹ *Ibid.*

standards. »⁹⁵² Donner trop d'importance à la constance dans la prise de décision pourrait inévitablement entraîner une diminution de la précision, de la sincérité et de la transparence⁹⁵³.

230. Des résultats à première vue incohérents n'indiquent pas nécessairement un manque de constance jurisprudentielle. Ils peuvent être réconciliés par des *normes d'interprétation* démontrant que des cas semblant similaires sont, en réalité, légitimement distinguables, comme expliqué dans les affaires *CME/Lauder* et *SGS* ci-dessus, du fait des différences terminologiques au sein du traité. En effet, il est reconnu que « *it is quite wrong to treat the language of BITs simply as 'boilerplate' text which must necessarily be given a single, unified meaning* »⁹⁵⁴. En reconnaissant des distinctions fondamentales, l'interprétation de provisions identiques ou semblables de traités différents peut conduire à des résultats différents, compte tenu des variantes quant à leurs contextes, objectifs et contenus, mais aussi des pratiques divergentes des parties et des travaux préparatoires.

231. En arbitrage international, la tendance générale est de reconnaître la finalité des sentences⁹⁵⁵. Dans une étude portant sur les pratiques des États en matière de TBI depuis les affaires *Lauder* et *SGS* l'avocat Jason Clapman conclut que : « *[b]ased on the available evidence, it is submitted that states and investors continue to prefer finality over consistency and correctness.* »⁹⁵⁶ De nombreux TBI reconnaissent que les sentences arbitrales sont définitives et contraignantes « *final and binding* » pour les parties⁹⁵⁷, certains vont jusqu'à interdire expressément la possibilité d'interjeter

⁹⁵² CATE (Irene), « The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 828, p. 471.

⁹⁵³ *Idem.* p. 420.

⁹⁵⁴ GREENWOOD (Christopher), « Unity and Diversity in International Law », in ANDENAS (Mads) et BJORGE (Eirik) (eds.), *A Farewell to Fragmentation*, Cambridge University Press, 2016, p. 53.

⁹⁵⁵ WALSH (Thomas), « Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality? », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, no. 2, 2006, p. 447.

⁹⁵⁶ CLAPMAN (Jason), « Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is There a Need for Reform », *Journal of International Arbitration*, vol. 26, no. 3, 2009, p. 448.

⁹⁵⁷ Voir par exemple Article 16.14 de l'Accord entre le Maroc et le Japon pour la promotion et la protection des investissements (2020) ; Article 14.34(6) du CEPA Australie-Indonésie ; Article 10(10) de l'Accord entre l'Ouzbékistan et la Turquie concernant la promotion et la protection réciproques des investissements (2017) ; Article 18(5) de l'Accord entre le Japon et l'Iran sur la promotion et la protection réciproques des investissements (2016) ; Article 20.21(24) de l'Accord sur l'investissement soumis à l'accord-cadre de coopération économique globale entre l'ASEAN et l'Inde (2014) ; Article 9(4) de l'Accord sur la promotion des investissements entre le Bahreïn et les Pays-Bas (2007) ; Article 10(3) du Traité entre l'Allemagne et Oman concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements (2007) ; Article 9(4) de l'Accord sur l'encouragement et la protection

appel⁹⁵⁸. Bien que les États-Unis aient pris certaines mesures afin de créer un mécanisme d'appel dans *the United States Trade Act 2002*⁹⁵⁹, ils n'ont jusqu'à présent conclu que peu de TBI/AII qui envisagent le recours à un mécanisme d'appel⁹⁶⁰. Toutefois, ce mécanisme d'appel ne s'est pas concrétisé et les États-Unis ont effectivement exprimé des réserves à l'égard du tribunal d'appel au cours des négociations sur le TTIP avec l'UE (comme nous le verrons dans la Partie II, Titre 2).

II. FAVORISATION DE RÉSULTATS PLUS CONSTANTS DANS LA PRISE DE DÉCISION ARBITRALE PAR L'AMÉLIORATION DU SYSTÈME PRÉSENT DE RDIE

232. Cette Section examinera les solutions proposées pour parvenir à des décisions d'arbitrage plus cohérentes et plus constantes et ce, afin que le RDIE soit plus prévisible sans pour autant procéder à une réforme du système actuel. La Section ci-dessous explorera certaines améliorations du système actuel du RDIE qui pourraient contribuer au renforcement de la constance et la cohérence, allant des mesures à adopter par les arbitres (et la communauté arbitrale) aux actions des États. En particulier, la doctrine du précédent (A), les techniques d'interprétation des traités (B) et la mise en place des traités multilatéraux et régionaux (C) sont des solutions viables pour adresser les critiques tenant à l'incohérence des sentences dans le système actuel.

233. Avant qu'une sentence arbitrale ne soit rendue, il est possible de favoriser l'harmonisation du droit des investissements. Cette démarche repose sur le principe selon lequel, plutôt que de réparer le dommage après qu'il s'est produit, il est plus

réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la République dominicaine (2006) ; Article 8(3) de l'Accord entre le Liban et la Corée du Sud sur la promotion et la protection réciproque des investissements (2006) ; et Article 9(5) de l'Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre l'Arménie et les Pays-Bas (2005).

⁹⁵⁸ Article 13(4) du Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République de Trinité-et-Tobago concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements de 2006 dispose que: « *The award shall be binding on both parties and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the said instruments [the ICSID Convention, the ICC Rules or the UNCITRAL Rules].* ».

⁹⁵⁹ La loi sur l'autorité de promotion de commerce (« Trade Promotion Authority Act ») de 2002, 19 U.S.C. § 3802(b)(3)(G)(iv) (imposant que les États-Unis : « *seek[] to improve mechanisms used to resolve disputes between an investor and a government through ... (iv) providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions in trade agreements.* »).

⁹⁶⁰ Annexe E du Traité entre les États-Unis et l'Uruguay concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 4 novembre 2005 ; Annexe 10-F du CAFTA ; Annexe 10-H de l'ALE entre les États-Unis et le Chili, 6 juin 2003 ; Annexe 10-D de l'Accord de Promotion du Commerce entre les États-Unis et le Panama, 28 juin 2007.

judicieux de s'attaquer au problème de manque de constance par une action préventive. L'introduction d'un système de précédents pourrait effectivement conduire, sans pour autant changer structurellement le régime actuel du RDIE, à une cohérence et constance accrues.

A. La doctrine du précédent

234. Le terme *précédent* fait référence à l'obligation de suivre ce qui a précédemment été décidé, il s'agit de la doctrine du *stare decisis*, qui signifie « *s'en tenir à ce qui a été décidé* »⁹⁶¹. La doctrine du précédent exige qu'un tribunal, lorsqu'il statue sur un point de droit, suive la décision d'un tribunal antérieur sur ce point si ce tribunal est égal ou supérieur dans la hiérarchie judiciaire. Ces décisions créent le droit, et ce droit doit être respecté. La situation n'est en principe pas la même dans les pays de droit civil puisque les juges occupent un rôle différent et ne sont pas à l'origine directe de la création du droit⁹⁶². Par exemple, en France, l'article 5 du Code civil défend aux juges de rendre des arrêts dits *arrêt de règlement*, ces derniers établissant une règle générale lors d'une procédure spécifique⁹⁶³.

1. Les arguments en faveur de la doctrine du précédent

235. Les partisans du système des précédents dans les litiges relatifs aux investissements font valoir que tout système de droit nécessite un degré minimum de certitude et de prévisibilité. Dans les systèmes de *common law*, la doctrine du précédent existe pour accroître l'uniformité, le caractère délibéré, l'exactitude, l'impersonnalité et l'objectivité⁹⁶⁴. Sans précédent, la cohérence de l'ensemble des sentences rendues par de multiples tribunaux arbitraux pose un sérieux problème à cet égard. Pour les parties, le précédent est le garant de la certitude et de la prévisibilité. Les critiques affirment qu'un système sans précédent rend difficile l'évaluation de la

⁹⁶¹ Voir Black's Law Dictionary, 7th ed., 1999, p. 1195 (définissant le précédent comme « *[a] decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues* »).

⁹⁶² GILBERT (Guillaume), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *supra* note 688, § 7 (« *La situation est dans son principe très différente dans les pays de droit romano-germanique dans lesquels le juge occupe une toute autre place. En principe, il ne crée pas le droit* »).

⁹⁶³ *Ibid.* (« *dans le cas de la France, l'article 5 du Code civil lui interdit de procéder par voie d'arrêt de règlement, c'est-à-dire de poser une norme générale à l'occasion d'un procès déterminé.* »).

⁹⁶⁴ HARDISTY (James), « Reflections on *Stare Decisis* », *Indiana Law Journal*, vol. 55, issue 1, 1979, p. 55 ; *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991) (« *Stare decisis is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.* »).

manière dont un tribunal statuerait définitivement sur le fond du litige, ce qui rend plus difficile l'obtention de règlements amiables et contraint les parties à des litiges coûteux avant de voir leur différend résolu⁹⁶⁵. En effet, les praticiens du droit des investissements évaluent généralement les perspectives du dossier, en tenant compte des multiples scénarios possibles, avant de conseiller au client de recourir à un arbitrage d'investissement.

236. Certains universitaires préconisent la création d'un système de précédent contraignant dans les litiges relatifs aux traités d'investissement⁹⁶⁶. Le Professeur Marie-Louise Rodgers préconise la création d'un système de précédent obligatoire au sein du régime du CIRDI : « *given the unique nature of BITs creating a system where interpretations of provisions of BITs by arbitral tribunals are binding precedent will enhance the BIT arbitration process* »⁹⁶⁷. L'auteure reconnaît que cette proposition nécessiterait la modification du règlement d'arbitrage du CIRDI, ce qui impliquerait un vote à la majorité (au deux tiers) des membres siégeant au conseil d'administration pour approuver un nouveau règlement⁹⁶⁸.

237. Certaines sentences démontrent non seulement que les tribunaux arbitraux suivent l'approche adoptée par les tribunaux antérieurs, mais aussi que cette pratique est la bienvenue. Le tribunal dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh*, a expressément relevé que :

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

⁹⁶⁵ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 416.

⁹⁶⁶ Voir e.g. RODGERS (Marie-Louise), « Bilateral Investment Treaties and Arbitration: An Argument and a Proposal for the ICSID's Implementation of a System of Binding Precedent », *TDM*, vol. 5, issue 3, 2008 ; IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Report on Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*, *supra* note 934, p. 15 (« *Treaty drafters might consider requiring arbitrators to follow prior cases under the same treaty so that systemic consistency is ensured. This could be done by adopting a doctrine of precedent or stare decisis.* ») ; voir également SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration », *TDM*, vol. 3, issue 2, 2006, pp. 10-11 (« *Reliance on past decisions is a fundamental feature of any orderly decision process. Drawing on the experience of past decisions plays an important role in securing the necessary uniformity and stability of the law.* »).

⁹⁶⁷ RODGERS (Marie-Louise), « Bilateral Investment Treaties and Arbitration: An Argument and a Proposal for the ICSID's Implementation of a System of Binding Precedent », *idem*. p. 14.

⁹⁶⁸ *Idem*. p. 25.

*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 meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*⁹⁶⁹.

A cet égard, l'idée selon laquelle les sentences des tribunaux d'investissement devraient servir de précédent n'a pas seulement été avancée par les universitaires, mais l'a aussi été par certains tribunaux.

2. Les difficultés d'introduction d'un système de précédent

238. Il n'existe pas de doctrine du précédent ou *stare decisis* en droit international⁹⁷⁰. En outre, les tribunaux internationaux ne créent pas le droit à la manière des tribunaux de *common law*. Les décisions judiciaires ne sont qu'un « *moyen auxiliaire* » au sens de l'article 38(d) du Statut de la Cour Internationale de Justice (« **CIJ** »), au même titre la doctrine des publicistes les plus qualifiés, permettant de déterminer les règles de droit selon la hiérarchie des sources de droit international largement acceptée et énoncée dans le Statut de la CIJ⁹⁷¹. Il convient de noter que le paragraphe (d) commence et se termine par une réserve, en effet, cet article dispose d'abord (en référence à l'article 59) que les décisions n'ont pas d'effet contraignant pour les tiers, puis conclut que cette quatrième catégorie n'est qu'une « *comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.* » L'article 59 du Statut de la CIJ dispose que « *[l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé* »⁹⁷². Cette jurisprudence a été reprise par la CIJ, confirmant qu'elle n'est pas dans l'obligation de suivre les précédents⁹⁷³. Par conséquent, l'article 59 du statut de la CIJ est davantage explicite que la Convention CIRDI. La première partie de

⁹⁶⁹ *Saipem SpA c. Bangladesh*, CIRDI, aff. n° ARB/05/0767, Décision sur la compétence, 21 mars 2007, p. 20, § 67 ; voir également *Australian Airlines c. Slovaque*, UNCITRAL, Sentence finale, 9 octobre 2009, § 84 ; *Burlington Resources Inc. c. Équateur*, CIRDI, aff. n° ARB/08/05, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, § 100 ; *Churchill Mining Plc c. Indonésie*, CIRDI, aff. n° ARB/12/14, Décision sur la compétence, 24 février 2014, § 85.

⁹⁷⁰ NILSSON (Anders) et ENGLESSION (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 562.

⁹⁷¹ Statuts de la CIJ, 26 juin 1945, Article 38(1).

⁹⁷² *Idem*. Article 59.

⁹⁷³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Demande d'intervention, Jugement, CIJ Reports 1984, 21 mars 1984, p. 26, § 42 (« *the object of Article 59 is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding also upon other States or in other disputes* »).

l'article 53(1), de la Convention dispose que « *la sentence est obligatoire à l'égard des parties* ». Cela peut être perçu comme excluant l'applicabilité de la doctrine du précédent dans le cadre du CIRDI. En outre, rien dans les travaux préparatoires de la Convention ne laisse entendre que la doctrine du *stare decisis* devrait être appliquée à l'arbitrage CIRDI. Également, l'article 1136(1) de l'ALENA⁹⁷⁴.

239. Si la doctrine *stare decisis* s'applique facilement dans un système de droit unifié et hiérarchisé, elle est difficile à adopter dans le cadre d'une série d'arbitrages *ad hoc* sans liens entre eux, soumis à différents traités et régis par le droit international public. Le système de droit des investissements, si tant est qu'on puisse le qualifier de système, n'est pas unifié dans le sens où chaque tribunal tire sa juridiction d'une même source⁹⁷⁵.

240. Le cadre bien établi concernant l'interprétation des traités en droit international public est fourni par la CVDT, résultat d'un processus de codification des règles du droit international coutumier⁹⁷⁶. En effet, les commentateurs ont estimé que la doctrine de *stare decisis* violerait la règle générale d'interprétation des traités prévue par la CVDT⁹⁷⁷. L'article 31(1) de la CVDT dispose que « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.* » Il convient de noter que « *[e]ven in the event that the wording of a particular provision is the same as that of an earlier interpreted clause, investment disputes most often involve different treaty partners.* »⁹⁷⁸ Par conséquent, chaque TBI ou AII doit être interprété selon son propre contenu et la doctrine du *stare decisis* dans ce contexte s'avérerait inappropriée.

⁹⁷⁴ Article 1136(1) de l'ALENA dispose que : « *Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.* ».

⁹⁷⁵ SCHREUER (Christoph) et WEINIGER (Matthew), « Conversation Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration? », *supra note 701*, p. 1.

⁹⁷⁶ Voir *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI, aff. n° ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004, § 112 ; *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd., Argudino-Chimia JSC c. Moldavie*, SCC, Sentence, 22 septembre 2005, § 4.2.4.

⁹⁷⁷ BUNGENBERG (Marc) et TITI (Catharine), « Precedents in International Investment Law », in BUNGENBERG (Marc) et al. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2015, p. 1513. Voir aussi Article 31(1) de CVDT : « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

⁹⁷⁸ BUNGENBERG (Marc) et TITI (Catharine), « Precedents in International Investment Law », *ibid.*

3. Une application de précédent *de facto* et de la jurisprudence constante

241. Malgré l'absence d'application de la doctrine du précédent, les tribunaux semblent se référer et s'appuyer sur des décisions antérieures de façon croissante⁹⁷⁹. Cela est dû à la nature publique des affaires fondées sur les traités d'investissement. Contrairement à l'arbitrage commercial qui se déroule entre parties privées, l'arbitrage d'investissement est généralement soumis à un niveau de confidentialité moins important, en effet, les parties consentent à publier les sentences ou les publient unilatéralement. Ainsi, l'absence de *stare decisis* n'empêche pas les tribunaux de faire référence à l'interprétation donnée à une disposition particulière dans le cadre d'une autre affaire⁹⁸⁰. Comme l'a fait remarquer le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, « *[w]hile tribunals seem to agree that there is no doctrine of precedent per se, they also concur on the need to take earlier cases into account.* »⁹⁸¹

242. Le Dr. Tai-Heng Cheng fait valoir que bien que les précédents ne lient pas formellement les arbitres dans les arbitrages d'investissement de la même manière que les juges de *common law*, il existe un système informel mais néanmoins puissant, de précédents permettant aux arbitres de prendre en compte des sentences publiées antérieurement et de stabiliser le droit international des investissements⁹⁸². Dolores Bentolila, consultante juridique de la CNUCED, note que :

Les précédents arbitraux constituent, en arbitrage d'investissement, une ressource et un cadre argumentatif essentiel pour les parties. Le mode de raisonnement suivi dans les sentences arbitrales, quant à lui, s'avère très similaire à celui des juridictions de common law, les tribunaux arbitraux se référant aux sentences antérieures tantôt pour justifier leur raisonnement, tantôt pour justifier une approche

⁹⁷⁹ KAUFMANN-Kohler (Gabrielle), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse? », *supra* note 934, p. 357 ; LEVY (Laurent) et ROBERT-TISSOT (Fabrice), « L'interprétation arbitrale », *supra* note 948, pp. 880, 917.

⁹⁸⁰ MAYER (Pierre), « La liberté de l'arbitre », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2013, issue 2, 2013, p. 360 (« Il est certain qu'il n'existe pas de règle du précédent dans l'arbitrage ... Cela n'empêche que les arbitres invoquent fréquemment des sentences préalablement rendues pour mieux justifier la solution qu'ils adoptent. ») ; voir également AUDIT (Mathias) (actualisation by CAZALA (Julien)), Synthèse - Droit des investissements internationaux, *JurisClasseur Droit international*, 24 février 2016.

⁹⁸¹ MAYER (Pierre), « La liberté de l'arbitre », *idem*. p. 368.

⁹⁸² TAI-HENG (Cheng), « Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration », *Fordham International Law Journal*, vol. 30, no. 4, 2007, p. 1016.

*différente en ayant pris soin de souligner les dissemblances avec l'affaire en cause*⁹⁸³.

Ainsi, une pratique *de facto* de la doctrine du précédent semble déjà exister⁹⁸⁴. Cependant, elle n'est pas identique à celle qui prévaut dans les systèmes nationaux de *common law* puisqu'il n'existe pas de hiérarchie spécifique entre ces sentences. Au contraire, chaque sentence prononcée par un tribunal est dotée d'une force persuasive et oblige les tribunaux confrontés à des cas similaires à leur accorder une attention particulière. Par exemple, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, a déclaré que « *[t]he absence, however, of a rule of stare decisis in the ICSID arbitration system does not prevent this ad hoc Committee from sharing the interpretation given to Article 52(1)(e) by the Klockner ad hoc Committee* »⁹⁸⁵. Le tribunal dans l'affaire *LETCO c. Libéria*, avant de citer certaines décisions du CIRDI a noté que, « *Though the Tribunal is not bound by the precedents established by other ICSID Tribunals, it is nonetheless instructive to consider their interpretation* »⁹⁸⁶. Dans la décision *El Paso c. Argentine*, le tribunal a déclaré :

*ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, ... and the present Tribunal knows of no provision, ... establishing an obligation of stare decisis. It is nonetheless a reasonable assumption that international arbitral tribunals, 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*⁹⁸⁷.

D'autres tribunaux ont prononcé des déclarations similaires dans un style semblable. En effet, le Professeur Christoph Schreuer a, dans un commentaire en date de 2001,

⁹⁸³ BENTOLILA (Dolores), « Le précédent arbitral », *supra* note 700, p. 1180.

⁹⁸⁴ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse? », *supra* note 934, pp. 357, 359-360 ; REINISCH (August), « Investment Arbitration - The Role of Precedent in ICSID Arbitration » in KLAUSEGGER (Christian), KLEIN (Peter) *et al.* (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Manz, 2008, p. 495 ; SCHREUER (Christoph) et WEINIGER (Matthew), « Conversation Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration? », *supra* note 701, p. 9.

⁹⁸⁵ *Amco Asia Corp. et al. c. Indonésie*, CIRDI, aff. n° ARB/81/1, Décision d'annulation, 16 mai 1986, § 44.

⁹⁸⁶ *Liberian Eastern Timber Corp. [LETCO] c. Libéria*, CIRDI, aff. n° ARB/83/2, sentence, 31 mars 1986, § 352.

⁹⁸⁷ *El Paso Energy International Co. c. Argentine*, CIRDI, aff. n° ARB/03/15, Décision sur la compétence, 27 avril 2006, § 39.

fait remarquer que « *reference to previous ICSID decisions used to be relatively scant but has increased with the passage of time* »⁹⁸⁸. Également, l'avocat Jeffrey Commission a conduit une analyse empirique de 207 affaires et a conclu que les références aux sentences antérieures prononcées en arbitrage d'investissement ont augmenté de manière exponentielle, le nombre moyen de références faites aux sentences étant passé de 3 en 2002 à 15,5 en 2006⁹⁸⁹.

243. Il ressort de l'analyse ci-dessus que l'arbitrage d'investissement n'est pas adapté à l'établissement d'un système formalisé visant à rendre les précédents obligatoires. Tout d'abord, il est sans doute exagéré de suggérer qu'il existe un « *système* » étant donné que les TBI et AII présentent des différences de portée et de formulation s'agissant des dispositions de fond. Deuxièmement, il n'y a pas de hiérarchie des décisions dans l'arbitrage d'investissement et le Comité d'annulation du CIRDI peut annuler les sentences uniquement sur le fondement de motifs limités, n'incluant pas l'erreur sur le fond. Quand bien même les comités d'annulation étaient habilités à corriger les interprétations divergentes, rien ne garantirait la constance de ces décisions *ad hoc*. En effet, la composition des comités change et aucune règle relative à la doctrine *stare decisis* ne s'applique. Troisièmement, établir un système formalisé visant à rendre le précédent obligatoire pourrait engendrer de graves problèmes d'exactitude dans le cas où un tribunal ferait preuve de déférence à l'égard d'un tribunal antérieur qui aurait tranché le litige en ayant mal interprété la loi, puisqu'il n'existe pas de juridiction de degré supérieur capable de statuer définitivement.

244. Toutefois, l'absence de *stare decisis* ne signifie pas que les décisions arbitrales ne peuvent contribuer à l'établissement d'un corps de jurisprudence cohérent et respecté et que certaines sentences ne peuvent se révéler plus convaincantes que d'autres. En l'occurrence, la jurisprudence constante, telle qu'elle existe dans la tradition française, est une analogie séduisante par laquelle les décisions judiciaires visant à interpréter les dispositions des différents codes ont une influence sur les autres tribunaux puisqu'elles jouent le rôle d'interprétation acceptée de la loi⁹⁹⁰. Dans le

⁹⁸⁸ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, p. 617.

⁹⁸⁹ COMMISSION (Jeffrey), « Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing », *TDM*, vol. 4, issue 5, 2007.

⁹⁹⁰ BJORKLUND (Andrea), « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », *supra* note 704, p. 272.

chapitre introductif de l'ouvrage *Source of the Law*, le Professeur Brownlie présente cette idée de manière concise en écrivant :

*The literature of the law contains frequent reference to decisions of arbitral tribunals. The quality of arbitral tribunals have varied considerably, but there have been a number of awards which contain notable contributions to the development of the law by eminent jurists sitting as arbitrators, umpires, or commissioners*⁹⁹¹.

Les décisions d'autres tribunaux interprétant de manière identique (ou du moins similaire) seraient considérées comme persuasives dans la mesure où elles sont bien motivées. En outre, l'une des caractéristiques de la *jurisprudence constante* est le développement d'une doctrine par le biais d'un ensemble de décisions constantes et non pas l'établissement d'une règle déduite d'un cas isolé⁹⁹².

B. Le recours à des techniques d'interprétation des traités

245. Pour rendre chaque sentence arbitrale, les arbitres doivent se référer au traité d'investissement applicable et l'interpréter. Dès lors, pour renforcer la constance et cohérence des sentence arbitrales, les outils d'interprétation des traités peuvent être un moyen mis en œuvre pour favoriser et accroître la cohérence et constance. Plus particulièrement, les travaux préparatoires (1) et les déclarations interprétatives conjointes ainsi que les guides d'interprétation (2) sont deux instruments à la disposition des États et des tribunaux arbitraux favorisant une harmonisation du droit international d'investissement.

1. Travaux préparatoires

246. Les *travaux préparatoires* sont des outils susceptibles de renforcer la constance des mécanismes d'interprétation des traités. Ils ont été définis comme « *include[ing] evidence of the conference or other meetings where the treaty text was discussed, including proposals communicated, but not private statements or recollections.* »⁹⁹³

⁹⁹¹ BROWNLIE (Ian), *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 6th ed., 2003, p. 19.

⁹⁹² Voir KAUFMANN-Kohler (Gabrielle), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse? », *supra* note 934, p. 377.

⁹⁹³ *Hulley Enterprises Limited c. Russie*, CPA aff. n° AA 226, Sentence partielle sur la compétence et recevabilité, 30 novembre 2009, § 227; *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) c. Russie*, CPA aff. n° AA 227, Sentence partielle sur la compétence et recevabilité, 30 novembre 2009, § 227 ; *Veteran*

En dehors des règles ordinaires d'interprétation d'un traité au regard de son objet et de son but, il convient de noter que selon l'article 32 de la CVDT, « *[il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu]* ». Toutefois, les *travaux préparatoires* ne peuvent être utilisés que pour confirmer une interprétation résultant des principaux moyens d'interprétation contenus à l'article 31 ou pour déterminer le sens d'un traité si, malgré les principaux moyens d'interprétation, un sens demeure ambigu ou obscur ou conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable⁹⁹⁴. Les *travaux préparatoires* constituent ainsi une source secondaire d'interprétation et leur force probante dépend de différents facteurs, devant être appréciés au cas par cas.

247. Selon leur existence et leur niveau de détail, les travaux préparatoires peuvent permettre une interprétation plus précise des dispositions contradictoires. Lorsque des juges ou des arbitres cherchent à explorer les intentions des signataires au moment de la conclusion d'un traité, les travaux préparatoires peuvent fournir de précieux renseignements⁹⁹⁵, car ils sont susceptibles d'éclairer le tribunal sur l'interprétation que les parties accordent à telles dispositions du traité⁹⁹⁶. Tout comme il est souhaitable que les États consacrent une attention particulière à la négociation des traités, il serait également opportun qu'ils produisent une documentation détaillée à l'appui. Bien que les États ne conservent généralement pas les travaux préparatoires,

Petroleum Limited c. Russie, CPA aff. n° AA 228, Sentence partielle sur la compétence et recevabilité, 30 novembre 2009, § 227.

⁹⁹⁴ Article 32 de la CVDT dispose que : *Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.*

⁹⁹⁵ Pour un exemple, voir *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) c. Russie*, CPA aff. n° AA 227, Sentence partielle sur la compétence et recevabilité, 30 novembre 2009, §266 (Le Tribunal « *acknowledges that the preparatory work of the Treaty could lead to a finding of linkage between Articles 45(1) and 45(2)* ») ; voir aussi, *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquie*, CIRDI, aff. n° ARB/06/8, Sentence, 2 septembre 2011, § 554 (les travaux préparatoires de la charte énergétique européenne « *would be directly relevant if there were to exist any ambiguity that might be resolved by reference to the preparatory work.* »).

⁹⁹⁶ UGALE (Anastrasiya) et VASANI (Baiju), « Travaux Préparatoires and the Legitimacy of Investor-State Arbitration », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2011, p. 13 (« *Recourse to the travaux to confirm the meaning of the treaty terms is automatic, and consultation with the travaux for this purpose is allowed at any time. The tribunal is not the only interpreter of the treaty—the parties to the dispute are interpreters as well—although only the tribunal's interpretation is binding upon them.* »).

en raison des pratiques d'archivage ou de l'utilisation de modèles d'accords bilatéraux d'investissement, les futurs négociateurs pourraient envisager de le faire. Dans le cas contraire, tel que cela a été démontré dans l'affaire *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, les tribunaux n'ont pas la possibilité de s'appuyer sur les travaux préparatoires. A cet égard, le tribunal avait noté que sa tentative de demander aux parties de soumettre les preuves disponibles concernant l'interprétation et la pratique du TBI était peu utile⁹⁹⁷. Il est possible de remédier à cette situation si les États conservent les travaux préparatoires à l'avenir et les rendent publics⁹⁹⁸. Par conséquent, les États ne doivent pas sous-estimer l'aide dont peuvent bénéficier les interprètes des travaux préparatoires⁹⁹⁹. Les projets de traités peuvent également servir d'historique législatif, ce qui peut aussi constituer un soutien précieux.

2. Déclarations interprétatives conjointes et guides d'interprétation

248. L'une des suggestions pour parvenir à une plus grande constance est de recourir à des instruments interprétatifs communs des traités¹⁰⁰⁰. L'implication de l'État dans l'interprétation des traités peut contribuer à guider les tribunaux dans leur lecture des AII, améliorant notamment la prévisibilité des sentences¹⁰⁰¹. Comme les traités d'investissement créent des normes générales plutôt que des règles spéciales, ils doivent être interprétés avant de pouvoir être appliqués. Les tribunaux arbitraux ont donc joué un rôle essentiel dans l'interprétation et le développement du droit des investissements. Cependant, la jurisprudence en matière de droit des investissements est souvent construite par référence aux sentences d'autres tribunaux et aux opinions

⁹⁹⁷ *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI, aff. n° ARB/02/3, Décision sur la compétence, 21 octobre 2005, § 274 (affirmant que « *This sparse negotiating history thus offers little additional insight into the meaning of the aspects of the BIT at issue, neither particularly confirming nor contradicting the Tribunal's interpretation.* »).

⁹⁹⁸ UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do*, IIA Issues Note, No. 3, décembre 2011, p. 12.

⁹⁹⁹ UGALE (Anastrasiya) et VASANI (Baiju), « Travaux Préparatoires and the Legitimacy of Investor-State Arbitration », *supra* note 996, p. 15 (« *Diligent preservation of the negotiating history of these and other treaties would provide important assistance to the tribunals, in the end promoting the fairness and legitimacy of the international adjudicatory system as a whole.* »).

¹⁰⁰⁰ Note du Secrétariat, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018, A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 septembre 2018, p. 2.

¹⁰⁰¹ UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do?*, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, décembre 2011, p. 4; UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Publication des Nations Unies, 2018, p. 78 (« *Authoritative joint party interpretations therefore offer a degree of much-needed clarity for investors, host States and arbitrators alike.* »).

doctrinales, avec peu de considérations pour les opinions et pratiques des États en général ou plus particulièrement des parties au traité¹⁰⁰². Cette déconnexion a écarté les parties au traité du processus d'interprétation, ce qui a entraîné l'insatisfaction croissante à l'égard de RDIE¹⁰⁰³.

249. Afin de corriger ce déséquilibre, il a été proposé d'inclure un mécanisme de publication des instruments interprétatifs communs, largement sous-utilisés¹⁰⁰⁴. Plutôt que de renégocier ou de modifier un traité, ce qui peut être un processus coûteux, les États parties à un traité ont la possibilité de discuter d'une question spécifique et de publier ensemble une déclaration commune, comme la définition du TJE. Ils peuvent le faire de manière *ad hoc* ou par le biais d'un mécanisme formalisé lorsque celui-ci est prévu par le traité¹⁰⁰⁵. En effet, l'article 31(3)(a) et (b) de la CVDT dispose que : « *tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions* » et « *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* » doivent être pris en compte¹⁰⁰⁶. Les instruments interprétatifs communs constituent une forme spéciale d'« *accord ultérieur* » tel que cela figure à l'article 31(3)(a) CVDT devant être considéré, dans sa version anglaise

¹⁰⁰² ROBERTS (Anthea), « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104, issue 2, 2010, p. 179.

¹⁰⁰³ *Ibid.* ; voir aussi GORYWODA (Lukaz), « How States Manage Their Obligations Under Bilateral Investment Treaties: Opportunistically Changing the Rules of the Games or Legitimately Exercising Their Sovereign Rights? (Part I) », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 août 2017 (« *Increasingly, the way that some standards and clauses common to many BITs have been applied by arbitral tribunals has come under criticism as shifting the balance in favour of investor protection and unduly restricting host states' sovereign rights.* »).

¹⁰⁰⁴ UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do ?*, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, décembre 2011, pp. 5, 15 ; ISHIKAWA (Tomoko), « Keeping Interpretation in Investment Treaty Arbitration 'on Track': The Role of States Parties », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014 p. 2 ; OZGUR (Ugur), « In Search of Consistency and Fairness in Investor-State Arbitration: An 'Institutional' Approach to Interpreting the Doctrine of Legitimate Expectations », *supra* note 688, pp. 28-29 ; ROBERTS (Anthea), « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States », *supra* note 1002, p. 215.

¹⁰⁰⁵ GORDON (Kathryn) et POHL (Joachim), « Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World », *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, OECD Publishing, 2015, p. 26.

¹⁰⁰⁶ Article 31(3)(b) de la CVDT requiert de la part des interpréteurs d'un traité de tenir compte 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* ».

« *shall be taken into account* » par les tribunaux arbitraux devant interpréter les traités¹⁰⁰⁷.

250. Un accord ultérieur repose sur le fait que les parties au traité se soient accordées. Il n'est pas nécessaire que l'accord soit contraignant ou qu'il ait la forme d'un traité, mais il doit démontrer que les parties ont voulu que leur accord constitue une source d'interprétation¹⁰⁰⁸. Un rapport de 2013 publié par la Commission du Droit International (« **CDI** ») sur les « *Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties* » reconnaît que les parties aux traités peuvent donner à leurs accords ultérieurs une force contraignante, en précisant que « *les accords ultérieurs et la pratique ultérieure établissant l'accord des parties sur l'interprétation d'un traité doivent être concluants pour cette interprétation dès lors que les parties considèrent celle-ci comme s'imposant à elles avec force obligatoire* »¹⁰⁰⁹. Ces accords ultérieurs constituent l'expression de la volonté des parties dans le cadre du processus d'interprétation. Dans ce contexte, les juges ou les arbitres doivent suivre les spécifications des parties lorsqu'ils interprètent le traité concerné¹⁰¹⁰. En outre, il n'est pas rare que les États émettent une déclaration commune quant à l'interprétation d'une disposition spécifique au cours d'une procédure en cours, qui devra idéalement être prise en compte de manière appropriée.

251. Certains traités contiennent des dispositions qui créent divers mécanismes permettant de produire des interprétations ayant une valeur contraignante. Ces « *dispositifs de gouvernance* » relatifs aux interprétations ayant une valeur contraignante diffèrent s'agissant de la personne pouvant lancer le processus de

¹⁰⁰⁷ La Commission du droit international (« **CDI** ») définit un accord ultérieur comme « *an agreement between the parties, reached after the conclusion of a treaty, regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions* », voir U.N., Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, du 6 mai au 7 juin 2013 et du 8 juillet au 9 août 2013, A/68/10, p. 17, conclusion 4(1) ; voir aussi GORYWODA (Lukasz), « How States Manage Their Obligations Under Bilateral Investment Treaties: Opportunistically Changing the Rules of the Games or Legitimately Exercising Their Sovereign Rights? (Part II) », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 août 2017.

¹⁰⁰⁸ E.g. YASSEN (Mustafa), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne », *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, vol. 151, 1976, p. 45 (« *Il n'est surtout pas nécessaire qu'un accord interprétatif revête la même forme que celle du traité qu'il concerne, si solennel et si important que soit ce traité. L'accord interprétatif peut être en forme simplifiée, peut se réaliser par un échange de notes ou même par des déclarations orales concordantes* »).

¹⁰⁰⁹ Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, du 6 mai au 7 juin 2013 et du 8 juillet au 9 août 2013, A/68/10, 2013, p. 24.

¹⁰¹⁰ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Kluwer Law International, vol. 39, 2016, p. 16.

clarification, c'est-à-dire la structure institutionnelle formelle à laquelle avoir recours le cas échéant, et le moment de l'émission. Par exemple, les traités peuvent : (1) désigner une institution spécifique chargée de fournir des clarifications sur le sens du traité, comme la Commission du libre-échange (« CLE ») de l'ALENA¹⁰¹¹ ; (2) indiquer que les parties au traité peuvent s'entendre sur l'élaboration d'interprétations faisant autorité sans pour autant avoir recours à un mécanisme institutionnel précis pour l'élaboration de ces interprétations¹⁰¹² ; ou (3) prévoir qu'une partie à l'arbitrage ou le tribunal arbitral lui-même puisse demander une interprétation commune faisant autorité¹⁰¹³.

252. Récemment, plusieurs pays ont publié des instruments interprétatifs communs relatifs aux AII existants et/ou ont créé des organes communs dans leurs AII, ayant pour mandat de donner des interprétations contraignantes concernant les dispositions des traités. Ceci peut contribuer à réduire l'incertitude et à améliorer la prévisibilité pour les investisseurs, les parties contractantes et les tribunaux. En 2018, la Colombie et l'Inde ont signé une déclaration interprétative commune relative à leur TBI de 2009¹⁰¹⁴. Cet outil affine les clauses clés du traité de 2009 afin de refléter les objectifs

¹⁰¹¹ Article 2001 de l'ALENA a mis en place la Commission du libre-échange (CLE), composée de représentants des Parties au traité ayant rang ministériel ou de leurs délégués. La CLE est chargée en particulier de superviser (i) la mise en oeuvre de l'ALENA, (ii) son développement, et (iii) la résolution des différends qui pourront survenir relativement à l'interprétation ou son application. Article 1131(2) de l'ALENA prévoit aussi qu'une interprétation de la CLE liera le tribunal constitué sous l'égide de l'ALENA.

¹⁰¹² E.g, Article 30 « droit applicable », alinéa 3 du TBI États-Unis-Uruguay, signé le 4 novembre 2005, entré en vigueur le 31 octobre 2006, dispose que : « *A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.* » ; voir également Note du Secrétariat, Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-neuvième session, Vienne, 30 mars -3 avril 2020, A/CN.9/WG.III/WP.191, 17 janvier 2020, p. 8, § 36.

¹⁰¹³ Par exemple, article 40 de l'ACIA dispose que : « *The tribunal shall, on its own account or at the request of a disputing party, request a joint interpretation of any provision of this Agreement that is in issue in a dispute. The Member States shall submit in writing any joint decision declaring their interpretation to the tribunal within 60 days of the delivery of the request. ... if the Member States fail to issue such a decision within 60 days, any interpretation submitted by a Member State shall be forwarded to the disputing parties and the tribunal, which shall decide the issue on its own account.* » ; voir aussi Article 10.22(3) du CAFTA et Article 11.2(2) du TBI Chili-Pérou.

¹⁰¹⁴ Déclaration Interprétative Conjointe entre l'Inde et la Colombie concernant l'Accord pour la Promotion et la Protection des Investissements entre l'Inde et la Colombie signé le 10 novembre 2009 (le texte de la déclaration est disponible sur le base de données du Ministère des Affaires Extérieures Indien) ; PEACOCK (Nicholas), *et al.*, « Recent Developments in India-related Investment Treaty

de développement durable, de renforcer le droit des parties à réglementer dans l'intérêt public et de clarifier les dispositions relatives aux TJE¹⁰¹⁵, à l'expropriation¹⁰¹⁶, au traitement national¹⁰¹⁷, à la NPF¹⁰¹⁸ et sur le RDIE¹⁰¹⁹. En 2017, le Bangladesh et l'Inde ont signé une déclaration interprétative commune similaire relative à leur TBI de 2009¹⁰²⁰. Également, en 2017, la Colombie et la France ont signé une déclaration interprétative commune concernant leur TBI de 2014¹⁰²¹. Cette dernière précise que l'article 16 concernant les « *autres dispositions* » ne doit pas être considéré comme une clause de stabilisation et qu'une violation d'un contrat d'État entre un investisseur et une partie ne constitue pas une violation de traité.

253. Ces mesures interprétatives des dispositions des traités engendrent « *little cost and do not require ratification procedures, yet they can direct tribunals in their reading of IIA obligations* »¹⁰²². Elles peuvent donc être très efficaces pour traiter la question du manque de constance. Bien que les déclarations interprétatives présentent des avantages, des préoccupations concernant l'équité et la régularité de la procédure ont été soulevées lorsqu'une déclaration interprétative commune est établie postérieurement à l'ouverture d'une procédure d'arbitrage par un investisseur. Cependant, si les parties au traité peuvent effectivement modifier le sens de la formulation du traité par un accord ultérieur après que le différend a été soumis à l'arbitrage d'investissement, cela peut créer un effet imprévisible préjudiciable à l'investisseur demandeur, ainsi que compromettre potentiellement ses droits à une

Arbitration », *HSF Arbitration Notes*, 8 novembre 2019 (« *In October 2018, India and Columbia concluded a joint interpretive statement regarding the India-Colombia BIT of 2009* »).

¹⁰¹⁵ Déclaration interprétative conjointe entre l'Inde et la Colombie concernant l'accord pour la promotion et la protection des investissements entre l'Inde et la Colombie du 4 octobre 2018, Note 4.

¹⁰¹⁶ *Idem*. Note 6.

¹⁰¹⁷ *Idem*. Note 5.

¹⁰¹⁸ *Idem*. Note 5.

¹⁰¹⁹ *Idem*. Note 7.

¹⁰²⁰ Notes interprétatives conjointes sur l'accord entre le gouvernement de la République de l'Inde et le gouvernement de la République populaire du Bangladesh pour la promotion et la protection des investissements signé le 4 octobre 2017 (le texte de la déclaration est disponible sur le base de données du Ministère des Affaires Extérieures Indien).

¹⁰²¹ Déclaration Interprétative Conjointe du 23 octobre 2017 sur l'Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la France et la Colombie signé le 10 juillet 2014 (Texte intégral publié dans le Décret n° 2020-1282 du 22 octobre 2020 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (ensemble un protocole et deux déclarations interprétatives conjointes), signé à Bogota le 10 juillet 2014 (1)).

¹⁰²² UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do*, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, décembre 2011, p. 15.

procédure régulière. En effet, les interprétations rendues pas la CLE ont provoqué diverses réactions de la part des tribunaux constitués dans le cadre de l'ALENA. A la suite de la sentence sur le fond rendue dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*¹⁰²³, la CLE a publié une note interprétative disposant, *inter alia*, que l'article 1105(1) de l'ALENA ne prescrit que le standard minimal de traitement des étrangers prévu par le droit international coutumier comme standard minimal de traitement à accorder aux investissements des investisseurs d'un autre État partie¹⁰²⁴. Dans la sentence ultérieure portant sur les dommages et intérêts¹⁰²⁵, le tribunal *Pope & Talbot* a remis en cause l'exercice par la CLE de son pouvoir d'interprétation et a déclaré que : « *were the Tribunal required to make a determination whether the Commission's action is an interpretation or an amendment, it would choose the latter* »¹⁰²⁶. De même, il a soulevé des doutes sur la pertinence de la participation du Canada à la note interprétative à la lumière de la règle de droit international qui prévoit « *that no-one shall be judge in his own cause* »¹⁰²⁷. Ainsi, le tribunal *Pope & Talbot* a considéré cette interprétation comme une tentative illégitime de modifier le traité rétroactivement afin d'interférer avec un litige en cours¹⁰²⁸. En revanche, le tribunal dans l'affaire *ADF Group c. États-Unis*, a accepté l'interprétation en se fondant sur le fait que « *we have the Parties themselves—all the Parties—speaking to the Tribunal* » et « *[n]o more authentic and authoritative source of instruction on what the Parties intended to convey in a particular provision of NAFTA, is possible* »¹⁰²⁹. Le tribunal a également rejeté l'argument selon lequel il était implicitement autorisé à distinguer entre les interprétations de la CLE et les amendements¹⁰³⁰. Ces points de vue divergents des tribunaux de l'ALENA sur le rôle des États dans l'interprétation des dispositions des

¹⁰²³ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, ALENA, Deuxième sentence sur le fond, 10 avril 2001.

¹⁰²⁴ CLE de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11, 31 juillet 2001 (« *B.1 Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.* »).

¹⁰²⁵ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, ALENA, Sentence sur les dommages, 31 mai 2002.

¹⁰²⁶ *Idem.* § 23.

¹⁰²⁷ *Idem.* § 13. Il convient de souligner toutefois que le tribunal a respecté la formulation contraignante de l'article 1131(2) qui prévoit que les interprétations de la CLE « *shall be binding on a Tribunal* », § 51.

¹⁰²⁸ *Idem.* § 47.

¹⁰²⁹ *ADF Group Inc. c. États-Unis*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/1, sentence, 9 janvier 2003, §. 177.

¹⁰³⁰ *Ibid.* (indiquant qu'une telle approche « *tend to degrade and set at naught the binding and overriding character of FTC interpretations.* »).

traités démontrent l'équilibre difficile entre le pouvoir d'interprétation des États et la nécessité de protéger les droits de la défense. A cet égard, si les États pouvaient émettre des déclarations interprétatives avant que la procédure d'arbitrage d'investissement ne soit entamée, l'occurrence de telles conséquences potentiellement injustes pour l'investisseur serait évitée.

C. Une cohérence accrue à travers une mise en oeuvre multilatérale et régionale des traités d'investissement

254. On observe une tendance croissante au régionalisme et aux méga-traités¹⁰³¹. Certains chercheurs plaident même en faveur du multilatéralisme en tant que concept alternatif à un ordre hégémonique caractérisé par des règles qui favorisent unilatéralement les intérêts personnels de l'hégémonie sans placer les autres acteurs sur un pied d'égalité¹⁰³².

255. Contrairement à l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »), il n'existe actuellement aucun système multilatéral pour le RDIE. À l'heure actuelle, le RDIE se matérialise par un réseau fragmenté d'AII comprenant près de 3 300 traités (comprenant des TBI et des chapitres sur l'investissement dans les ALE)¹⁰³³. Ni l'UE ni le GT III de la CNUDCI n'ont montré une quelconque volonté concrète de modifier le *status quo* en ce qui concerne le fonctionnement des AII. La mise en place de règles multilatérales n'a pas été actuellement envisagée et toute discussion à cet égard est absente du débat sur la réforme du RDIE.

256. Cependant, la question de savoir si l'adoption d'un traité multilatéral sur les investissements est opportune ou si la communauté internationale devrait adopter un tel traité n'est pas nouvelle. À l'automne 1995, les pays membres de l'OCDE ont lancé un régime multilatéral pour l'investissement par le biais du projet d'AMI¹⁰³⁴. L'objectif de l'AMI proposé était de fournir une « *broad multilateral framework for*

¹⁰³¹ BALTAG (Crina), « Reforming the ISDS System: In Search of a Balanced Approach », *Contemporary Asia Arbitration Journal (CAA Journal)*, vol. 12, no. 2, November 2019, p. 300.

¹⁰³² SCHILL (Stephan), *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 10.

¹⁰³³ UNCTAD, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities for Treaty Renewal*, IIA Issues Notes, No. 4, 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9, p 1.

¹⁰³⁴ KODAMA (Yoshi), « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment - The Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism and Its Failure », *supra* note 939, p. 45.

international investment with ... effective dispute settlement procedures » qui comprenait des discussions sur un mécanisme d'appel, cependant cet accord n'a pas abouti¹⁰³⁵. En effet, les négociations ont finalement échoué en décembre 1998 sans qu'aucun accord n'ait été conclu¹⁰³⁶. Comme le note l'un des rapports de la CNUDCI :

*the diversity in approaches to investor-State dispute settlement reflected thoughtful decisions by sovereign States on what approach best suited their particular legal, political, and economic circumstances. It was said that because of those well-founded differences, past attempts to forge a single, multilateral approach to investment treaties had failed (for example, the negotiation of the multilateral agreement on investment under the auspices of OECD)*¹⁰³⁷.

Avant 2004, l'inclusion du régime des investissements internationaux dans le cadre réglementaire de l'OMC avait été envisagé, cette initiative aurait eu pour conséquence de favoriser la cohérence¹⁰³⁸. Cependant, ces efforts pour intégrer un régime juridique portant sur l'investissement dans l'OMC ont également échoué¹⁰³⁹. Ainsi, contrairement aux attentes optimistes initiales, les décideurs n'étaient pas disposés ou capables d'établir, par le biais de traités multilatéraux, un niveau de coordination correspondant et reflétant la mondialisation des investissements et la quête de sécurité juridique des investisseurs.

257. Ces dernières années, les gouvernements se sont de plus en plus détournés du mode de gouvernance bilatéral et ont commencé à négocier et à conclure des traités régionaux et méga-régionaux pour remplacer ou compléter les anciennes relations bilatérales en matière d'investissement¹⁰⁴⁰. En 2012, plus de 110 pays étaient engagés

¹⁰³⁵ CLAPMAN (Jason), « Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is There a Need for Reform », *supra* note 956, p. 445 (Delegates expressed « concerns ... about the delays and costs an appeal might add to dispute settlement, particularly the traditional forms of investor-State arbitration, and its departure from the philosophy of fast, inexpensive and final one step arbitration. »).

¹⁰³⁶ KODAMA (Yoshi), « Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment - The Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism and Its Failure », *supra* note 939, p. 45.

¹⁰³⁷ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Cinquantième session (3-21 juillet 2017) Assemblée générale Documents officiels Soixante-douzième session Supplément n° 17.

¹⁰³⁸ DOLZER (Rudolph), « Perspectives for Investment Arbitration: Consistency as a Policy Goal? », *TDM*, vol. 10, issue 1, 2014, p. 3.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, Publications des Nations Unies, 2013, p. 10 (« Today, countries increasingly favour a

dans au moins 22 procédures de négociations régionales¹⁰⁴¹. Cette régionalisation du droit des investissements a lieu au niveau intrarégional, soit dans le cadre d'un programme d'intégration économique plus poussé découlant d'une organisation déjà en place, comme l'ACIA entré en vigueur en 2013, soit de manière *ad hoc*, comme avec le traité trilatéral d'investissement Chine-Japon-Corée du Sud signé en 2012. Récemment, le Partenariat économique global régional (« RCEP ») a été signé par ses 15 parties d'Asie-Pacifique le 15 novembre 2020 (après que l'Inde, partie initiale aux négociations, s'en soit retirée)¹⁰⁴². La signature de cet accord en pleine pandémie de COVID-19 fut accueillie comme une nouvelle majeure puisqu'il s'agit du plus grand accord de libre-échange de l'histoire en termes de PIB combiné des parties¹⁰⁴³. Il convient de noter que, contrairement à la plupart des AII existants entre les parties signataires, le RCEP ne contient pas de mécanisme de RDIE. L'article 10.18 du RCEP prévoit, au contraire, que les parties discuteront du mécanisme de résolution des litiges dans les deux ans suivant la date d'entrée en vigueur du RCEP ce qui démontre qu'elles n'ont pas été en mesure de parvenir à un accord à ce sujet. Néanmoins, la tendance à la régionalisation englobe également des accords interrégionaux reliant différentes parties du globe¹⁰⁴⁴.

258. L'un des avantages potentiels des traités méga-régionaux est de parvenir à atténuer le risque d'interprétations incohérentes¹⁰⁴⁵. Grâce à la consolidation méga-régionale, les dispositions conventionnelles similaires qui se chevauchent deviendraient plus uniformes, tant sur le fond que sur la procédure. Cela renforcerait

regional over a bilateral approach to IIA rule making and take into account sustainable development elements ») ; p. 103 (« *The importance of regionalism, evident from the fact that 8 of the 10 'other IIAs' concluded in 2012 were regional ones, is also manifest in current negotiations.* »).

¹⁰⁴¹ EL-KADY (Hamed), « An International Investment Policy Landscape in Transition: Challenges and Opportunities », *TDM*, vol. 10, issue 4, 2013, p. 1.

¹⁰⁴² Le RCEP est un accord de libre-échange entre les pays d'Asie-Pacifique suivants : Australie, Brunei, Cambodge, Chine, Corée du Sud, Indonésie, Japon, Laos, Malaisie, Myanmar, Nouvelle-Zélande, Philippines, Singapour, Thaïlande et Vietnam, entré en vigueur le 1er janvier 2022 (le texte intégral est disponible sur le site officiel du RCEP).

¹⁰⁴³ À compter de 2020, les 15 États membres représentent environ 30 % de la population mondiale (2,2 milliards de personnes) et 30 % du PIB mondial (26,2 milliards de dollars), ce qui en fait le plus grand bloc commercial de l'histoire. Voir aussi EWING-CHOW (Michael) et LOSARI (Junianto), « The RCEP Investment Chapter: A State-to-State WTO Style System For Now », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 décembre 2020.

¹⁰⁴⁴ *E.g.* le CPTPP, le RCEP, l'Accord africain de libre-échange tripartite (« COMESA-EAC-SADC »), ou le TTIP interrompu entre l'Union Européenne et les États-Unis.

¹⁰⁴⁵ FELDMAN (Mark), « Mega-Regional Investment Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 9 décembre 2016.

la certitude quant aux obligations contractées par les États et profiterait à la fois aux pays d'accueil et aux investisseurs¹⁰⁴⁶. Toutefois, la montée du régionalisme pose certains questionnements, car cela ne garantit pas l'amélioration de la cohérence des sentences arbitrales. Dans de nombreux cas, ces traités régionaux ne remplacent pas les TBI existants mais coexistent avec eux¹⁰⁴⁷. De cette façon, un investisseur d'un pays A qui investit dans un pays B sera protégé à la fois par un traité bilatéral et un traité régional, tous deux signés entre les pays A et B. Par exemple, un investisseur thaïlandais en Indonésie peut s'appuyer sur le TBI Thaïlande-Indonésie de 1998 ainsi que sur l'ACIA de 2009 pour la protection de ses investissements, et peut éventuellement lancer une procédure d'arbitrage en vertu de ces deux instruments. La possibilité donnée à un investisseur d'introduire une demande d'arbitrage en vertu d'un TBI et de l'ACIA régional irait à l'encontre de l'argument selon lequel le multilatéralisme favorise la cohérence¹⁰⁴⁸. Les cas de plus en plus nombreux de chevauchements verticaux entre les traités régionaux et les TBI, conséquence de ce phénomène de régionalisme, font craindre que les obligations prévues par ces instruments fassent double emploi voire deviennent contradictoires, ce qui augmenterait, au lieu de l'atténuer, le risque de résultats incohérents, de procédures parallèles et de conflits normatifs¹⁰⁴⁹.

259. La proposition consistant à établir une cour multilatérale d'investissements entraîne un regain d'intérêt en faveur de la mise en place d'un traité multilatéral de la part de certains universitaires. Le Professeur Malebakeng Forene a fait valoir que l'incohérence peut être améliorée avec un seul traité multilatéral pour assurer la constance dans la portée de la protection des investisseurs¹⁰⁵⁰. Par ailleurs, avec

¹⁰⁴⁶ Voir généralement, World Economic Forum, *Mega-regional Trade Agreements: Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?*, 2014, pp. 13-14.

¹⁰⁴⁷ Voir e.g. Article 1.2 « Rappports avec d'autres accords », Chapitre 1 du CPTPP ; Article 44 « Rappports avec d'autres accords » de l'ACIA. (« *Nothing in this Agreement shall derogate from the existing rights and obligations of a Member State under any other international agreements to which it is a party.* ») ; voir aussi ALSCHNER (Wolfgang), « Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law – Towards Consolidation or Contradiction », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, issue 2, 2014, p. 271.

¹⁰⁴⁸ Voir l'article 44 de l'ACIA.

¹⁰⁴⁹ Voir ALSCHNER (Wolfgang), « Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law – Towards Consolidation or Contradiction », *supra* note 1047, p. 271.

¹⁰⁵⁰ FORENE (Malebakeng), « New Developments in International Investment Law: A Need for a Multilateral Investment Treaty », *Potchefstroom Electronic Law Journal*, vol. 21, 2018 (L'auteur affirme que le moment est venu pour élaborer un traité multilatéral mais il néglige le fait que les États-

l'importance croissante des IDE sur les marchés mondiaux, il y a également le phénomène de la mondialisation, qui rend indésirable l'utilisation de lois nationales ou d'AII dans la protection des IDE¹⁰⁵¹. L'arbitre Jacques Werner a suggéré que « *[t]he only realistic possibility would be to have a multilateral investment agreement under the umbrella of the WTO as one of its 'covered agreements' and, consequently, to have disputes brought within the jurisdiction of its Dispute Settlement System.* »¹⁰⁵² Cependant, afin de prévoir les litiges entre les investisseurs privés et les États, le système devrait être réformé¹⁰⁵³. D'autre part, le Juge Charles N. Brower a déclaré : « *comprehensive multilateral investment treaty that would replace all BITs could remedy much of the [inconsistency] problem, actually negotiating and then bringing into force such a treaty among the broadest range of States, including all of the major commercial, trading and capital-exporting ones, would be utopian at any time.* »¹⁰⁵⁴ En effet, les événements survenus à la fin de 2016 et en 2017 ont amené la communauté du droit international des investissements à réévaluer la probabilité de cette nouvelle ère, du moins dans le *Nord*. L'arrêt des négociations du TTIP et le retrait des États-Unis de la proposition du TTIP, ainsi que les défis politiques liés au Brexit et à l'élection américaine de 2016 ont remis en question la perspective de cette nouvelle ère *multilatérale*. Néanmoins, dans le *Sud*, le multilatéralisme semble avoir vivement progressé¹⁰⁵⁵. À ce stade, il reste difficile de prédire si nous entrons dans une nouvelle ère de repli du multilatéralisme. Peu d'éléments indiquent qu'à l'heure actuelle, un tel changement qualifiable de substantiel puisse se produire.

Unis, l'un des principaux acteurs de l'économie mondiale, se sont retirés de l'Accord de partenariat transpacifique et les négociations du TTIP sont à l'arrêt).

¹⁰⁵¹ *Idem.* p. 6.

¹⁰⁵² WERNER (Jacques), « Making Investment Arbitration More Certain – a Modest Proposal », *supra* note 757, p. 785.

¹⁰⁵³ *Ibid.*

¹⁰⁵⁴ BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *supra* note 387, p. 222. Voir aussi SAULINO (James) et KALLNER (Josh), « The Emperor has no Clothes: A Critique of the Debate Over Reform of the ISDS System », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, p. 565 (« *There is no multilateral investment protection system because, up to now, the parties who would make such a decision to create one—namely, sovereigns—have apparently not wanted one.* »).

¹⁰⁵⁵ GOODMAN (Matthew), « From TPP to CPTPP », *CSIS*, 8 March 2018 (analysant la transition de l'Accord de partenariat transpacifique au Partenariat transpacifique global et progressiste après le retrait des États-Unis en 2017).

CONCLUSION

260. Bien qu'un certain nombre de critiques affirme que les décisions relevant du RDIE ont conduit à un manque de constance et à des incohérences, plutôt qu'à un ensemble de droit harmonisé, il ne faut pas oublier que les TBI constituent un régime fragmenté. Les traités d'investissement sont fondés sur une structure et sur des clauses spécifiquement et individuellement négociées entre les États, en tenant compte de leurs intérêts respectifs. Malgré le fait que certaines dispositions soient similaires, elles ne peuvent être traitées comme identiques et exiger des résultats identiques. Par conséquent, prétendre que « *[i]nconsistent decisions by arbitral tribunals threaten the legitimacy of investment arbitration* »¹⁰⁵⁶ selon moi une exagération. Chaque affaire présentée au tribunal implique également un ensemble de faits qui lui est propre.

261. Après un examen plus approfondi, les cas fréquemment cités par les universitaires et les États comme des exemples de manque de constance ont pu être expliqués. Cela est dû à des dispositions textuelles différentes des traités ainsi qu'à une appréciation différente des faits. Il ne me paraît pas correct de supposer que, dans l'ensemble, la jurisprudence existante est fondamentalement lacunaire ou manque de constance ; souvent, les textes juridiques applicables et les faits présentés diffèrent sensiblement et les observateurs négligent ces différences. Il convient d'en tenir compte lors de l'examen de l'ampleur du prétendu problème de l'inconstance et du recours à des solutions d'amélioration du système actuel ou encore lors de l'élaboration d'une réforme radicale. Comme le Professeur Jan Paulsson a pu le remarquer :

*The debate could end at this point with the realization that the problem is much exaggerated; that incidental incongruities are likely to resolve themselves in familiar ways as a relatively new system works its way toward maturity; and that prudence overwhelmingly dictates that one should not be quick to jettison a valuable international mechanism and prematurely expose it to transformations which may be stultifying and destructive*¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁶ HOWARD (David), « Creating Consistency Through a World Investment Court », *supra* note 691, p. 27.

¹⁰⁵⁷ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 258.

Néanmoins, il est selon moi indispensable que des clauses identiques provenant d'un même TBI soient interprétées de la même manière pour assurer la constance.

262. Bien que le sujet soit encore discutable, on ne peut nier l'existence d'une demande croissante pour une plus grande constance. Cette dernière pourrait être atteinte au travers de traités multilatéraux ou régionaux. Toutefois, à l'heure actuelle, le traité multilatéral, même s'il est envisagé, semble être une solution encore utopique. Toutefois l'accroissement du régionalisme aurait pu constituer la solution pour assurer plus de cohérence au sein du système. Mais, il existe encore des obstacles à l'assurance d'une cohérence à travers le régionalisme comme la cohabitation des TBI et des traités régionaux. Ces obstacles peuvent finalement avoir l'effet contraire de l'objectif recherché et favoriser l'incohérence. Par conséquent même si le régionalisme et le multilatéralisme semblent de prime abord les solutions les plus efficaces pour assurer une cohérence optimale en droit des investissements, celle-ci ne semble pas être pleinement réalisable pour le moment.

263. Cela dit, il est possible de travailler à davantage de constance au sein du système actuel. Dans la mesure où la prévisibilité sera toujours difficile, voire impossible à atteindre (tout dépend des motivations avancées par les parties et des faits en cause), la stabilité dans l'identification et l'application du cadre juridique plus général doit rester un objectif dans tout système juridique. Le principal problème à résoudre réside dans la sélection des arbitres qui ne possèdent pas l'expertise suffisante en matière d'arbitrage d'investissement, que ce soit sur le fond et/ou sur la procédure.

264. La communauté des arbitres internationaux peut et doit exercer une autorégulation et une auto-sélection informelles suffisantes. En mettant particulièrement l'accent sur les dispositions d'un même TBI (et dans une moindre mesure sur les dispositions proches mais non similaires), les arbitres seront inévitablement de plus en plus confrontés à des pressions informelles et formelles pour examiner, expliquer et souvent harmoniser les dispositions du traité et du droit international coutumier qu'ils appliquent et cherchent à interpréter. Les investisseurs et les États doivent faire preuve de prudence dans le choix des arbitres et éviter de désigner des arbitres ne possédant pas une expertise suffisante en matière d'arbitrage d'investissements, que ce soit sur le fond et/ou sur la procédure. En effet, un flux

continu de jurisprudence en matière d'investissement, un affinement de la pratique des États et de l'élaboration des traités et une analyse doctrinale renforcée devraient entraîner la création d'une *jurisprudence constante*, ce qui est attendu à l'avenir.

265. L'utilisation de mécanismes de transparence et d'harmonisation visant à prévenir les décisions manquant de régularité améliorerait très certainement la légitimité du système. La tendance observée dans les récents arbitrages d'investissement consiste en un accroissement de la transparence et un renforcement de l'harmonisation, notamment par la prise en considération des sentences rendues par d'autres tribunaux arbitraux.

266. Selon moi, les universitaires, les organisations intergouvernementales, les arbitres, les avocats exerçant dans l'arbitrage - c'est-à-dire l'ensemble de la communauté arbitrale - devraient aider à établir une hiérarchie des affaires basée sur la qualité des sentences, ainsi que sur la portée et le sens du droit lui-même, puisque cette communauté critique et encense les décisions arbitrales, participant ainsi au développement d'une jurisprudence constante. Pour renforcer la cohérence et la constance des sentences arbitrales, l'accent devrait d'abord être mis sur ce qui est faisable pour améliorer le système actuel et sur les actions que chaque État est en mesure d'entreprendre. A cet effet, il me paraît envisageable dès à présent d'introduire des solutions d'amélioration du système actuel en recourant à un système de précédent ou aux outils d'interprétation des traités.

267. Toutefois, la possibilité de recourir à des réformes plus conséquentes et radicales est dans les esprits. Ainsi, des discussions existent quant à l'introduction des systèmes de décision préliminaire ou préjudicielle, d'examen préalable des sentences ou encore l'introduction d'une cour multilatérale d'investissement et d'une cour d'appel. Ces propositions de réformes, ayant le potentiel de modifier profondément la structure actuelle du RDIE, seront discutées dans leur fondements et opportunités dans la Partie II.

268. Il convient de noter néanmoins que, quelle que soit la réforme choisie, celle-ci devra présenter un énorme potentiel d'amélioration. Elle devra se révéler particulièrement adaptée afin de répondre aux causes profondes du prétendu manque de constance de la jurisprudence arbitrale. Cela dit, j'ajouterais que la réforme et

l'innovation ne doivent pas être recherchées à tout prix. La conception globale du modèle de solution doit dûment tenir compte des structures, principes et objectifs fondamentaux de l'arbitrage d'investissement. Ces derniers doivent servir de base d'orientation lors de la mise en œuvre de l'approche privilégiée.

TITRE 2. CRITIQUES SUR LA PROCÉDURE

269. La procédure arbitrale a aussi fait l'objet d'un certain nombre de critiques. De fait, la procédure arbitrale est souvent remise en cause de par ses règles, qui pour certains présentent des failles. Comme pour les critiques de fond, il semblerait intéressant de confronter ces analyses à la pratique. La première principale objection concerne les conflits d'intérêts des arbitres et le manque d'impartialité au sein du RDIE (Chapitre 1). La deuxième objection concerne la transparence en arbitrage (Chapitre 2). Cette partie aura pour objet d'analyser la validité des différentes critiques émises et d'évoquer les solutions proposées actuellement au sein du RDIE.

CHAPITRE 1. LES CONFLITS D'INTÉRÊTS DES ARBITRES ET LE MANQUE D'IMPARTIALITÉ AU SEIN DU RDIE

270. L'indépendance des arbitres, au même titre que leur impartialité, est d'une importance cruciale pour les parties ainsi que pour la légitimité de l'arbitrage d'investissement dans son ensemble¹⁰⁵⁸. Elle fait référence à la relation des arbitres avec les parties, laquelle est susceptible d'affecter son point de vue ou son attitude relativement au fond du litige¹⁰⁵⁹. Elle est communément associée à la relation ou au lien entre un arbitre et les parties, qu'il soit personnel, professionnel ou financier, et elle est évaluée de manière objective, sur la base de *faits*. La nécessité d'indépendance des arbitres est consacrée dans la Convention CIRDI qui prévoit que les arbitres doivent être des « *personnes ... qui sont en mesure d'exercer un jugement indépendant* »¹⁰⁶⁰. D'autre part, lorsqu'un arbitre manque d'impartialité, cela signifie que son état d'esprit face au litige est directement remis en cause. L'impartialité signifie « *the absence of bias (either actual or apparent)* »¹⁰⁶¹. En d'autres termes, la partialité concerne « *bias of an arbitrator either in favour of one of the parties or in relation to the issues in dispute* »¹⁰⁶². Un arbitre *impartial* est celui qui n'a pas de parti

¹⁰⁵⁸ SHEPPARD (Audley), « Arbitrator Independence in ICSID Arbitration », in BINDER (Christina) *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, p. 131 ; REINISCH (August) et KNAHR (Christina), « Conflict of Interest in International Investment Arbitration », in PETERS (Anne) et HANDSCHIN (Lukas) (eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 104 ; GAUKRODGER (David) et GORDON (Kathryn), « Investor-state Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, no. 2012/03, 2012, p. 49.

¹⁰⁵⁹ Voir Article 3.1 des Règles de déontologie de l'association internationale de l'IBA (« **International Bar Association** »), 1987 ; DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 280 (indiquant que les arbitres doivent être indépendants des parties et que les conflits d'intérêts font obstacle à la nomination des arbitres et peuvent entraîner leur disqualification.) ; voir également HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », *supra* note 393, p. 478.

¹⁰⁶⁰ Article 14(1) de la Convention CIRDI prévoit les qualités requises des conciliateurs et d'arbitres figurant sur la liste de conciliateurs et la liste d'arbitres. Articles 12 à 16 précisent la composition des listes des conciliateurs et arbitres. Article 40 de la Convention CIRDI étend ces exigences aux arbitres nommés en dehors de la liste des arbitres: « *Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1).* ».

¹⁰⁶¹ LOZADA (Fernando), « Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality », *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer España, vol. 2016, issue 27, 2016, p. 83 ; LUTTRELL (Sam), *Bias Challenges in International Commercial Arbitration – The Need for a « Real Danger »*, Kluwer Law International, 2009, p. 23.

¹⁰⁶² REDFERN (Alan), HUNTER (Martin), *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 1986, p. 170.

pris en faveur ou contre une partie ou sur l'affaire¹⁰⁶³. Il est communément entendu en arbitrage que l'arbitre doit être impartial et indépendant¹⁰⁶⁴. En effet, le RDIE a été conçu comme un processus dépolitisé destiné à combler les lacunes et les faiblesses de certaines institutions juridiques nationales relativement faibles et présentes dans des États moins développés¹⁰⁶⁵. Certains commentateurs notent que l'arbitrage d'investissement offre un forum neutre et impartial de résolution des différends¹⁰⁶⁶.

271. Lors de cette dernière décennie, des questions se sont posées sur le caractère juste et indépendant de l'arbitrage d'investissement. Les critiques se sont multipliées autour de la qualité des arbitres et sur le fait que le RDIE serait en crise dans plusieurs régions du monde¹⁰⁶⁷. De par la nature de l'arbitrage *ad hoc* reposant sur la nomination des arbitres par les parties, certains critiques ont exprimé leurs inquiétudes quant à la possibilité que les solutions adoptées dans les sentences soient influencées par les

¹⁰⁶³ DOAK (Bishop) et REED (Lucy), « Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration », *Arbitration International*, vol. 14, issue 4, 1998, p. 399 (« *one who is not biased in favour of, or prejudiced against, a particular party or its case.* »).

¹⁰⁶⁴ L'impartialité, qui est généralement associée à l'obligation d'indépendance, n'est pas explicitement requise dans la version anglaise ou française de la Convention CIRDI. Cependant, la version espagnole de l'article 14(1) stipule que les arbitres doivent être impartiaux. Considérant que toutes les versions de la Convention CIRDI font également foi, le consensus général parmi la doctrine et les utilisateurs de l'arbitrage CIRDI est que les deux exigences sont obligatoires. Voir SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Article 14, *supra* note 81 ; RUBINS (Noah) et LAUTERBURG (Bernhard), « Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration », in KNAHR (Christina) *et al.* (eds.), *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Eleven International, 2010, p. 157.

¹⁰⁶⁵ FRANCK (Susan), « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future? », *supra* note 761, p. 70 (expliquant que « *[i]nvestment treaty arbitration was created to provide a depoliticized dispute resolution process for the adjudication of public law rights* ») ; DODGE (William), « Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries; Reflections on the Australia- United States Free Trade Agreement », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, issue 1, 2006, p. 14 (« *BITs offered foreign investors the benefits of avoiding domestic courts in less developed countries and of using a depoliticized process in which they could press their own claims without intermediation by their home states.* »).

¹⁰⁶⁶ PAULSSON (Jan), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 265 (« *In the field of international investments, arbitral tribunals are instruments of the rule of law* ») ; BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 497 ; PUIG (Sergio), « Blinding International Justice », *Virginia Journal of International Law*, vol. 56, issue 3, 2016, p. 663.

¹⁰⁶⁷ EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting From Injustice, How Law Firms, Arbitrators And Financiers Are Fueling An Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171 ; ELIASON (Antoni), « Evidence Partiality and the Judicial Review of Investor-State Dispute Settlement Awards: An Argument for ISDS Reform », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, no. 1, 2018, p. 3 (« *Current challenges to the legitimacy of the system indicate that arbitrators are not perceived as [impartial].* »).

intérêts financiers et professionnels des arbitres¹⁰⁶⁸. Ce sentiment a été décrit par le Professeur Joost Pauwelyn :

ISDS is in a state of crisis in many parts of the world, and much of the criticism is focused precisely on who is deciding ISDS cases. The investment regime is said to be governed by arbitrators, rather than states. Arbitrators are labelled as 'private judges' operating in secrecy, biased in favor of large multinationals, without regard to conflicts of interest and issuing inconsistent decisions...the world investment regime seems, at present, to have too much rule of lawyers and not enough rule of law¹⁰⁶⁹.

Les arbitres ont été appelés « *judges privés* » agissant en secret, ayant un parti pris en faveur des grandes multinationales et ne se préoccupant pas des possibles conflits d'intérêts¹⁰⁷⁰. La prétendue existence d'un parti pris en faveur des investisseurs a alimenté une réaction de plus en plus vive à l'encontre de l'arbitrage d'investissement¹⁰⁷¹.

272. Il est suggéré, par exemple, qu'il est contraire à l'éthique d'agir à la fois comme arbitre et comme conseil, même dans des litiges d'investissement sans lien entre eux. Le rapport de l'ONG anti-RDIE intitulé *Les profiteurs de l'injustice* a lancé une offensive contre la communauté des arbitres en matière d'investissement, affirmant que les arbitres sont loin d'être des gardiens neutres du droit, qu'ils sont constitués

¹⁰⁶⁸ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Power and Justice: Third World Resistance in International Law », *Singapore Year Book of International Law*, vol. 10, 2006, p. 33 (« *Though neutrality is the ideal subscribed to in international arbitration, the pattern of appointing arbitrators favourable to the articulation of norms that protect the interests of international business has existed for a long time. It is alleged that this pattern is inherent within the system of international arbitration itself, so that only persons known to be favourable to definite outcomes are chosen as arbitrators.* »).

¹⁰⁶⁹ PAUWELYN (Joost), « The Rule of Law without the Rule of Lawyers: Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus », *American Journal of International Law*, vol. 109, no. 4, 2015, p. 763 (citant EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting From Injustice, How Law Firms, Arbitrators And Financiers Are Fuelling An Investment Arbitration Boom* et VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration »).

¹⁰⁷⁰ VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390 ; voir également PAUWELYN (Joost), « The Rule of Law without the Rule of Lawyers: Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus », *ibid.* ; BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie) *et al.*, « Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration - Are Investors and Host States on a Level Playing Field: The Lauder/Czech Republic Legacy », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, no. 1, 2005, p. 69.

¹⁰⁷¹ KAUSHAL (Ashna), « Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime », *supra* note 62, pp. 1-2 (expliquant les critiques grandissantes contre le régime et ses contradictions internes).

d'un petit groupe d'élites, qu'ils favorisent les multinationales, qu'ils ne tiennent pas compte de l'intérêt public de l'État et que « *the fact that some arbitrators also act as counsel which, in some situations, can raise doubts about the arbitrator's independence and impartiality.* »¹⁰⁷² À la suite de ce rapport, la CNUCED a publié en 2013 un rapport sur l'évolution récente du règlement des différends entre investisseurs et États, dans lequel elle affirme que « *the continuing trend of investors challenging generally applicable public policies, contradictory decisions issued by tribunals, an increasing number of dissenting opinions, concerns about arbitrators' potential conflicts of interest all illustrate the problems inherent in the system [of international arbitration]* »¹⁰⁷³. Il faut souligner que ce rapport de la CNUCED cite le rapport anti-RDIE de 2012, considéré comme peu fiable, intitulé *Les profiteurs de l'injustice - Comment les cabinets juridiques, les arbitres et les financiers alimentent un boom de l'arbitrage d'investissement*, plutôt que de mener des recherches indépendantes.

273. Ces discours ont atteint la sphère politique en Europe et aux États-Unis. La Commissaire européenne au commerce, Madame Malmström, en charge des négociations du TTIP au nom de l'UE, a déclaré : « *Nous voulons le règne du droit, pas celui des avocats.* »¹⁰⁷⁴ La sénatrice et ancienne candidate à la présidence des États-Unis, Elizabeth Warren, a écrit dans son éditorial que le RDIE :

*wouldn't employ independent judges. Instead, highly paid corporate lawyers would go back and forth between representing corporations one day and sitting in judgments the next. Maybe that makes sense in an arbitration between two corporations, but not in cases between corporations and governments. If you're a lawyer looking to maintain or attracting high-paying corporate clients, how likely are you to rule against those corporations when it's your turn in the judge's seat?*¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷² EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting From Injustice, How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fueling An Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171, p. 43.

¹⁰⁷³ UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, mai 2013, p. 26.

¹⁰⁷⁴ Commission européenne, « Commissioner Malström Consulted the European Parliament on Reforms of Investment Dispute Resolution in TTIP and Beyond », News Archive, Bruxelles, 6 mai 2015.

¹⁰⁷⁵ WARREN (Elizabeth), « The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose », *supra* note 308.

Il a pu être noté que les préoccupations relatives aux éventuels conflits d'intérêts des arbitres constituent un défi à l'indépendance des décideurs et donc à l'état de droit¹⁰⁷⁶. En effet, les critiques du système actuel de RDIE concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres sont désormais bien connues, ayant à la fois été reconnues au niveau multilatéral¹⁰⁷⁷ et ayant fait l'objet d'une attention doctrinale significative.

274. Cette vague d'inquiétude à l'égard des arbitres n'a pas été, pour l'essentiel, déclenchée par les performances des arbitres dans un cas donné. Il ne s'agit pas d'une conséquence de soi-disant méfaits, mais plutôt d'une réaction à un manque perçu de responsabilité¹⁰⁷⁸ associé à une image exagérée du pouvoir décisionnel de l'arbitre¹⁰⁷⁹. Beaucoup sont mal à l'aise à l'idée que des investisseurs privés puissent poursuivre des États souverains sur des questions impliquant l'intérêt public et que la responsabilité des États puisse être déterminée par des arbitres nommés par les parties conformément aux règles d'arbitrage contenues dans les traités d'investissement¹⁰⁸⁰.

275. Ce chapitre examinera la critique selon laquelle la nature de l'arbitrage d'investissement (soit un mode de règlement des différends asymétrique par lequel seuls les investisseurs sont en mesure d'être à l'origine d'une procédure d'arbitrage) génère un parti pris systématique en faveur des investisseurs par lequel seuls les investisseurs sont en mesure de présenter des réclamations (Section 1.I.). Le chapitre examinera également la critique récente de la « *double casquette* » aussi appelée « *confusion des rôles* » qui consiste en la possibilité d'agir en tant qu'avocat et arbitre dans des procédures de RDIE impliquant des questions similaires (Section 1.II.). La

¹⁰⁷⁶ STEPHAN (Schill), « Reforming Investor–State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, issue 3, 2017, p. 656 ; voir aussi STEPHAN (Schill), « Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration », *supra* note 293, pp. 793-794 (arguant que « *[i]nternational arbitration functions as a system of transnational governance that has an impact on society at large and that has to conform to generally accepted standards for governance, such as democracy, the rule of law, and human rights.* »).

¹⁰⁷⁷ Note du Secrétariat, éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États - « Arbitres et décideurs : mécanismes de nomination et questions connexes », Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre - 2 novembre 2018, A/CN.9/WG.III/WP.152, 30 août 2018, p. 2, § 5.

¹⁰⁷⁸ ELIASON (Antoni), « Evidence Partiality and the Judicial Review of Investor-State Dispute Settlement Awards: An Argument for ISDS Reform », *supra* note 1067, p. 14 (« *The lack of accountability for international arbitrators is, therefore, of particular concern.* »).

¹⁰⁷⁹ CRAWFORD (James), « The Ideal Arbitrator: Does One Size Fit All », *American University International Law Review*, vol. 32, no. 5, 2017, p. 1004.

¹⁰⁸⁰ VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *supra* note 289, pp. 372-374.

dernière section explorera les solutions et les réformes actuelles portant sur les procédures de déclaration des arbitres et les projets de règles d'éthique visant à traiter les questions essentielles concernant les conflits d'intérêts des arbitres (Section 2).

SECTION 1. LES ARBITRES SONT-ILS EMPRUNTS D'UN PARTI PRIS ?

276. Cette section portera sur la critique du prétendu parti pris des arbitres dans l'arbitrage d'investissement. Il est tout d'abord important de distinguer le parti pris fondé et le parti pris dit apparent. Parti pris est un terme générique décrivant un décideur qui n'est ni impartial ni indépendant à l'égard de l'une des parties au litige ou à l'égard de l'objet de celui-ci¹⁰⁸¹. Cette section traitera du parti pris dit apparent plutôt que du parti pris fondé, puisque ce dernier entraîne la possibilité pour la partie de récuser l'arbitre (voire d'annuler la sentence rendue par le tribunal arbitral composé de l'arbitre remis en cause)¹⁰⁸², cette question ne fait donc pas l'objet de controverses.

I. L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT EST-IL A SENS UNIQUE ?

277. Il existe deux variantes de l'argument selon lequel l'arbitrage entre investisseurs et États est unilatéral : l'une soutient que le système de protection des traités en matière d'arbitrage d'investissement est asymétrique et favorise structurellement les investisseurs (A) et l'autre soutient que les arbitres font part d'un parti pris en faveur d'une certaine catégorie de parties en raison de leurs nominations répétées (B). La présente section examine ces critiques.

A. La nature même de l'arbitrage d'investissement crée un parti pris

278. Les critiques ont avancé un certain nombre d'arguments pour affirmer que l'arbitrage d'investissement est biaisé. L'un des principaux arguments est que le désir des arbitres d'être à nouveau nommés entraîne une partialité en faveur de la partie qui

¹⁰⁸¹ HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », *supra* note 393, p. 475.

¹⁰⁸² Articles 53 et 54 de la Convention CIRDI prévoient que les sentences CIRDI ne peuvent faire l'objet d'une revue par les cours nationales. Néanmoins, une sentence CIRDI peut être annulée par un Comité *ad hoc* de trois membres (nommés par le Président du Conseil Administratif parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres) pour plusieurs motifs tels que l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (Article 52 de la Convention CIRDI). Voir *Klockner c. Cameroun*, CIRDI aff. n° ARB/81/2, Décision sur l'annulation, 3 mai 1985 (le Comité *ad hoc* a noté concernant ce motif d'annulation de sentence que : « *impartiality of an arbitrator is a fundamental and essential requirement. Any shortcoming in this regard, that is any sign of partiality, must be considered to constitute, within the meaning of Article 52(I)(d) a 'serious departure from a fundamental rule of procedure'* »).

les a nommés. La nature asymétrique du RDIE, soit le fait que seuls les investisseurs peuvent introduire une action contre les États et non l'inverse, pousserait les arbitres à favoriser les demandeurs (c'est-à-dire l'investisseur) afin de promouvoir et d'étendre le RDIE. Il en résulterait un parti pris injuste à l'encontre des États défendeurs. Certains affirment que le système *ad hoc* de nomination des arbitres favorise la partie qui les nomme, tandis que d'autres prétendent que l'arbitrage d'investissement favorise les multinationales au détriment des pays en développement. Cependant, il ne faut pas ignorer que dans le cadre du système CIRDI et en fonction du TBI, rien n'empêche les États de devenir demandeurs ou d'introduire des demandes reconventionnelles contre les investisseurs. Cela rend effectivement le système *symétrique et réciproque*. La présente section examine ces critiques en détail (1), puis explique comment l'arbitrage d'investissement ne favorise pas le développement d'un parti pris étant donné que la nomination des arbitres repose surtout sur leur réputation d'indépendance et d'impartialité (2).

1. Le désir d'être renommé renforcerait le parti pris

279. Bien que l'arbitrage offre une grande flexibilité et une variété d'options à ses utilisateurs, des inquiétudes ont été soulevées sur la pratique bien établie de la désignation des arbitres par les parties, car elle pourrait mener à une prédisposition envers certaines de ces parties. Cette section examinera la validité de la critique de la nature prétendument asymétrique du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, qui créerait une certaine partialité (a), également liée à la désignation unilatérale des arbitres et aux opinions individuelles/dissidentes (b). La Section ci-dessous traitera également la question de la validité de ces critiques et leurs limites.

a. La nature asymétrique de l'arbitrage d'investissement mènerait à un parti pris en faveur de l'investisseur demandeur

280. Depuis une dizaine d'années, l'arbitrage entre investisseurs et États a suscité de nombreuses critiques relatives à l'intégrité des arbitres. La principale source de préoccupation est le mécanisme traditionnel de nomination des arbitres par les parties au litige. Plus concrètement, la nomination des arbitres par les parties a été critiquée pour l'absence de garantie suffisante d'indépendance, d'impartialité et de

transparence¹⁰⁸³. Les critiques font valoir que l'arbitrage, par rapport au règlement des différends, ne s'est pas adapté à ces litiges de droit public car les arbitres sont engagés à titre privé par les parties à des litiges spécifiques et n'occupent pas, comme les juges permanents, une fonction publique¹⁰⁸⁴.

281. Certains auteurs qualifient les tribunaux arbitraux de « *tribunaux d'hommes d'affaires* » laissant entendre que les arbitres, influencés par leurs propres intérêts, favorisent les demandeurs-investisseurs afin de favoriser leurs chances d'être nommés¹⁰⁸⁵. Le Professeur Van Harten affirme que les arbitres sont en définitif des « *merchants of adjudicative services [who] have a financial stake in furthering the system's appeal to claimants* », ce qui a pour conséquence l'existence d'un « *system tainted by an apprehension of bias in favour of allowing claims and awarding damages against governments* »¹⁰⁸⁶. Le rapport d'une ONG intitulé *VIP Tribunaux* note que « *[d]ans un système unilatéral où seuls les investisseurs peuvent intenter des actions en justice, on comprend vite que cela crée une forte incitation à prendre parti pour les entreprises au détriment des États, des décisions favorables aux investisseurs ouvrant naturellement la voie à de nouvelles poursuites et donc à encore plus de revenus.* »¹⁰⁸⁷ Cependant les professeurs Michael Waibel et Yanhui Wu ont rejeté cette affirmation en déclarant que « *Van Harten himself did not provide empirical evidence to buttress*

¹⁰⁸³ SCHACHERER (Stefanie), « Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis », *University of Geneva Working Paper*, 2018, p. 1 ; PUIG (Sergio), « Blinding International Justice », *supra* note 1066, p. 20 (« *The practice of each party appointing one of the arbitrators raises concerns that arbitrators will behave as representatives for the interests of the appointer and not as neutral adjudicators.* ») ; voir aussi SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator », *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, Columbia FDI Perspectives, no. 33, 2010, p. 1 (« *in international arbitration, the party-appointed arbitrator is expected to be objective and impartial. I believe the reality is that many, if not most, of those party-appointed arbitrators respond to their personal incentives and become to a certain extent party advocates within a system that expects them to behave objectively* »).

¹⁰⁸⁴ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *supra* note 289 ; POIRIER (Marc), « The NAFTA Chapter 11 Expropriation Debate through the Eyes of a Property Theorist », *Environmental Law*, vol. 33, no. 4, 2003, pp. 914-927.

¹⁰⁸⁵ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *idem.* p. 457 (traduction libre : « *le tribunal de l'homme d'affaire* ») ; COLLINS (David), « A New Role for the WTO in International Investment Law: Public Interest in the Post-Neoliberal Period », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 25, issue 1, 2009, p. 28 ; LOPEZ (Sebastian), « Investment Disputes Oltre Lo Stato: On Global Administrative Law, and Fair and Equitable Treatment », *Boston College Law Review*, vol. 59, no. 8, 2018, p. 2696.

¹⁰⁸⁶ VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *idem.* pp. 152–153 (Van Harten then goes on to claim that arbitrators do not satisfy the requisite standard of independence).

¹⁰⁸⁷ VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, *supra* note 289, p. 8.

his controversial claims. »¹⁰⁸⁸ Les critiques affirment que les arbitres gagnent leur vie grâce aux honoraires qu'ils perçoivent et grâce à leurs nominations. Par conséquent, puisqu'ils ont intérêt à être renommés dans des affaires futures, ils sont enclins à favoriser ceux qui les désigneront à l'avenir¹⁰⁸⁹. Les arbitres sont ainsi considérés comme ayant un intérêt financier dans l'issue de la procédure et ne seraient donc pas totalement impartiaux et indépendants¹⁰⁹⁰. De plus, le Professeur Sergio Puig et le chercheur Anton Strezhnev ont mené une étude afin d'illustrer l'effet causal des nominations des partis et ont déclaré : « *[a]s our results show, being appointed by one of the parties in a dispute directly changes the behavior of arbitrators. Hence, the appointment itself causes some of the bias towards one's appointing party.* »¹⁰⁹¹ Cependant, cette étude a été critiquée par le Professeur Charles H. Brower II qui considère que les auteurs de l'étude semblent extrapoler leurs conclusions à partir de données limitées¹⁰⁹².

282. Les critiques affirment que les juges permanents, en revanche, gagnent leur vie indépendamment du nombre d'affaires qu'ils entendent et des résultats qu'ils obtiennent¹⁰⁹³. Seules les nominations à titre permanent sont donc considérées comme

¹⁰⁸⁸ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 5.

¹⁰⁸⁹ SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator », *supra* note 1083, p. 1 (« *The incentive of the party and its counsel is to appoint an arbitrator who will win the case for them. ... It may well be argued that it is a lawyer's duty to appoint someone who is most likely to obtain the best result for the client, regardless of whether, objectively, the law and the facts favor its case. Once selected, an arbitrator's personal incentive is to secure reemployment by providing his or her party with a favourable outcome.* ») ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Power and Justice in Foreign Investment Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 3, 1997, p. 118 (« *Arbitrators, persons, whom the world is led to believe, are of high eminence, go to bat for the big boys, simply because they will not get any further lucrative business if they do not decide in the only 'right' way that ensures their continuance in business. This charade can be expected to continue, especially in the context of institutional arbitration where the disturbance of established trends by any independent-minded arbitrator will result in his future ostracism from the system.* »).

¹⁰⁹⁰ KUO (Houchih), « The Issue of Repeat Arbitrators: Is it a Problem and How Should the Arbitration Institutions Respond », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 4, no. 2, 2011, p. 268 ; WAIBEL (Michael) et YANHUI (Wu), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 16 ; VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, *supra* note 289, pp. 152-153.

¹⁰⁹¹ PUIG (Sergio) et STREZHNEV (Anton), « Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach », *Journal of Legal Studies*, vol. 46, no. 2, 2017, pp. 393-394.

¹⁰⁹² BROWER (Charles H. II.), « Politics, Reason, and the Trajectory of the Investor-State Dispute Settlement », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 49, no. 2, 2017, p. 311.

¹⁰⁹³ WAIBEL (Michael) et YANHUI (Wu), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 16 ; VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 437.

répondant aux normes éthiques d'impartialité et d'indépendance. Les arbitres d'investissement se soumettent quant à eux continuellement à des élections par les parties et sont ainsi toujours sur un « *marché des nominations* »¹⁰⁹⁴, et il est donc possible d'imaginer que ces derniers soient incités à se comporter de manière à augmenter leurs chances d'être nommés à l'avenir¹⁰⁹⁵. Cette prétendue incitation est exacerbée par la nature asymétrique de l'arbitrage d'investissement où seuls les entreprises et les investisseurs peuvent intenter des actions contre les États. Comme l'affirme le Professeur Van Harten :

*The asymmetrical claims structure and absence of institutional markers of judicial independence create apparent incentives for arbitrators to favour the class of parties (here, investors) that is able to invoke the use of the system. Also, arbitrators may be influenced by a need to appease actors who have power or influence over specific appointment decisions or over the wider position of the relevant arbitration industry*¹⁰⁹⁶.

Selon le Professeur Van Harten, la structure procédurale de l'arbitrage d'investissement incite et encourage les arbitres à favoriser les investisseurs puisque ces derniers sont ceux qui ont la possibilité d'initier le système d'arbitrage d'investissement en ce qu'ils en sont les premiers utilisateurs. Ce point de vue asymétrique a également été exprimé par le Professeur Sornarajah, que l'on peut qualifier d'anti-RDIE¹⁰⁹⁷ ainsi que par des ONG qui affirment notamment que : « *[i]n a one-sided system where only the investors can bring claims, this clearly creates a strong incentive to side with companies rather than states – because investor-friendly*

¹⁰⁹⁴ VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », *idem.* p. 445 ; GOLDHABER (Michael), « The Rise of Arbitral Power over Domestic Courts », *Stanford Journal of Complex Litigation*, vol. 1, no. 2, 2013, pp. 406-407.

¹⁰⁹⁵ BROWER (Charles H. II), « Politics, Reason, and the Trajectory of the Investor-State Dispute Settlement », *supra* note 1092, pp. 307.

¹⁰⁹⁶ VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 219.

¹⁰⁹⁷ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Power and Justice: Third World Resistance in International Law », *supra* note 1068, p. 32 ; voir aussi PAUWELYN (Joost), « The Rule of Law without the Rule of Lawyers: Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus », *supra* note 1069, pp. 761-762 (soulignant qu'une question fréquente est « *who has standing to sue (only in ISDS can private investors sue states), leading to criticisms that the regime is dominated by, and biased in favor of, multinational companies* »).

rulings pave the way for more lawsuits and more income in the future. »¹⁰⁹⁸ Par conséquent, selon les critiques du RDIE, ces incitations encouragent les arbitres à trancher en faveur des investisseurs¹⁰⁹⁹.

283. L'argument selon lequel le régime du droit des investissements est asymétrique est cependant à la fois juridiquement imparfait et mal conçu. Les États ne sont pas victimes d'un régime unilatéral où ils seraient les otages des investisseurs. Les investisseurs sont également liés par la loi de l'État d'accueil et par leurs obligations contractuelles. Parce qu'ils sont souverains, les États d'accueil disposent de nombreux outils leur permettant de sanctionner les violations des obligations pesant sur les investisseurs, notamment des sanctions civiles et pénales, la possibilité d'agir en justice pour cause de rupture de contrat devant les tribunaux internes, et la possibilité d'exercer des pressions politiques¹¹⁰⁰. Comme l'ont fait remarquer les spécialistes d'arbitrage : « *[g]iven that the actual power imbalance inherent in this institutional arrangement so glaringly favors host states, the persistence of the asymmetry argument is baffling. One might just as well criticize the 'asymmetry' of international human rights courts.* »¹¹⁰¹ En outre, le consentement à l'arbitrage dans les traités d'investissement est en lui-même un acte souverain de l'État. Par conséquent, l'autorité des arbitres d'investissement est fondée sur une autorité publique qui leur est conférée sur la base de traités internationaux.

284. Dans son étude de 2012 sur les questions de compétence, Van Harten a tenté de confirmer la partialité des arbitres en déclarant que « *tentative support for expectations of systemic bias arising from the interests of arbitrators in light of the system's asymmetrical claims structure and the absence of conventional markers of judicial*

¹⁰⁹⁸ VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, *supra* note 289, p. 8.

¹⁰⁹⁹ PAUWELYN (Joost), « The Rule of Law without the Rule of Lawyers: Why Investment Arbitrators Are from Mars, Trade Adjudicators from Venus », *supra* note 1069, pp. 761-762 ; SCHACHERER (Stefanie), « Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis », *supra* note 1083, p. 1 ; VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 441.

¹¹⁰⁰ BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « What's in a Meme? The Truth about Investor-State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », *supra* note 326, p. 712.

¹¹⁰¹ *Idem.* p. 713.

independence. »¹¹⁰² Toutefois, les résultats de l'étude menée par Gus Van Harten sont limités. En effet, il reconnaît que d'autres études sont nécessaires pour établir le lien entre les tendances observées et le parti pris systématique et ajoute que d'autres considérations pourraient expliquer ces résultats¹¹⁰³. Les professeurs Michael Waibel et Yanhui Hu ont quant à eux mené une étude similaire et examiné certaines tendances basées sur la propension des nominations des parties. Ils ont par ailleurs constaté que les arbitres ayant été nommés par des demandeurs dans des différends soumis au CIRDI sont nettement plus susceptibles d'affirmer la compétence des pays d'accueil. Inversement, les arbitres régulièrement nommés par l'État d'accueil démontrent la tendance inverse. Le résultat ne s'explique pas par le fait que l'arbitre a été nommé par le demandeur (le pays d'accueil) dans une affaire particulière, mais par le nombre de nominations antérieures. Ce résultat confirme que le fait d'avoir été antérieurement désigné par les États d'accueil ou par les demandeurs est un bon indicateur des préférences de l'arbitre¹¹⁰⁴. Le Professeur Catherine Rogers a critiqué les résultats de l'étude de Van Harten, qui sont similaires à ceux de l'étude de Waibel et Wu sur l'aspect juridictionnel, et a expliqué que tous les adjudicateurs, juges comme arbitres, ont une approche dite expansive de la question juridictionnelle¹¹⁰⁵. Elle a également souligné que les résultats mis en évidence par les études « *do not, however, represent a finding that investment arbitrators' 'expansive' jurisdictional findings are somehow an improper deviation from the 'correct' legal outcome* » malgré « *how well it fits with the existing narratives about arbitrator bias* »¹¹⁰⁶. En effet, les conclusions de Waibel, Wu et Van Harten ne sont pas juridiquement correcte et nous pouvons dire qu'elles paraissent même « *fantaisistes* ». La détermination de la compétence est une simple constatation qui repose sur la qualité d'investisseur du demandeur au sens de l'article 25 de la Convention CIRDI¹¹⁰⁷. Elle n'a aucune incidence sur le résultat final

¹¹⁰² VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 252.

¹¹⁰³ *Idem.* p. 239.

¹¹⁰⁴ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 7.

¹¹⁰⁵ ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *supra* note 364, p. 23.

¹¹⁰⁶ *Idem.* p. 11.

¹¹⁰⁷ Article 25 de la Convention CIRDI (« (1) *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec*

ou sur la responsabilité de l'État. En effet, « *objections to jurisdiction and admissibility are often addressed simultaneously as 'preliminary objections' in a first phase of the proceedings before dealing with the merits of a dispute* »¹¹⁰⁸ qui est une autre phase bien distincte.

b. Le parti pris à travers la nomination unilatérale et les opinions dissidentes

285. L'opinion dominante se traduit par l'idée que l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre ne varient pas en fonction de la méthode de nomination choisie¹¹⁰⁹. Ce point de vue va à l'encontre de l'idée selon laquelle le mode de nomination crée une différence quant aux prérogatives des arbitres. Elle peut être résumée par les mots des professeurs Goldman et Holtzmann en 1970 : il n'y a qu'une seule façon d'être impartial, celle d'un juge¹¹¹⁰. En outre, il n'y a qu'un seul type d'impartialité : l'impartialité absolue¹¹¹¹. Selon Fouchard, Gaillard et Goldman, il est préférable de maintenir le principe d'impartialité et d'indépendance de tous les arbitres afin de décourager les arbitres nommés par les parties d'être partiaux en faveur d'une partie¹¹¹².

286. Récemment, cependant, un nouveau débat est apparu concernant la nomination des parties, une caractéristique très largement répandue dans l'arbitrage international. Certains critiquent les arbitres nommés unilatéralement en arguant qu'ils sont généralement partisans de la partie qui les nomme. L'arbitre se sentirait alors influencé par le fait de savoir qu'il a été nommé puisque le conseil de la partie a jugé que cela servirait au mieux les intérêts de son client¹¹¹³. Même si l'arbitre décidait contre la

un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ») ; voir aussi BLACKABY (Nigel), PARTASIDES (Constantin) with REDFERN (Alan) et HUNTER (Martin) (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6th ed., 2015, p. 470 (« *The main requirements for the subject matter jurisdiction of the Centre can therefore be summarized as the existence of a dispute of a legal nature and the existence of an investment* »).

¹¹⁰⁸ WEHLAND (Hanno), « Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules », in BALTAG (Crina) (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, p. 233.

¹¹⁰⁹ GOMEZ-ACEBO (Alfonzo), *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration, International*, Arbitration Law Library, vol. 34, Kluwer Law International, 2016, p. 129.

¹¹¹⁰ GOLDMAN (Bertold), « Qualification de l'arbitrage international – Symposium du 20 novembre 1970 », *Revue de l'arbitrage*, n° 4 (special), 1970, p. 229.

¹¹¹¹ *Idem.* p. 235.

¹¹¹² GAILLARD (Emmanuel) et SAVAGE (John), *Fouchard, Gaillard et Goldman, International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 575, § 1046.

¹¹¹³ SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator », *supra* note 1083, p. 1 ; voir aussi PUIG (Sergio), « Blinding International Justice », *supra* note 1066, pp. 5-6.

partie qui l'a nommé, il pourrait tenter d'influencer le tribunal afin de le persuader en sa faveur. Par exemple, il pourrait essayer de persuader les membres du tribunal de réduire la sentence ou de supprimer les frais légaux en faveur de la partie qui l'a nommé, en échange de leur participation à une sentence unanime¹¹¹⁴. Les professeurs Michael Waibel et Yanhui Wu ont mené une étude sur 350 arbitres qui ont été nommés pour trancher plus de 400 arbitrages CIRDI et ont examiné la manière dont la nomination des arbitres et les antécédents personnels de ces derniers influencent les résultats des arbitrages¹¹¹⁵. Ils ont constaté que les arbitres habituellement nommés par les investisseurs ont tendance à examiner de plus près les actions des États hôtes, comparé aux arbitres généralement nommés par les États hôtes. D'autre part, les arbitres sont plus indulgents envers les pays d'accueil de leur propre système juridique¹¹¹⁶.

287. Le Professeur Jan Paulsson s'appuie sur quelques anecdotes concernant certains arbitres et sur l'étude du Professeur Albert Van den Berg sur les opinions dissidentes dans son célèbre discours *Moral Hazards in International Arbitration* afin de critiquer les nominations unilatérales des arbitres et pour plaider pour une nomination institutionnelle de ces derniers¹¹¹⁷. Bien que M. Paulsson reconnaisse que les opinions dissidentes sont rédigées par les arbitres désignés par la partie perdante cela ne dénote en soi un manquement à l'éthique¹¹¹⁸. Il convient de souligner que le Professeur Paulsson a depuis abandonné sa position sur la nomination unilatérale par les institutions¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator », *supra* note 1083, p. 1.

¹¹¹⁵ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 1.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹¹⁷ Voir PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, no. 2, 2010.

¹¹¹⁸ *Idem.* p. 349 (Paulsson note également que la partie qui nomme peut avoir justement estimé la manière dont son candidat est susceptible de considérer certaines propositions de droit ou circonstances de fait).

¹¹¹⁹ ROSS (Allison), « Paulsson and Van den Berg Presume Wrong, says Brower », *GAR*, 6 février 2012 (Il a été communiqué que lors d'un symposium à l'Institut d'arbitrage transnational, auquel le professeur Paulsson a été invité et a fait des commentaires, ce dernier a déclaré qu'il ne contestait pas le droit des parties à convenir de désigner des arbitres si elles le souhaitent. Sa principale suggestion, a-t-il expliqué, est que les règles existantes de la LCIA devraient être limitées dans tous les domaines « *to the effect that if the parties stipulate unilateral appointments that is what they get, but otherwise the default rules [sic] is that all three are chosen by the LCIA* »).

288. Afin de soutenir la théorie de la partialité des arbitres, les critiques s'appuient sur l'étude empirique du Professeur Albert Van den Berg, qui prétend montrer que les opinions dissidentes sont rédigées par des arbitres nommés par les parties¹¹²⁰. Dans cette étude, il constate que la plupart des opinions dissidentes exprimées par les arbitres sont favorables à la partie qui les a nommés et il en conclut que les arbitres manquent de neutralité envers la partie qui les a nommés. Le Professeur déclare : « *nearly 100 percent of the dissents favor the party that appointed the dissenter raises concerns about neutrality ... The nearly 100 percent score is difficult to reconcile with the neutrality requirement.* »¹¹²¹ De cette observation, il déduit que « *dissenting opinions [in investment arbitrations] barely serve a legitimate purpose in a system with unilateral appointments.* »¹¹²² Il exhorte ainsi les arbitres de « *observe the principle nemine dissentiente.* »¹¹²³ Selon son étude, les arbitres ont un parti pris en faveur de la partie qui les nomme¹¹²⁴, et il suggère même que l'on peut s'attendre à ce que les arbitres nommés par les parties soient davantage en désaccord avec les sentences qui statuent contre les parties qui les ont nommés¹¹²⁵.

289. À première vue, les données semblent indiquer que les arbitres nommés par les parties ont un parti pris en faveur de la partie qui les nomme¹¹²⁶. Cependant, et comme le démontre l'étude en question, les arbitres nommés par les parties sont rarement en désaccord avec la sentence. En fait, l'étude indique que les arbitres nommés par les parties ne formulent d'opinion dissidente que dans 22 % des sentences¹¹²⁷. Comme

¹¹²⁰ VAN DEN BERG (Albert), « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », in ARSANJANI (Mahnoush) *et al.* (eds.), *Looking To The Future: Essays On International Law In Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 824-825.

¹¹²¹ *Idem.* p. 825.

¹¹²² *Idem.* p. 831.

¹¹²³ *Idem.* p. 834.

¹¹²⁴ *Idem.* pp. 824-825.

¹¹²⁵ *Idem.* p. 830.

¹¹²⁶ ROGERS (Catherine), *Ethics in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014, p. 332 (reconnaissant que « *Van den Berg's data does indeed seem at first blush to be a striking indictment of party-appointed arbitrators* ») ; ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *supra* note 364, p. 242 (notant que 100 pour cent « *is a number that captures attention and, perhaps predictably, has been cited as a source of support for proposed reforms by Jan Paulsson, another leading arbitrator and scholar, that party-appointed arbitrators be abolished altogether* »).

¹¹²⁷ Voir VAN DEN BERG (Albert), « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », *supra* note 1120, p. 824 (discutant des statistiques sur les opinions dissidentes des arbitres nommés par les parties dans la pratique). En inversant ces mêmes chiffres, on constate un taux d'unanimité de 78 % dans les sentences couvertes par l'étude de Van den Berg. Voir BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the

d'autres l'ont observé, ce pourcentage semble inclure plusieurs erreurs et devrait presque certainement être inférieur¹¹²⁸. Des études plus récentes indiquent un taux de dissidence de l'ordre de 14,4 à 17 % concernant les litiges découlant des traités d'investissement¹¹²⁹. En d'autres termes, la grande majorité des sentences sont rendues à l'unanimité, et les divergences de point de vues ne se produisent que rarement dans les litiges découlant des traités d'investissement. Les dissidences, bien que rares, ne doivent pas non plus être prises à la légère. Ces dernières n'imposent pas seulement des coûts à l'arbitre dissident, mais aussi aux arbitres d'accord¹¹³⁰. Ces coûts impliquent les efforts des arbitres pour justifier leur décision à la lumière de l'opinion dissidente, ce qui, en fait, affaiblit la légitimité de leur décision. En outre, lorsqu'une opinion dissidente critique sévèrement la majorité, les membres du panel risquent de voir leur réputation ébranlée.

290. En effet, certains ont exprimé leur étonnement devant le faible taux de dissidence dans l'arbitrage d'investissement¹¹³¹. L'ancien président de la CIJ, le Juge Stephen Schwebel, a conclu que le fait que la plupart des sentences arbitrales internationales, y compris les sentences arbitrales en matière d'investissement, soient unanimes témoigne de l'intégrité du système¹¹³². Il cite des statistiques pour réfuter l'idée selon laquelle les arbitres sont motivés par les nominations futures ou ont un parti pris en faveur des investisseurs : « *Of the 103 ICSID awards rendered to date, sixteen percent*

Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *Arbitration International*, LCIA, vol. 29, issue 1, 2013, p. 653 ; ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *supra* note 364, p. 245.

¹¹²⁸ BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—Van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *idem.* p. 29 (indiquant que cinq des trente-quatre « *opinion dissidents* » incluses dans la base de données de Van den Berg ont été mal codées dans le sens où elles sont « *benign or actually disfavor the party that appointed the dissenter* ») ; ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *idem.* pp. 245-246 (discutant, et apparemment approuvant, les erreurs de codage identifiées par Brower et Rosenberg).

¹¹²⁹ Voir SHEPPARD (Audley) et KAPELIUK-KLINGER (Daphna), « Dissents in International Arbitration », in COLE (Tony) (ed.), *The Roles Of Psychology In International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, p. 320 ; BAKER (Mark) et GREENWOOD (Lucy), « Dissent-But Only If You Really Feel You Must: Why Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration Should Only Appear in Exceptional Circumstances », *Dispute Resolution International*, vol. 7, issue 1, 2013, pp. 34-35 (« *Since van den Berg concluded his study, there have been approximately 111 further awards, in which there were 16 dissents (i.e., approximately 14.4 percent).* »).

¹¹³⁰ KAPELIUK (Daphna), « Collegial Games: Analyzing the Effect of Panel Composition on Outcome in Investment Arbitration », *Review of Litigation*, vol. 31, no. 2, 2012, p. 296.

¹¹³¹ BROWER (Charles H. II.), « Politics, Reason, and the Trajectory of the Investor-State Dispute Settlement », *supra* note 1092, p. 310.

¹¹³² SCHWEBEL (Stephen), « A BIT about ICSID », *supra* note 326, p. 6.

were not unanimous, a fact that is not easily reconciled with claims that arbitrators may be predisposed to favor the party that appoints them. »¹¹³³ Étant donné le stade relativement récent du développement de la jurisprudence en matière de traités d'investissement, la présence de clivages idéologiques entre les parties prenantes et la coloration politique des différends en la matière d'investissement, on pourrait s'attendre à des affrontements plus fréquents entre les points de vue des arbitres¹¹³⁴. Cependant, la faible fréquence des dissidences est un fait établi. Cela remet également en cause la proposition selon laquelle les arbitres nommés par les parties sont partiaux. Si les arbitres nommés par les parties agissaient uniquement en qualité d'agents de la partie qui les a nommés, on pourrait s'attendre à ce que les procédures aboutissent systématiquement à des décisions à deux contre un. Pourtant, cela ne représente clairement pas la norme en matière d'arbitrage d'investissement. En effet, en février 2012, le Professeur Van den Berg a déclaré : « *I am not against dissenting opinions. I am, however, concerned about the aberration that dissenting opinions have deteriorated to 'mandatory dissents' by arbitrators appointed by the losing side.* »¹¹³⁵ Il semblerait donc que la position du Professeur Van den Berg était une préoccupation difficile à défendre si l'on se base sur un examen plus approfondi de sa propre étude.

291. La critique relative à la nomination des arbitres par les parties semble toutefois ignorer le fait que les investisseurs ne nomment qu'un seul des trois membres du tribunal. Les États défendeurs ont également le droit de nommer des arbitres¹¹³⁶. En fait, le cas de prédisposition le plus notoire concerne un arbitre nommé par un État dont il avait été victime de pressions à travers ses représentants. A cet égard, l'arbitre

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *supra* note 364, p. 245.

¹¹³⁵ ROSS (Allison), « Paulsson and Van den Berg presume wrong, says Brower », *supra* note 1119.

¹¹³⁶ SCHILL (Stephan), « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, 2010, p. 495 (expliquant que « *the capacity of states to appoint arbitrators in investment-treaty arbitration counters any potential pro-investor bias that the investor-appointed arbitrator might evince* ») ; PARK (William), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *San Diego Law Review*, vol. 46, no. 3, 2009, p. 659 (observant que « *[h]ost states appoint as many arbitrators as investors* ») ; ALVAREZ (José), *Book Review, Investment Treaty Arbitration and Public Law by Gus Van Harten*, *American Journal of International Law*, vol. 102, issue 4, 2008, pp. 909-914 (en soulignant le fait que « *states' ongoing involvement in investor-state dispute settlement is also assured through states' rights to appoint one of the three arbitrators typically designated to hear investment disputes* »).

a sans doute fait basculer un litige important et controversé en faveur de l'État¹¹³⁷. Il convient donc de garder à l'esprit que les avantages accordés aux arbitres nommés par les parties s'appliquent théoriquement à la fois aux investisseurs et aux États, et seraient différents pour les arbitres présidents¹¹³⁸.

c. Le parti pris en faveur des multinationales et contre les États en voie de développement

292. Les opposants au RDIE soutiennent que l'arbitrage d'investissement est favorable aux multinationales et qu'il nuit ou ne profite pas aux États en développement¹¹³⁹. Une critique courante, notamment de la part des ONG et des politiciens, est que les arbitres constituent un club d'élites qui favorisent les grandes entreprises multinationales¹¹⁴⁰. Ces arbitres sont souvent décrits comme des « *judges*

¹¹³⁷ Selon les déclarations publiques du Juge Abner Mikva, l'arbitre nommé par les États-Unis dans l'affaire *Loewen Group, Inc. c. États-Unis* (également ancien membre du Congrès, Juge fédéral en appel et conseiller de la Maison Blanche), des avocats du ministère de la Justice des États-Unis l'ont informé qu'une décision défavorable pourrait inciter le gouvernement américain à se retirer de l'ALENA. PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, pp. 334-336 (discutant de la révélation par l'arbitre, lors d'un symposium, qu'il avait rencontré des fonctionnaires du ministère de la Justice des États-Unis avant d'accepter sa nomination, et qu'ils lui avaient dit : « *You know, judge, if we lose this case we could lose NAFTA.* » L'arbitre a répondu : « *Well, if you want to put pressure on me, then that does it.* ») ; voir aussi VEEDER (V.V.), « The Historical Keystone to International Arbitration: The Party Appointed Arbitrator-From Miami to Geneva », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 107, 2013, pp. 129-130 (traitant de l'arbitrage *Loewen* et du rôle du Juge Mikva) ; FERNANDEZ-ARMESTO (Juan), « Salient Issues in International Arbitration », *American University International Law Review*, vol. 27, no. 4, 2012, p. 725 (en donnant des exemples d'« *erreurs judiciaires* » avec la personne nommée par les États-Unis au tribunal *Loewen*, qui a ensuite reconnu publiquement qu'elle avait été soumise à de fortes pressions par des fonctionnaires du ministère de la Justice des États-Unis) ; SCHNEIDERMAN (David), « Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes », *supra* note 923, pp. 404-405 (discutant des commentaires formulés par le Juge Mikva). Au moins certains observateurs renommés ont émis l'hypothèse que cette intervention a incité le Juge Mikva à convaincre d'autres membres du tribunal de rejeter une affaire autrement méritoire pour des raisons plutôt techniques. PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, p. 346 ; voir aussi ALVEREZ (José), « Three Responses to 'Proliferating' Tribunals », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, no. 4, 2009, p. 1008 (en spéculant que les arbitres dans *Loewen* ont adapté leur décision « *to avoid the political backlash that would likely have been generated had they overturned the result reached by a Mississippi jury* »).

¹¹³⁸ Voir MAUPIN (Julie), « Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 54, issue 2, 2014, p. 386 (en supposant que les présidents des tribunaux arbitraux souhaitent maximiser leurs chances d'une nouvelle nomination, mais en soulignant que « *it is not clear that this would be accomplished by favoring claimants over states, since the overall survival of the regime depends upon continued state support* ») ; PARK (William), « Arbitrator Bias », *TDM*, vol. 12, no. 6, 2015, p. 35 (« *Host states appoint as many arbitrators as investors, and a presiding arbitrator must be acceptable to both sides* »).

¹¹³⁹ BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « 'From Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': The Case Against Re-Statification of Investment Dispute Settlement », *supra* note 108, p. 1.

¹¹⁴⁰ Opinion, « The Secret Trade Courts », *New York Times*, 27 septembre 2004, Section A, p. 26 (« *But the arbitration process itself is often one-sided, favoring well-heeled corporations over poor countries,*

privés » qui opèrent en secret et qui sont engagés par de grands cabinets d'avocats sans tenir compte des conflits d'intérêts¹¹⁴¹. Pour certains, le RDIE est :

*a network of secret or 'shadow' courts dominated by a clique of elite arbitrators motivated not by justice but by personal wealth acquisition, a system where multinational corporations unleash blue chip law firms on some of the poorest countries in the world, forcing multimillion dollar settlements or winning awards that are even larger, sometimes more than an impoverished nation's entire annual budget for health, education, and public security*¹¹⁴².

En effet, les ONG opposées à la mondialisation et aux multinationales, ont, notamment dans le rapport *Les profiteurs de l'injustice*, affirmé de façon audacieuse que « [a] close examination of the arbitration world soon reveals why arbitrators, far from being neutral, have become powerful players who have shaped the pro-corporate investment arbitration system that we see today. »¹¹⁴³ Des déclarations à sensation comme celle-ci font appel à la méfiance des acteurs du marché et visent à mettre en cause l'intégrité du système international de droit des investissements. Le Professeur Sornarajah soutient également que le besoin d'autopromotion des arbitres les incite à placer « *ties in with the goals of multinational corporation and their counsel.* »¹¹⁴⁴ Cependant, l'affirmation d'après laquelle les demandeurs au RDIE ne sont que de grandes multinationales est tout simplement fausse.

293. Selon Roberto Echandi, spécialiste du commerce et de l'investissement au sein de la Banque mondiale, les investisseurs qui ont utilisé le mécanisme du RDIE entre 1987 et 2017 sont de tailles très diverses, comprenant des investisseurs individuels et des petites et moyennes entreprises (« **PME** ») provenant de divers pays, dont

and must be made fairer than it is today. ») ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law », *Trade, Law and Development*, vol. 3, no. 1, 2011, p. 214 (« *since repeated appointments as an arbitrator become practically and realistically possible only if the arbitrator toes the lines drawn by appointing authorities of arbitral institutions or ties in with the goals of multinational corporations and their counsel* »).

¹¹⁴¹ SCHACHERER (Stefanie), « Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis », *supra* note 1083, p. 1.

¹¹⁴² HOWSE (Robert), « International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework », *IILJ Working Paper*, MegReg Series, New York University School of Law, no. 2017/1, 2017, p. iii.

¹¹⁴³ EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting From Injustice, How Law Firms, Arbitrators And Financiers Are Fueling An Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171, p. 36.

¹¹⁴⁴ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law », *supra* note 1140, p. 214.

beaucoup sont des économies à revenu faible ou moyen¹¹⁴⁵. En effet, une étude de l'OCDE a révélé que 22 % des demandeurs dans les affaires CIRDI et CNUDCI sont soit des particuliers, soit de très petites entreprises ayant des projets à l'étranger de faible envergure¹¹⁴⁶. Ainsi, les PME bénéficient également du système du RDIE puisqu'elles ont la possibilité d'y accéder et, éventuellement, de remporter des différends liés à l'investissement¹¹⁴⁷. Les moyennes et grandes entreprises multinationales représentent environ la moitié des demandes de RDIE et les très grandes multinationales ne représentent que 8 % des demandes totales dans les affaires de RDIE¹¹⁴⁸. Une étude empirique portant sur 147 affaires d'arbitrage d'investissement a révélé que « *the pattern in regard to claimant size and outcome is that there is no clear pattern. It could be concluded from the data that the size of the claimant alone has minimal influence on outcome.* »¹¹⁴⁹ Par conséquent, la critique selon laquelle les arbitres ont un parti pris en faveur des grandes multinationales ne semble pas être fondée au regard des données empiriques.

¹¹⁴⁵ ECHANDI (Roberto), « The Debate on Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987–2017) and Policy Implications », *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, 2019, p. 43.

¹¹⁴⁶ GAUKRODGER (David) et GORDON (Kathryn), « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *supra* note 1058, p. 17 (L'étude a été réalisée sur les 50 affaires CIRDI les plus récentes au moment de l'étude (troisième trimestre 2011) et 45 affaires CNUDCI qui comprenaient toutes les affaires entre investisseurs et États menées sous l'égide de la CNUDCI avec une documentation disponible au moment de l'étude. Les entreprises ont été réparties en cinq catégories: (1) individus, (2) entités non définies (non transparentes), (3) multinationales de taille moyenne, (4) très grandes entreprises multinationales et (5) membres du top 100 des sociétés transnationales de la CNUCED.).

¹¹⁴⁷ LAVRANOS (Nikos), « The Proven Benefits of ISDS and BITs - Even for SMEs and Small Claims », *Kluwer Arbitration Blog*, 24 octobre 2017 (citant l'exemple de la victoire des agriculteurs néerlandais contre le Zimbabwe dans un arbitrage CIRDI : « *The eventual victory of the farmers proves the anti-ISDS critics wrong that ISDS is only actually useful for large corporations claiming large amounts. It is interesting to note the deafening silence (which I also have highlighted in the tobacco cases) of the anti-ISDS critics regarding this case whereas it should have been acknowledged and appreciated that this case powerfully proves the benefits and the need for ISDS and BITs – also or in particular for SMEs and small claims. After all, without the Netherlands-Zimbabwe BIT and without access to ICSID arbitration provided for by the BIT, the Dutch farmers would have been left completely empty-handed* »).

¹¹⁴⁸ GAUKRODGER (David) et GORDON (Kathryn), « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *supra* note 1058, p. 18.

¹¹⁴⁹ BEHN (Daniel), « Legitimacy, Evolution, and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 46, no. 2, 2015, p. 385 (L'auteur a réalisé une évaluation empirique de l'arbitrage d'investissement portant sur des cas entièrement ou partiellement résolus de septembre 2011 à septembre 2014. Sur les 147 affaires analysées, 98 étaient des affaires CIRDI, 39 des affaires CNUDCI et 10 des affaires auprès des centres d'arbitrage commercial).

294. D'autres groupes et individus affirment que le CIRDI incarne les inégalités d'un système international biaisé à l'encontre des pays en développement et leur est, de plus, préjudiciable¹¹⁵⁰. Par exemple, le ministre bolivien de la défense a déclaré : « *In the first place, the fact that the ICSID is an absolutely pro-business tribunal which always takes sides in favour of the transnational corporations.* »¹¹⁵¹ En effet, la partialité du système a été citée comme l'une des raisons de la décision de la Bolivie de se retirer de la Convention CIRDI¹¹⁵². Dans un communiqué de presse daté de 2012 expliquant sa sortie du CIRDI, le gouvernement vénézuélien a annoncé que les tribunaux du CIRDI s'étaient rangés du côté des investisseurs dans 232 cas sur 234¹¹⁵³. Cette affirmation est tout simplement incorrecte puisque les investisseurs n'ont gagné que dans 46 % des affaires jugées jusqu'en juin 2012¹¹⁵⁴. Les tribunaux se sont déclarés incompétents dans 23 % des cas, ont rejeté toutes les demandes dans 30 % des cas, et ont rejeté les demandes manifestement dépourvues de fondement juridique dans 1 % des cas¹¹⁵⁵. En outre, une analyse de 52 sentences arbitrales d'investissement a révélé que, sur les 21 affaires remportées par les investisseurs sur le fond, le montant des dommages et intérêts n'était pas élevé, treize affaires ont donné lieu à une

¹¹⁵⁰ TIETJE (Christian) *et al.*, « Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID », *TDM*, vol. 6, issue 1, 2009, p. 5 (rapportant que la Bolivie a cité la partialité du CIRDI comme une raison pour laquelle elle s'est retirée du CIRDI) ; SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Power and Justice in Foreign Investment Arbitration », *supra* note 1089, p. 104 (« *there has been a selective generation of principles that are geared to ensure the protection of the ideological commitment to globalization and the maintenance of the power of global capital and the States generating them to the detriment of the developing States of the world. If this allegation is true then investment arbitration becomes an instrument through which the present inequalities in the world between the rich and the poor are perpetuated.* ») ; WÄLDE (Thomas), « Negotiating for Dispute Settlement in Transnational Mineral Contracts: Current Practice, Trends, and an Evaluation from the Host Country's Perspective », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 7, no. 1, 1977, pp. 42-43 (« *developing countries often have an equally strong suspicion that international arbitration tribunals have a systemic bias in favor of the causes advanced by investors. This apprehension can be caused by the selection of umpires, by the inherent effects of procedural rules, or by bias of the decision criteria employed in favor of investment by TNEs [transnational enterprises]* »).

¹¹⁵¹ ARISMENDI (Elizabeth), « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el CIADI », *Organization for the Harmonization of Business Law in the Caribbean*, 19 octobre 2010, p. 2.

¹¹⁵² *Ibid.* (« *The reasons on which our country based its withdrawal were diverse. In the first place, the fact that the ICSID is an absolutely pro-business tribunal which always takes sides in favour of the transnational corporations* »).

¹¹⁵³ Comunicado oficial de Venezuela sobre su salida del CIADI, 25 janvier 2012, p. 1 (« *The Venezuelan Government has acted in order to protect the right of the Venezuelan people to decide the strategic directions of the economic and social life of the nation, withdrawing from an international jurisdiction that has ruled 232 times in favor of transnational interests, in the 234 cases it has known throughout its history.* »).

¹¹⁵⁴ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, p. 13.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

évaluation des dommages et intérêts entre 1 et 5 millions de dollars US¹¹⁵⁶. Dans quatre cas, les investisseurs se sont vu attribuer entre 5 et 10 millions de dollars US, et dans quatre autres cas seulement, ils ont perçu plus de 10 millions de dollars US¹¹⁵⁷. Par conséquent, les statistiques ne soutiennent pas les revendications des pays d'Amérique latine.

295. Certains prétendent que le mécanisme d'arbitrage favorise les investisseurs¹¹⁵⁸ et les États occidentaux exportateurs de capitaux au détriment des gouvernements défendeurs, en particulier les gouvernements des pays en développement¹¹⁵⁹ tels que les pays du continent africain¹¹⁶⁰ ou latino-américain¹¹⁶¹. En 2012, Gus Van Harten a publié une étude portant sur plus de 140 sentences sur la compétence en matière d'arbitrage entre investisseurs et États. Van Harten a affirmé que les arbitres ont tendance à avoir une approche expansive de la compétence et a conclu que « *in the resolution of the coded issues overall, arbitrators tended to favour claimants in general and claimants from major Western capital-exporting states in particular.* »¹¹⁶²

¹¹⁵⁶ FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *supra* note 100, pp. 58-60.

¹¹⁵⁷ *Idem.* p. 60.

¹¹⁵⁸ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Power and Justice: Third World Resistance in International Law », *supra* note 1068, p. 33.

¹¹⁵⁹ CHUNG (Olivia), « The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration », *supra* note 105, p. 953 ; ARABI (Arash), « Renegotiating Third World Debt », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, no. 2, 2003, p. 254 (« *In disputes between the Third World and the West, Third World intellectuals, scholars and politicians argue that arbitration has tended to favor Western economic interests* ». De plus, l'auteur affirme dans les notes de bas de page que « *the current forms of dispute resolution in place today ... are heavily pro-Western* »).

¹¹⁶⁰ MULLER (Bettina) et OLIVET (Cecilia), *ISDS in Numbers: Impacts of Investment Arbitration against African States*, *supra* note 289, pp. 4-5 (notant la tendance des États africains de ne pas avoir gain de cause : « *States have been the main losers in investment arbitration cases. The interests of investors have been upheld in 64% of the cases, based on our assessment of the 61 cases against African countries ... If we assess the results of arbitration rulings by country, we can see that Libya, Zimbabwe and Burundi have been particularly damaged by the results of ISDS lawsuits: there is a significant imbalance in favour of the investors in the rulings in cases against these countries* »).

¹¹⁶¹ ARISMENDI (Elizabeth), « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el CIADI », *supra* note 1151, p. 2 (Le ministre bolivien de la défense juridique de l'État a expliqué que : « *In the first place, the fact that the ICSID is an absolutely pro-business tribunal which always takes sides in favour of the transnational corporations. The facts show it, therefore, of the 232 arbitration cases presented, 230 have been brought by transnational corporations against States; of the total number of disputes dealt with up to February 2009, 74% of the defendants are developing countries, i.e. poor nations* ») ; voir aussi RINKER (Bruce), « The Future of Arbitration in Latin America, A Study of Its Regional Development », *Case Reserve Journal of International Law*, vol. 8, no. 2, 1976, p. 483 (« *The Latin American nations' experience with arbitration has generally been negative. Although these countries have participated in a little over 200 arbitration decisions in the past 150 years, most decisions rendered rarely favored the Latin American states involved in the disputes* »).

¹¹⁶² VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 216.

En outre, dans un article sur la prétendue crise de légitimité du système du RDIE, le Professeur Van Harten a constaté que « *many of the entities that exercise appointing authority under the treaties appear likely to favor the priorities of major capital-exporting states or foreign investors or both.* »¹¹⁶³ Ce point de vue est soutenu par le Professeur Sornarajah qui affirme que « *if the State is a developing country, entrenched suspicions of international arbitration become accentuated. Such suspicions result from the fact that these States have seen international arbitration as a system that is weighted in favour of the capital exporting States.* »¹¹⁶⁴ Toutefois, il ne faut pas oublier que Sornarajah a proposé de complètement supprimer le régime existant et d'en créer un nouveau¹¹⁶⁵.

296. Le Professeur Thomas Wälde a noté que les soupçons des pays en développement « *is exacerbated by multiple decisions in favor of the investors in the few reported decisions of international arbitration tribunals* »¹¹⁶⁶. Ainsi, ce point de vue de partis pris à l'encontre des pays en développement peut être exagéré en raison de certaines décisions importantes prises à leur encontre. Toutefois, le fait de conclure que certains États défendeurs ont violé un traité ne signifie pas en soi qu'il existe un parti pris systématique contre les pays en développement ou en faveur de l'Occident. Contrairement aux affirmations selon lesquelles les pays sous-développés sont désavantagés dans le RDIE, le Professeur Susan Franck a mené une étude qui n'a révélé aucune relation statistique significative entre le statut de développement d'un pays et ses chances de succès dans un arbitrage investisseur-État ou le montant des dommages-intérêts qu'un État est condamné à payer¹¹⁶⁷. Elle explique que : « *[a]s a general matter, if the system does not appear per se biased in favor of either the developed or the developing world, it suggests that the system is working reasonably well* »¹¹⁶⁸. Tel que le Juge de la CIJ Schwebel le note « *My conclusion is that we should*

¹¹⁶³ VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 390, p. 441.

¹¹⁶⁴ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Climate of International Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 8, no. 2, 1991, p. 47.

¹¹⁶⁵ SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « Starting Anew in International Investment Law », *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, Columbia FDI Perspectives, no. 74, 2012.

¹¹⁶⁶ WÄLDE (Thomas), « Negotiating for Dispute Settlement in Transnational Mineral Contracts: Current Practice, Trends, and an Evaluation from the Host Country's Perspective », *supra* note 1150, pp. 42-43.

¹¹⁶⁷ FRANCK (Susan), « Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration », *Harvard International Law Journal*, vol. 50, no. 2, 2009, p. 473.

¹¹⁶⁸ *Idem.* p. 477.

treat criticism of the inequities and iniquities of the international arbitral process, and of the pernicious standards and procedures of bilateral investment treaties, for the hyperbole that it is. »¹¹⁶⁹ Par conséquent, comme le prouvent les résultats des décisions arbitrales qui sont pour la plupart unanimes en faveur des États, les preuves ne soutiennent pas l'existence d'un parti pris.

2. Les nomination répétées

297. La question de la nomination répétée d'un même arbitre par le même groupe de parties, investisseurs demandeurs ou États d'accueil défendeurs, a été un sujet très débattu et discuté par la communauté internationale spécialisée dans l'arbitrage d'investissements. Bien que les nominations répétées puissent être une conséquence inévitable du nombre limité d'arbitres qualifiés et expérimentés et de la valeur attribuée à l'autonomie des parties, il a été avancé que de telles nominations peuvent créer des doutes sérieux quant à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre¹¹⁷⁰. Certains prétendent même qu'une « *inner mafia* » déciderait de la majorité des affaires¹¹⁷¹. Il est en outre avancé que, contrairement aux juges permanents, la réalité économique de l'arbitrage fait craindre une « *partialité des arbitres nommés répétitivement* », c'est-à-dire que les arbitres tranchent en faveur des parties ou de leurs conseils susceptibles d'être en mesure de les renommer¹¹⁷². Par conséquent, la fiabilité et l'intégrité de l'arbitrage sont susceptibles d'être compromises par des nominations répétées. Bien que les experts professionnels abordent la question avec

¹¹⁶⁹ SCHWEBEL (Stephen), « A BIT about ICSID », *supra* note 326, p. 9.

¹¹⁷⁰ KUO (Houchih), « The Issue of Repeat Arbitrators: Is it a Problem and How Should the Arbitration Institutions Respond », *supra* note 1090, p. 247 ; SCHACHERER (Stefanie), « Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis », *supra* note 1083, pp. 1-2.

¹¹⁷¹ SHENG (Will) et KOH (Wilson), « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », in SCHERER (Maxi) (ed.), *Journal of International Arbitration*, vol. 34, issue 41, Kluwer Law International, 2017, p. 711.

¹¹⁷² BORALESSA (Anoosha), « The Limitations of Party Autonomy in ICSID Arbitration », *The American Review of International Arbitration*, vol. 15, no. 2, 2005, p. 17 (« *Those appointed as arbitrators hope to be repeat players; thus their dependence on private appointments may exert various influences on them, influences to which judges are not susceptible.* ») ; PAULSSON (Jan), « Ethics, Elitism, Eligibility », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 4, 1997, pp. 14-15 (« *Whatever their motivation, arbitrators tend to want to be reappointed. In the case of an arbitrator who considers that his only chance lies with the party which has already named him once, this might result in more or less dissimulated, but nevertheless systematic, favouritism.* ») ; KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *Cornell Law Review*, vol. 96, no. 1, 2010, p. 85 (« *Since the parties receive the possibility of selecting the judges who will resolve their dispute, prospective arbitrators who compete in the market for appointments might wish to behave in a way that increases their chances of appointment* »).

pondération¹¹⁷³, les critiques font valoir qu'il faudrait apporter plus de clarté sur la possibilité de renommer plusieurs fois les arbitres¹¹⁷⁴.

298. Il est avancé que les arbitres, dans les litiges investisseur-État, sont souvent caractérisés comme favorisant les États ou les investisseurs sur la base de leurs nominations antérieures, ce qui contribue à une perception générale d'un manque d'impartialité¹¹⁷⁵. Les critiques affirment que les nominations multiples des mêmes arbitres pourraient bien donner lieu à une perception de partialité, mettant en péril la crédibilité même du système du CIRDI¹¹⁷⁶. Selon un auteur :

There is a strong view that the ICSID arbitrators appear to be earning an unfortunate reputation as lacking in the aforementioned independence and impartiality due to, for example, multiple appointments by the same parties or counsel who happen to be called upon to resolve similar disputes or issues at the ICSID¹¹⁷⁷.

L'inquiétude suscitée par les nominations répétées est qu'elles pourraient nuire à la fiabilité, en l'impartialité et à l'indépendance d'un arbitre, et que cette situation est

¹¹⁷³ Les Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International incluent une « *Liste Orange* » de situations qui peuvent, selon les faits de l'espèce, donner lieu à des « *doutes justifiés* » sur l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre. Les Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International, Partie II, s. 3.13. Cette disposition décrit un arbitre qui au cours des trois dernières années « *a été nommé à deux ou plusieurs reprises par l'une des parties ou par l'une de ses filiales* ».

¹¹⁷⁴ SALOUI (Fatima-Zahra), « The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators' A Call for Clarification », *Arbitration International*, vol. 25, no. 1, 2009, pp. 103-104.

¹¹⁷⁵ PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *The European Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, p. 403 (« *Bolstered by subsequent analytics, I show that preferential attachment – a process where appointments are distributed among arbitrators according to their existing share of prior appointments – may be an important mechanism of this network.* ») ; BREKOULAKIS (Stravros), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, no. 3, 2013, p. 566 (« *certain arbitrators seem to attract regular appointments predominantly by investors and others predominantly by states* »).

¹¹⁷⁶ GIRAUD (Vanessa), « The Problem of Repeat Arbitrators in Investment Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 1 septembre 2014 (« *The problem of these frequent appointments is that it could undermine the trust in an arbitrator's impartiality and independence and might therefore affect the general trust in the ICSID as an institution.* ») ; UNCTAD, *World Investment Report 2012: Toward a New Generation of Investment Policies*, p. 88 (« *The shortcomings of the ISDS system have been well documented. Concerns include ... the emergence of a « club » of individuals ... often obtaining repeated appointments, thereby raising concerns about potential conflicts of interest* »).

¹¹⁷⁷ GIRAUD (Vanessa), « The Problem of Repeat Arbitrators in Investment Arbitration », *idem* ; voir également KUO (Houchih), « The Issue of Repeat Arbitrators: Is it a Problem and How Should the Arbitration Institutions Respond », *supra* note 1090, p. 268 (« *such [repeat] appointments can create justifiable doubts as to the arbitrator's independence or impartiality if an arbitrator has a history of ruling in favour of his appointer, has a financial or other personal stake in the outcome, or has become financially dependant upon the same appointer* »).

donc de nature à affecter la confiance générale accordée au CIRDI en tant qu'institution¹¹⁷⁸. On fait valoir que même sans apparence de partialité, les nominations répétées peuvent donner à la partie qui les a nommées et à son conseil un avantage tactique indu, étant donné leur plus grande familiarité avec les préférences de l'arbitre, les décisions antérieures et le processus général de prise de décision¹¹⁷⁹. Comme l'ont fait remarquer certains commentateurs : « *[o]f course, the arbitrators policy preferences are not directly observable. The best proxy we have is the number of times a given arbitrator was appointed by investors and claimants respectively in the past.* »¹¹⁸⁰ Il est suggéré que certains arbitres sont nommés précisément en raison de leurs nominations renouvelées par la même catégorie de parties¹¹⁸¹. Ces situations réitérées et le nombre de défis à relever¹¹⁸² donneraient lieu à des soupçons raisonnables de partialité, notamment en raison de la répétition de plus en plus fréquente des noms des arbitres qui sont habituellement nommés par les demandeurs et les États¹¹⁸³. Cette perception et ces préoccupations sont également partagées par les États, comme en témoignent leurs soumissions au GT III¹¹⁸⁴. Par exemple, l'Inde

¹¹⁷⁸ COLEMAN (Carly), « How International is International Investment Dispute Resolution? Exploring Party Incentives to Expand ICSID Arbitrator Demographics », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 26, no. 1, 2016, pp. 145-146 (« *Any bias, or the perception of bias, could undermine the general confidence of ICSID arbitration* »).

¹¹⁷⁹ SOBOTA (Luke), « Challenges of Arbitrators in International Investment Disputes, The Effectiveness of International Law », *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, vol. 108, 2014, p. 417.

¹¹⁸⁰ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 21.

¹¹⁸¹ PUIG (Sergio) et STREZHNEV (Anton), « Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach », *supra* note 1091, p. 393 (« *litigants are aware of the preferences of specific arbitrators, especially of repeatedly appointed arbitrators, and appoint this core group precisely because they are more predictable and effective in signaling a particular position, by, for example, voting or dissenting* »).

¹¹⁸² Voir *e.g.* *Tidewater Inc. c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/10/5, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, arbitre, 23 décembre 2010 ; *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devinci Salah Hourani c. Kazakhstan*, CIRDI aff. n° ARB/13/13, Décision sur la proposition de disqualifier arbitre Mr. Bruno Boesch, arbitre, 20 mars 2014 ; *OPIC Karimum Corporation c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/10/14, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Philippe Sands, arbitre, 5 mai 2011 ; *Universal Compression c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/10/9, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern et le Professeur Guido S. Tawil, arbitres, 20 mai 2011 (« **Universal Compression Décision** »).

¹¹⁸³ (PUIG) Sergio, « Blinding International Justice », *supra* note 1066, p. 42 (« *Arbitrators are often appointed by a particular class of litigant, claimant/investor or respondent/State.* ») ; COLEMAN (Carly), « How International is International Investment Dispute Resolution? Exploring Party Incentives to Expand ICSID Arbitrator Demographics », *supra* note 1178, p. 122 (« *Parties tend to repeatedly appoint the same core of arbitrators, who are mostly male and from Western Europe* »).

¹¹⁸⁴ Voir *e.g.* Intervention de Bahreïn lors de la 35^{ème} session du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), 23-27 avril 2018, New York, Enregistrement

a fait valoir que « *the very fact that there are investors arbitrators and there are states arbitrators is a testimony that impartiality and independence is lacking in the system.* »¹¹⁸⁵ En pratique, on pourrait dresser une liste limitée des arbitres nommés par des parties déterminées et pour des sujets spécifiques, et les mêmes noms apparaîtraient. Selon le Professeur Sergio Puig qui a examiné 1 468 nominations CIRDI jusqu'en 2014, y compris les nominations effectuées lors des étapes ultérieures d'une affaire (c'est-à-dire, nouvelle soumission, annulation, « *seconde* » annulation, interprétation et révision), 10 % de l'ensemble des arbitres représentent la moitié des nominations¹¹⁸⁶. Il est soutenu que la nomination répétée de certains arbitres, soit par les demandeurs soit par les États défendeurs, crée une apparence d'affiliation envers cette catégorie de parties, c'est-à-dire d'un parti pris en faveur des États ou des investisseurs¹¹⁸⁷. D'autre part, le faible pourcentage d'arbitres nommés à répétition signifie également qu'il existe un nombre limité d'arbitres qualifiés et expérimentés dans le domaine du RDIE¹¹⁸⁸, ce qui rend nécessaire l'élargissement du nombre d'arbitres¹¹⁸⁹.

Audio du 24 avril 2018, 18h (« *It's undeniable that some arbitrators are qualified as pro-investors, and some others are pro-state. These classifications are sometimes hasty though. They could be misleading and might not be realistic.* ») ; voir également l'intervention de la Colombie lors de la 35ème session du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), 23-27 avril 2018, New York, Enregistrement Audio du 24 avril 2018, 18h (« *the idea that there were state arbitrators and perhaps pro-party appointed arbitrators existed, and this in itself already is striking. It makes it possible to understand that there's a deep seated problem that might arise in the characteristics of the adjudicators in these particular cases.* »).

¹¹⁸⁵ Intervention de l'Inde lors de la 35ème session du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), 23-27 avril 2018, New York, Enregistrement Audio du 25 avril 2018, 13h.

¹¹⁸⁶ PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *supra* note 1175, p. 403 ; voir aussi EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting From Injustice, How Law Firms, Arbitrators And Financiers Are Fueling An Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171, p. 8, § 3 (« *Just 15 arbitrators, nearly all from Europe, the US or Canada, have decided 55% of all known investment-treaty disputes* »).

¹¹⁸⁷ OCDE, « Investor-State Dispute Settlement Summary Reports by Experts at 16th Freedom of Information Roundtable », *OECD Investment Division*, 20 mars 2012, pp. 6-7 (« *These critiques have special implications for investment arbitration. As an initial matter, there are questions about repeat appointments by either the same party, or the same 'side' of the dispute, meaning by States or by Investors. This latter form of repeat appoints reflects perhaps the most significant critique of party-appointed arbitrators in investment arbitrator impartiality, namely they come to disputes with a strong ideological or political orientation* »).

¹¹⁸⁸ KUO (Houchih), « The Issue of Repeat Arbitrators: Is it a Problem and How Should the Arbitration Institutions Respond », *supra* note 1090, p. 253 (« *Limitations in the number qualified arbitrators force counsels or parties to select from a small pool of candidates* »).

¹¹⁸⁹ COLEMAN (Carly), « How International is International Investment Dispute Resolution? Exploring Party Incentives to Expand ICSID Arbitrator Demographics », *supra* note 1178, p. 122.

299. Malgré ce qui précède, conclure que les arbitres sont *pro-investisseurs* ou *pro-étatique* sur la seule base de leur nomination répétée par des parties particulières est une simplification exagérée. Une évaluation plus complète de la prise de décision en matière arbitrale nécessite une compréhension plus nuancée des motivations des arbitres, combinée à une appréciation de la dynamique inter-panel. Néanmoins, il vaut la peine d'examiner les décisions de certains arbitres notables communément nommés par une catégorie de parties. Le Professeur Brigitte Stern est connue comme une arbitre de premier plan qui est habituellement nommée par les États défendeurs, tandis que le Juge Charles N. Brower est considéré comme étant régulièrement nommé par les investisseurs¹¹⁹⁰. Jusqu'à la fin de 2017, le Professeur Stern a eu le plus grand nombre de nominations. Son record de 48 nominations (44 fois par les États) donne quelques indications sur la coloration de ses opinions¹¹⁹¹. Comme le Professeur Stern, le Juge Brower a accumulé un nombre impressionnant de 25 nominations, dont 23 par des investisseurs demandeurs¹¹⁹². Ces deux éminents arbitres ont donc acquis une réputation de pro-État et de pro-investisseur respectivement. Toutefois, la nomination répétée d'une même catégorie de parties n'est pas un signe de partialité lorsqu'on examine le résultat des sentences qu'ils ont rendues. En effet, une étude menée sur 817 affaires d'arbitrage entre investisseurs et États en septembre 2017 a fourni quelques détails sur l'issue des affaires entre investisseurs et États tranchées par les 25 principaux arbitres¹¹⁹³. Après avoir examiné l'issue de 30 affaires dans lesquelles le Professeur Stern a été nommé par l'État défendeur, l'étude a constaté qu'elle s'était jointe à la décision majoritaire en faveur de l'investisseur dans 12 affaires¹¹⁹⁴. D'autre part, le Juge Brower avait été nommé par le demandeur dans 20 affaires, dont 11 avaient été conclues en faveur de l'État défendeur¹¹⁹⁵. Les données des 25 arbitres les

¹¹⁹⁰ BREKOULAKIS (Stravros), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making », *supra* note 1175, p. 566, note de bas de page n° 47 (« The classic example here is Charles Brower who is regularly appointed by investors and Professor Brigitte Stern who is regularly appointed by States »).

¹¹⁹¹ PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *supra* note 1175, p. 404.

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ POLANCO (Rodrigo) et DESILVESTRO (Valentino), « Does an Arbitrator's Background Influence the Outcome of an Investor-State Arbitration? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, no. 1, 2018, pp. 18-48.

¹¹⁹⁴ *Idem.* p. 40.

¹¹⁹⁵ *Idem.* p. 38.

plus fréquemment nommés démontrent le même équilibre dans l'issue des affaires¹¹⁹⁶.

En conséquence, l'étude a montré que :

*We arrive at the same conclusion if we study the top 25 arbitrators appointed by the respondent, as it seems there is no major influence by the party appointment with the outcome of the dispute*¹¹⁹⁷.

Si le processus n'inspire pas une confiance générale dans le système, le bon sens montre que les grands perdants ne seraient autres que les arbitres professionnels eux-mêmes. Les incitations au parti pris en faveur des investisseurs demeurent contre-intuitives. Une réputation ternie par une entorse au devoir d'impartialité et d'indépendance ne permettrait pas une nouvelle nomination dans des circonstances où l'État hôte et l'investisseur ont tous deux un rôle à jouer dans le processus de nomination.

300. En fin de compte, aucun arbitre n'est uniquement nommé par les demandeurs ou les États, tel que le démontrent les exemples du Professeur Brigitte Stern et du Juge Charles N. Brower¹¹⁹⁸. En effet, de nombreux arbitres siégeant dans les litiges relatifs aux traités d'investissement ont tendance à être nommés à la fois par les États et par les investisseurs¹¹⁹⁹. Par conséquent, certains soutiennent que dans un cadre qui tente d'équilibrer les valeurs fondamentales de l'arbitrage international, la répétition des nominations n'est pas en soi une source de préoccupation¹²⁰⁰. Les réalités commerciales de l'arbitrage international et la valeur attribuée à la volonté des parties d'exercer leur liberté de désigner l'arbitre de leur choix devraient l'emporter sur toute préoccupation¹²⁰¹. Afin de promouvoir leur réputation, les arbitres choisiraient d'accroître leur fiabilité et de contrer tout préjugé réel ou perçu plutôt que de répondre

¹¹⁹⁶ *Idem*. pp. 38-40 (notant que Toby Landau a été désigné par le défendeur dans 7 affaires où une sentence a été rendue et que 4 sentences ont été rendues en faveur des États défendeurs, tandis que Stanimir Alexandrov a été désigné par le demandeur dans 7 affaires d'investissement où une sentence a été rendue et que 3 affaires ont été jugées en faveur du demandeur).

¹¹⁹⁷ *Idem*. p. 41.

¹¹⁹⁸ PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *supra* note 1175, p. 404.

¹¹⁹⁹ BREKOULAKIS (Stravros), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making », *supra* note 1175, p. 566.

¹²⁰⁰ DE VIETRI (Raphael) et DHARMANADA (Kanaga), « Impartiality and the Issue of Repeat Arbitrators: A Reply to Saloui », *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3, 2011, p. 187.

¹²⁰¹ GIRAUD (Vanessa), « The Problem of Repeat Arbitrators in Investment Arbitration », *supra* note 1176.

à des intérêts particuliers. Cette tendance est particulièrement vraie pour les arbitres nommés régulièrement et dont la caractéristique la plus précieuse est leur réputation de savoir décider de manière crédible et indépendante¹²⁰². Pour les arbitres nommés et reconduits de façon régulière, il existe une incitation encore plus forte de sauvegarder son statut professionnel¹²⁰³. Un autre point de vue à considérer concernant la critique de la nomination répétée est l'aspect positif d'un corps apparemment établi d'arbitres expérimentés en droit des investissements, auxquels les États et les investisseurs font confiance. Le système d'arbitrage peut être *ad hoc*, sans juges permanents, mais le groupe d'arbitres du corps peut avoir l'avantage de développer une jurisprudence plus cohérente.

B. La nature de l'arbitrage d'investissement ne permet pas la partialité des arbitres et il n'existe aucune preuve de l'existence d'un parti pris systémique

301. A titre préliminaire, il convient de noter que les éléments de preuve ne permettent pas d'affirmer que le système d'arbitrage tel qu'il existe actuellement incite à produire des décisions erronées qui favorisent soit les demandeurs, soit les défendeurs. Le Juge Schwebel commente l'allégation de parti pris des arbitres en disant que « *[t]hese charges are colourful as they are misconceived* »¹²⁰⁴. Les critiques détaillées ci-dessus ne tiennent toutefois pas compte du fait que les arbitres sont des personnes impartiales et indépendantes qui interprètent et appliquent le droit applicable et sont soumis à un certain nombre de mécanismes qui peuvent empêcher les intérêts privés de prendre le pas sur les intérêts publics. Les défenseurs répondent, avec véhémence, que la prise de décision partielle serait contre-productive¹²⁰⁵ voire *suicidaire*¹²⁰⁶ pour les arbitres.

¹²⁰² KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *supra* note 1172, p. 90.

¹²⁰³ PARK (William), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *supra* note 1136, p. 653.

¹²⁰⁴ SCHWEBEL (Stephen), « A BIT about ICSID », *supra* note 326, p. 7.

¹²⁰⁵ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 492.

¹²⁰⁶ SWEET (Alec), « Arbitration and Judicialization », *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, no. 9, 2011, p. 21 (« *[I]t seems suicidal for arbitrators to proceed ... with a heavy thumb pressed permanently down on the investors' side in cases with very high political stakes.* »).

302. Les institutions arbitrales ont également intérêt à obtenir une réputation d'impartialité et à maintenir la légitimité de l'acceptation de leurs sentences et une large acceptation publique de l'ensemble du système juridique sur lequel elles reposent¹²⁰⁷. Dans un monde où les traités et les contrats sont librement négociés et où de multiples institutions se font concurrence pour les affaires d'arbitrage, il serait autodestructeur pour l'arbitrage d'acquérir la réputation de rendre systématiquement des sentences au nom du demandeur ou du défendeur. La partie défavorisée insisterait simplement pour utiliser une autre source de règlement des différends. De plus, les suggestions de partialité systémique sont fondées sur des comptes rendus anecdotiques ou sur un mécontentement plus général lié aux résultats de certains cas particuliers. La section ci-dessous analysera comment la nature du système de nomination des parties ne provoque pas de partis pris systématique en faveur des investisseurs. En substance, le système de nomination des parties est le mécanisme de nomination privilégié, applicable aux deux parties de manière égale (1) et la reconduction des arbitres repose sur leur réputation d'impartialité et d'indépendance (2).

1. L'autonomie des parties et la nomination des arbitres par les parties sont des caractéristiques fondamentales de l'arbitrage.

303. En effet, la nomination au cas par cas des arbitres par les parties au litige est l'un des principaux avantages de l'arbitrage, car celles-ci peuvent choisir une personne pour un litige donné en fonction de son aptitude à régler le litige en question¹²⁰⁸. Après tout, comme le rappelle le Professeur Emmanuel Gaillard, « *one cannot forget that*

¹²⁰⁷ Voir BROWER (Charles N.), « Keynote Address: The Ethics of Arbitration: Perspective from a Practicing International Arbitrator », *Publicist*, vol. 5, no. 1, 2010, p. 1.

¹²⁰⁸ BORN (Gary), *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2^{ème} ed., 2015, p. 130 (« *As with other aspects of the international arbitral process, a dominant feature of the selection of the arbitrators is party autonomy. As discussed below, the New York Convention, national arbitration statutes and institutional rules all accord parties broad autonomy both to agree directly upon the arbitrators in 'their' arbitration or to agree on indirect mechanisms for selecting such arbitrators.* ») ; ELSING (Siegfried) et SHCHAVELEV (Alexander), « The Role of Party-Appointed Arbitrators », in SHAUGHNESSY (Patricia) et TUNG (Sherlin) (eds.), *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*, Kluwer Law International, 2017, p. 67 (« *Parties agree on arbitration precisely because they can choose their judges* »). Concernant un arbitrage initié en vertu de la Convention CIRDI, si les parties ne parviennent pas à un accord sur la méthode de désignation des arbitres, l'article 3 du Règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit que l'une ou l'autre des parties peut invoquer la formule par défaut d'un tribunal de trois membres prévue à l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI : chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties. Si une partie refuse de nommer un arbitre, ou ne coopère pas dans la nomination du président du Tribunal, le Secrétaire général peut mettre en œuvre les mesures prévues à l'article 38 de la Convention CIRDI.

arbitration is intended for the parties and not for all the other actors that gravitate around it. »¹²⁰⁹ Le Juge Charles N. Brower et Charles Rosenberg soulignent que l'autonomie des parties dans la désignation de leur arbitre est fondamentale pour la légitimité du processus d'arbitrage international :

*the continued viability of international arbitration, particularly investment arbitration, hinges on users of the system viewing it as a legitimate form of international dispute resolution. Two important elements of perceived legitimacy are the significant and timeless right of the parties to choose the arbitrators ... Restricting these elements ... positively would impede the further development of the field*¹²¹⁰.

Le principe fondamental de l'arbitrage garantit la confiance d'une partie vu le fait que, outre le président « neutre », il y a au moins un membre du tribunal qui a une certaine compréhension de sa culture juridique (ce qui ne devrait pas affecter son impartialité).

304. La pratique de la nomination unilatérale méconnaît toutefois le fait que les nominations par les parties servent un objectif plus large, tant pour les investisseurs que pour les États hôtes. Comme l'ont déclaré d'éminents commentateurs juridiques : « [t]here is little advantage to having one guaranteed vote on a three-person tribunal. »¹²¹¹ En désignant un arbitre, les parties ont un sentiment de proximité avec le processus. La nomination des arbitres par les parties donne à celles-ci l'impression qu'elles contrôlent l'arbitrage, ce qui constitue une différence importante entre l'arbitrage et le contentieux judiciaire. L'arbitre joue également un rôle important, car il ou elle traduit souvent la culture juridique de la partie qui le nomme¹²¹². Également, la présence d'un arbitre justement nommé par une partie accroît considérablement (si ce n'est qu'elle assure) les chances d'un procès équitable et une décision réfléchie¹²¹³. En effet, l'acceptation du résultat final (la sentence) par les parties est renforcée par

¹²⁰⁹ GAILLARD (Emmanuel), « Sociology of International Arbitration », *Arbitration International*, vol. 31, issue 1, 2015, p. 4.

¹²¹⁰ BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—Van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *supra* note 1127, p. 8.

¹²¹¹ CRAIG (Laurence), PARK (William) et PAULSSON (Jan), *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oxford University Press, 2000, p. 196.

¹²¹² LOWENFELD (Andreas), « The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections », *Texas International Law Journal*, vol. 30, no. 1, 1995, p. 65.

¹²¹³ *Ibid.*

leur confiance dans le processus arbitral où le consentement - y compris le consentement concernant l'arbitre - remplace l'autorité judiciaire¹²¹⁴.

305. Les parties conservent également le contrôle sur la nomination du président du tribunal. Les arbitres qualifiés comprennent comment gérer le processus de nomination, afin d'arriver à un résultat qui satisfera non seulement les parties mais aussi les arbitres eux-mêmes. La possibilité pour les co-arbitres de discuter de la nomination du président avec la partie qui le nomme est un élément essentiel au succès de ce processus. En outre, les arbitres nommés par les parties consacrent souvent un temps considérable à la consultation des parties et de leurs conseils, ce que les institutions ne pourraient pas faire. Le processus de nomination des parties aboutit ainsi à un système de consultation soigneusement adapté, impliquant tous les participants, y compris l'investisseur et l'État hôte. Il en résulte une confiance collective dans l'ensemble du système, une fiabilité qui repose sur divers facteurs, parmi lesquels la perception de la proximité et du contrôle est importante. De ce point de vue, on ne peut guère comparer l'arbitrage et l'expérience des tribunaux internationaux¹²¹⁵.

306. Il existe une raison plus impérieuse de douter de la plausibilité d'une théorie qui suggère que le système de désignation des parties ou la nature asymétrique de l'arbitrage des investissements favorise les investisseurs. Sans la participation de l'État hôte aux TBI, l'arbitrage des investissements n'aurait guère d'avenir. Puisqu'il faut deux pays pour conclure un traité, l'arbitrage entre investisseurs et États ne fonctionne que si le processus semble équitable tant pour l'État hôte que pour les intérêts des investisseurs¹²¹⁶. Comme le déclare l'ancien président de la LCIA, le Professeur William Park : « *[h]ost states appoint as many arbitrators as investors, and a*

¹²¹⁴ SACERDOTI (Giorgio), « Is The Party-Appointed Arbitrator A 'Pernicious Institution'? A Reply To Professor Hans Smit », *Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, Columbia FDI Perspectives, no. 35, 2011, p. 2.

¹²¹⁵ Voir SHANY (Yuval), « Squaring the Circle - Independent and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 30, no. 3, 2008, p. 480.

¹²¹⁶ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 490 (« *the consent to arbitration in investment treaties is itself a sovereign act of the state. Consequently, the basis of the arbitrators' authority in investment-treaty cases is founded in a public office which is conferred upon them based on international treaties* »).

presiding arbitrator must be acceptable to both sides. »¹²¹⁷ Étant donné que les États hôtes¹²¹⁸ de l'arbitre-président doivent accueillir l'arbitre nommé par les investisseurs, le système de nomination des parties, qui est basé sur l'autonomie des parties, ne peut être considéré comme injuste pour les États.

2. La nomination des arbitres repose sur leur qualité d'arbitres indépendants et impartiaux

307. L'idée selon laquelle les arbitres sont uniquement motivés par le désir financier de nomination et favorisent ainsi la partie qui les nomme est simpliste. En effet, lors d'une enquête menée en 2014 par le congrès de l'ICCA (Association internationale des congrès et conférences) à Miami, les réponses suggèrent que pour les membres de l'ICCA occupant des fonctions d'arbitres, les considérations relatives aux futures nominations ne font pas partie de leur processus décisionnel¹²¹⁹. Contrairement à la position des critiques, la Section ci-dessous démontrera que les arbitres ne sont pas motivés par un intérêt personnel mais plutôt par le maintien d'une réputation d'impartialité et d'indépendance.

a. La reconduction repose sur la réputation des arbitres

308. L'opposition entre le désir de renouvellement des nominations et le devoir d'indépendance et d'impartialité peut être réfutée. Les critiques affirment que le désir de renouvellement des nominations conduit les arbitres à favoriser les parties qui les ont nommés. Cependant, il existe d'autres paradigmes où l'intérêt de l'arbitre à

¹²¹⁷ PARK (William), « Arbitrator Bias », *supra* note 1134, p. 35.

¹²¹⁸ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, pp. 16-17 (« *In the system of international arbitration, parties are free to structure the procedure as they wish, but also, most importantly, to select and appoint an arbitrator of their own choice. This freedom of selecting the arbitrator applies to both the claimant (the investor) and to the respondent (the state)* »).

¹²¹⁹ FRANCK (Susan), FREDA (James) *et al.*, « International Arbitration: Demographics, Precision and Justice », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, vol. 18, ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 88 (« *44.8% (n=30) strongly disagreed; 14.9% (n=10) somewhat disagreed; and 23.9% (n=16) neither agreed nor disagreed that they considered future appointments when arbitrating ITA disputes* ») et p. 90 (« *Overall, the general patterns of responses suggest that ICCA respondents serving as arbitrators did not tend to support the theory that arbitrators act as partisans. More particularly, there were strong disagreements, particularly in the context of ITA, that respondents were actively considering their re-appointment while involved in an international arbitration* »).

maximiser les renouvellements de mandat est en harmonie avec son devoir d'indépendance et d'impartialité¹²²⁰.

309. Il existe un consensus parmi la doctrine sur le fait que la réputation professionnelle précieuse des arbitres est une source essentielle d'incitation à leur impartialité¹²²¹. Les futures nominations en tant qu'arbitre ainsi que d'autres domaines de leur carrière professionnelle, que ce soit en tant qu'avocats ou en tant qu'universitaires, sont fortement impactées par l'impartialité. Afin de promouvoir une réputation d'impartialité, les arbitres peuvent privilégier l'exactitude et la crédibilité plutôt que la promotion d'intérêts particuliers. Cette tendance est particulièrement vraie pour les arbitres régulièrement nommés, dont le trait le plus significatif est leur réputation de décideurs crédibles et indépendants. Selon un commentateur juridique :

[I]n the international arbitration market place, parties appoint arbitrators because of their professional credibility, standing, and reputation ... According to this line of thought, the arbitrators' professional reputation could provide a key incentive for them to remain as impartial and fair as possible ... This observation is especially true for arbitrators who are repeat players in the arbitration market and for those arbitrators whose reputation as credible and independent decision makers is a key characteristic for their selection¹²²².

Les nominations sont donc essentiellement fondées sur le mérite¹²²³. Le facteur crucial pour la nomination n'est pas la partialité possible ou réelle d'un arbitre en faveur de la

¹²²⁰ PARK (William), « Arbitrator Bias », *supra* note 1138, pp. 34-35 ; BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 492.

¹²²¹ KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *supra* note 1172, p. 90 (« *My claim is that the arbitrators' valuable professional reputation could be a key incentive for them to remain impartial.* ») ; BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? », *ibid.* (« *A reputation for independence and impartiality, in other words, is too fragile to risk by biased decision making and therefore works as a control mechanism that ensures the arbitrators' independence and impartiality.* ») ; SACERDOTI (Giorgio), « Is The Party-Appointed Arbitrator A 'Pernicious Institution'? A Reply To Professor Hans Smit », *supra* note 1214, p. 2 (« *Empirical evidence from the rejection of most disqualification requests confirms that the great majority of arbitrators are serious professionals who take care and pride in being independent and impartial* »).

¹²²² KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *idem.* pp. 65-66.

¹²²³ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 492.

position d'une partie. C'est plutôt sa capacité à rendre un jugement de façon professionnelle, impartiale et indépendante qui lui vaut d'être nommé. En effet, les quatre sources d'information sur les arbitres les plus sélectionnées sont : « *word of mouth* » (77 %), « *from internal colleagues* » (68 %), « *available information (e.g., industry reviews, legal directories and other databases or review tools)* » (63 %), et « *arbitrator's own online profile* » (55 %) ¹²²⁴. Un arbitre se forge une réputation au fil du temps grâce à son expérience, à la qualité de ses sentences, à la gestion efficace et efficiente des affaires, aux recommandations des conseils et des parties, ou au bouche à oreille concernant l'expérience de l'arbitre dans la communauté arbitrale. Si une sentence est annulée, cela aura un impact négatif sur la réputation de l'arbitre. En effet, Dr. Hamid Guaravi suggère qu'un membre de la commission *ad hoc* du CIRDI devrait être un « *who have never had an ICSID award annulled* » ¹²²⁵. De même, si un arbitre est récusé avec succès ou si la simple accusation d'impartialité, ou dans le cas extrême de corruption, peut être préjudiciable à la carrière d'un arbitre. Il suffit de se pencher sur le cas du directeur de l'Asian International Arbitration Center (« AIAC »), basé à Kuala Lumpur, M. Sundra Rajoo, qui a dû démissionner immédiatement de son poste après avoir été arrêté pour suspicion de corruption en 2018 ¹²²⁶. La réputation prend du temps, elle est difficile à établir mais peut se dégrader facilement. Toute partialité entacherait la réputation et la prise de décision d'une personne et serait une conséquence trop sérieuse pour qu'elle puisse s'y risquer. Par conséquent, l'indépendance de la personne est l'aspect le plus important de la sélection des arbitres ¹²²⁷.

¹²²⁴ Queen Mary, University of London, « The 2018 Queen Mary/White & Case International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration », *School of Law*, 2018, p. 29.

¹²²⁵ GHARAVI (Hamid), « ICSID and its Monarch », in ZIADÉ (Nassib) (ed.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015, p. 355 ; voir aussi p. 329 (« *There have also been worrying occasions where ad hoc committees appointed by the Secretary-General have included members of tribunals whose awards are the subject of annulment applications. For example, in the Togo annulment proceeding, Albert Jan van den Berg was appointed as president of the ad hoc Committee in November 2010, only a few months after the award he had rendered as a member of the Enron v. Argentina tribunal had been annulled by another ad hoc committee. In other words, Togo had to rely on the Enron annulment decision, fresh out of the oven, in its arguments before one of the authors of the Enron award that had been recently annulled. This simply should not be permitted.* »).

¹²²⁶ « AIAC Director Resigns After Arrest In Corruption Probe », *GAR*, 21 novembre 2018.

¹²²⁷ GIORGETTI (Chiara), « The Arbitral Tribunal: Selection and Replacement of Arbitrators », in GIORGETTI (Chiara) (ed.), *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner's Guide*, Brill Nijhoff, 2014, p. 158.

310. L'un des éléments les plus importants pour un arbitrage est de s'assurer une réputation professionnelle et crédible. L'indépendance et l'impartialité constituent les meilleures garanties à la renomination, en effet, les co-arbitres seront amenés à se nommer président du tribunal arbitral ou éventuellement à se recommander entre eux dans le cadre de futurs arbitrages. Si un arbitre ne satisfait pas aux exigences « *[f]uture appointments as tribunal chairperson, president, or presiding arbitrator almost certainly will be curtailed* »¹²²⁸. Les conseils recommanderont également un arbitre ou en désigneront un sur la base d'une expérience passée positive, même si cet arbitre a été nommé par la partie adverse¹²²⁹. Compte tenu du réseau peu étendu de la communauté des arbitres, tout manquement par un arbitrage à son devoir d'impartialité et d'indépendance ainsi que son manque de diligence ne feraient que ternir la réputation de l'arbitre en question et n'entraîneraient pas de nouvelles nominations¹²³⁰.

b. Un arbitre partial nuit à sa propre influence sur le tribunal et à la confiance accordée au RDIE

311. La réputation de partialité apparente d'un arbitre compromet sa crédibilité, et donc son influence, au sein d'un tribunal¹²³¹. Aucune partie ne souhaite nommer un individu partial et peu susceptible de jouir du respect pour son intégrité intellectuelle au sein d'un tribunal. Dans ce sens, le président de la Cour d'arbitrage de la CCI, Alexis Mourre, a déclaré que « *[t]here is nowadays widespread awareness, amongst*

¹²²⁸ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 493.

¹²²⁹ PARK (William), « Arbitrator Integrity », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 209 (« *Usually, however, an even stronger incentive exists to safeguard professional status, particularly with peers. Individuals who serve as arbitrators care deeply about the respect of their colleagues, for reasons both personal and professional. Doing a good job builds a positive reputation. Few enticements to good behavior are stronger for those who sit regularly as arbitrators than a colleague's appreciation of one's ability and integrity.* »).

¹²³⁰ PARK (William), « Arbitrator Bias », *supra* note 1138, pp. 34-35.

¹²³¹ Voir BLACKABY (Nigel), PARTASIDES (Constantin) with REDFERN (Alan) et HUNTER (Martin) (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *supra* note 1107, p. 266 (« *Experienced practitioners recognise that the deliberate appointment of a partisan arbitrator is counterproductive, because the remaining arbitrators will very soon perceive what is happening and the influence of the partisan arbitrator during the tribunal's deliberations will be dismissed. It is a far better policy to appoint a person who may, by reason of culture or background, be broadly in sympathy with the case theory to be put forward (e.g. someone who is known to favour a strict literal interpretation of contracts rather than look to the true intention of the parties), but who will be strictly impartial when it comes to assessing the facts and evaluating the arguments on fact and law.* »).

the users of arbitration, that hired guns do them more harm than good »¹²³². Les parties sont généralement réticentes à l'idée d'avoir recours à des arbitres connus pour être des « *mercenaires* », puisque ces arbitres auront probablement moins de poids au sein du tribunal qui sera finalement formé. Comme l'explique Alexis Mourre :

*[P]arties want to appoint arbitrators who will be listened [to] and respected within the tribunal. And parties know that the standing and reputation of experienced international arbitrators depend from their capacity to exercise independent judgment when deliberating with their colleagues. As a consequence, party-appointed arbitrators tend to be selected more for their reputation of impartiality and integrity than for their supposed willingness to support their appointing party's thesis*¹²³³.

En effet, les parties préfèrent choisir un arbitre ayant une réputation d'impartialité, d'intégrité et d'indépendance. Dans une étude de l'école d'arbitrage international de l'Université Queen Mary datant de 2010, il a été révélé que le facteur le plus important dans le choix d'un arbitre nommé par les parties (66 %) est « *open-mindedness and fairness* » et le facteur le moins important (37 %) est « *the arbitrator's favourable disposition to the issues in dispute* »¹²³⁴. Les décisions qui ne compromettent pas l'indépendance et l'impartialité sont probablement plus efficaces lorsqu'il s'agit de maximiser les renominations et elles sont logiquement plus communément adoptées.

312. Tel que les commentateurs ont pu observer « *the reputational costs to being called out as a biased or 'hired' arbitrator is immense.* »¹²³⁵ Le nombre général d'arbitres est de trois, un arbitre désigné par chaque partie et un troisième, qui est le président du tribunal, désigné d'un commun accord par les parties¹²³⁶. Comme le fait remarquer le Professeur William Park, ancien président de la LCIA : « *arbitrators*

¹²³² MOURRE (Alexis), « Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, 5 octobre 2010.

¹²³³ Voir *idem*.

¹²³⁴ BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *supra* note 1127, p. 16 ; Queen Mary, University of London, « 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration », *School of International Arbitration*, 2010, p. 26.

¹²³⁵ SHENG (Will) et KOH (Wilson), « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », *supra* note 1171, p. 732.

¹²³⁶ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, Article 37, § 14.

sitting on three-member tribunals have far more to gain from demonstrating intellectual integrity to each other (thus enhancing positive references for future cases) than in urging disregard of the right result. »¹²³⁷ Par conséquent, l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre gagneront en crédibilité auprès des autres membres du tribunal et son opinion sur l'affaire sera prise en compte plus sérieusement qu'un arbitre présentant des signes de partialité.

3. Les données ne démontrent pas de partialité systémique en faveur de l'investisseur

313. Les chiffres présentés ne corroborent pas l'allégation selon laquelle les investisseurs sont systématiquement favorisés par les tribunaux d'arbitrage dans les affaires relatives au RDIE. Au contraire, les tribunaux arbitraux fonctionnent de manière impartiale et les États remportent une part importante des arbitrages d'investissement. Le Professeur William Park, ancien président de la LCIA, affirme :

*[N]o evidence supports the proposition that the arbitration system operates as an assembly line of decisions that favours the investor. Host states seem to win their share of cases, however a win might be measured. No reason exists to think that arbitrators decided these matters other than according to their particular substantive or jurisdictional merits*¹²³⁸.

En effet, plusieurs études ont démontré que la majorité des différends investisseur-État ont été remportés par les États défendeurs¹²³⁹. Le Professeur Susan Franck a mené une étude sur cinquante-deux sentences arbitrales en matière d'investissement et a relevé qu'il y a 20 litiges (38,5 %) qui ont donné gain de cause aux investisseurs et dont ont résulté des indemnités¹²⁴⁰. En parallèle, sur les 30 arbitrages restants ce qui représente 57,7 % des arbitrages, les investisseurs n'ont rien reçu de la part des

¹²³⁷ PARK (William), « Arbitrator Integrity », *supra* note 1229, p. 241.

¹²³⁸ PARK (William), « Arbitrator Bias », *supra* note 1138, pp. 39-40.

¹²³⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing In The SDGs: An Action Plan*, p. 126 (« *Arbitral developments in 2013 brought the overall number of concluded cases to 274. Of these, approximately 43 per cent were decided in favour of the State and 31 per cent in favour of the investor. Approximately 26 per cent of cases were settled.* ») ; FRANCK (Susan), « Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration », *supra* note 1167, p. 447 (« *First, governments can and did win investment disputes. In fact, governments (57.7%) were more likely than investors (38.5%) to win cases and have no damages awarded for alleged treaty breaches* »).

¹²⁴⁰ FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *supra* note 100, p. 49 (« *there were twenty awards (38.5 %) where investors won and tribunals awarded damages. By contrast, there were thirty awards (57.7 %) where governments paid investors nothing* »).

gouvernements¹²⁴¹. Le Professeur Franck a donc conclu que l'arbitrage ne défavorisait pas les États¹²⁴².

314. Le système du RDIE apparaît donc comme relativement performant, géré par des tribunaux arbitraux impartiaux. En effet, le Professeur Peter Nunnenkamp a mené une étude sur 739 affaires recueillies par la CNUCED jusqu'en septembre 2016 et a constaté que :

*no compelling justification to blame biased arbitrators for the widely perceived legitimacy crisis of ISDS. In particular, many cases raised against developing countries are handled by fairly unbiased tribunals. Moreover, state-appointed arbitrators are no less pro-state than investor-appointed arbitrators are pro-claimant*¹²⁴³.

L'arbitrage d'investissement assure un équilibre stable entre la protection des investisseurs et la protection des pouvoirs réglementaires des États¹²⁴⁴. En conséquence, on peut s'attendre à ce que les États d'accueil gagnent lorsque la position juridique du demandeur est faible, et perdent lorsque la position juridique de l'investisseur est solide¹²⁴⁵. En fin de compte, les investisseurs et les États ont tous deux des chances équitables de remporter des affaires, ce qui fait apparaître l'arbitrage d'investissement comme une option viable de règlement des différends¹²⁴⁶.

II. LE CONFLIT DE POSITION : LA DEUXIÈME CASQUETTE EST-ELLE DE TROP ?

315. La question la plus controversée qui suscite de nombreux débats sur la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres est le changement de fonction entre celle d'arbitre et celle de conseil dans les différentes affaires. Cette situation a

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² *Idem.* p. 50 (« *The percentage of ultimate winners does not appear to be meaningfully different for investors and governments. For governments thinking about whether to include arbitration in their dispute resolution mechanism, this may suggest that the arbitration process itself does not necessarily disfavor them* »).

¹²⁴³ NUNNENKAMP (Peter), « Investor-State Dispute Settlement: Are Arbitrators Biased in Favor of Claimants? », Kiel Policy Brief, *Kiel Institute for the World Economy*, no. 105, 2017, p. 13.

¹²⁴⁴ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 3.

¹²⁴⁵ PARK (William), « Arbitrator Bias », *supra* note 1138, pp. 39-40.

¹²⁴⁶ FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *supra* note 100, p. 50.

également été appelée « *confusion des rôles* » ou « *double casquette* »¹²⁴⁷. Les risques découlant de la possibilité que des praticiens prennent part à différents arbitrages en qualité différente ont été qualifiés de « *conflit de position* »¹²⁴⁸. Un « *conflit de position* », également décrit comme une « *prédisposition inappropriée* »¹²⁴⁹, est un conflit d'intérêts qui découle de la relation de l'arbitre avec l'objet du litige, plutôt que de sa relation avec les parties au litige. Les commentateurs juridiques notent : « *The issue is not whether a counsel or an arbitrator think it is proper, in a specific case, to wear both hats, but whether an observer would so conclude* ». ¹²⁵⁰ Cette section examinera la critique de la double casquette et les arguments en faveur de l'interdiction de cette pratique (A), interdiction qui aurait un impact négatif sur l'arbitrage des investissements (B).

A. Les arbitres occupant la fonction de conseil engendrent un sentiment de conflit d'intérêt et de partialité

316. La confusion des rôles est décrite comme « *a situation where the appearance of an individual as an arbitrator in one ICSID case who acts as counsel ... in another ICSID case may give rise to a perception of bias, in the sense that his or her role might be perceived to inform actions in the other* »¹²⁵¹. La notion se réfère à la simple apparence de parti pris ou à un parti pris réel de la part de l'arbitre découlant de sa relation avec le fond du litige¹²⁵². Les critiques de la double casquette préconisent une

¹²⁴⁷ SCHACHERER (Stefanie), « Independence and Impartiality of Arbitrators - A Rule of Law Analysis », *supra* note 1083, p. 19.

¹²⁴⁸ Pour les besoins de cette thèse, l'auteur a choisi de ne pas aborder la question des arbitres adoptant certaines positions juridiques dans des écrits académiques ou des positions doctrinales dans le cadre de l'analyse du conflit de position. Selon sa point de vue, il incombe à la partie de faire preuve de diligence raisonnable et d'effectuer des recherches sur le profil de l'arbitre, les positions prises dans des décisions arbitrales antérieures, ainsi que les publications universitaires avant de nommer l'arbitre. En fait, d'après l'expérience de l'auteur, il s'agit là de la pratique habituelle des avocats en matière de diligence raisonnable avant de proposer des noms d'arbitres potentiels à l'attention d'un client.

¹²⁴⁹ BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence) et COOK (John), « Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration », *International Council for Commercial Arbitration, ICCA Reports Series*, vol. 3, 2016, p. 34.

¹²⁵⁰ HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *TDM*, vol. 1, issue 4, 2013, p. 2.

¹²⁵¹ SANDS (Philippe), « Conflict of Interests for Arbitrator and/or Counsel », in KINNEAR (Meg) *et al.* (eds.), *Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, p. 655.

¹²⁵² BRUBAKER (Joseph), « The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, issue 1, 2008, p. 111.

incompatibilité des fonctions, c'est-à-dire l'interdiction pour les arbitres d'exercer en qualité de conseil¹²⁵³.

317. Les critiques font valoir que le fait que les conseils agissent comme arbitres dans des procédures de RDIE crée une apparence de parti pris puisque la personne qui porte les deux casquettes peut être perçue comme utilisant l'un de ses rôles pour servir de base à des actions dans l'autre¹²⁵⁴. Certains soutiennent que le cumul des rôles d'arbitre et de conseil crée un risque de comportement dit « *intéressé* »¹²⁵⁵. En outre, un conseil peut bénéficier de son rôle d'arbitre de par son accès aux informations et aux contacts pour sa pratique ultérieure en qualité de conseil¹²⁵⁶. L'arbitre Philippe Sands, un fervent critique du cumul des rôles¹²⁵⁷, a souligné le dilemme de la double casquette de la façon suivante :

it is possible to recognise the difficulty that may arise if a lawyer spends a morning drafting an arbitral award that addresses a contentious legal issue, and then in the afternoon as counsel in a different case drafts a pleading making arguments on the same legal issue. Can that lawyer, while acting as arbitrator, cut herself off entirely from her simultaneous role as counsel? The issue is not whether she thinks it can be done, but whether a reasonable observer would so conclude. Speaking for myself, I find it difficult to imagine that I could do so without, in some way, potentially being seen

¹²⁵³ Voir HRANITZKY (Dennis) et ROMERO (Eduaro), « The 'Double Hat' Debate in International Arbitration », *New York Law Journal*, 14 juin 2010.

¹²⁵⁴ SANDS (Philippe), « Conflict of Interest for Arbitrator and/or Counsel », *supra* note 1251, p. 655 (« *the appearance of an individual as an arbitrator in one ICSID case who also acts as counsel (or expert) in another ICSID case may give rise to a perception of bias, in the sense that his or her role in one case might be perceived to inform actions in the other* »).

¹²⁵⁵ *Idem.* p. 667 (« *The simultaneous exercise of the function of arbitrator and counsel in ICSID proceedings is a train crash waiting to happen: it is only a matter of time before a serious problem arises, or comes to light, where the arbitrator who also acts as counsel might be said to have a « direct or indirect interest ... in the outcome of the dispute.* »).

¹²⁵⁶ SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », in ROVINE (Arthur) (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Brill Nijhof, vol. 6, 2013, p. 45 (« *Having sat as an ICSID arbitrator, my experience confirms that once you cross the threshold—and find yourself on the 'bench' rather than facing it—you enter a world that makes you privy to insights and contacts that may not be unhelpful to your role as counsel* ») ; WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, pp. 8-9.

¹²⁵⁷ LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et LIE (Runar), « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *supra* note 381, p. 392 (« *Leading the charge against the practice of double hatting from the inside is Sands, who over the past decade has repeatedly written and lectured about the legitimacy concerns tied to double hatting in international arbitration.* »).

*to run the risk of allowing myself to be influenced,
however subconsciously*¹²⁵⁸.

La crainte est qu'un arbitre puisse être tenté, même inconsciemment, d'ajouter à une sentence une partie qui pourrait être reprise ultérieurement dans une autre affaire. En d'autres termes, les arbitres pourraient avoir la possibilité de trancher, ou d'avoir l'air de trancher, une question d'une manière qui profite à une partie qu'ils représentent dans un autre litige. Une telle arrière-pensée pourrait aboutir à la création d'une autorité juridique sur un point similaire ou identique, qui pourrait avoir une valeur persuasive dans une autre affaire dans laquelle cet arbitre agit en qualité de conseil¹²⁵⁹. D'autre part, un arbitre peut être influencé par sa position lorsqu'il agit en tant que conseil dans une autre affaire. En conséquence, le changement de rôle est considéré comme affectant l'impartialité et l'indépendance de l'arbitre et comme créant un conflit d'intérêts¹²⁶⁰. Les critiques ont souligné le fait que certaines institutions ont limité ce type de pratique, par exemple la CIJ a joué un rôle de pionnier dans la suppression de ce type de pratique puisqu'il y a près de 20 ans ses directives empêchaient les personnes qui agissaient en qualité de conseil de siéger simultanément en tant que juges ad hoc. Le tribunal arbitral du sport (« TAS ») a également interdit la double casquette¹²⁶¹. Toutefois, il convient de noter que la CIJ est une cour internationale permanente ayant des fonctions juridictionnelles très différentes de l'arbitrage et que le TAS est un type d'arbitrage très spécifique.

318. Les critiques de l'arbitrage d'investissement n'ont cessé de faire valoir que les problèmes de légitimité se posent puisque le système d'arbitrage permet aux arbitres d'agir en tant qu'arbitre dans une affaire et en tant que conseil dans une autre¹²⁶². Sur ce point, Philippe Sands précise que : « *One aspect that touches on the legitimacy and*

¹²⁵⁸ SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », *supra* note 1256, pp. 31-32.

¹²⁵⁹ PARK (William), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *supra* note 1136, p. 648.

¹²⁶⁰ Voir MOUAWAD (Caline), « Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration », *TDM*, vol. 5, issue 4, 2008, p. 2.

¹²⁶¹ Voir SANDS (Philippe), « Reflections on International Judicialization », *The European Journal of International Law*, vol. 27, no. 4, 2017, p. 894.

¹²⁶² LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et LIE (Runar), « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *supra* note 392, p. 321 (« *Critics of the international investment arbitration regime have continually pointed to the legitimacy concerns that arise when a system of adjudication permits adjudicators to act as arbitrator in one case and as legal counsel in another.* »).

effectiveness of the ICSID system concerns the question of the propriety of lawyers acting simultaneously as counsel and arbitrator—in different cases of course—in cases that largely raise the same or similar legal issues. »¹²⁶³ Selon les critiques, la double casquette est particulièrement préoccupante dans l'arbitrage d'investissement en raison des caractéristiques de ce domaine. Le Professeur Stephan Schill explique que l'arbitrage d'investissement a une fonction publique qui doit être comprise comme « *going beyond the resolution of the individual dispute, and as having a public effect on third-party actors.* »¹²⁶⁴ Des critiques telles que Horvath Gunther et Berzero Roberta ont suggéré que la pratique de la double casquette amène les États à perdre confiance dans le système et que cela « *might be the reason at the basis of the recent withdrawal of some States from the ICSID system and poses threats to the legitimacy of the system itself.* »¹²⁶⁵ Il est donc crucial de garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, non seulement vis-à-vis des parties à une procédure déterminée, mais aussi vis-à-vis de l'ensemble du système.

319. Si des conflits de positions peuvent surgir dans tout type d'arbitrage, le problème est particulièrement sensible dans le domaine de l'arbitrage d'investissement¹²⁶⁶. Cela est dû à la nature et aux caractéristiques de l'arbitrage entre investisseurs et États. Ces cas impliquent souvent l'interprétation de TBI bilatéraux contenant des dispositions similaires, voire identiques, et appellent donc à une plus grande prudence¹²⁶⁷. Contrairement aux procédures d'arbitrage privés, le RDIE implique l'application d'un corpus de droit international en évolution ; par conséquent, les arbitres en matière

¹²⁶³ SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », *supra* note 1256, p. 29.

¹²⁶⁴ SCHILL, (Stephan). « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *supra* note 1136, p. 411.

¹²⁶⁴ *Idem.* p. 405.

¹²⁶⁵ HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *supra* note 1250, p. 13.

¹²⁶⁶ HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », *supra* note 393, p. 523 (« *investment arbitrations frequently turn on the interpretation of investment treaties containing similar provisions and may repeatedly involve the same state parties. For this reason, a narrow range of recurring legal issues are often raised in investment arbitrations* »).

¹²⁶⁷ HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *supra* note 1250, p. 16 ; SANDS (Philippe), « Conflict of Interest for Arbitrator and/or Counsel », *supra* note 1251, p. 655.

d'arbitrage d'investissement jouent davantage un rôle de « *législateur* »¹²⁶⁸. En d'autres termes, dans l'arbitrage des traités d'investissement, où les décisions servent de précédent pour les futurs arbitrages, les conflits dits « *de position* » peuvent soulever des préoccupations concernant le système tout entier¹²⁶⁹. En outre, les sentences rendues dans les arbitrages entre investisseurs et États sont généralement publiées et donc soumises à un examen public minutieux. Tous ces facteurs se sont combinés pour mettre en lumière les conflits d'intérêts dans ce domaine particulier de l'arbitrage international et les obligations éthiques qui en découlent. Compte tenu de la fonction publique du RDIE, les critiques affirment que la manière dont les arbitres agissent doit être prise en considération d'éviter toute apparence de parti pris.

B. L'occupation de plusieurs fonctions ne crée pas en soit un conflit d'intérêt

320. Les critiques de la proposition de l'*incompatibilité des fonctions* font valoir que le fait d'interdire aux conseils de servir d'arbitres risque de priver l'arbitrage international de certains des meilleurs talents, car les individus pourraient opter pour des rôles plus lucratifs en leur qualité de conseils. Cela limiterait considérablement le nombre d'arbitres et donc la liberté des parties de choisir l'arbitre de leur choix. Dans le RDIE, il est loin d'être certain que le conflit de positions, par opposition à d'autres faits, ait contribué à la décision des États de se retirer du système¹²⁷⁰.

1. L'existence d'un conflit d'intérêt doit être évaluée au cas par cas

321. Certains font valoir qu'il n'a pas été démontré que les conflits de positions ont un impact si important sur le système d'arbitrage des investissements, que les règles et institutions existantes ne sont pas en mesure de les traiter¹²⁷¹. De ce point de vue, les règles éthiques générales sont suffisantes pour que les arbitres puissent gérer les

¹²⁶⁸ LEVINE (Judith), « Dealing with Arbitrator 'Issue Conflicts' in International Arbitration », *Dispute Resolution Journal*, vol. 61, issue 1, 2006, p. 62.

¹²⁶⁹ SCHILL, (Stephan), « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *supra* note 1136, p. 420.

¹²⁷⁰ Voir HRANITZKY (Dennis) et ROMERO (Eduardo), « The 'Double Hat' Debate in International Arbitration », *supra* note 1253.

¹²⁷¹ Voir HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », *supra* note 393, p. 520 ; HRANITZKY (Dennis) et ROMERO (Eduardo), « The 'Double Hat' Debate in International Arbitration », *idem*.

contestations au cas par cas¹²⁷². Dans cet esprit, Meg Kinnear, Secrétaire général du CIRDI, a déclaré : « *the real key is not, 'what are the roles you've played,' it's not about the roles you played yesterday. The key is, 'in this particular situation, is there conflict?'* »¹²⁷³. De même, Anna Joubin-Bret, Directrice de la CNUDCI, a fait part de son point de vue personnel : « *I believe there is no inconsistency in representing a party in arbitral proceedings and sitting as arbitrator in other arbitral proceedings, as long as fundamental rules on conflict of interest are abided by.* »¹²⁷⁴ Selon cette position, les décisions publiées sur les récusations d'arbitres suggèrent que les règles et institutions existantes gèrent le problème des conflits de fonctions en rejetant les récusations non fondées, mais aussi en soutenant les récusations lorsque les faits justifient des doutes quant à l'impartialité de l'arbitre¹²⁷⁵. En effet, les conflits d'intérêts devraient être évalués au cas par cas par le biais du mécanisme de divulgation, plutôt que de considérer l'ensemble de la pratique comme créant une apparence de partialité. Le simple fait qu'un arbitre joue le rôle de conseil dans une affaire sans rapport ne signifie pas, en soi, que les deux affaires se recouperaient ou que l'arbitre ne serait pas en mesure de respecter son devoir d'indépendance et d'impartialité. Étant donné que les fonctions d'arbitre et de conseil ne sont pas toujours contradictoires, les rares cas où elles le sont peuvent être mieux gérés grâce à des règles claires et ciblées sur les conflits d'intérêts. Ces règles exigeraient la récusation ou (*ultima ratio*) la révocation d'un arbitre se trouvant dans une situation conflictuelle.

322. Adrian Winstanley, ancien directeur général de la LCIA, est également d'avis qu'il n'y a rien de problématique à agir en tant qu'avocat et arbitre car « *problems only arise when there are connections that throw up conflicts between the cases in which an individual is appearing in one capacity in one or more of the cases, and in another*

¹²⁷² CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Nijhoff International Investment Law Series, vol. 8, 2017, pp. 202-203.

¹²⁷³ CARON (David), « ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear », *American Society of International Law*, 2011, p. 432.

¹²⁷⁴ ArbitralWomen, « Interview with Anna Joubin-Bret », *Arbitral Women Newsletter*, issue 32, avril 2019, p. 3.

¹²⁷⁵ Voir *Ghana c. Talakom Malaysia Berhard*, CPA aff. n° 2003-03 ; *Vito G. Gallo c. Canada*, CNUDCI, CPA aff. n° 55798.

capacity in others »¹²⁷⁶. Dès lors, une approche casuistique en matière de conflit d'intérêts apparaît comme la plus appropriée. La question précise à soulever dans les cas où il y a chevauchement des rôles de conseil et d'arbitre est celle de savoir si un observateur raisonnable, informé des faits et des circonstances d'une affaire particulière, considérerait ce chevauchement comme caractérisant l'incapacité de l'arbitre d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert et un jugement indépendant¹²⁷⁷. En outre, il n'a pas été fait état de l'incapacité des règles et institutions existantes à gérer les questions de conflit¹²⁷⁸.

2. Les avocats membres du tribunal arbitral sont une valeur ajoutée pour les parties et le tribunal

323. Restreindre la double casquette réduirait donc le nombre d'arbitres potentiels susceptibles d'être sélectionnés par les parties. Par conséquent, cela priverait les parties de leur capacité à désigner l'arbitre de leur choix¹²⁷⁹. En effet, les études révèlent que dans 47 % des affaires de RDIE, au moins un arbitre exerce également la fonction de conseil¹²⁸⁰.

324. La fonction de conseil peut permettre aux arbitres potentiels d'acquérir l'expérience et la réputation nécessaires pour être nommés par la suite. Tel que l'a déclarée la Secrétaire générale du CIRDI, Meg Kinnear :

For ICSID arbitrators, in addition to law, competence in commerce, industry, or finance is also very relevant. Investment disputes often require an understanding of business transactions, commercial agreements, transnational legal frameworks, and investment decisions ... In addition, globalization and the Centre's

¹²⁷⁶ International Council for Commercial Arbitration, « Survey: Arbitral Institutions Can Do More to Foster Legitimacy. True or False? », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series*, Kluwer Law International, vol. 18, 2015, p. 727.

¹²⁷⁷ *Idem.* p. 726.

¹²⁷⁸ Voir *Ghana c. Telekom Malaysia Berhad*, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 13/2004, 18 octobre 2004 ; *Vito G. Gallo c. Canada*, ALENA/CNUDCI, Décision sur la récusation de M. J. Christopher Thomas, QC, 14 octobre 2009.

¹²⁷⁹ HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *supra* note 1250, p. 13 (« *preventing lawyers in arbitral proceedings from acting as arbitrators would also reduce the overall size of the pool of potential arbitrators and deprive the parties of their freedom to select as arbitrators those lawyers with deep expertise. This would, in the end, go against the fundamental principle of arbitration as an opt-in system* »).

¹²⁸⁰ LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et HILLEREN LIE (Runar), « The Ethics and Empirics of Double Hatting », *ESIL Reflection*, vol. 6, no. 7, p. 3 (« *We have found that a total of 47% of cases (509 in total) involve at least one arbitrator simultaneously acting as legal counsel.* »).

*strategic promotion have resulted in the combination of different groups of arbitrators. Since the 1980s, ICSID has partnered with international arbitration institutions such as the AAA/ICDR, LCIA, and ICC to develop, enlarge, and share their experts*¹²⁸¹.

Aujourd'hui, il existe un nombre important d'arbitres exerçant des fonctions de conseil à la fois en arbitrage commercial mais aussi dans l'arbitrage entre investisseurs et États¹²⁸². Cela dit, l'expérience acquise en tant que conseil est bénéfique pour être nommé arbitre. Pour exercer cette fonction, il est nécessaire d'avoir une compétence professionnelle adéquate et le principal moyen de l'acquérir est d'exercer en tant que conseil¹²⁸³. Acquérir de l'expérience en qualité de conseil est souvent le meilleur moyen d'être nommé arbitre par la suite¹²⁸⁴.

325. Il est tout aussi important qu'un tribunal soit composé d'un arbitre ayant également la fonction de conseil, car ces derniers apportent souvent des connaissances techniques et des points de vue utiles pouvant faire contrepoids dans la décision du tribunal. Un membre du tribunal ayant une expérience en tant que conseil peut apporter une perspective pratique, notamment en ce qui concerne les questions de procédure et les tactiques.

3. Les conseils défendent des points de vue qui ne sont pas nécessairement les leurs

326. La crainte du manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres agissant dans le domaine des investissements ayant également la fonction conseil va à l'encontre de la caractéristique principale d'un avocat qui est tenu de présenter des arguments en faveur de la cause de son client. Ces arguments ne reflètent pas nécessairement une conviction personnelle, mais permettent plutôt de circonscrire au mieux les arguments

¹²⁸¹ Sur les détails de cette évolution voir PUIG (Sergio), « Emergence and Dynamism in International Organization: ICSID, Investor-State Arbitration and International Investment Law », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44, no. 531, 2013, pp. 531-605.

¹²⁸² PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *supra* note 1175, p. 402.

¹²⁸³ CROOK (John), « Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension », *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113, 2019, p. 288 (« *Arbitration rules rightly provide that prospective arbitrators should have professional competence appropriate to their task, and appointing parties demand no less. Although a few arbitrators have other backgrounds (government service, academia), the primary means to gain the necessary competence is service as counsel to parties in arbitration* »).

¹²⁸⁴ International Council for Commercial Arbitration, « Survey: Arbitral Institutions Can Do More to Foster Legitimacy. True or False? », *supra* note 1276, p. 726.

en faveur du client¹²⁸⁵. L'arbitre chevronné Michael Hwang est également d'avis que le simple fait que « *an arbitrator is concurrently advocating a position on an issue before him in another case as counsel does not, on the sole basis of the simultaneity of the advocacy, mean that such advocacy represents the arbitrator's personal belief* »¹²⁸⁶. En effet, argumenter un point ne signifie pas nécessairement que l'on croit en son bien-fondé et que l'on adoptera la même position dans une affaire différente. Comme l'a déclaré un tribunal néerlandais dans une affaire concernant la récusation d'un Professeur et arbitre bien connu :

*it could easily happen in arbitrations that an arbitrator has to decide on a question pertaining to which he has previously, in another case, defended a point of view. Save in exceptional circumstances, there is no reason to assume however that such an arbitrator would decide such a question less open-minded than if he had not defended such a point of view before. Therefore, in such a situation, there is, in our opinion, no automatic appearance of partiality vis-a-vis the party that argues the opposite in the arbitration*¹²⁸⁷.

La réputation des arbitres repose sur leur indépendance et leur impartialité, ce qui a une incidence déterminante sur leur sélection future en tant qu'arbitres et sur leur carrière professionnelle en tant que conseils¹²⁸⁸.

327. En effet, les professeurs Michael Waibel et Yanhui Wu ont mené une étude sur le parti pris incluant des arbitres agissants également en tant que conseil et ont constaté que « *arbitrators who also wear the hat of counsel to private investors are more likely to affirm jurisdiction, though there is no significant effect on their decision on liability.* »¹²⁸⁹ D'autre part, les critiques n'ont pas été en mesure de présenter des arguments concrets justifiant une rupture radicale avec la très répandue pratique, si ce

¹²⁸⁵ PETER (Natasha) et LEMARIÉ (Clotilde), « Is there a Different Yardstick for Arbitrator Bias in Investment Treaty Arbitrations? », *TDM*, vol. 5, no. 4, 2008, p. 6.

¹²⁸⁶ HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », *supra* note 393, p. 510.

¹²⁸⁷ *Ghana c. Telekom Malaysia*, Tribunal de district de La Haye, Récusation n°17/2004, Décision du 5 novembre 2004, p. 4, § 11.

¹²⁸⁸ KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *supra* note 1172, p. 90.

¹²⁸⁹ WAIBEL (Michael) et WU (Yanhui), « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration », *supra* note 391, p. 34.

n'est en essayant d'assimiler les arbitres ad hoc à des juges exerçant une fonction publique de façon permanente.

SECTION 2. RECOURS ET SOLUTIONS PROPOSÉS

328. L'indépendance et l'impartialité des arbitres sont cruciales tant pour les parties au litige que pour le système d'arbitrage des investissements tout entier. Dès lors, éviter ou, au minimum, réduire la probabilité de survenance d'un conflit d'intérêts est essentiel pour assurer la neutralité du système de règlement des différends. C'est particulièrement le cas puisque le régime RDIE a été créé pour remplacer le recours au système judiciaire national, dont l'indépendance n'inspire pas toujours confiance aux investisseurs étrangers. En outre, ce régime traite des litiges impliquant l'intérêt public et, par conséquent, la confiance accordée aux arbitres et au système lui-même est vitale pour la légitimité de celui-ci.

329. La Section 2 présente les normes juridiques applicables pour déterminer l'existence de conflits d'intérêts dans l'arbitrage des investissements, en se focalisant sur la Convention CIRDI et sur le Règlement d'arbitrage du CIRDI, et considérant également le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (I). La section explore ensuite les réformes relatives aux conflits d'intérêts proposées par la doctrine, le CIRDI ainsi que le GT III de la CNUDCI afin de déterminer si elles sont viables et nécessaires ou si certaines sont trop drastiques et controversées (II). Enfin, cette section examinera si les mécanismes existants sont adaptés pour traiter le problème de la partialité dans l'arbitrage des investissements et déterminera s'il convient de prendre des mesures pour éviter que la situation indésirable qui est celle de la récusation des arbitres ne perpétue à l'avenir.

I. MÉCANISMES EXISTANTS POUR SE PRÉMUNIR CONTRE LES PRÉJUGÉS : SONT-ILS SUFFISANTS ?

330. Cette section couvrira le mécanisme actuel de déclaration (A) et de récusation des arbitres pour cause de double casquette et de nomination répétée (B).

A. Exigences éthiques et règles de divulgation

331. L'un des principes fondamentaux de l'arbitrage international est que chaque arbitre doit être et rester indépendant et impartial des parties et du différend¹²⁹⁰. Afin d'éviter tout risque d'être déclaré en violation de l'obligation d'impartialité et d'indépendance, un arbitre potentiel doit divulguer tous les faits pertinents qui pourraient donner lieu à des doutes justifiés quant à ses qualités requises et donc être considérés comme des motifs de récusation. La section ci-dessous couvre les exigences des règles utilisées en arbitrage d'investissement ainsi que des lignes directrices.

1. Les règlements d'arbitrage

332. Les règles d'arbitrage exigent généralement l'indépendance et l'impartialité des personnes qui doivent faire office d'adjudicateurs dans le cadre d'un arbitrage¹²⁹¹. Les raisons d'intégrer de telles dispositions dans les règles d'arbitrage sont évidentes : les parties doivent avoir confiance non seulement dans les tribunaux arbitraux mais aussi dans les arbitres qui en sont membres.

333. L'article 6(7) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit de garantir « *la nomination d'un arbitre indépendant et impartial* »¹²⁹². La double exigence d'indépendance et d'impartialité est normalement requise. La Convention CIRDI est atypique à cet égard. L'article 14(1) énonce les qualités requises des futurs arbitres en des termes généraux :

Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

¹²⁹⁰ BLACKABY (Nigel), PARTASIDES (Constantin) with REDFERN (Alan) et HUNTER (Martin) (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, supra note 1107, p. 254.

¹²⁹¹ REINISCH (August) et KNAHR (Christina), « Conflict of Interest in Investment Arbitration », supra note 1058, p. 105.

¹²⁹² Article 6(4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (« *L'autorité procède à la nomination en ayant égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et en tenant également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.* ») ; figurant désormais à l'article 6(7) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 sous une rédaction légèrement modifiée.

Cette disposition ne mentionne pas expressément l'impartialité. Mais il a été noté qu'elle peut constituer une exigence implicite d'exercer un « *jugement indépendant* »¹²⁹³. Le Professeur Christoph Schreuer, dans son commentaire sur la Convention CIRDI, note que les débats « *show that the delegates were actually concerned with the impartiality of members of ... arbitral tribunals* »¹²⁹⁴. De plus, la version espagnole de la Convention CIRDI fait référence à « *l'impartialité* »¹²⁹⁵, ce qui suggère que les deux concepts se confondent largement. En effet, dans la décision de contestation *Urbaser SA c. Argentine*, le tribunal a estimé que « *both notions of independence and impartiality are to be considered as equally pertinent* » lors d'une demande de récusation soumise en vertu de la Convention CIRDI¹²⁹⁶. En effet, la version espagnole de la Convention introduit une variante dans la mesure où les derniers mots de la première phrase de l'article 14 prévoient la qualité d'arbitre pour « *inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio* ». Par ailleurs, la Convention stipule dans sa dernière disposition que les textes dans les trois langues « *font foi* ». Par conséquent, les deux notions d'indépendance et d'impartialité doivent être considérées comme tout aussi applicables¹²⁹⁷.

334. Afin de rendre efficace les exigences relatives à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, les règles de procédure exigent la divulgation de tout fait susceptible de remettre en question les qualités de ces arbitres. Cela est prévu à l'article 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui exige que les futurs arbitres révèlent « *toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance* »¹²⁹⁸. Si de nouvelles circonstances pouvant faire douter de l'indépendance et/ou de l'impartialité d'un arbitre surviennent, l'arbitre concerné doit

¹²⁹³ REINISCH (August) et KNAHR (Christina), « Conflict of Interest in Investment Arbitration », *supra* note 1058, p. 106.

¹²⁹⁴ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, p. 49.

¹²⁹⁵ Article 14(1) de la Convention CIRDI : « *inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio* ».

¹²⁹⁶ *Urbaser SA c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARBI07/26, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Campbell McLachlan, Arbitre, 12 août 2010, § 36. Voir aussi *Universal Compression International Holdings, SLU c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB11019, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern et le Professeur Guido Santiago Tawil, arbitres, 20 mai 2011, § 70.

¹²⁹⁷ Voir *Urbaser SA c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARBI07/26, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Campbell McLachlan, arbitre, 12 août 2010, § 36.

¹²⁹⁸ Article 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (« *Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.* »).

les signaler immédiatement¹²⁹⁹. Dans le cas de l'arbitrage CIRDI, les arbitres sont tenus de révéler aux parties toute relation éventuelle ainsi que toute circonstance qui pourrait mettre en doute leur indépendance¹³⁰⁰.

2. Les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts

335. L'International Bar Association (« IBA ») produit des lignes directrices, connues en anglais sous le nom de IBA Guidelines on Conflicts of Interest¹³⁰¹ (ci-après les « **Lignes Directrices** ») qui sont des instruments applicables aussi bien en arbitrage commercial qu'en arbitrage des investissements. Ces Lignes Directrices donnent des indications sur les cas où un arbitre doit divulguer certaines informations. Les Lignes Directrices sont désormais un instrument pertinent pour guider un arbitre potentiel dans sa décision d'accepter ou non une nomination¹³⁰². Pour la plupart, elles ne traitent pas spécifiquement de la disqualification potentielle d'un arbitre. Néanmoins, les Lignes Directrices, bien que non contraignantes, ont acquis une certaine pertinence face à la multiplication des demandes de récusation d'arbitres internationaux et des sentences rendues sur la base de cette question de conflits.

336. Les lignes directrices soulignent l'indépendance et l'impartialité des arbitres dans la disposition énonçant le principe général de l'instrument en précisant également que chaque futur arbitre doit assumer la responsabilité de l'évaluation de sa partialité éventuelle¹³⁰³. Contrairement à la Convention du CIRDI, les Lignes directrices proposent comme seuil applicable pour évaluer les obligations éthiques des arbitres le critère des *doutes justifiés*, similaire à la plupart des règlements d'arbitrage¹³⁰⁴. La

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ Règle 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI: « *Est jointe à la présente une déclaration concernant (a) mes relations professionnelles d'affaires et autres (s'il en existe) avec les parties, passées et actuelles, et (b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause ma garantie d'indépendance. Je reconnais qu'en signant cette déclaration, je souscris l'obligation continue de notifier au Secrétaire général du Centre, dans les plus brefs délais, toute relation ou circonstance qui apparaîtrait ultérieurement au cours de l'instance.* »

¹³⁰¹ Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International, octobre 2014.

¹³⁰² MOSES (Margaret), « The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges », *Kluwer Arbitration Blog*, 23 novembre 2017.

¹³⁰³ Lignes Directrices, la Règle Générale 1 et Explication de la Règle Générale 1. La Règle Générale 1 des Lignes Directrices prévoit que : « *Chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment de l'acceptation de sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester jusqu'à ce que la sentence arbitrale finale ait été rendue ou qu'il soit autrement mis fin à la procédure.* »

¹³⁰⁴ Lignes Directrices, Règle Générale 2(c) : « *Les doutes sont légitimes si un tiers raisonnable, ayant connaissance des faits et des circonstances pertinents, estimerait probable que l'arbitre soit influencé*

principale utilisation pratique des lignes directrices réside toutefois dans les indications qu'elles donnent sur ce qui doit être divulgué¹³⁰⁵. L'instrument établit quatre catégories de listes : tout d'abord, la « *Liste Rouge Non-Susceptible de Renonciation* », à laquelle on ne peut renoncer. Si l'une des situations de cette liste se présente, la personne en question ne doit pas accepter sa nomination. Deuxièmement, la « *Liste Rouge Susceptible de Renonciation* », où sont énumérées les situations qui permettent à une personne d'être nommée uniquement si certaines conditions sont remplies, comme le consentement de toutes les parties au litige à maintenir l'arbitre malgré la situation. Troisièmement, la « *Liste Orange* », une liste non-exhaustive des situations spécifiques qui, selon les faits présentés, peuvent, selon les parties, susciter des doutes quant à l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre et qui imposent à l'arbitre l'obligation de révélation¹³⁰⁶. Le but de la révélation est d'informer les parties d'une situation qu'elles souhaiteraient examiner davantage afin de déterminer s'il existe des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre et si l'on aboutit à la conclusion qu'il n'existe pas de doute légitime, l'arbitre peut alors intervenir dans la procédure¹³⁰⁷. Enfin, la « *Liste Verte* » mentionne les situations où il n'y a ni apparence ni conflit d'intérêts réel et où il n'y a donc aucune obligation de divulgation dans ces situations¹³⁰⁸.

B. La récusation des arbitres

337. La possibilité de récuser et de disqualifier un arbitre est fondamentale pour l'intégrité du processus d'arbitrage international, car c'est la seule méthode par laquelle les parties sont en mesure de garantir que leur différend soit tranché par un tribunal indépendant et impartial. Dans le même temps, il est nécessaire d'empêcher que des demandes de récusation non fondées ne soient utilisées comme des tactiques dilatoires ou perturbatrices, comme un moyen d'influencer la composition du tribunal ou une tentative de se soustraire au caractère définitif d'une sentence défavorable.

dans sa prise de décision par des facteurs autres que le bien-fondé de l'affaire tel que présenté dans les demandes des parties. ».

¹³⁰⁵ Lignes Directrices, Introduction, § 6.

¹³⁰⁶ Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, § 3.

¹³⁰⁷ Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, § 4.

¹³⁰⁸ Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, § 7.

338. Les procédures de récusation permettent aux parties de demander la révocation d'un arbitre qui n'a pas fait preuve de l'indépendance et de l'impartialité requises. La plupart des règles d'arbitrage transfèrent la décision sur ces contestations à des tiers, dans le cas du règlement de la CNUDCI aux juridictions nationales ou l'autorité de nomination telle que le Secrétaire général de la CPA¹³⁰⁹. Sur ce sujet, la Convention CIRDI est une nouvelle fois particulière. L'article 57 de la Convention CIRDI (lu conjointement avec la règle 9(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI) régit les motifs de fond permettant de récuser un arbitre. Il stipule que la récusation d'un membre d'un tribunal peut être proposée en raison de tout fait indiquant un « *défaut manifeste* » des qualités requises par l'article 14(1)¹³¹⁰. L'interprétation des articles 14(1) et 57 se traduit en la règle suivante : « *the circumstances that are said to deprive the arbitrator of his or her capacity to exercise independent judgment must be 'manifest'* »¹³¹¹. Le terme clé est *manifeste*, qui apparaît comme établissant « *extremely high bar for challenging an arbitrator* »¹³¹². Selon l'article 58 de la Convention CIRDI, ce sont les deux autres membres du tribunal qui interviennent dans la requête en récusation à l'encontre du troisième. La plupart des institutions et règlements, tel que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (qui) requiert que le demandeur démontre clairement qu'il existe des *doutes justifiés* quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre¹³¹³.

339. À ce jour, le niveau requis pour pouvoir récuser un arbitre avec succès n'est pas clair. Certaines décisions exigent une preuve manifeste de la partialité réelle d'un arbitre, tandis que d'autres exigent un ensemble de faits ou d'indices qui peuvent susciter des doutes légitimes quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'arbitre du point de vue d'un tiers raisonnable. Compte tenu de la limitation de la portée de ce Chapitre, il serait toutefois impossible d'analyser les différentes normes employées dans les décisions de récusation du CIRDI et de déterminer si des réformes doivent être apportées au mécanisme de récusation. Cette Section traite en revanche de certains

¹³⁰⁹ Article 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

¹³¹⁰ Article 57 de la Convention CIRDI: « *Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1).* ».

¹³¹¹ LUTTRELL (Sam), *Bias Challenges in International Commercial Arbitration - The Need for a 'Real Danger' Test*, *supra* note 1061, p. 224.

¹³¹² *Idem.* p. 220.

¹³¹³ Article 12(2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

litiges d'investissement notoires dans lesquels des arbitres ont été récusés et analyse ces récusations sur la base des motifs couverts par le présent chapitre, notamment : les récusations d'arbitres pour cause de nomination répétée (1) et les récusations d'arbitres agissant en qualité de conseil pour cause de conflit d'intérêts (2).

1. La demande de récusation des arbitres sur la base d'une nomination répétée

340. La nomination répétée est un motif commun permettant de récuser les arbitres dans le système du RDIE. À titre d'exemple, le Professeur Brigitte Stern a été contestée dans un certain nombre de procédures sur la base d'une nomination répétée par la même partie. Le demandeur dans l'affaire *Electrabel c. Hongrie*¹³¹⁴, a introduit une demande de récusation au motif que le Professeur Stern avait été désignée par la Hongrie pour participer à une procédure parallèle engagée en vertu du traité sur la charte de l'énergie¹³¹⁵. Selon les arbitres incontestés, l'arbitrage en matière d'investissement serait impraticable si les arbitres étaient automatiquement récusés simplement en raison d'une exposition à des problèmes juridiques ou factuels similaires dans d'autres arbitrages¹³¹⁶. En rejetant la récusation, les arbitres ont également réprimandé le demandeur pour avoir « *allegedly malign combination of otherwise benign factors to impugn the independent judgment of Professor Stern* » qui ne répondait pas à l'examen des éléments *manifestes*¹³¹⁷.

341. La requérante dans l'affaire *Tidewater c. Vénézuéla*¹³¹⁸, a proposé la disqualification du Professeur Stern en raison de ses multiples nominations par le Venezuela au motif qu'elle suscitait des doutes objectifs et justifiables quant à son indépendance et son impartialité. Les arbitres non contestés ont déclaré que¹³¹⁹ « *[t]he starting-point is that multiple appointments as arbitrators by the same party in unrelated cases are neutral, since in each case the arbitrator exercises the same independent arbitral function.* »¹³²⁰ Ces derniers ajoutent que : « *the independence or*

¹³¹⁴ *Electrabel SA c. Hongrie*, CIRDI aff. n° ARB/07/19, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, 25 février 2008.

¹³¹⁵ *AES Summit Generation c. Hongrie*, CIRDI aff. n° ARB/07/22.

¹³¹⁶ *Idem.* § 41.

¹³¹⁷ *Idem.* § 42.

¹³¹⁸ *Tidewater Inc. c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/10/5, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, Arbitre, 23 décembre 2010 (« **Sentence Tidewater** »).

¹³¹⁹ *Idem.* § 9.

¹³²⁰ *Idem.* § 60.

impartiality of an arbitrator is a matter of substance, not of mere mathematical calculation »¹³²¹. En rejetant la requête, les arbitres non contestés ont conclu que rien n'indiquait que le Professeur Stern avait été influencée dans sa décision en raison de ses multiples nominations. Au contraire, les arbitres ont conclu que, « *she has been appointed on subsequent occasions because of her independence* »¹³²².

342. Dans l'affaire *Elitech c. Croatie*¹³²³, le Professeur Stern a également fait l'objet d'une demande de récusation en raison de sa nomination répétée par la Croatie dans des affaires similaires d'arbitrage d'investissement¹³²⁴. Comme dans les autres demandes, le demandeur s'est appuyé sur les Lignes Directrices et a fait valoir que les circonstances relevaient de la Liste Orange, à savoir que le Professeur Stern avait été nommée par le même défendeur dans trois autres arbitrages entre investisseurs et États¹³²⁵. Dans sa décision, le Président du Conseil d'administration a précisé que le terme « *manifeste* » de l'article 57 de la Convention signifie « *évident* » ou « *flagrant* », et qu'il se rapporte à la facilité avec laquelle le prétendu manque des qualités requises peut être perçu¹³²⁶. En analysant les mérites, le président a conclu que : 1) il n'y a pas suffisamment de preuves démontrant un chevauchement des problématiques entre les différentes affaires dans lesquelles le Professeur Brigitte Stern est impliquée, 2) il n'existe pas de relation de dépendance, financière ou autre, entre le Professeur Stern et le défendeur, 3) aucune preuve n'a été présentée de manière à pouvoir déduire que la décision du Professeur Stern serait influencée par ses multiples nominations¹³²⁷. Par conséquent, la demande de disqualification a été rejetée¹³²⁸.

343. D'autre part, un important recoupement des faits pertinents et du droit applicable ont finalement été les raisons de la récusation de M. Bruno Boesch dans l'affaire

¹³²¹ *Idem.* § 59.

¹³²² *Idem.* § 64.

¹³²³ *Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. c. Croatie*, CIRDI aff. n° ARB/17/32, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, 23 août 2018 (« **Sentence Elitech** »).

¹³²⁴ *Idem.* §§ 12 et 18.

¹³²⁵ *Idem.* §§ 13 et 15.

¹³²⁶ *Idem.* § 40.

¹³²⁷ *Idem.* § 50.

¹³²⁸ *Idem.* § 55.

*Caratube c. Kazakhstan*¹³²⁹. M. Boesch était l'arbitre désigné par le Kazakhstan qui était représenté par le même cabinet d'avocats dans un arbitrage parallèle qui a été rejeté - *Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c. Kazakhstan*¹³³⁰ et introduit par une société liée à Caratube par le biais d'une participation au capital¹³³¹. Les deux affaires comportent un certain nombre de facteurs identiques : 1) elles sont introduites en vertu de la loi kazakhe sur les investissements étrangers de 1994, 2) le demandeur invoque les mêmes actes et omissions du Kazakhstan à l'encontre de M. Omar et de la famille Hourani ainsi que les mêmes motifs juridiques que le demandeur dans l'affaire *Ruby Roz*, 3) les témoins sont susceptibles d'être les mêmes, et 4) des mémoires complets et une audience avaient déjà eu lieu dans l'affaire *Ruby Roz*, qui seront similaires à la présente affaire¹³³². Les arbitres non contestés ont convenu avec les requérants que la similitude des affaires, en particulier des faits sous-jacents dans l'affaire *Ruby Roz* et dans le présent arbitrage, constituait une donnée importante pour l'appréciation de l'impartialité et de l'indépendance perçues de M. Boesch¹³³³. Sur la base du chevauchement des faits et des questions juridiques, les arbitres non contestés ont conclu qu'un tiers raisonnable et informé estimerait qu'il est fort probable que l'objectivité et l'ouverture d'esprit de M. Boesch soient entachées et qu'il préjugerait des questions juridiques dans la présente affaire¹³³⁴. Dans les décisions relatives à la récusation des arbitres, il est affirmé que le seuil élevé d'une « *défaillance manifeste* » des qualités nécessaires à l'exercice des fonctions d'arbitre, tel que visé à l'article 57 de la Convention CIRDI, doit être prouvé¹³³⁵. Bien que de nombreuses parties contestantes aient invoqué les Lignes Directrices comme motif de contestation, celles-ci ne sont pas contraignantes car elles ne concernent que la divulgation par les arbitres, et non les cas de disqualification¹³³⁶. En s'appuyant sur l'argument des nominations

¹³²⁹ *Caratube International Oil Company LLP et M. Devincci Salah Hourani c. Kazakhstan*, CIRDI aff. n° ARB/13/13, Décision sur la proposition de disqualifier M. Bruno Boesch, 20 mars 2014 (« **Sentence Caratube** »).

¹³³⁰ *Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c Kazakhstan*, CNUDCI, Sentence sur la compétence, 1 août 2013.

¹³³¹ Sentence Caratube, § 25.

¹³³² *Idem.* §§ 26-27.

¹³³³ *Idem.* § 75.

¹³³⁴ *Idem.* § 90.

¹³³⁵ Sentence Electabel § 35; Sentence Elitech § 40 ; Sentence Tidewater § 35 ; Sentence Universal Compression §§ 29 et 71 ; Sentence Caratube § 48.

¹³³⁶ Sentence Caratube § 59.

multiples, le Conseil d'administration du CIRDI, dans la décision *Elitech*, a fait référence aux décisions *Universal Compression*¹³³⁷, *Tidewater* et *Caratube* qui ont toutes dû faire face à la question des nominations répétées comme motif de récusation des arbitres. Les différents tribunaux ont soutenu que, pour qu'une récusation puisse aboutir sur la base d'un tel argument, la partie doit être en mesure de prouver que « *the presence of common issues sufficient to give rise, objectively, to the appearance of dependence of bias* »¹³³⁸. Les questions communes doivent faire l'objet d'une attention particulière. Par exemple, le fait que deux affaires s'appuient sur la Convention CIRDI (ou se réfèrent à la CVDT) ne présentent pas de similitudes remarquables susceptibles de justifier la récusation d'un arbitre siégeant dans les deux cas, est une pratique courante dans le domaine du droit des investissements¹³³⁹. Les arbitres ne sont liés par aucune décision de fait ou de droit prise dans des affaires antérieures dans lesquelles ils ont été impliqués, ils sont liés par un devoir d'indépendance et d'impartialité quel que soit le nombre de fois où ils ont assuré la défense du même défendeur. Le tribunal dans l'affaire *Caratube*, a procédé à une analyse approfondie des faits, notamment des similitudes entre les parties, les témoins, les actions des défendeurs et les moyens de droit permettant de constater un fort recoupement entre les deux affaires¹³⁴⁰. C'est la conjugaison de ces facteurs qui justifierait le respect du seuil élevé d'un « *manquement manifeste* » et d'une récusation en vertu de l'article 57 de la Convention CIRDI¹³⁴¹.

2. La demande de récusation des arbitres occupant la fonction de conseil

344. Cette section examinera les principales affaires en matière d'investissement qui ont traité la question du double rôle des arbitres afin de déterminer si les mécanismes actuels suffisent à répondre aux inquiétudes quant à leur manque d'indépendance et d'impartialité.

¹³³⁷ *Universal Compression International Holdings, S.L.U c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/10/09, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern et le Professeur Guido Santiagi Tawil, Arbitres, 20 mai 2011.

¹³³⁸ *E.g.* Sentence *Elitech* § 52 ; Sentence *Universal Compression* § 72 ; Sentence *Caratube* § 57 ; Sentence *Tidewater* § 64.

¹³³⁹ Sentence *Elitech* § 54.

¹³⁴⁰ Sentence *Caratube* § 87.

¹³⁴¹ *Idem.* § 71.

a. Telekom Malaysia c. Ghana

345. Dans l'affaire *Telekom Malaysia c. Ghana*, selon les Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'avocat et Professeur Emmanuel Gaillard a été nommé arbitre, aux côtés d'Albert Van den Berg et de Robert Layton¹³⁴². Le Ghana a contesté la désignation du Professeur Gaillard, en raison de sa fonction de conseil dans un arbitrage CIRDI distinct impliquant un consortium de construction italien, *Consortium RFCC c. le Maroc*¹³⁴³. Dans l'affaire *Consortium RFCC c. le Maroc*, le Professeur Gaillard, en qualité de conseil du Consortium RFCC, poursuivait l'annulation de la sentence, sur le fondement de laquelle le gouvernement du Ghana a basé une partie de sa défense dans l'affaire *Telekom Malaysia*¹³⁴⁴.

346. La première contestation du Professeur Gaillard par le Ghana auprès de la CPA a été rejetée¹³⁴⁵, menant à une contestation devant le tribunal du district de La Haye, siège de l'arbitrage, car les deux rôles étaient incompatibles avec le rôle d'arbitre impartial qu'il avait accepté¹³⁴⁶. Le 18 octobre 2004, le tribunal du district de La Haye a jugé que ces deux rôles étaient incompatibles considérant que le Professeur Gaillard, en sa qualité d'avocat, devait argumenter et faire valoir toutes les objections concevables contre la sentence annulée alors qu'en tant qu'arbitre, il devait être « *impartial et ouvert à tous les mérites* » concernant la validité de cette sentence qui faisait partie de la défense du Ghana¹³⁴⁷. Par conséquent, si le Professeur Gaillard ne renonçait pas à sa fonction de conseil dans l'affaire *RFCC*, il persistera un doute justifié quant à son impartialité¹³⁴⁸. Le tribunal de La Haye a donc donné dix jours au Professeur Gaillard pour décider de renoncer à sa fonction de conseil et il procéda ainsi¹³⁴⁹. Néanmoins, le Ghana a déposé une nouvelle contestation devant les tribunaux néerlandais, affirmant que le retrait de Professeur Gaillard de l'arbitrage du

¹³⁴² *Ghana c. Telekom Malaysia Berhad*, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 13/2004, 18 octobre 2004, p. 2.

¹³⁴³ *Consortium RFCC c. Maroc*, CIRDI aff. n° ARB/00/6.

¹³⁴⁴ *Ghana c. Telekom Malaysia Berhad*, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 13/2004, 18 octobre 2004, p. 3.

¹³⁴⁵ *Idem.* p. 2 (« *This challenge was rejected by the Secretary of the Permanent Court of arbitration, after all parties had put forward their views* »).

¹³⁴⁶ *Idem.* p. 3.

¹³⁴⁷ *Idem.* p. 6.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

Consortium RFCC n'était pas suffisant pour lever les doutes sur son impartialité dans l'arbitrage *Telekom Malaysia c. Ghana*, en raison de l'opinion avec laquelle il avait préjugé de l'affaire¹³⁵⁰. La Cour a rejeté cette nouvelle contestation et a indiqué qu'il est de pratique courante en arbitrage international que les avocats agissent en tant qu'arbitres internationaux, ce qui ne suffit pas à créer une apparence automatique de partialité¹³⁵¹.

347. Il est courant aujourd'hui d'agir concomitamment comme arbitrage et conseil dans des arbitrages d'investissements internationaux¹³⁵². Si la représentation antérieure est généralement acceptable, le fait d'exercer simultanément les fonctions de conseil et d'arbitre dans des affaires impliquant la même partie ou ayant un lien quelconque avec celle-ci peut sembler problématique¹³⁵³. Il convient de noter qu'en ce qui concerne la première contestation du Professeur Gaillard par le Ghana, la décision du tribunal néerlandais était appropriée. En effet, même si le Professeur Gaillard avait pu prendre suffisamment de distance par rapport à son rôle d'avocat, l'apparence de son incapacité à observer ladite distance était sans doute évidente. C'est pourquoi, cette affaire apparaît comme un bon exemple de la manière dont l'obligation de divulgation et la détermination de sa portée peuvent être une question délicate pour les éventuels arbitres¹³⁵⁴.

b. Vito G. Galo c. Canada

348. Un arbitrage a été introduit dans l'affaire *Vito G. Gallo c. Canada*¹³⁵⁵, en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, sous l'égide du CIRDI mais régit par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'arbitre nommé par le Canada, M. J Christopher Thomas QC, avait conseillé le Mexique sur l'interprétation de l'ALENA et des dispositions

¹³⁵⁰ *Ghana c. Telekom Malaysia*, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 17/2004, Décision du 5 novembre 2004.

¹³⁵¹ *Idem.* p. 4, § 11.

¹³⁵² MANN (Howard), « The Emperor's Clothes Come Off: A Comment on Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, and the Problem of Arbitrator Conflict of Interest », *TDM*, vol.2, no. 1, 2005, p. 2.

¹³⁵³ BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence) et COOK (John), « Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration », *supra* note 1249, p. 59.

¹³⁵⁴ MALINTOPPI (Loretta), « Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, no. 3, 2008, p. 354.

¹³⁵⁵ *Vito G. Gallo c. Canada*, ALENA/CNUDCI, CPA aff. n° 55798.

similaires des traités d'investissement avant sa nomination¹³⁵⁶. Le demandeur a sollicité le Secrétaire général adjoint du CIRDI afin que M. Thomas soit récusé de son poste d'arbitre, exprimant sa conviction que : « *circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to [Mr Thomas'] impartiality and independence to continue serving as arbitrator appointed by the Government of Canada.* »¹³⁵⁷ Le demandeur a toutefois souligné qu'il n'alléguait pas l'existence d'une partialité réelle de la part de M. Thomas, mais que la contestation était fondée sur les normes objectives prescrites par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et les règles applicables de droit international¹³⁵⁸. Le Canada n'estimant pas qu'il existait des circonstances créant un doute justifiable et M. Thomas n'ayant pas démissionné, le demandeur a demandé au Secrétaire général adjoint de se prononcer sur la récusation qu'il avait soumise¹³⁵⁹. M. Thomas a déclaré qu'il n'avait pas représenté le Mexique depuis mars 2009 « *in respect of the interpretation or application of the provisions of NAFTA Chapter 11 or similar provisions in Mexico's Bilateral Investment Treaties* ». Toutefois, il a indiqué avoir effectué un petit travail sur des affaires impliquant le Mexique, consistant principalement à revoir ses avis sur des sujets qui « *fall within the rubric of international trade and investment law.* »¹³⁶⁰ Le Canada a soutenu qu'il ne pouvait y avoir de conflit d'intérêts puisque le nombre de conseils juridiques fournis par M. Thomas au gouvernement du Mexique avait été minime¹³⁶¹.

349. Le Secrétaire adjoint du CIRDI a noté que, le Mexique ayant le droit de faire valoir ses intérêts en participant à la présente procédure, « *an apparent conflict of interest is perceptible.* »¹³⁶² En conséquence, une personne rationnelle et objective aurait des doutes justifiés sur l'impartialité et l'indépendance de M. Thomas dans le cas où il « *were not to discontinue his advisory services to Mexico for the remainder of this arbitration.* »¹³⁶³ M. Thomas a donc eu sept jours pour décider soit de continuer

¹³⁵⁶ *Vito G. Gallo c. Canada*, ALENA/CNUDCI, CPA aff. n° 55798, Décision sur la récusation de M. J. Christopher Thomas, QC, 14 octobre 2009, §§ 8, 11, 27 et 30.

¹³⁵⁷ *Idem.* § 12.

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ *Idem.* §§ 13-15.

¹³⁶⁰ *Idem.* § 30.

¹³⁶¹ *Idem.* § 32.

¹³⁶² *Idem.* § 35.

¹³⁶³ *Idem.* § 36.

à conseiller le Mexique, soit de servir la fonction d'arbitre dans cette affaire.¹³⁶⁴ Finalement, M. Thomas a démissionné de son rôle d'arbitre international dans cette affaire¹³⁶⁵.

350. Malgré la démission de M. Thomas, il semble que son *curriculum vitae* contenait suffisamment d'informations sur son implication au sein du gouvernement mexicain dès le début. En effet, cette implication a été révélée avant sa nomination et celle-ci aurait dû être sérieusement examinée¹³⁶⁶. En outre, l'ordonnance de procédure n° 1 prévoyait que, conformément à l'article 1123 de l'ALENA, les parties au différend confirmaient qu'elles renonçaient à toute objection éventuelle à la constitution du tribunal arbitral pour ce qui concerne les éléments dont elles avaient connaissance à la date de la signature de l'ordonnance de procédure¹³⁶⁷. Cette affaire met en exergue les insuffisances à l'obligation de divulgation, le demandeur ayant été autorisé à entraver la procédure d'arbitrage en introduisant une contestation bien plus tard dans la procédure¹³⁶⁸.

II. LES SOLUTIONS DE RÉFORME PROPOSÉES

351. En analysant la partialité des arbitres, des chercheurs ont conclu que certaines caractéristiques de l'arbitrage sont diamétralement opposées à l'indépendance et à l'impartialité. Ces conflits irréconciliables, selon eux, nécessitent une réforme globale du système d'arbitrage en matière d'investissement, plutôt qu'une approche décrite comme fragmentaire. Plusieurs motifs menant à des contestations seraient ainsi éliminés d'un seul coup.

352. Le Professeur Paulsson, par exemple, fait valoir que la nomination des arbitres par les parties est en contradiction avec l'obligation d'indépendance et d'impartialité

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ FRY (James) et STAMPALIJA (Juan), « Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes », *Arbitration International*, vol. 30, no. 2, p. 221.

¹³⁶⁶ CHATTERJEE (Charles), « Suspicion of Bias versus Actual Bias in Arbitration: The Gallo Arbitration », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 11, no. 6, 2010, p. 1108.

¹³⁶⁷ *Vito G. Gallo c. Canada*, ALENA, CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 1, 4 juin 2008 (« *The disputing parties confirm that they waive any possible objection to the constitution of the Arbitral Tribunal and to the appointment of the Arbitrators on the grounds of conflict of interest and/or lack of independence or impartiality in respect of matters known to them at the date of signature of this Procedural Order* »).

¹³⁶⁸ CHATTERJEE (Charles), « Suspicion of Bias versus Actual Bias in Arbitration: The Gallo Arbitration », *supra* note 1366, p. 1108.

et propose donc que la nomination par les parties soit supprimée, ou du moins limitée à des panels d'arbitres fermés¹³⁶⁹. Dr. Horvath et Berzero, ainsi que la directrice exécutive Bernasconi-Osterwalder, estiment que la double fonction d'arbitre et de conseil en matière d'investissement est incompatible avec leur obligation d'indépendance et d'impartialité¹³⁷⁰. Ainsi, ils proposent d'interdire cette double fonction, afin d'éliminer toute une série de conflits potentiels¹³⁷¹. La refonte du panel d'arbitres qu'entraînerait une telle interdiction soulève toutefois un certain nombre de questions qui seront détaillées ci-dessous. Plus récemment, le GT III de la CNUDCI s'est réuni pour discuter des propositions de réforme concernant la nomination des arbitres et les règles éthiques¹³⁷².

353. Ces propositions de réforme seront analysées en détail dans cette Section. Bien qu'il existe clairement des tensions entre l'indépendance et l'impartialité d'une part, et d'autres caractéristiques ou objectifs de l'arbitrage l'investissement d'autre part, cette Section conclut qu'il existe une contradiction irréconciliable, et que toute réforme radicale serait donc injustifiée et inadaptée à la résolution des déficiences existantes du système.

¹³⁶⁹ Voir PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, pp. 348-352.

¹³⁷⁰ HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *supra* note 1250, p. 13 (« *In investment treaty arbitration, States might lose confidence in the system if they see that the same person who is entrusted with extensive powers and sitting in judgment of the State is at the same time challenging the decisions of another State with the partiality of an advocate.* ») ; BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie), JOHNSON (Lise) et MARSHAL (Fiona), *Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, Background Papers, New Delhi, 27-29 octobre 2010*, p. 51 (« *With the still-growing number of arbitrations, and the need for consistency and transparency within the system on such fundamental issues as the impartiality and independence of the 'judicial' decision-makers, the time seems ripe for reflection regarding the appropriateness of this dual role* »).

¹³⁷¹ BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie), JOHNSON (Lise) et MARSHAL (Fiona), « Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel », *ibid.* (« *This paper highlights issues related to the current dual-role phenomenon and proposes that the basic proposition in the investor-State context should be: 'No person may be appointed as arbitrator in a treaty-based arbitration brought by a foreign investor against a State ('an investor-State dispute') if he or she is acting as counsel in another investor-State dispute.'* »).

¹³⁷² Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018), A/CN.9/935, mai 2018, p. 8, §45.

A. Le projet de code de conduite publié par le CIRDI et la CNUDCI

354. Les Secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI ont conjointement publié la première version du Code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends internationaux d'investissement (« **Premier Projet de Code** ») le 1er mai 2020¹³⁷³. Aux termes du Premier Projet de Code, ce dernier « *devrait être contraignant et énoncer des règles concrètes plutôt que des lignes directrices.* »¹³⁷⁴ Initialement, il comprenait 12 articles accompagnés par un commentaire expliquant les motifs, difficultés et avantages de chaque provision. Le Code s'applique à toute « *personnes appelées à trancher des différends* »¹³⁷⁵. Le terme « *personnes appelées à trancher des différends* » a été défini largement dans le but d'inclure tous les participants potentiels ou existants actuels et futurs dans les procédures juridictionnelles du RDIE, c'est-à-dire les arbitres, les membres de comités internationaux et les juges d'un mécanisme permanent de règlement des différends entre investisseurs et États les arbitres, les membres de comités internationaux¹³⁷⁶. Il était aussi requis que les adjudicateurs s'assurent que leurs assistants connaissent et appliquent le Code.

355. Le 19 avril 2021, les Secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI ont publié la deuxième version du Projet de Code de Conduite (« **Deuxième Projet de Code** »)¹³⁷⁷. Si la première version du Projet de Code a initié la conversation sur la nécessité d'une réforme de la nomination des arbitres, elle a laissé un certain nombre de questions importantes sans réponses, qui ont été abordées par la suite dans la version suivante. Cette nouvelle version reflète les discussions et les retours des parties prenantes sur le Premier Projet de Code. Tout d'abord, la nouvelle version du Projet de Code réorganise ses dispositions. Désormais, les dispositions de fond sont traitées en premier¹³⁷⁸, suivies des obligations liées aux divulgations¹³⁷⁹, et sur l'application¹³⁸⁰ dudit Projet de Code de Conduite. Une dernière version du Projet de Code

¹³⁷³ CIRDI et CNUDCI, texte du projet de code de conduite, 1^{er} mai 2020 (ci-après « **Premier Projet de Code** »).

¹³⁷⁴ Premier Projet de Code, Introduction § 5.

¹³⁷⁵ Article 2 Premier Projet de Code.

¹³⁷⁶ Article 1.1 Premier Projet de Code.

¹³⁷⁷ Deuxième version du Projet de Code de Conduite tel que publié le 19 Avril 2021 (ci-après « **Deuxième Projet de Code** »).

¹³⁷⁸ Articles 3 à 9 du Deuxième Projet de Code.

¹³⁷⁹ Article 10 du Deuxième Projet de Code.

¹³⁸⁰ Article 11 du Deuxième Projet de Code.

(« **Troisième Projet de Code** ») a été publiée le 22 septembre 2021¹³⁸¹. La nouvelle version maintient la structure de base du deuxième Projet de Code et consolide le consensus atteint à ce jour.

356. Le Premier Projet de Code comprenait des devoirs et obligations générales. Plus particulièrement, l'article 3 du Premier Projet du Code incluait une série de qualités générales requises de chaque adjudicateur telles que l'intégrité, l'équité, la compétence, la diligence, la civilité, l'efficacité et le devoir de respecter toute obligation de confidentialité¹³⁸². Les versions suivantes du Projet de Code ont repris les qualités requises pour les personnes appelées à trancher des différends à l'article 6(1)¹³⁸³. De plus, l'ensemble des projets du Code énoncent l'obligation fondamentale d'indépendance et d'impartialité, avec l'obligation connexe de prendre des mesures pour éviter la partialité, les conflits d'intérêts, les irrégularités et l'apparence de partialité¹³⁸⁴. La question des mesures disciplinaires en cas de non-respect demeure en examen¹³⁸⁵. Certaines options ont été considérées telles que des sanctions économiques, des mesures disciplinaires ou des sanctions liées à la réputation de l'adjudicateur.¹³⁸⁶ Cela soulève la question de savoir à quel organe sera confiée la charge de la mise en œuvre du Code¹³⁸⁷.

357. La section ci-dessous fera une analyse plus approfondie des principales caractéristiques des différentes versions du Projet de Code de Conduite proposé, spécifiquement l'élargissement de l'obligation d'information (1) et la limite du nombre de rôles et de cas qu'un adjudicateur peut accepter (2).

1. Les exigences d'information : des obligations élargies ?

358. Pour répondre au problème apparent du conflit d'intérêt concernant le RDIE, l'article 5 du Premier Projet de Code introduisait les exigences d'information. Comme

¹³⁸¹ Troisième version du Projet de Code de Conduite tel que publié le 19 April 2021 (ci-après « **Troisième Projet de Code** »).

¹³⁸² Article 3 (b)-(d) du Premier Projet de Code.

¹³⁸³ Articles 6(1) du Deuxième Projet de Code.

¹³⁸⁴ Article 4 du Premier Projet de Code ; Article 3, § 22 du Deuxième Projet de Code ; Article 3 du Troisième Projet de Code.

¹³⁸⁵ Article 12.3 du Premier Projet de Code ; Article 11 du Deuxième Projet de Code ; Article 11 du Troisième Projet de Code.

¹³⁸⁶ Commentaire 91 du Premier Projet de Code.

¹³⁸⁷ Commentaire 94 du Premier Projet de Code.

dans toute autre institution, l'article 5.2(a) obligeait l'adjudicateur à révéler toute relation professionnelle ou autre relation significative dans les cinq dernières années précédant l'affaire. Étaient ainsi incluses les relations avec les parties, leurs conseils, les adjudicateurs, les experts impliqués dans les procédures, et enfin toute partie tiers ayant un intérêt financier dans le résultat de la procédure¹³⁸⁸. Il est également prévu une obligation pour les adjudicateurs de révéler s'ils ont un intérêt financier direct ou indirect dans les procédures¹³⁸⁹. Ce devoir d'information est continu¹³⁹⁰, et en cas de doute sur l'opportunité d'une déclaration les adjudicateurs « *should err in favor of disclosure* »¹³⁹¹. Les versions successives du Projet de Code ont repris cette obligation continue d'information à l'article 10. Il convient toutefois de préciser que le Troisième Projet de Code renforce les obligations de divulgation en cas de doute en prévoyant que l'adjudicateur « *shall err in favor of disclosure* »¹³⁹².

359. En effet, la divulgation des relations problématiques et d'un quelconque intérêt dans le résultat d'une procédure est déjà une pratique habituelle en arbitrage international. Par exemple, les lignes directrices de l'IBA régissent des situations similaires¹³⁹³. De telles informations sont aussi requises sous d'autres règles d'arbitrage¹³⁹⁴.

360. De plus, les différentes versions du Projet de Code requièrent la divulgation de deux circonstances particulières qui méritent d'être mises en lumière car elles visent à répondre aux difficultés concernant les nominations répétées et la question des conflits : les précédents rôles joués par les adjudicateurs dans les procédures d'arbitrage international (a) et les publications et précédentes déclarations publiques des adjudicateurs (b).

a. Les nominations répétées

361. Le Premier Projet de Code contenait de larges obligations de divulgation toutes les participations dans des procédures d'arbitrage international. L'article 5.2(c) du

¹³⁸⁸ Article 5.2(a)(i)-(iv) du Premier Projet de Code.

¹³⁸⁹ Article 5.2(b) du Premier Projet de Code.

¹³⁹⁰ Article 5.3 du Premier Projet de Code.

¹³⁹¹ Article 5.4 du Premier Projet de Code.

¹³⁹² Article 10 du Troisième Projet de Code.

¹³⁹³ Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, *Liste Rouge Non-Susceptible de Renonciation*, §§ 1.1-1.4 ; *Liste Rouge Susceptible de Renonciation*, §§ 2.2.1-2.2.3.

¹³⁹⁴ Voir règles 6(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI ; Article 9 du Règlement d'arbitrage CNUDCI.

Premier Projet de Code imposait la divulgation de « *toutes les affaires de RDIE [et autres affaires d'arbitrage [international] auxquelles la personne candidate ou la personne appelée à trancher le différend a participé ou participe en qualité de conseil, d'arbitre, de membre d'un comité d'annulation, d'expert, [ou de conciliateur ou de médiateur]* »¹³⁹⁵. Le commentaire 51 décrivait cette disposition d' « *innovative* »¹³⁹⁶ pour résoudre les « *repeat appointments and issue conflict.* »¹³⁹⁷ Le commentaire précisait que l'adjudicateur se doit de divulguer toute participation dans un RDIE mais aussi dans « *other international proceedings or related domestic arbitrations.* »¹³⁹⁸ Cette contrainte est trop vaste et surtout inutile car les procédures d'arbitrage commercial sont confidentielles. De plus, une telle obligation serait trop lourde et excessive. La justification suivante était la suivante :

*Repeat appointment has been identified as a concern by many observers of ISDS. It was also considered by UNCITRAL Working Group III during its deliberations. Article 5 focuses on avoiding conflicts of interest. The issue of repeat appointment is not its primary focus and comes into play in paragraph 2 only as a way to avoid possible conflicts of interests*¹³⁹⁹.

La préoccupation concernant les nominations répétées visées par l'article 5.2(c) est « *l'existence d'un parti pris possible en faveur de la partie nominante* », dans le but d'éviter tout adjudicateur financièrement dépendant d'une des parties.¹⁴⁰⁰ Toutefois, cette provision paraît superflue. Car, l'article 5.2(a) requérait déjà la divulgation de « *toute relation professionnelle, commerciale ou autre relation importante, ne datant pas de plus de [cinq]ans* »¹⁴⁰¹. A cet égard, le problème de la nomination répétée par les mêmes parties était déjà couvert par l'article 5.2(a), rendant l'article 5.2(c) redondant car il défend les mêmes objectifs. Dans tous les cas, cette aspiration serait atteinte de manière plus efficace par une clause strictement écrite requérant l'obligation de divulgation de toutes les affaires dans lesquelles les parties, les personnes affiliées ou les conseillers légaux ont précédemment nommé l'arbitre.

¹³⁹⁵ Article 5.2(c) du Premier Projet de Code.

¹³⁹⁶ Commentaire 51 du Premier Projet de Code.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ Commentaire 52 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁰⁰ Commentaire 53 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁰¹ Article 5.2(a) du Premier Projet de Code.

Alors, la raison pour laquelle le Code devrait aller au-delà des lignes directrices de l'IBA – qui est la norme universellement acceptée – imposant déjà un standard pour les nominations répétées par les mêmes parties ou le même conseil dans les trois années précédentes, est floue¹⁴⁰². Toute implication dans les trois dernières années en tant que conseil avec l'une des parties (en faveur ou à l'encontre de la partie) doit aussi être divulguée¹⁴⁰³. Une limite temporelle au devoir d'information serait moins contraignante et plus facile à respecter en même temps qu'elle permettrait aussi d'atteindre l'objectif voulu.

362. L'article 5.2(c) aurait été introduit à cause des demandes de disqualifications au titre de nominations répétées trop fréquentes¹⁴⁰⁴. Cependant, comme démontré dans la Section 2. I.B.1, ce type de contestation manque généralement de substance, sauf si l'affaire implique des faits, fonctions ou actions gouvernementales démontrant un cumul flagrant. L'élargissement des exigences du devoir d'information semble aussi incertain sur la question de la réduction des contestations sur la base des nominations répétées car il est clair que ces objections continuent d'avoir lieu en dépit du devoir d'information. Cette expansion de l'obligation s'imposant à tous les adjudicateurs dans le RDIE et l'arbitrage international pourrait être dangereuse et finir par avoir un impact négatif. En effet, une partie récalcitrante aurait le moyen de contester à maintes reprises un arbitre, afin d'interrompre et de ralentir la procédure.

363. L'article 5.2(c), dans la mesure où il impose l'information sur toutes les autres affaires d'arbitrage, visait aussi à réduire les problèmes de conflits¹⁴⁰⁵. Il permettait aux parties d'avoir connaissance de toutes les affaires auxquelles l'adjudicateur était et est lié quel que soit le rôle qu'il a joué. Révéler les autres litiges de commerce international hormis ceux du RDIE pour le même objectif est également inutile. Il faut souligner que la révélation d'informations liées à d'autres affaires que les nominations en arbitrage pourrait constituer une violation du devoir de confidentialité imposée à l'adjudicateur. De plus, une telle pratique irait à l'encontre de la pratique habituelle en

¹⁴⁰² Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, Liste Orange, §§ 3.1.3, 3.3.8.

¹⁴⁰³ Lignes Directrices, Partie II : Application Pratique des Règles Générales, Liste Orange, §§ 3.1.1, 3.1.2.

¹⁴⁰⁴ Commentaire 55 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁰⁵ Commentaire 51 du Premier Projet de Code.

matière d'arbitrage international, qui veut que l'arbitre désigné procède à des vérifications internes des conflits, plutôt que de divulguer l'ensemble des affaires dans lesquelles il a pu être impliqué. Ces difficultés concernant la confidentialité touchent aussi les engagements en tant que médiateur, conciliateur ou expert, et même certaines affaires d'arbitrage

364. Le Premier Projet de Code visait également à traiter de la question des nominations répétées par le biais d'une régulation de l'acceptation des rôles concomitants dans plusieurs procédures de RDIE. Plus particulièrement, l'article 8.2 du Code précisait que « *[Les personnes appelées à trancher des différends s'abstiennent d'exercer leurs fonctions simultanément dans plus de [X] procédures de RDIE en cours, afin de pouvoir rendre des décisions en temps voulu.]* »¹⁴⁰⁶. Cette disposition était controversée car elle visait à limiter le nombre d'affaires RDIE qu'un adjudicateur peut simultanément accepter, cela avec pour objectif légitime d'assurer leur validité, diligence, civilité et efficacité¹⁴⁰⁷. Toutefois, avec une observation plus détaillée, elle pouvait être interprétée comme une limitation aux nominations répétées des mêmes acteurs. En limitant le nombre d'affaires RDIE, le Premier Projet de Code tentait essentiellement de contrôler la domination de spécialistes individuels dans ce domaine. Pourtant, le plafonnement du nombre de cas peut être considéré comme une restriction apportée à la profession. L'exclusion des arbitres expérimentés pourrait aussi diminuer la confiance des parties envers le système RDIE, une contrainte dont les rédacteurs étaient parfaitement conscients quand ils ont rejeté une interdiction complète des nominations répétées¹⁴⁰⁸. Cela exclut aussi un certain nombre de facteurs, incluant la complexité de l'affaire, la capacité individuelle, le rôle de l'individu en tant que co-arbitre ou président¹⁴⁰⁹. De plus, certains cas débouchent sur un accord ou restent inactifs pendant une longue période. Ces facteurs affectent la capacité d'un individu à accepter le nombre de cas RDIE. De plus, le Premier Projet

¹⁴⁰⁶ Article 8.2 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁰⁷ Commentaire 80 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁰⁸ Commentaire 57 du Premier Projet de Code (« *could undermine the confidence of parties in the expertise and competence of nominees, constrain their right of selection, and increase the cost of proceedings* »).

¹⁴⁰⁹ Commentaire 80 du Premier Projet de Code.

de Code imposait explicitement un devoir de disponibilité, d'efficacité et de diligence à l'arbitrateur¹⁴¹⁰.

365. En outre, la préoccupation soulignée ci-dessus concernant l'assimilation des arbitres *ad hoc* et des juges permanents se prête à la proposition de plafond numérique. Des questions persistent s'agissant de l'application aux juges permanents, si cela est le cas, sachant qu'un juge peut difficilement prévoir le cas *ex ante* avant d'aller en Cour. Par exemple, le CETA prévoit la mise en place d'un tribunal permanent de 9 juges qui siègent sur une base alternative. Sans connaître la charge de travail à l'avance, il serait impossible de limiter le nombre d'affaires que les juges permanents peuvent assumer. Cette disposition ne tient pas compte de l'éventualité de la création du CMI, du nombre de tribunaux envisagés et de la quantité d'affaires. Limiter par anticipation le nombre de cas à traiter dans un Code de Conduite semble difficilement réalisable. Concernant les arbitres, il existe d'autres méthodes pour garantir qu'un arbitre dispose de suffisamment de temps à consacrer à une affaire. La déclaration d'acceptation, de validité, d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre de la CCI est une alternative utile qui peut être considérée pour déterminer la disponibilité de l'arbitrateur. Seule la divulgation du nombre d'affaires en tant qu'arbitre et en tant que conseil en arbitrage et dans les litiges étatiques en cours est requise¹⁴¹¹. Il est ainsi imposé aux arbitres d'indiquer dans un calendrier leurs disponibilités dans les 24 prochains mois¹⁴¹². Comme le Projet de Code contenait déjà les devoirs de diligence et d'efficacité, modifier les règles d'arbitrage en prenant en compte ces considérations pourrait être une alternative utile.

366. Par la suite, la problématique des nominations répétées a été régie à l'article 10 du Deuxième Projet de Code¹⁴¹³ qui adopte la même approche en autorisant les nominations répétées, à moins qu'il n'y ait une récusation faite par une partie en raison d'une absence d'indépendance et d'impartialité. L'exigence de divulgation robuste et complète est maintenue afin d'évaluer le bien-fondé de toute récusation fondée sur les nominations répétées d'un arbitre. Ces dispositions ont été reprises à l'article 10 du

¹⁴¹⁰ Article 3(c) du Premier Projet de Code.

¹⁴¹¹ International Chamber of Commerce, 2017 Rules: ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence.

¹⁴¹² *Idem*.

¹⁴¹³ Article 11 du Deuxième Projet de Code.

Troisième Projet de Code en introduisant la nécessité de divulguer « *all related proceedings* »¹⁴¹⁴ au lieu de « *Related non- IID proceeding* »¹⁴¹⁵.

b. Publications et déclarations publiques

367. L'article 5.2(d) requérait de l'adjudicateur la fourniture d'« *une liste de toutes les publications de la personne candidate ou de la personne appelée à trancher le différend, [ainsi que ses discours publics pertinents]* »¹⁴¹⁶. C'était une tentative de résolution des problèmes de conflits d'intérêts¹⁴¹⁷. En fournissant aux parties une liste claire de travaux, elle pouvait révéler « *a certain bias or prejudgement of certain issues.* »¹⁴¹⁸ Avec cette liste, les parties pourraient décider d'éventuellement contester ou non un adjudicateur¹⁴¹⁹. Le commentaire 59 suggérait aussi de requérir des adjudicateurs de divulguer tous leurs « *public statements* »¹⁴²⁰, c'est-à-dire leurs déclarations publiques. Pourtant, la portée de cet article était incertaine, car il n'était pas spécifié que l'adjudicateur devait révéler les déclarations publiques liées à l'objet de l'affaire ou même quels types de contenus devaient être pris en compte.

368. Cependant, cette exigence paraît irréaliste, indûment contraignante et surtout difficile, voire impossible, à satisfaire. Comme le Professeur Nikos Lavranos l'a énoncé :

*Often there are no written or audio records of public speeches given, or in any event are not in the possession of the adjudicator, making it difficult to meet this disclosure obligation. If it were to be imposed, adjudicators would most likely refrain from making any public speeches in future*¹⁴²¹.

Par ailleurs, cette provision ignorait la pratique déjà existante de la réalisation par les parties et leurs conseils d'une vérification suffisamment vaste et raisonnable des écrits et discours des arbitres qui les intéressent, et ce afin de comprendre leurs positions sur

¹⁴¹⁴ Article 10.2(c) du Troisième Projet de Code.

¹⁴¹⁵ Article 10.2(c) du Deuxième Projet de Code.

¹⁴¹⁶ Article 5.2(d) du Premier Projet de Code.

¹⁴¹⁷ Commentaire 59 du Premier Projet de Code.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Commentaire 60 du Premier Projet de Code.

¹⁴²⁰ Comment 59 du Premier Projet de Code.

¹⁴²¹ LAVRANOS (Nikos), « Towards a Binding Global Code of Conduct for Arbitrators in ISDS Disputes », *Borderlex*, 6 May 2020.

certaines thématiques. En effet, les parties s'appliquent souvent déjà sérieusement à cet exercice, c'est sûrement la phase la plus importante de la procédure. Il serait naïf de penser que les parties ne sont pas assez exigeantes pour « *faire leurs devoirs* » et rechercher les publications d'un arbitre qui plus est seraient accessible en ligne depuis les bases de données légales de tout cabinet juridique. D'un autre côté, certains arbitres et universitaires seniors n'ont pas forcément d'assistants et surtout n'ont pas nécessairement conserver l'ensemble de leurs publications à travers les années. Un enregistrement de l'ensemble des discours et publications n'est pas une norme et n'est pas requis pour l'emploi dans les cabinets juridiques ou la nomination en tant qu'arbitre. Cependant, dans le passé il n'y avait aucune raison de conserver ces informations. Étant donné que cette obligation est continue, il semble difficile de mettre en place un pratique requérant d'un arbitre de continuellement tenir informé les parties de chaque engagement qu'il prendrait. La contrainte de lister chaque discours et chaque publication tenues par le passé est lourde et impraticable, et c'est presque une exigence impossible à satisfaire car cela rendrait difficile un respect précis des règles. En effet, le Premier Projet de Code lui-même reconnaissait que l'exigence d'une liste des discours pourrait « *create a significant burden for prospective arbitrators* »¹⁴²². En réalité, le fardeau devrait être assumé par les parties. Comme c'était le cas dans le passé, c'est elles qui devraient garantir la conformité précise aux règles par les potentiels arbitres qu'elles souhaitent nommer. Finalement, l'obligation de divulgation ne devrait pas être exigeante au point de dissuader les adjudicateurs de considérer l'acceptation du rôle.

369. Après les nombreuses critiques exposées précédemment, le Deuxième Projet de Code a supprimé l'obligation de divulgation des publications et discours. Notamment, il a été précisé dans le Troisième Projet du Code que « *Most commentators welcomed the deletion of the requirement in Article 10(2) to disclose publications and speeches.* »¹⁴²³

¹⁴²² Commentaire 61 du Premier Projet de Code.

¹⁴²³ Commentaire 120 du Troisième Projet de Code.

2. La restriction dans la multiplicité des rôles et des affaires ISDS

370. Comme analysé précédemment, des inquiétudes se sont élevées concernant les rôles concurrents que des personnes nommées en tant qu'arbitres peuvent exercer. L'exercice de multiples rôles, aussi nommée pratique de la double casquette est définie comme « *the practice by which one individual acts simultaneously as an international arbitrator and as a counsel in separate ISDS proceedings.* »¹⁴²⁴ Pour certains, des risques apparaissent par le simple acte d'exercer de multiples rôles¹⁴²⁵. Mais pour d'autres, la pratique de la double casquette est problématique seulement quand « *the facts or parties are related.* »¹⁴²⁶ Le CIRDI et le CNUDCI ont décidé de proposer une régulation de cette pratique dans les différentes versions du Code de Conduite en adoptant diverses formulations : prohibition restrictive (a), régulation équilibrée (b) et recours aux options alternatives (c). Toutefois, chacun des Projets de Code de Conduite ont omis de prendre en compte l'impact de la notion d'« *adjudicateur* » dans la régulation de la pratique de rôles multiples (d).

a. La prohibition stricte proposée dans le Premier Projet du Code

371. L'article 6 du Premier Projet de Code régula l'exercice de rôles multiples par les adjudicateurs en prévoyant que :

*Les personnes appelées à trancher des différends [s'abstiennent d'agir]/[font savoir qu'elles agissent] en qualité de conseil, de témoin expert, de juge, d'intermédiaire ou dans tout autre rôle pertinent, alors qu'elles sont intervenues [au cours des X années précédentes] sur des questions qui concernaient les mêmes parties, [les mêmes faits] [et/ou] [le même traité]*¹⁴²⁷.

Il ressort des commentaires que les rédacteurs du Premier Projet du Code contemplaient à établir une interdiction totale de la double casquette car « *[a]n outright ban is easier to implement* »¹⁴²⁸.

¹⁴²⁴ Commentaire 67 du Premier Projet de Code.

¹⁴²⁵ Commentaire 66 du Premier Projet de Code.

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ Article 6 du Premier Projet de Code.

¹⁴²⁸ *Ibid.*

372. L'exercice de multiples rôles, aussi nommée la pratique de la double casquette, est définie comme « *the practice by which one individual acts simultaneously as an international arbitrator and as a counsel in separate ISDS proceedings.* »¹⁴²⁹ Pour certains, des risques apparaissent par le simple acte d'exercer des multiples rôles¹⁴³⁰. Mais pour d'autres, la pratique de la double casquette est problématique seulement quand « *the facts or parties are related.* »¹⁴³¹ Le Premier Projet du Code envisageait de mettre en place une interdiction totale de la double casquette car « *[a]n outright ban is easier to implement* »¹⁴³².

373. A premier égard, l'interdiction proposée à l'article 6 pouvait paraître étroitement circonscrite et applicable seulement à des situations qui impliquent les mêmes parties, les mêmes faits ou le même traité. Dans une analyse plus approfondie pourtant, la disposition pourrait être interprétée sous l'angle de l'interdiction de rôles multiples. Par exemple, l'article 6 s'étendait non seulement au « *conseil, de témoin expert, de juge, d'intermédiaire* » mais aussi à « *tout autre rôle pertinent* ». Si une interdiction est insérée, cela pourrait empêcher les arbitrateurs d'exercer même des rôles mineurs comme le conseil dans la structuration d'un investissement sous-traité de l'étranger. De manière similaire, « *les mêmes faits* » pourraient être interprétés de manière large et inclure les pandémies comme le COVID-19, les crises financières globales, ou les catastrophes naturelles qui impactent plus qu'un État. De plus, l'alternative proposée à l'interdiction est la divulgation de ce type de situations. Une contrainte séparée visant la communication de ce type d'information serait superficielle considérant l'obligation large de divulgation déjà existante à l'article 5. Les avantages de l'interdiction de rôles multiples seront analysés plus en détails en dessous dans la Section II.C.

b. Une régulation plus équilibrée prônée dans le Deuxième Projet du Code

374. Par la suite, certaines de ces critiques ont abouti à une reformulation des dispositions sur la pratique de la double casquette dans le Deuxième Projet de Code

¹⁴²⁹ Commentaire 67 du Premier Projet de Code.

¹⁴³⁰ Commentaire 66 du Premier Projet de Code.

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² *Ibid.*

adaptant une approche qui semble être plus circonscrite. La nouvelle rédaction disposait que :

À moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, une personne appelée à trancher des différends dans une procédure de DII ne doit pas agir simultanément en tant qu'avocat ou témoin expert dans une autre affaire de DII [impliquant le même contexte factuel et au moins une des mêmes parties ou une de leur filiale, société affiliée ou entité mère].

Cette nouvelle version adopte une approche plus libérale de la pratique des rôles multiples. Tout d'abord, le consentement des parties est la clé de voûte de la régulation de cette pratique car ces dernières peuvent expressément approuver les rôles multiples assumés par un adjudicateur. Cette innovation maintient la maîtrise de la procédure dans les mains des parties en leur laissant la possibilité d'apprécier elles-mêmes l'existence d'une difficulté en présence de rôles multiples. Précisément, les commentaires affirment que cette nouvelle rédaction reflète « *la suggestion selon laquelle la pratique de rôles multiples pourrait être acceptable avec le consentement éclairé des parties au différend* »¹⁴³³. En suivant ce raisonnement, la divulgation serait la base pour les parties d'évaluer le conflit d'intérêts, ce qui déplace maintenant l'accent sur l'autonomie des parties et leur droit de nommer l'arbitre de leur choix. De plus, la nouvelle version réduit la portée de l'interdiction du cumul des rôles car elle ne concerne désormais que la situation où un adjudicateur assume un rôle concomitant en qualité de conseil et témoin expert. Antérieurement, seules étaient visés les situations où un adjudicateur agissait simultanément en qualité de « *conseil, de témoin expert, de juge, d'intermédiaire ou dans tout autre rôle pertinent* »¹⁴³⁴. Il s'agit une délimitation bienvenue qui permet de concilier la nécessité de réguler la pratique de rôles multiples avec les réalités et besoins de la pratique d'arbitrage d'investissement. Enfin, le critère temporel prévu a été abandonné. Plus particulièrement, la nouvelle rédaction ne prévoit pas d'interdiction ou de limitation pour une période avant ou après avoir été arbitre ou juge¹⁴³⁵. L'ensemble de ces précisions affirme une régulation moins restrictive de la pratique des rôles multiples. Toutefois, l'ampleur de la

¹⁴³³ Commentaire 26 du Deuxième Projet de Code.

¹⁴³⁴ Article 6 du Premier Projet de Code.

¹⁴³⁵ Commentaire 27 du Deuxième Projet de Code.

restriction de cette pratique était encore méconnue car la nouvelle disposition comporte un texte entre crochets. D'une part, si on lit l'article sans le texte en crochet on aboutit à une restriction vaste des situations de rôles multiples¹⁴³⁶. D'autre part, avec l'ajout de ce texte entre parenthèses, la restriction de la pratique des rôles multiples s'appliquerait uniquement aux cas impliquant le même contexte factuel et au moins l'une des mêmes parties, filiales, sociétés affiliées ou entité mère¹⁴³⁷. Le texte entre crochets serait un ajout nécessaire pour rendre l'interdiction applicable uniquement aux situations les plus susceptibles de causer un conflit d'intérêts. Il a été également observé que cette précision permettrait d'éviter les effets néfastes d'une prohibition totale de la pratique « *sur la formation de nouveaux arbitres et sur la liberté de nomination des parties* » qui seront examinés dans la Section II.C. Dès lors, si cette nouvelle version ajoute des précisions bienvenues sur la réglementation de la pratique de rôles multiples, elle soulève des difficultés.

c. Le recours aux options alternatives divergentes proposé par le Troisième Projet de Code.

375. La régulation des rôles multiples a encore fait l'objet d'une importante refonte. En effet, l'article 4 a été particulièrement modifié dans le Troisième Projet de Code¹⁴³⁸. Désormais, l'article 4 prévoit trois options qui reflètent les trois principales approches suggérées par les commentateurs. La première option vise une prohibition absolue de la pratique de la double casquette¹⁴³⁹. La deuxième option cherche à prohiber la pratique de la double casquette sur la base des certains critères tels que le fait que l'adjudicateur agit dans une autre affaire avec les mêmes problématiques légales concernant des mesures analogues ou le même traité. Il a été souligné que cette option atteint l'objectif éthique d'une interdiction de la pratique de la double casquette, mais avec moins de conséquences négatives sur la diversité et la liberté de choix des adjudicateurs par les parties¹⁴⁴⁰. Enfin, la troisième option vise la régulation de la

¹⁴³⁶ GIORGETTI (Chiara), « The Second Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes: Towards a Likely Agreement? », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 mai 2021.

¹⁴³⁷ Article 4 du Deuxième Projet de Code ; GIORGETTI (Chiara), « The Second Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes: Towards a Likely Agreement? », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 mai 2021.

¹⁴³⁸ Article 4 du Troisième Projet de Code.

¹⁴³⁹ Commentaire 57 du Troisième Projet de Code.

¹⁴⁴⁰ Commentaire 59 du Troisième Projet de Code.

pratique de la double casquette à travers la divulgation d'informations et la possibilité de procéder le cas échéant à la récusation de l'adjudicateur. Il a été avancé que cette option permet finalement de mieux cerner les situations de conflits d'intérêts (sans procéder à une exclusion large d'un ensemble d'adjudicateurs), de sauvegarder l'autonomie des parties, de ne pas empêcher l'entrée de nouveaux acteurs dans le RDIE et d'éviter les effets néfastes sur la diversité¹⁴⁴¹. Malgré cette dernière refonte, la régulation de la question des rôles multiples demeure incertaine. En effet, les trois options proposées sont très différentes et proposent des « *starkly different choices of regime* »¹⁴⁴² à savoir une interdiction totale de la pratique de la « double casquette », une prohibition limitée à des similarités factuelles ou légales et une régulation libérale par le biais d'une obligation de divulgation. Si cette nouvelle rédaction a le mérite de présenter aux parties prenantes l'ensemble des options disponibles, elle semble refléter une importante absence de consensus.

d. L'omission de la prise en compte de la notion d' « adjudicateur » dans les Projets de Code.

376. Chacune des rédactions de la disposition sur les « *rôles multiples* » présente des avantages et inconvénients qui devront être traités dans le futur pour aboutir à un code de conduite utile à l'évolution du RDIE. Toutefois, à présent, aucune version n'a traité de la problématique liée à l'applicabilité *rationae personae* de cette disposition. Comme vu précédemment, le Code de Conduite s'appliquerait à toutes les « *personnes appelées à trancher les différends* », ce qui inclut les arbitres nommés sur une base *ad hoc* et les juges des organes permanents¹⁴⁴³. Un soutien général a été constaté pendant les discussions du GT III pour identifier les « *aspects of the Code that would apply commonly to ISDS tribunal members as well as elements that would be distinct for ad hoc and permanent members.* »¹⁴⁴⁴ La distinction entre les membres des tribunaux RDIE, les arbitres *ad hoc* et les membres permanents (juges internationaux) est

¹⁴⁴¹ Commentaire 64 du Troisième Projet de Code.

¹⁴⁴² CHARLOTIN (Damien), « ICSID And UNCITRAL Release Third Version of Their Code of Conduct for Adjudicators, Offering Several Options For Regulation Of Double-Hatting And Other Issues », *IA Reporter*, 23 septembre 2021.

¹⁴⁴³ Article 2.1 du Premier Projet de Code.

¹⁴⁴⁴ Commentaire 4 du Premier Projet de Code.

significative quand il s'agit de réguler la double casquette¹⁴⁴⁵. Le Code doit cependant agir avec circonspection quand il met au même niveau les juges *ad hoc* et les juges permanents car ce sont deux rôles substantiellement différents. Les problèmes quant à l'équivalence donnée à ces deux rôles se manifestant plus particulièrement dans le contexte de la double casquette. Contrairement aux arbitres, les juges permanents comprenant ceux qui ont été nommés sous la Cour d'investissement ou la Cour Multilatérale d'investissement ont des fonctions publiques beaucoup plus larges¹⁴⁴⁶, sont titulaires et assignés sur une base rotative de façon aléatoire. De plus, les parties ne sont pas impliquées dans le choix des juges. Sur ce fondement, les juges permanents reçoivent aussi un salaire régulier qui n'est pas payé par les parties. A l'inverse, les arbitres assument un rôle davantage privé nécessitant une appréciation au cas par cas et empêchant une prohibition stricte de la pratique de rôles multiples. En effet, Todd Weiler a fait valoir que : « *individuals acting as arbitrators are professionals offering a private service - not officials performing a public service – and that there should be no bright-line prohibition against individuals practicing as arbitrators and counsel contemporaneously.* »¹⁴⁴⁷ Également, les arbitres *ad hoc* sont rémunérés au cas par cas par les parties qui les nomment pour entendre un différend et remplir une fonction plus privée¹⁴⁴⁸. Par conséquent, tandis qu'il pourrait être inadmissible pour les juges permanents de pratiquer en tant que conseil, une ligne aussi stricte ne devrait pas être conçue pour les arbitres *ad hoc*¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁵ AMERASINGHE (Chittaranjan), *Jurisdiction of International Tribunals*, Brill Nijhoff, 2008, pp. 19-20 (relevant que l'existence d'une structure permanente avec des juges permanents présélectionnés qui entendent les affaires par rotation - par opposition à des arbitres *ad hoc* désignés par les parties - avec une institution et un secrétariat sont généralement considérés comme des éléments qui différencient le règlement judiciaire du règlement arbitral des différends internationaux).

¹⁴⁴⁶ Commission Européenne, « Impact Assessment Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution », Commission Staff Working Document, SWD(2017) 302 final, 13 septembre 2017, p. 40 (la CMI est décrite comme réunissant les caractéristiques des « *domestic and international courts* », avec une sélection des juges similaire à celle de la CIJ et une rémunération comparable à celle des juges des tribunaux internationaux).

¹⁴⁴⁷ PETERSON (Luke), « Analysis: Arbitrator challenges raising tough questions as to who resolves BIT cases », *Investment Treaty News*, 2007.

¹⁴⁴⁸ *Idem.* (« [Todd] Weiler cautions against viewing arbitrators as if they were judges on a permanent court. He argues that individuals acting as arbitrators are professionals offering a private service - not officials performing a public service – and that there should be no bright-line prohibition against individuals practicing as arbitrators and counsel contemporaneously. »)

¹⁴⁴⁹ PETERSON (Luke), « Challenges to Arbitrator Schwebel Rejected by Belgian Court, Poland Seeks Appeal », *Investment Treaty News*, 17 janvier 2006.

377. Il ressort des différentes formulations de la disposition sur les rôles multiples assumés par les adjudicateurs qu'il s'agit d'une question très débattue sur laquelle le GT III n'a probablement pas pu parvenir à un consensus. Le GT III a donc finalement choisi la voie la plus facile en prévoyant des options représentant des approches différentes pour la régulation de cette question dans les traités. Cela prouve que la « *double casquette* » est une question très contestée et qu'il faut traiter ce sujet de façon nuancée.

378. L'approche avancée par le Deuxième Projet du Code de Conduite avec l'option prévoyant l'appréciation des critères de similarité factuelle et légale semble être la plus équilibrée et cette question sera approfondie dans le point suivant.

B. La prohibition de la double casquette

379. Les critiques de la double casquette font valoir que la pratique consistant à permettre aux arbitres d'exercer la fonction de conseil soulèvent des questions concernant « *due process of law* »¹⁴⁵⁰. Par conséquent, la pratique devrait être interdite et les individus devraient choisir entre exercer les fonctions d'arbitre ou celles de conseil¹⁴⁵¹. Pour ces dernières, les seules divulgations ne sont pas considérées comme suffisantes et une interdiction pure et simple de la double casquette serait plus aisée à mettre en œuvre¹⁴⁵². Les partisans de l'interdiction adoptent l'approche large, c'est-à-dire l'interprétation de ce qui est considéré comme des questions identiques ou similaires. Parmi les autres arguments avancés figurent la disponibilité d'un nombre suffisant d'arbitres et le fait que les considérations économiques des individus ne devraient pas prévaloir sur les normes éthiques¹⁴⁵³.

1. Les réformes et propositions d'interdire la double casquette

380. Dans la liste des réformes du RDIE, la CNUCED a proposé l'interdiction pure et simple de la « *double casquette* » des arbitres/adjudicateurs (agissant simultanément

¹⁴⁵⁰ BUERGENTHAL(Thomas), « The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law », *Arbitration International*, vol. 22, no. 4, 2006, p. 498.

¹⁴⁵¹ *Ibid.* ; SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », *supra* note 1256, p. 47.

¹⁴⁵² Voir Commentaire 67 de l'article 6 du Projet de Code (« *[a]n outright ban is easier to implement, by simply prohibiting any participation by an individual falling within the scope of prohibition.* »).

¹⁴⁵³ SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », *supra* note 1256, p. 48.

en qualité d'avocat ou d'expert dans d'autres procédures du RDIE), que les affaires portent ou non sur des questions identiques¹⁴⁵⁴.

381. La Commission européenne a accordé une attention toute particulière à ce phénomène. Le CETA comporte une interdiction claire pour les juges d'agir en tant que conseillers juridiques dans des affaires relevant du droit des investissements : « *upon appointment, [members of the tribunal] shall refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness in any pending or new investment dispute under this or any other international agreement* »¹⁴⁵⁵. Les autres ALE européens incorporant le système de Cour d'investissement contiennent la même interdiction.¹⁴⁵⁶

382. En mars 2018, dans le cadre de l'examen et de la mise en œuvre du CPTPP, la Nouvelle-Zélande, le Canada et le Chili ont publié une déclaration commune sur le règlement des différends entre investisseurs et États. La déclaration commune prévoit :

*Intend to promote transparent conduct rules on the ethical responsibilities of arbitrators in ISDS procedures, including conflict of interest rules that prevent arbitrators from acting, for the duration of their appointment, as counsel or party appointed expert or witness in other proceedings...*¹⁴⁵⁷

En mars 2019, les Pays-Bas ont publié le nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement. L'article 20.5 prévoit notamment que :

Members of the Tribunal shall not act as legal counsel or shall not have acted as legal counsel for the last five

¹⁴⁵⁴ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement*, IIA Issues Note, Note 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3, mars 2019, p. 7.

¹⁴⁵⁵ Article 8.30 (1) du CETA (« *En outre, dès leur nomination, ils s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international.* »).

¹⁴⁵⁶ Article 3.40 de l'EVIPA (« *In addition, upon appointment, they shall refrain from acting as counsel or as party-appointed experts or witnesses in any pending or new investment protection dispute under this or any other agreement or under domestic laws and regulations.* ») ; Article 3.11 de l'Accord de protection des investissements UE-Singapour de 2019 (« **UE-Singapour IPA** ») (« *In addition, upon appointment, they shall refrain from acting as counsel, party-appointed expert or party-appointed witness in any pending or new investment protection dispute under this or any other agreement or domestic law.* »).

¹⁴⁵⁷ Ministère des affaires étrangères et du commerce de la Nouvelle-Zélande, « Joint Declaration on Investor State Dispute Settlement », 8 mars 2018.

*years in investment disputes under this or any other international agreement*¹⁴⁵⁸.

L'objectif de la promulgation d'une interdiction complète de la double casquette est de prévenir et de réduire les conflits d'intérêts potentiels, ainsi que les demandes de récusation dilatoires¹⁴⁵⁹. La section ci-dessous examinera comment les inconvénients de cette réforme l'emportent sur ses avantages.

2. L'impact négatif de l'interdiction faite à l'avocat d'agir en qualité d'arbitre

383. L'interdiction complète de la double casquette est disproportionnée car elle couvrirait également les situations où il n'existe pas de conflit d'intérêts ou de danger de conflit. Dans ces situations, l'interdiction éliminerait les impacts positifs du double rôle sans améliorer l'indépendance et l'impartialité des arbitres¹⁴⁶⁰. L'interdiction serait également contre-productive car elle réduirait le nombre déjà restreint d'arbitres, aurait un impact grave sur la diversité (a) et constituerait une barrière à l'entrée pour la deuxième génération d'arbitres (b). Le coût combiné d'une interdiction complète l'emporte sur les avantages, en comparaison de mesures moins lourdes, telles que des divulgations ciblées sur les conflits d'intérêts qui représentent une alternative plus proportionnée et adaptée.

a. Interdire la double casquette aurait pour conséquence de réduire le nombre d'arbitres et d'impacter la diversité

384. Certains observateurs s'inquiètent du fait que les nominations aux procédures de RDIE se font principalement dans un petit club d'élite qui a pu être appelé « *Grand*

¹⁴⁵⁸ Modèle de TBI des Pays-Bas, publié en mars 2019, qui interdit la double casquette dans les différends relatifs aux investissements (pour les cinq dernières années de la carrière de l'arbitre) et prévoit que tous les membres des tribunaux arbitraux qui arbitrent des différends dans le cadre du TBI « *shall be appointed by an appointing authority* » : soit CIRDI (Règlement d'arbitrage CIRDI) ou le CPA (Règlement d'arbitrage CNUDCI). En application de l'article 20.5, bien que le modèle de TBI abandonne le système de nomination des arbitres par les parties, plutôt que d'adopter le modèle de tribunal à deux niveaux de l'UE, il prévoit que les autorités de nomination doivent procéder à leur nomination après des consultations approfondies avec les parties. Il précise en outre que le CIRDI ne se limite pas à la liste d'arbitres du CIRDI, qui est perçue dans certains milieux comme comprenant des personnes nommées par les États pour des raisons politiques. Toutefois, elle indique également que ses dispositions relatives à l'ISDS cesseront de s'appliquer lorsque le MIC de la Commission Européenne sera en place.

¹⁴⁵⁹ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, supra note 1272, p. 202.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

Old Men ». En effet, lors de la conférence de l'ICCA à Miami en 2014, la communauté d'arbitrage s'est réunie pour aborder la question suivante : « *Qui sont les arbitres ?* »¹⁴⁶¹ Les participants ont répondu par la suivante : « *male, pale, and stale* », soit la majorité des arbitres sont des hommes, occidentaux et généralement d'un certain âge¹⁴⁶².

385. Il est bien connu que la diversité est essentielle pour améliorer la prise de décision, car la diversité des perspectives, des connaissances, des formations et des expériences apportées par les talents individuels, hommes et femmes, ne peut être que bénéfique pour tous¹⁴⁶³. La diversité dans la RDIE est particulièrement importante car les différends entre investisseurs et États portent généralement sur des questions majeures d'ordre et d'intérêt public. La composition des décideurs, tant en termes de genre que de démographie, doit donc refléter la composition de ceux qui seront affectés par ces décisions. Toute forme d'interdiction générale de la double casquette aurait donc pour effet indésirable de renforcer la domination actuelle d'une poignée d'arbitres masculins établis, principalement en Europe occidentale et en Amérique du Nord, dans le domaine du RDIE.

386. Dans une étude antérieure portant sur 249 cas connus de différends relatifs à des traités d'investissement jusqu'en mai 2010, seuls 6,5 % des arbitres étaient des femmes¹⁴⁶⁴. Une étude récente portant sur 353 cas enregistrés par le CIRDI pour la période 2012-2019 révèle que sur 1 055 nominations, seules 152 étaient des femmes, soit 14,4 % seulement. Plus frappant encore, sur l'ensemble des personnes nommées

¹⁴⁶¹ MAMOUNAS (Joseph), « ICCA 2014. Does « Male, Pale, and Stale » Threaten the Legitimacy of International Arbitration? Perhaps, but There's No Clear Path to Change », *Kluwer Arbitration Blog*, 10 avril 2014.

¹⁴⁶² *Idem.* ; voir aussi CROOK (John), « Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension », *supra* note 1283, p. 284 (discussing the concern « *that appointments to IIDS predominantly go to a small cadre of established arbitrators caricatured as 'pale, male and stale.'* »).

¹⁴⁶³ MÜLLER (Ingrid), « Diversity and Lack thereof amongst International Arbitrators – between Discrimination, Political Correctness and Representativeness », *TDM*, vol. 12, issue 4, 2015, p. 6 (« *diversity improves decision-making, by bringing in different perspectives* ») ; TURNER (Caley), « 'Old, White, and Male': Increasing Gender Diversity in Arbitration Panels », *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, 2014, p. 11 (« *diversity, and particularly gender diversity, are essential to a fair and effective arbitration process* »), pp. 11-12 (« *Because arbitration is often used as a substitute for the judicial process, ensuring that decision makers are representative of the diverse group of individuals before them is key to ensuring fairness and public justice, as well as ensuring that disputants will accept and abide by the arbitrators' decisions.* »).

¹⁴⁶⁴ VAN HARTEN (Gus), « The (Lack of) Women Arbitrators in Investment Treaty Arbitration », *FDI Perspectives*, 2012, p. 1.

dans toutes les affaires, 35 personnes étaient des femmes et seulement deux arbitres, le Professeur Brigitte Stern et le Professeur Gabrielle Kauffman-Kohler, représentent ensemble 45,3 % des nominations de femmes. Ainsi, la forte sous-représentation des femmes dans les arbitrages d'investissement peut être considérée comme un problème majeur¹⁴⁶⁵.

387. Cette préoccupation a incité à déployer des efforts en vue d'accroître le nombre d'arbitres féminins et issus de minorités notamment par le lancement de l'Equal Representation in Arbitration Pledge (l'« **ERA Pledge** »)¹⁴⁶⁶ en 2016. Diverses institutions arbitrales, cabinets d'avocats et entreprises ont signé l'ERA Pledge et se sont engagés à augmenter, sur la base de l'égalité des chances, le nombre de femmes nommées comme arbitres afin de parvenir à une représentation équitable, avec pour objectif ultime la pleine parité¹⁴⁶⁷. Avec plus de 4 000 signataires, la communauté arbitrale internationale a reconnu la sous-représentation des femmes dans les tribunaux arbitraux internationaux. Les institutions d'arbitrage du monde entier ont placé la diversité, y compris la diversité des genres, des générations et des origines, au premier plan de leurs programmes et publient chaque année des données statistiques sur l'amélioration de la diversité dans la nomination des arbitres¹⁴⁶⁸. Par exemple, en 2014, la CCI a atteint la parité dans la composition des vice-présidents de la Cour

¹⁴⁶⁵ Voir PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *supra* note 1175, p. 401 (« *The over- or under-representation of a particular demographic of arbitrators is an issue of constant concern among most critics and many supporters of arbitration ... The deliberative process before the arbitral tribunal is likely to be crucial and, therefore, the diversity of views may be fundamental for a fair process and outcome.* »).

¹⁴⁶⁶ PHILIPPE (Mirèze), « Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge: A Turning Point in the Arbitration History for Gender Equality », *Kluwer Arbitration Blog*, 2 juin 2016.

¹⁴⁶⁷ *Idem.* (« *The launch of the Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge on 18 May 2016 in London marks a historic moment in international arbitration. The Pledge is a call to the international dispute resolution community to commit to increase the number of female arbitrators on an equal opportunity basis.* »).

¹⁴⁶⁸ *E.g.* En 2013, les statistiques de la CCI ont révélé que 9 % des nominations d'arbitres étaient des femmes, alors qu'en 2018, ce chiffre est passé à 18,4 %. Voir ICC, « ICC Dispute Resolution 2018 Statistics », *ICC Publication*, no. 898E, 2019, p. 11 (« *In 2018, the number of appointments and confirmations of women arbitrators rose to 273, now representing 18.4% of all appointments and confirmations* ») ; ICC, « ICC Arbitration Figures Reveal New Record for Awards in 2018 », *ICC News*, 11 juin 2019 (« *The number of women appointed and confirmed by arbitrations also continues to improve by nearly doubling, from 136 in 2015 to 273 in 2018* ») ; PHILIPPE (Mirèze), « How Has Female Participation at ICC Evolved? ICC Arbitrators, Court Members and Court's Secretariat », *ICC Dispute Resolution Bulletin*, issue 3, 2017, p. 39.

internationale d'arbitrage¹⁴⁶⁹. De plus, en 2018, la CCI a réussi à atteindre la parité des sexes au sein des membres de sa Cour internationale d'arbitrage¹⁴⁷⁰. Ces exemples illustrent l'importance de la diversité dans la communauté de l'arbitrage international.

388. Dans l'arbitrage d'investissement, cependant, les arbitres individuels seraient principalement choisis parmi les avocats qui continuent à exercer leur profession jusqu'à ce qu'ils soient nommés suffisamment pour rendre économiquement viable un rôle d'arbitre à plein temps. En effet, sur les 427 arbitres nommés répertoriés par le CIRDI, 46 sont des femmes. Sur ces 46 femmes, 32 ont un curriculum vitae disponible sur le site internet du CIRDI qui révèle que 21 femmes (soit au moins 45,6 %) exercent actuellement la fonction de conseil ou d'associé dans des cabinets d'avocats. Selon le rapport annuel du CIRDI de 2019, 31 % des femmes ont été nommées pour la première fois, lorsqu'elles exerçaient la fonction de conseil¹⁴⁷¹. De nombreuses arbitres du CIRDI exercent à plein temps en tant que conseils, et c'est pourquoi interdire la double casquette réduirait sans aucun doute le nombre déjà restreint d'arbitres féminins présents dans le RDIE.

389. Alors que la totalité de personnes nommées représente 88 nationalités différentes, près de la moitié de ces nominations proviennent de sept pays : la Nouvelle-Zélande, l'Australie, le Canada, la Suisse, la France, le Royaume-Uni et les États-Unis¹⁴⁷². Pour les nominations effectuées en 2018, le pourcentage d'arbitres CIRDI d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord s'élève à 75,4 %, ce pourcentage atteint 79 % si l'on inclut l'Australie et la Nouvelle-Zélande.¹⁴⁷³

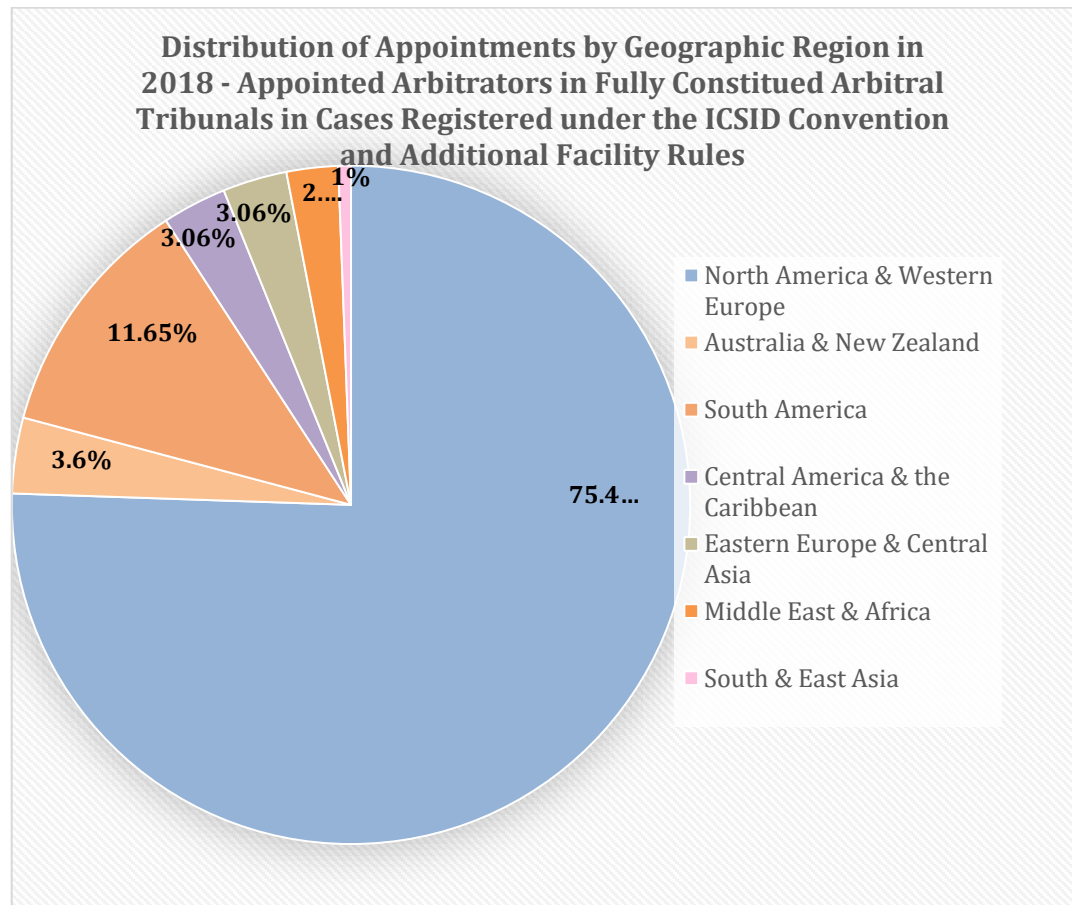
¹⁴⁶⁹ Phillippe (Mirèze), « How Has Female Participation at ICC Evolved? ICC Arbitrators, Court Members and Court's Secretariat », *idem*, p. 17 (« *Finally, for the current mandate running from 2015 until 2018 ... 9 female vice-presidents were nominated equaling 50% of the vice-presidency.* »)

¹⁴⁷⁰ ICC, « ICC Renews Alexis Mourre as President and Nominates Court with Full Gender Parity and Unprecedented Diversity », *ICC News*, 21 juin 2018 (« *For the Court's 2018-2021 term, the Council also appointed 176 members from 116 countries, representing gender parity of 88 women and 88 men* »).

¹⁴⁷¹ CIRDI, *Rapport annuel du CIRDI - 2019*, 2019, p. 25.

¹⁴⁷² Données recueillies à partir d'une enquête sur la base de données du CIRDI.

¹⁴⁷³ Statistiques recueillies à partir d'un examen des nominations au cas par cas des affaires d'arbitrage déposées en 2018 à partir de la base de données du CIRDI.



En raison du manque de diversité géographique, les parties sont limitées lorsqu'il s'agit de sélectionner des arbitres puisque ces derniers ont des origines similaires. L'interdiction proposée sert donc involontairement de restriction à l'autonomie des parties lorsqu'il s'agit de nommer des arbitres qui sont en mesure de comprendre le contexte juridique, culturel et sociopolitique des parties afin de prendre des décisions qui tiennent compte de ce contexte.

390. Compte tenu de cette sous-représentation des formes de diversité, il a été recommandé aux parties de profiter des avantages unique et pratiques de la composition d'un tribunal arbitral plus diversifié avec des expériences différentes plutôt que de faire le choix systématique de nommer des arbitres qui ont toujours été traditionnellement considérés pour ce rôle. Interdire aux personnes qui font office de conseil dans les procédures RDIE de faire office d'arbitre dans les litiges d'investissement réduirait le nombre d'arbitres potentiels, notamment les femmes et les personnes originaires d'autres régions, et priverait les parties de la possibilité de choisir l'arbitre de leur choix. Les alternatives à cette interdiction comprennent une

approche progressive, selon laquelle les praticiens pourraient continuer à exercer leur fonction de conseil pendant une certaine période jusqu'à ce qu'ils obtiennent un nombre suffisant de nominations d'arbitres¹⁴⁷⁴. Cette approche est toutefois difficile à mettre en œuvre dans la pratique. Une approche plus durable pourrait consister à faire porter aux parties le coût de la procédure de récusation des arbitres lorsque ceux-ci font des déclarations complètes et fiables.

b. La création d'une barrière pour la seconde génération d'arbitres

391. L'un des défis de l'arbitrage d'investissement est le nombre limité d'arbitres qualifiés possédant les compétences et l'expérience nécessaires pour pouvoir traiter des litiges aussi complexes. En effet, la Secrétaire Générale du CIRDI, Meg Kinnear, a souligné « *we're very conscious that there's a need for more arbitrators.* »¹⁴⁷⁵ Dans une interview à David Caron, elle ajoute sur ce point :

*One of the issues that I think many people have heard and that I heard when I talked to ICSID users, was the whole question of the rosters. Frankly, with the explosion of cases, it's awfully difficult to find enough qualified arbitrators who are available, who are not conflicted, and are all of the things you would need in an arbitrator ... There are also numerous vacancies on the roster or expired nominations, those kinds of issues*¹⁴⁷⁶.

L'empêchement des avocats à agir comme arbitres dans les procédures d'arbitrage réduirait le nombre d'arbitres potentiels et priverait les parties de leur liberté de choisir comme arbitres les avocats ayant une expertise approfondie. Cela serait contraire au principe fondamental de l'autonomie des parties, notamment la liberté de choisir l'arbitre de leur choix. En raison de cette interdiction, seuls les arbitres les plus expérimentés seraient économiquement en mesure de mener une carrière exclusive d'arbitre, ce qui créerait un manque de diversité et une interdépendance accrue et entraînerait le renouvellement des mandats¹⁴⁷⁷. Interdire aux avocats d'exercer la

¹⁴⁷⁴ CROOK (John), « Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension », *supra* note 1283, p. 284.

¹⁴⁷⁵ CARON (David), « ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear », *supra* note 1273, p. 431.

¹⁴⁷⁶ *Idem.* p. 421.

¹⁴⁷⁷ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, *supra* note 1272, p. 203.

fonction d'arbitre pourrait également priver la communauté de certains des meilleurs spécialistes, car certains pourraient opter pour le rôle plus lucratif de conseil. Par conséquent, l'interdiction de la double casquette limiterait indûment le nombre d'arbitre et porterait atteinte à la rigueur et à la qualité des arbitres dans les procédures de RDIE¹⁴⁷⁸.

392. Le renouvellement des générations dans le domaine de l'arbitrage est essentiel pour la communauté des arbitres, puisque les arbitres principaux prendront inévitablement leur retraite. La prochaine génération d'arbitres, ayant tendance à exercer la profession de conseil pour des raisons économiques, ne pourra pas abandonner sa profession de conseil tant qu'elle n'aura pas reçu suffisamment de nominations pour exercer la fonction d'arbitre à plein temps, en raison de la rareté des nominations¹⁴⁷⁹. Ainsi, l'interdiction exclurait un plus grand nombre de candidats que nécessaire et constituerait une barrière à l'entrée en empêchant le renouvellement du nombre d'arbitres. Le commentaire 68 du Code fait écho à cette observation : « *[a] ban on double-hatting also constrains new entrants to the field, as few counsels are financially able to leave their counsel work upon receiving their first adjudicator nomination.* » Permettre aux nouveaux venus de siéger aux côtés d'arbitres plus anciens leur permettrait d'acquérir progressivement plus d'expérience et de bénéficier d'une période de transition avant de pouvoir représenter la nouvelle génération. Certains commentateurs estiment que l'argument contre la double casquette des arbitres les plus puissants et les plus influents (appelés le noyau) est très fort. Toutefois, cela ne devrait pas s'appliquer aux praticiens en transition, c'est-à-dire aux jeunes conseils, pour lesquels une approche plus nuancée est nécessaire¹⁴⁸⁰. Une restriction

¹⁴⁷⁸ LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et LIE (Runar), « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *supra* note 392, pp. 322-323 (« *there is a relatively small pool of arbitrators that can sit in these types of arbitrations and that limiting qualified individuals from sitting as arbitrator due to work as legal counsel would undermine the quality and rigor of the adjudicators acting in the current system* »).

¹⁴⁷⁹ CROOK (John), « Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension », *supra* note 1283, p. 288 (« *for the few younger/female/minority lawyers who gain the first appointment, other appointments may be slow to come, if they come at all. (As noted above, the great majority of ICSID arbitrators receive only one or two appointments). Hence, most ICSID arbitrators must continue as counsel in order to pay their bills* ») ; voir aussi SCHILL (Stephan), « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *supra* note 1136, p. 420 ; HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *supra* note 1250, p. 13.

¹⁴⁸⁰ ROBERTS (Anthea), « A Possible Approach to Transitional Double Hatting in Investor-State Arbitration », *EJIL: TALK!*, juillet 2017 ; PARK (William) et ROGERS (Catherine), « A conversation

trop stricte de la pratique de la double casquette limiterait le nombre déjà restreint d'arbitres et aurait des effets négatifs sur le développement d'une nouvelle génération d'arbitres.

C. La restriction de la désignation par les parties

393. L'une des caractéristiques essentielles de l'arbitrage est l'autonomie dont disposent les parties pour désigner l'arbitre de leur choix ou pour avoir une influence sur la composition des décideurs. Cependant, des débats ont été lancés sur l'opportunité de cette pratique. Est-il temps d'envisager de repenser la liberté des parties de nommer leurs arbitres ? La section ci-dessous examinera les alternatives à la nomination unilatérale des arbitres par les parties et si ces alternatives sont préférables au système actuel.

1. La nomination par l'institution

394. La possibilité pour une partie de choisir librement les arbitres est une caractéristique essentielle du système arbitral¹⁴⁸¹. Comme nous l'avons vu dans la Section 1.I.A.1.b. du Chapitre 1 du Titre 2, la nomination unilatérale des arbitres fait l'objet de critiques récentes, car elle contribuerait à la perception de partialité du RDIE. Les professeurs Jan Paulsson et Hans Smit, ont proposé d'abolir la nomination des arbitres par les parties et de la remplacer par la nomination des tribunaux arbitraux entiers par un organe neutre, ne laissant aucune place à la consultation ou à la contribution des parties¹⁴⁸². (Pour une discussion sur la nomination des membres de la Cour dans la proposition Européenne, voir Partie II, Titre 1). Les propositions incluent la nomination par l'institution à laquelle ce rôle sera confié, comme le Secrétaire

with Professor William W. (Rusty) Park—as interviewed by Professor Catherine A. Rogers: Institute for Transnational Arbitration Houston », Texas, 13 janvier 2017, *Arbitration International*, vol. 34, issue 4, 2018 (« *The dilemma of someone serving sometimes as council and sometimes as arbitrator presents itself differently depending on the stage of one's career. For young people coming up in the ranks, they start out as lawyers and much later transition with a first appointment as arbitrator. There will be times in one's career where we are in transition. We want people who have experience serving as lawyers when they're younger, knowing something about how the system works, and then later serving as an arbitrator. The grey period when they are transitioning from one to the other may not be easy in respect of ethical rule* »).

¹⁴⁸¹ BISHOP (Doak) et REED (Lucy), « Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration », *supra* note 1063, p. 395.

¹⁴⁸² PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, p. 352 ; SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator », *supra* note 1083, p. 2.

général ou le Conseil d'administration du CIRDI¹⁴⁸³. Le Professeur Jan Paulsson a estimé que la nomination institutionnelle pouvait contribuer à pallier les insuffisances des nominations unilatérales des parties¹⁴⁸⁴. Jusqu'à présent, cette méthode a été adoptée dans le modèle néerlandais de TBI qui prévoit que les membres du tribunal seront nommés par l'autorité de nomination, soit le Secrétaire général du CIRDI, soit le Secrétaire général de la CPA¹⁴⁸⁵. Selon le ministre néerlandais des affaires étrangères, cette innovation devrait renforcer l'indépendance et l'impartialité des arbitres et accroître la transparence ainsi que leur diversité¹⁴⁸⁶.

395. La question est de savoir si cette alternative est souhaitable et garantirait la confiance des parties dans le processus¹⁴⁸⁷. Malgré l'avantage supposé de la neutralité, plusieurs inconvénients peuvent être observés. Premièrement, cette proposition porterait atteinte à la longue tradition du principe d'autonomie des parties et au contrôle des parties qui en découle, qui sont deux caractéristiques fondamentales de l'arbitrage¹⁴⁸⁸. Dans l'étude BLP 2017 sur les arbitres nommés par les parties, seulement 4 % ont exprimés leur accord avec la proposition selon laquelle la nomination par les parties n'est plus nécessaire dans la pratique moderne de l'arbitrage international¹⁴⁸⁹. Les nominations institutionnelles peuvent être décidées de façon aléatoire sans tenir compte de tous les facteurs pertinents pour les parties et les litiges, tels que la culture, la tradition juridique, la complexité et sensibilité du litige, et l'expertise spécifique requise. Mais cette approche se heurte généralement à une certaine résistance et elle est mal perçue dans les enquêtes sur les préférences des utilisateurs. Même les institutions ont fait preuve d'hésitations quant à la suppression

¹⁴⁸³ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, *supra* note 1272, pp. 194 et 197.

¹⁴⁸⁴ PAULSSON (Jan), « The Idea of Arbitration », *Oxford University Press*, 2013, p. 277.

¹⁴⁸⁵ Article 20 du Modèle de TBI des Pays-Bas.

¹⁴⁸⁶ PAULSSON (Marika), « The 2019 Dutch Model BIT: Its Remarkable Traits and the Impact on FDI », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 mai 2020.

¹⁴⁸⁷ MOURRE (Alexis), « Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration », *supra* note 1232.

¹⁴⁸⁸ VEEDER (V.V.), « The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator—From Miami to Geneva », *supra* note 1137 ; MCLAREN (Douglas), « Party-Appointed vs. List-Appointed Arbitrators: A Comparison », *Journal of International Arbitration*, vol. 20, no. 3, 2003, p. 237 ; MOURRE (Alexis), « Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration », *supra* note 1232.

¹⁴⁸⁹ BLP, *International Arbitration Survey: Party Appointed Arbitrators*, *Berwin, Leighton, Paisner*, 2017, p. 9.

de l'autonomie des parties dans le processus de nomination¹⁴⁹⁰ et des questions subsistent quant à la capacité administrative des institutions à gérer toutes les nominations. Deuxièmement, comme indiqué à la Section 1.B., il n'y a pas de preuves suffisantes démontrant que le système de nomination des arbitres par les parties est biaisé et justifierait son remplacement. Troisièmement, il existe un risque que le prétendu manque d'indépendance et d'impartialité soit remplacé par une dépendance et une partialité institutionnelle, les arbitres cherchant notamment à être reconduits dans leurs fonctions¹⁴⁹¹. Cette critique se fonde sur la nomination du Comité *ad hoc* qui comprend une poignée d'arbitres régulièrement nommés¹⁴⁹². Enfin, la nomination peut être discrétionnaire et aléatoire, sans transparence ni contrôle. Ainsi, le processus de nomination peut conduire à un manque de confiance des parties dans les institutions, ce qui constituerait un revers pour l'alternative proposée¹⁴⁹³. Afin d'avoir une réelle légitimité quant au mécanisme par défaut, la nomination des institutions doit recueillir le soutien réfléchi des utilisateurs, ce qui ne peut se faire que s'ils ont confiance en la capacité des institutions à nommer les bons arbitres.

2. Restreindre la nomination à une « liste préexistante d'arbitres qualifiés »

396. Une autre alternative proposée pour renforcer l'indépendance et l'impartialité des arbitres consiste à limiter la nomination des arbitres par les parties à une liste exhaustive d'arbitres qualifiés¹⁴⁹⁴. Selon cette proposition, les arbitres seraient nommés par les parties parmi une liste préexistante d'arbitres qualifiés établie par des institutions arbitrales ou après consultation avec les parties¹⁴⁹⁵. Il est avancé que cette approche pourrait passer comme « *a fairly intelligent compromise* » à condition que la

¹⁴⁹⁰ ANDREWS (Neil), « Improving Arbitration: Responsibilities and Rights », *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, no. 41/2018, 2018, p. 15.

¹⁴⁹¹ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, *supra* note 1272, pp. 195-196.

¹⁴⁹² REED (Lucy), PAULSSON (Jan) *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, *supra* note 71, pp. 174-175 (« *In recent years, ICSID has made serial appointments to ad hoc committees from a small pool of highly experienced arbitrators ... 'to promote coherence in the application of the Convention and Rules by annulment committees'. As a result, the 20 ad hoc committee constituted by ICSID between January 2007 and September 2010 have been made up primarily by arbitrators serving on multiple committees. Out of a total of 60 ad hoc committee members, 15 arbitrators have held over three-quarters of the appointments (49 out of 60, or 81 percent. »).*

¹⁴⁹³ Veeder (V.V.), « The Historical Keystone to International Arbitration: The Party-Appointed Arbitrator—From Miami to Geneva », *supra* note 1137, 2013.

¹⁴⁹⁴ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, *supra* note 1272, p. 198.

¹⁴⁹⁵ PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, p. 352.

liste soit « *composed judiciously by a reputable and inclusive, international body, with in-built mechanisms of monitoring and renewal* »¹⁴⁹⁶. Cette approche offrirait des garanties d'indépendance fonctionnelle des arbitres tout en contribuant à réduire la pratique selon laquelle les arbitres exercent une fonction de conseil¹⁴⁹⁷. En outre, elle permet aux parties de conserver un contrôle équitable du processus de nomination tout en limitant la possibilité d'avoir des arbitres partisans au sein du panel.¹⁴⁹⁸ Cette approche a déjà été mise en œuvre par certaines institutions avec certaines variations. L'article 14 du règlement 2015 de l'Institut néerlandais d'arbitrage (« **NAI** ») fournit une liste d'arbitres au cas où les parties n'en auraient pas désigné¹⁴⁹⁹. Par exemple, l'administrateur de l'Institut néerlandais d'arbitrage envoie une liste identique de noms aux parties qui pourront alors les classer selon leur préférence¹⁵⁰⁰. Le règlement 2016 du *Thai Arbitration Institute* (« **TAI** ») contient également une liste d'arbitres qualifiés en cas de nomination d'un arbitre unique. En effet, l'article 15 du règlement du TAI 2016 prévoit que si les parties ne désignent pas conjointement l'arbitre unique, chaque partie doit nommer 3 personnes et le TAI peut nommer trois personnes supplémentaires avant d'envoyer la liste de tous les candidats aux parties qui les classeront par ordre de préférence¹⁵⁰¹. L'approche de la liste est également adoptée par l'article R40.2 du Code de l'arbitrage en matière de sport de 2019 applicable devant le

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ DIMITROPOULOS (Georgios), « Investor–State Dispute Settlement Reform and Theory of Institutional Design », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, 2018, pp. 540-541.

¹⁴⁹⁸ MCLAREN (Douglas), « Party-Appointed vs. List-Appointed Arbitrators: A Comparison », *supra* note 1488, p. 236 ; PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, p. 352.

¹⁴⁹⁹ Article 14.1 du Règlement de l'Institut néerlandais d'arbitrage (« *In derogation of the method of appointment provided for in Article 13, the parties may agree that the arbitrator or arbitrators shall be appointed in accordance with the list procedure provided for in this Article 14* »).

¹⁵⁰⁰ Article 14.2 du Règlement de l'Institut néerlandais d'arbitrage (« *The administrator shall send each of the parties an identical list of persons' names. This list shall contain at least three names in the event that one arbitrator is to be appointed and at least nine names, three of which being prospective chairmen, in the event that three arbitrators are to be appointed. A party may delete from the list the names of persons against whom this party has strong objections, and may number the remaining names in its order of preference* »).

¹⁵⁰¹ Article 15 du Règlement du TAI (« (1) *Each party shall nominate three persons to the Institute within 15 days from the date of receipt of notification; (2) Having received the nomination, the Institute may nominate additional three persons, and dispatch the list of all nominees to the parties; (3) Each party shall rank the nominees in order of their preference, and notify the Institute within 15 days from the date of receipt of the list of nominees* »).

TAS. En vertu de ce Code, chaque partie peut désigner l'arbitre de son choix dans la liste du TAS¹⁵⁰².

397. Malgré ces prétendus avantages, cette approche présente encore plusieurs inconvénients. Il semble qu'il n'y ait pas de taille appropriée de liste permettant de réduire la dépendance et la partialité présumée. Du point de vue de l'indépendance des arbitres, une liste étendue serait inefficace. Les arbitres ne seraient pas assurés d'être nommés et pourraient se faire concurrence afin de l'être. En outre, les parties nommeraient toujours des arbitres qui, selon elles leurs seraient favorables et contribueraient à la défense de leur position au sein du tribunal¹⁵⁰³. Il n'y a aucune raison objective de croire que les arbitres figurant dans un large fichier attireraient moins de (re)nominations que les arbitres du système actuel. En revanche, si la liste était trop restreinte, la liberté des parties de choisir leur propre arbitre serait limitée¹⁵⁰⁴. Pour remédier à ces lacunes, le panel devrait être si restreint que la concurrence pour les nominations serait largement éliminée¹⁵⁰⁵. Cependant, un fichier restreint augmenterait la pratique des nominations répétées et les mêmes acteurs qui dominent aujourd'hui les nominations arbitrales continueraient à être nommés¹⁵⁰⁶. On fait valoir que la qualité des arbitres serait améliorée par une sélection par les institutions, mais cela ne serait possible qu'avec une liste restreinte et même dans ce cas, les préjugés institutionnels, à savoir les arbitres qui sont des « *amis des institutions* », pourraient l'emporter sur les critères objectifs lors de la sélection entre des candidats également qualifiés¹⁵⁰⁷. De plus, le système de liste introduirait une certaine politisation de la procédure de nomination puisque le fait d'être inscrit ou réélu sur la liste conduirait à du lobbying et à une volonté d'entretenir des relations étroites avec les institutions voire avec les États contractants¹⁵⁰⁸. Enfin, on peut se demander si la confiance des

¹⁵⁰² Article R40.2 du Code de l'arbitrage en matière de sport de 2019 (« *The parties may agree on the method of appointment of the arbitrators from the CAS list* »).

¹⁵⁰³ CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, *supra* note 1272, p. 199.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*

¹⁵⁰⁶ *Idem.* pp. 199-200 ; SANTENS (Ank), « The Move Away from Closed-List Arbitrator Appointments: Happy Ending or a Trend to Be Reversed? », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 juin 2011.

¹⁵⁰⁷ SANTENS (Ank), « The Move Away from Closed-List Arbitrator Appointments: Happy Ending or a Trend to Be Reversed? », *idem.*

¹⁵⁰⁸ BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *supra* note 1127, p. 22 ; CLEIS (Maria), *The Independence and Impartiality of ICSID*

usagers dans les institutions d'arbitrage atteindra un jour le même niveau que celle existant dans le système actuel de nomination par les parties, étant donné que les institutions n'ont pas le plein contrôle du processus.

CONCLUSION

398. L'indépendance et l'impartialité des arbitres sont des éléments clés de la légitimité du RDIE. Toutefois, on peut observer que les demandes de réforme et des critiques à l'encontre des arbitres du RDIE pourraient découler d'une « *exaggerated image of the arbitrator's decisional power* »¹⁵⁰⁹ et de la perception selon laquelle les différends entre investisseurs et États exigent des arbitres des devoirs accrus d'impartialité et d'indépendance, au-delà de celles imposées dans l'arbitrage commercial international¹⁵¹⁰. Les arbitres exerçant dans le domaine du RDIE sont considérés par certains comme exerçant une fonction publique, dans l'exercice de laquelle ils doivent non seulement répondre aux attentes des parties à la procédure et sont obligés envers elles, mais doivent aussi satisfaire aux attentes d'un public plus large et à ses exigences de cohérence, de prévisibilité, de responsabilité et de résultat légitime. Comme le résume succinctement le Professeur Yuval Shany :

*[U]ltimately, the policy decision that needs to be taken is whether to opt for high (if not utopian) ethical standards, which will set laudable ethical goals but may have little impact on the actual conduct of adjudicatory proceedings ... or to apply a more nuanced approach, that acknowledges the functional distinctions between different types of adjudicators and sets different ethical standards for differently situated individuals*¹⁵¹¹.

Si les arbitres doivent être indépendants et impartiaux, il serait erroné d'appliquer à ces derniers des critères d'indépendance et d'impartialité élaborés pour les juges

Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, *supra* note 1272, pp. 200-201 ; SANTENS (Ank), « The Move Away from Closed-List Arbitrator Appointments: Happy Ending or a Trend to Be Reversed? », *supra* note 1506.

¹⁵⁰⁹ CRAWFORD (James), « The Ideal Arbitrator: Does One Size Fit All », *American University International Law Review*, vol. 32, no. 5, 2017, p. 1003.

¹⁵¹⁰ MALINTOPPI (Loretta), « Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration », *supra* note 1354, p. 351 ; SCHILL (Stephan), « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *supra* note 1136, pp. 418-419.

¹⁵¹¹ SHANY (Yuval), « Squaring the Circle - Independent and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings », *supra* note 1215, p. 489.

judiciaires permanents nationaux ou internationaux¹⁵¹². En effet, la désignation des arbitres par les parties doit être comprise comme une démarche consensuelle vis-à-vis des normes ordinaires régissant le fonctionnement du mécanisme d'arbitrage international, qui constitue un équilibre entre des ensembles de valeurs et d'intérêts concurrents. En adoptant l'arbitrage, les parties expriment leur volonté d'exercer un contrôle accru sur le déroulement de la procédure d'arbitrage grâce à leur pouvoir de nomination des arbitres. Le contrôle renforcé des parties exige le sacrifice d'un certain degré d'indépendance judiciaire et d'impartialité des arbitres nommés en échange d'une plus grande confiance des parties dans le processus décisionnel. Contrairement aux juges, l'arbitre nommé garantit que la cause et les arguments de la partie qui le nomme sont pleinement entendus et pris en compte. En outre, il ou elle aiderait à transmettre potentiellement au tribunal toute culture ou tradition juridique de la partie qui l'a nommé.

399. Au fil des ans, les critiques ont fait valoir que les arbitres sont en apparence favorables aux États ou à la partie qui les nomme en raison de leur désir d'être reconduits dans leurs fonctions. Cependant, tel que démontré ci-dessus, la réussite d'un arbitre repose sur la qualité de son travail et sa réputation d'impartialité et d'indépendance. Un arbitre partial perdrait toute crédibilité au sein du tribunal et de la communauté arbitrale, ce qui lui serait préjudiciable pour la suite. En effet, c'est la réputation d'un arbitre qui lui permet d'être renommé, et non son éventuelle partialité à l'égard d'une partie. Les exemples d'arbitres habituellement nommés par les demandeurs ou les défendeurs révèlent que les décisions qu'ils rendent ne favorisent pas une partie en particulier et qu'ils sont prêts à se joindre à une décision unanime contre la partie qui les a nommés. Bien qu'il puisse y avoir à l'occasion un arbitre « *voyou* », les données ne permettent pas de conclure que le système de nomination des parties ou les arbitres en général sont partiaux.

400. En ce qui concerne la double casquette, il convient d'être prudent lorsque l'on envisage des mesures qui réduiraient le nombre d'arbitres. Elles auraient un impact significatif sur la diversité des genres et des cultures, ainsi que sur le renouvellement en général. Ainsi, il est important de veiller à ce que le coût engendré par la double

¹⁵¹² *Idem.* p. 474.

casquette ne dépasse pas l'impact sur la diversité et la liberté des parties de choisir l'arbitre de leur choix. Des divulgations adaptées, semblables aux lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts, seraient plus appropriées et conformes à la pratique internationale. La clarification des règles de conflit d'intérêts apporterait une plus grande sécurité juridique et davantage de prévisibilité à tous les niveaux, plutôt qu'une interdiction pure et simple des doubles rôles, qui ne vise qu'un petit sous-ensemble de conflits potentiels et serait disproportionnée. C'est grâce à une divulgation complète dans le cadre de règles de conflit spécifiées que les parties pourront évaluer s'il existe effectivement un conflit d'intérêts dans un cas particulier et si les deux parties acceptent l'arbitre tout en ayant connaissance des rôles et fonctions qu'il a exercés.

401. Les réformes visant à clarifier les lignes directrices en matière de divulgation et à garantir la normalisation des arbitrages ad hoc de la CNUDCI et des arbitrages du CIRDI sont les bienvenues. Toutefois, un code de bonne conduite qui combinerait les mêmes devoirs et obligations pour les arbitres et les juges permanents est problématique. Les fonctions de Juge permanent et d'arbitre *ad hoc* sont distinctes, tout comme les mécanismes de règlement des différends sont variables, l'un étant le règlement arbitral et l'autre le règlement judiciaire. Il serait inapproprié de tout confondre et d'édicter des règles similaires pour deux professions qui diffèrent considérablement, ce qui risquerait d'entraîner des problèmes de conformité. Des codes de conduite distincts devraient pouvoir être élaborés pour les juges permanents, de même que la CETA contient son propre code de conduite. Le code devrait être suffisamment limité de manière à atteindre l'objectif de prévention des conflits d'intérêts tout en évitant d'être trop lourd et de rendre le respect des règles trop difficile à atteindre. Un code qui rendrait la conformité impossible ne ferait en effet qu'ouvrir la porte à des contestations parfois futiles et dissuaderait les arbitres qualifiés d'accepter des nominations.

402. Les manques d'indépendance et d'impartialité des arbitres d'investissement constituent une critique substantielle à l'encontre du RDIE, dans le cadre de la prétendue crise de légitimité du RDIE. Toutefois, on observe que ces critiques sont souvent une exagération des préoccupations réelles concernant le système. Bien qu'imparfait, le RDIE offre un dispositif qui fonctionne et comprend des garanties

d'indépendance et d'impartialité des arbitres. Il convient selon moi d'être prudent, afin d'éviter que la recherche constante d'évolution et de réforme n'aboutisse à un système moins performant.

CHAPITRE 2. LA TRANSPARENCE EN ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : AVANTAGES ET RISQUES

403. La confidentialité marque le fondement même de l'arbitrage moderne. Cependant, depuis les années 2000, de profonds désaccords sont apparus à propos du rôle de la confidentialité dans l'arbitrage entre investisseurs et États¹⁵¹³. L'examen de la substance et de la structure du système conduit à penser que l'arbitrage entre investisseurs et États ressemble de près à l'arbitrage commercial¹⁵¹⁴. En conséquence, le manque (perçu) de transparence, en particulier dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États, a fréquemment été identifié comme la cause principale de la méfiance du grand public à l'égard de l'arbitrage d'investissement.

404. Cette méfiance s'est accrue et a sans doute commencé suivant la référence du journaliste politique Bill Moyers aux « *tribunaux secrets* » pour désigner les tribunaux arbitraux il y a près de deux décennies¹⁵¹⁵ et fait écho à la critique récente du sénateur Elizabeth Warren sur le projet de TPP¹⁵¹⁶. Dans le cadre des négociations du TTIP, le Président de la Commission, M. Jean-Claude Juncker, a déclaré lors d'une session parlementaire : « *there will be nothing ... that will allow secret courts to have a final say in disputes between investors and States* »¹⁵¹⁷. En effet, les groupes de la société civile considèrent le manque de transparence comme l'une des principales raisons pour lesquelles ils préconisent de se retirer des accords de libre-échange et d'investissement¹⁵¹⁸. Les critiques font valoir que l'arbitrage entre investisseurs et États manque de transparence et n'offre pas suffisamment de moyens aux tiers de

¹⁵¹³ Voir SARAVANAN (Azhaham) et SUBRAMANIAN (Subramanian), « Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration », *BRICS Law Journal*, vol. 5, no. 4, 2018, p. 115 ; CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », Ninth Kaplan Lecture, 10 décembre 2015, in Hong Kong International Arbitration Center (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan*, Kluwer Law International, 2018, p. 216 ; MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *BCDR International Arbitration Review*, vol. 2, issue 1, 2015, p. 31.

¹⁵¹⁴ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *Romanian Journal of International Law*, no. 17, 2017, p. 101.

¹⁵¹⁵ « Trading Democracy - A Bill Moyers Special », NOW with Bill Moyers, *PBS*, 2 janvier 2002.

¹⁵¹⁶ WARREN (Elizabeth), « The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose », *supra* note 308.

¹⁵¹⁷ European Commission, « Setting Europe in Motion: President-Elect Juncker's Main Messages from His Speech Before the European Parliament », Discours, 22 octobre 2014.

¹⁵¹⁸ KENNY (William), « Transparency in Investor State Arbitration », *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 33, issue 5, 2016, p. 473.

prendre part à la procédure¹⁵¹⁹. La pression exercée par ces divers acteurs, notamment au sein des ONG et de la société civile, a donné lieu à un débat animé sur l'ouverture des procédures d'arbitrage d'investissement¹⁵²⁰. Selon le Professeur Stephan Schill, la transparence est « *perhaps the single most important avenue for bringing the system more into line with principles of democratic governance under the rule of law.* »¹⁵²¹ Les commentateurs font valoir que les caractéristiques spécifiques de l'arbitrage d'investissement justifient l'introduction d'exceptions au principe de confidentialité régissant l'arbitrage commercial¹⁵²². La volonté de voir l'arbitrage entre investisseurs et États davantage transparent présente de multiples aspects. Elle s'est traduit, par exemple, par une volonté de rendre les audiences publiques, de permettre les soumissions d'*amicus curiae* ainsi que de voir les documents afférents à la procédure et les sentences publiés. Ceci a été justifié par le fait que l'arbitrage d'investissement implique des mesures étatiques et concerne des questions d'intérêt public, allant du

¹⁵¹⁹ KAUFFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *ISDS Project - CIDS Supplemental Report*, 2016, p. 14 ; UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, juin 2013, p. 3 ; ANDERSON (Sarah) et GRUSKY (Sara), « Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era Of Corporate Power and What to Do About It », *Food & Water Watch and Institute for Policy Studies*, 2007, p. 8 ; BASTIN (Lucas), « The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, no. 3, 2012, pp. 224 et 227 ; CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *supra* note 289, p. 818 ; PETERSON (Luke), « Challenges Under Bilateral Investment Treaties Give Weight to Calls for Multilateral Rules », *World Trade Agenda*, pp. 12-14 ; SCHILL (Stephan), « Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, no. 1, 2011, p. 66.

¹⁵²⁰ KENNY (William), « Transparency in Investor State Arbitration », *supra* note 1518, p. 471 (« *International trade and investment agreements have become the most recent battleground for the apparently conflicting views the arbitration community and civil society have on confidentiality and transparency* »).

¹⁵²¹ SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 15, issue 3-4, 2014, p. 364.

¹⁵²² BJORKLUND (Andrea), « The Emerging Civilization of Investment Arbitration », *Penn State Law Review*, vol. 113, issue 4, 2009, p. 1288 ; COE (Jack), « Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes - Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership », *University of Kansas Law Review*, vol. 54, issue 5, 2006, pp. 1348-1353 (présentant les arguments en faveur de la promotion de transparence en arbitrage d'investissement) ; MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2012, issue 1, 2012, p. 59 (« *il faut reconnaître que l'arbitrage d'investissement présente des spécificités qui le distinguent de l'arbitrage commercial international et qui plaident en faveur d'une transparence accrue : l'arbitrage without privity, le contrôle exercé sur les politiques publiques et plus largement la nature des intérêts en présence qui est l'argument le plus fréquemment avancé tant par la doctrine que par les tribunaux arbitraux* »).

droit international de l'environnement et des droits de l'Homme au droit international humanitaire et au droit de la paix et de la sécurité. Étant donné que les traités d'investissement ainsi que l'arbitrage entre investisseurs et États jouent un rôle de gouvernance au niveau global, la transparence a une place importante et croissante dans le droit international des investissements¹⁵²³.

405. Face à un domaine où la confidentialité est depuis longtemps une caractéristique fermement défendue, la transparence constitue un changement de paradigme poussant le droit des investissements vers un régime de plus en plus public. La question est de savoir quel est le juste équilibre entre la confidentialité et la transparence dans l'arbitrage d'investissement. Une trop grande transparence présente-t-elle des inconvénients et devrait-elle être limitée ? Ce chapitre examinera la tension croissante entre la confidentialité et la transparence (Section 1.A.) et le régime actuel en matière de transparence (Section 1.B.). Enfin, le présent chapitre explorera et analysera les récentes réformes visant à accroître la transparence et la participation du public au RDIE (Section 2).

SECTION 1. UN MOUVEMENT VERS LA TRANSPARENCE : TROUVER LE BON ÉQUILIBRE

406. Cette section explore la transparence en pratique dans l'arbitrage international des investissements en examinant, dans sa première partie, les caractéristiques de la transparence et la distinction entre transparence et confidentialité et, dans sa deuxième partie, la participation des tiers au RDIE.

I. LA DISTINCTION ENTRE LA CONFIDENTIALITÉ ET LA TRANSPARENCE EN ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

407. La notion de transparence rejoint en partie celle de la confidentialité qui, bien que rarement contenu *expressis verbis* dans les règlements d'arbitrage, est traditionnellement considérée comme l'une des pierres angulaires de l'arbitrage commercial international. La question peut être différente lorsqu'il s'agit du RDIE, dans la mesure où les litiges concernent et tranchent bien souvent des questions importantes liées à des politiques publiques. Il convient alors de se poser la question

¹⁵²³ SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *supra* note 1521, p. 363.

de savoir quel est le juste équilibre entre confidentialité et transparence¹⁵²⁴. Doit-il y avoir des limites à la transparence et quels sont les risques d'une trop grande transparence ? Le juste milieu entre confidentialité et transparence est au cœur de cette problématique.

A. Le débat entourant l'accès à l'information

408. L'un des principaux atouts de l'arbitrage est la confidentialité. La nature privée de la procédure arbitrale implique cette confidentialité et constitue donc l'une des raisons pour lesquelles l'arbitrage est préféré à d'autres modes de règlement des litiges. Toutefois, la question de la confidentialité a été mise en question dans le cas de l'arbitrage entre investisseurs et États. Cette section explore les intérêts concurrents entre la confidentialité et la transparence.

1. Le cas de la confidentialité

409. La confidentialité est considérée comme la particularité et la caractéristique unique du mécanisme de règlement des litiges que constitue l'arbitrage¹⁵²⁵. Elle a même parfois été caractérisée comme faisant partie de la « *nature même de l'arbitrage* »¹⁵²⁶. Les partisans de la confidentialité évoquent les avantages qu'elle présente en comparaison avec la transparence dans la mesure où elle permet de protéger les informations commerciales sensibles et de préserver l'image publique ainsi que la réputation des entreprises et des gouvernements¹⁵²⁷. Toutefois, elle revêt une dimension différente dans le contexte des litiges entre investisseurs et États. La confidentialité en matière de droit international des investissements couvre les ordonnances de procédure, les pièces, les demandes, les mémoires en réponse, les

¹⁵²⁴ KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Bewater Gauff Compromise », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, no. 1, avril 2007, p. 98 (« *The question of how to balance the demands for transparency against the need for confidentiality touches on a core issue of arbitral proceedings. It is not easy to determine to what extent the arbitral process should be transparent and where confidentiality, which is generally considered to be one of the basic characteristics of arbitration, should prevail.* »).

¹⁵²⁵ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 111.

¹⁵²⁶ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et Conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), A/CN.9/712, p. 15, § 57 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011), A/CN.9/717, pp. 22-23, § 101.

¹⁵²⁷ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 111.

demandes reconventionnelles, les différentes informations échangées au cours de l'arbitrage, les sentences et toute autre décision qui ne peut être divulguée à des tiers¹⁵²⁸. Elle restreint également la participation des *amicus curiae* dans la procédure arbitrale¹⁵²⁹.

410. La confidentialité pourrait s'avérer utile aux utilisateurs du RDIE, tant aux investisseurs qu'aux États, pour un certain nombre de raisons. Premièrement, elle est perçue comme encourageant le règlement efficace des différends et permet d'éviter les aspects négatifs d'un « *procès émotionnel* » relayé par la presse et la divulgation d'informations commerciales sensibles, y compris des secrets d'État¹⁵³⁰. Deuxièmement, les parties pourraient être préoccupées par la divulgation de « *skeletons in the closet* »¹⁵³¹. Elles ne souhaitent probablement pas que certaines accusations soient rendues publiques - notamment celles concernant leurs manquements, le manque de ressources financières adéquates, les allégations de fraude ou de mauvaise foi¹⁵³². Cela s'applique également aux États qui voudront sans doute ne pas rendre public un échec lors d'une procédure soumise au RDIE alors que d'autres procédures similaires seraient encore en cours¹⁵³³. Troisièmement, les gouvernements sont généralement en faveur de la confidentialité pour des raisons stratégiques. Les États étant tenus de rendre des comptes à leurs électeurs, la confidentialité donne aux gouvernements la liberté d'adopter en privé des positions qu'ils n'auraient peut-être pas prises publiquement¹⁵³⁴. Quatrièmement, la confidentialité permet de dépolitiser les litiges en matière d'investissement, ce qui est l'un des objectifs du RDIE. Elle réduit les tensions entre les parties et facilite ainsi la possibilité d'un accord au cours

¹⁵²⁸ SARAVANAN (Azhaham) et SUBRAMANIAN (Subramanian), « Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 1513, p. 116.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis », in ZEILER (Gerold), WELSER (Irene), *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010, p. 303 ; KNAHR (Christina), REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise », *supra* note 1524, p. 110.

¹⁵³¹ RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis », *idem.* p. 303.

¹⁵³² BUYS (Cindy), « The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration », *The American Review of International Arbitration*, vol. 14, 2003, p. 123.

¹⁵³³ *Ibid.*

¹⁵³⁴ *Ibid.*

des premières étapes de la procédure, sans que le public ne puisse interférer¹⁵³⁵. Puisque les investisseurs et les États entretiennent généralement des relations sur le long terme, faciliter un accord sur le différend présente logiquement un avantage pour les deux parties¹⁵³⁶. Toutes ces raisons démontrent qu'il existe un intérêt significatif à maintenir un certain degré de confidentialité dans l'arbitrage d'investissement, au moins dans certains cas.

411. Les partisans de la confidentialité font valoir que les raisons invoquées visant à réduire la confidentialité dans l'arbitrage entre investisseurs et États par opposition à l'arbitrage commercial sont quelque peu exagérées¹⁵³⁷. Ils font valoir que le fait qu'une partie soit un État et qu'une autre soit une partie privée ne fait pas vraiment avancer l'analyse, car le consentement de l'État à l'arbitrage fait disparaître ses immunités et le soumet aux mêmes normes que les parties privées¹⁵³⁸. Cela s'illustre par le fait que les États concluent fréquemment des contrats avec des professionnels privés contenant des clauses d'arbitrage dans lesquels les devoirs de confidentialité restent applicables¹⁵³⁹. Il est soutenu que certains litiges commerciaux privés impliquaient des problématiques mêlant l'intérêt public encore plus importantes que certains arbitrages investisseur-État¹⁵⁴⁰. Plus particulièrement, l'arbitrage entre deux États n'était historiquement pas « *public* » dans la mesure où les audiences n'étaient pas tenues en présence de tiers, sauf accord des parties¹⁵⁴¹. Cela conformément aux règles types de la Commission du droit international sur la procédure arbitrale de 1958, qui prévoyaient que l'arbitrage dans les litiges entre États « *shall be public only if the*

¹⁵³⁵ KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Bivater Gauff Compromise », *supra* note 1524., p. 110.

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », in ROGERS (Catherine) et ALFORD (Roger) (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 37 ; MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, pp. 59-60 (« *L'arbitrage commercial serait confidentiel parce qu'il met en jeu des intérêts privés tandis que l'arbitrage lié à l'investissement serait 'transparent' en raison de l'intérêt public qu'il suscite, jouant ainsi sur toute l'ambiguïté de la notion d'intérêt public et d'intérêt du public.* »).

¹⁵³⁸ BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », *idem.* p. 37.

¹⁵³⁹ Voir BORN (Gary) et RUTLEDGE (Peter), *International Civil Litigation in United States Court*, Aspen Publishers, 4th édition, 2006.

¹⁵⁴⁰ BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », *supra* note 1537, p. 39.

¹⁵⁴¹ *Idem.* p. 38.

tribunal so decides with the consent of the parties »¹⁵⁴². En pratique, cependant, les sentences arbitrales étaient souvent rendues publiques par les parties au terme de la procédure arbitrale¹⁵⁴³.

2. La demande de transparence

412. Afin de mieux comprendre les raisons de l'abandon progressif du caractère relativement privé et confidentiel de l'arbitrage d'investissement, il est important de comprendre les raisons qui tendent vers cette évolution. Les partisans d'une confidentialité réduite dans l'arbitrage d'investissement soulignent souvent les différences perçues entre l'arbitrage entre investisseurs et États et l'arbitrage commercial privé. Selon les termes d'un commentateur, « *[t]he arguments in favour of decreasing confidentiality and increasing transparency are more compelling with respect to arbitrations involving a State party than with respect to arbitrations involving private commercial parties.* »¹⁵⁴⁴ Comme l'a indiqué le GT II de la CNUDCI « *l'arbitrage entre investisseurs et États ... diffère de l'arbitrage purement privé, où la confidentialité était une caractéristique essentielle.* »¹⁵⁴⁵ Il existe diverses raisons pratiques et théoriques d'accroître à la fois la transparence et l'accès des tiers à l'arbitrage d'investissement. De manière plus générale, ces raisons sont liées au caractère public du droit international des investissements, qui rend nécessaire la transparence et la participation du public. En effet, les tribunaux sont chargés d'évaluer le comportement de l'État ce qui provoque inévitablement des tensions entre le caractère commercial et « *fermé* » de la procédure et le caractère public de ces litiges.

¹⁵⁴² Voir Commission du droit international, *Modèle de Règles sur la Procédure Arbitrale avec un commentaire général*, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1958, Article 16(1) (« *The hearing shall be conducted by the president. It shall be public only if the tribunal so decides with the consent of the parties.* »).

¹⁵⁴³ BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », *supra* note 1537, p. 38.

¹⁵⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 14.

¹⁵⁴⁵ Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et Conciliation) sur les travaux de sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008), A/CN.9/646, février 2008, p.13, § 57.

La responsabilité démocratique et la légitimité de ce processus de règlement des différends font également naître plusieurs préoccupations¹⁵⁴⁶.

413. Le concept de transparence est quelque peu opaque et difficile à définir. Il renvoie à la notion de flux d'informations, d'accès et d'ouverture du processus décisionnel et, à ce titre, il peut être décrit comme « *la production et la diffusion d'informations* » concernant un régime donné. Adaptant la définition de Chayes, Chayes et Mitchell de la transparence¹⁵⁴⁷ au contexte de l'arbitrage des investissements, Julie Maupin déclare :

*[T]ransparency means the adequacy, accuracy, availability, and accessibility of knowledge and information about the policies and activities of [the international investment law regimes and its participants], and of the central organizations [functioning within] it on matters relevant to compliance and effectiveness, and about the operation of the norms rules, and procedures [underlying the regime]*¹⁵⁴⁸.

Le Professeur Alain Prujiner fait valoir que le RDIE est l'une des méthodes les plus transparentes de règlement des litiges et a même affirmé que le principe de confidentialité du RDIE a été remplacé par celui de la publicité¹⁵⁴⁹. Ce dernier note qu' « *en fait, les procédures d'arbitrage unilatéral sont parmi les plus publicisées qui soient. Il est peu de causes judiciaires dont on puisse suivre la progression aussi complètement sur internet que les dossiers du CIRDI ou de l'ALENA* »¹⁵⁵⁰. De plus, le Professeur David Caron a observé que « *the investment dispute is known to the public long before the dispute crystallizes and thus remains of public concern or*

¹⁵⁴⁶ KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae » in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, pp. 284-285.

¹⁵⁴⁷ CHAYES (Abraham), CHAYES (Antonia) *et al.*, « Managing Compliance: A Comparative Perspective », in WEISS (Edith) et JACOBSON (Harold) (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, MIT Press, 1998, p. 43.

¹⁵⁴⁸ MAUPIN (Julie), « Transparency in International Investment law: The Good, the Bad, and the the Murky », in BIANCHI (Andrea) et PETERS (Anne) (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 149.

¹⁵⁴⁹ PRUJINER (Alain), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2005, issue 1, 2005, p. 85 (« *Le principe de confidentialité a été remplacé par un principe de publicité* »).

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*

interest. »¹⁵⁵¹ Dr. Julie Maupin note également que : « *[I]nformation about arbitral proceedings sometimes makes its way into the public domain notwithstanding the absence of any formal transparency requirement* »¹⁵⁵². Considérant la nature des intérêts en jeu, les différends entre investisseurs et États se retrouvent souvent dans le domaine public, que ce soit par le biais des médias traditionnels ou des sites web que par le biais des blogs d'arbitrage. Par exemple, lorsque la Thaïlande a fermé la mine exploitée par Kingsgate Consolidated Limited en 2016, le simple fait qu'un différend puisse en découler était déjà très médiatisé et couvert par les journaux spécialisés. Avant même qu'une demande ne soit introduite, des bulletins d'information et des journaux d'arbitrage tels que *Global Arbitration Review (GAR)*¹⁵⁵³ ainsi que *Investment Arbitration Reporter (IA Reporter)*¹⁵⁵⁴ avaient déjà publié la nouvelle. Cela a conduit de nombreux cabinets d'avocats à contacter la Thaïlande aux fins de la représenter dans le cadre d'éventuelles procédures. Cependant, aujourd'hui, de nombreuses critiques sont adressées au RDIE pour son manque de transparence. M. João Ribeiro et M. Michael Douglas, anciens responsables de la CNUDCI pour la région Asie-Pacifique, ont affirmé que le RDIE n'est généralement pas transparent¹⁵⁵⁵. Les commentateurs précisent en outre les éléments que le public ignore concernant l'arbitrage d'investissement, notamment : l'existence de l'affaire ou de l'arbitrage, les demandes des parties, le calendrier de l'arbitrage, l'identité des arbitres, les questions juridiques et la sentence finale¹⁵⁵⁶. Il est également allégué que si le degré de transparence varie en fonction des règles d'arbitrage applicables et de l'institution arbitrale compétente, il existe un sérieux manque de transparence au sein du RDIE¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵¹ CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 218.

¹⁵⁵² MAUPIN (Julie), « Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky », *supra* note 1548, p. 162.

¹⁵⁵³ THOMSON (Douglas), « Thailand Faces Treaty Claim over Mining Ban », *GAR*, 2 novembre 2017.

¹⁵⁵⁴ « A Second Gold Mine Investor puts Thailand on Notice of Arbitration Claim – this Time under the Australian Free Trade Agreement », *IA Reporter*, 3 avril 2017.

¹⁵⁵⁵ RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *Asian International Arbitration Journal*, vol. 11, no. 1, 2015, p. 52.

¹⁵⁵⁶ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency and Public Participation In Investor-State Arbitration », *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, issue 2, 2009, pp. 342-343.

¹⁵⁵⁷ *Idem.* p. 343.

414. On fait valoir que l'arbitrage en matière d'investissement est de nature spécifique dans la mesure où l'une des parties est un État, ce qui confère à l'arbitrage une nature hybride qui est à la fois publique et privée¹⁵⁵⁸. En outre, les questions soulevées dans un arbitrage d'investissement mettent généralement en jeu l'intérêt public plus que les intérêts particuliers de l'État et de l'investisseur¹⁵⁵⁹. Les sentences prononcées à l'encontre des États constituent inévitablement un poids pour les contribuables¹⁵⁶⁰. Un mouvement de plus en plus important de la société civile et des groupes d'ONG milite en faveur d'une plus grande transparence, au-delà des mesures actuelles de publication des sentences¹⁵⁶¹. Comme l'a fait remarquer le Professeur David Caron, l'arbitrage s'est focalisé sur les intérêts des parties concernées par la procédure, mais les controverses actuelles autour de l'arbitrage d'investissement nous ont appris que la communauté arbitrale devrait également se concentrer sur les « *beliefs and concerns of those who support the framework within which particular arbitrations place* »¹⁵⁶².

415. Les organisations non gouvernementales semblent être parmi les principaux défenseurs de la transparence, dans la mesure où elles occupent une place importante dans le monde de l'arbitrage des investissements¹⁵⁶³. Les ONG poursuivent publiquement des activités visant à « *relieve suffering, promote the interests of the*

¹⁵⁵⁸ DIEHL (Alexandra), « The Core Standard of International Investment Protection, *International Arbitration Law Library* », *Kluwer Law International*, vol. 26, 2012, p. 558.

¹⁵⁵⁹ Voir MCLACHLAN (Campbell) *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 57 (mettant en lumière le caractère public des problématiques dans le cadre d'arbitrage d'investissement) ; voir aussi CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *supra* note 289, p. 809.

¹⁵⁶⁰ ODCE, « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *Éditions OCDE*, 2005/01, 2005, p. 14 (« *Les sentences arbitrales rendues en matière de différends relatifs aux investissements sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur [...] le budget national* »).

¹⁵⁶¹ MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, p. 51 ; MENÉTREY (Séverine), « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales », *Ottawa Law Review*, 2008, p. 117 (« *Des groupements d'intérêt nord-américain revendiquent le droit d'assister aux audiences arbitrales des lors que l'enjeu du litige met en cause des intérêts plus généraux que ceux des parties* »).

¹⁵⁶² CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 216.

¹⁵⁶³ Voir *e.g.* Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-based Investor State Arbitration », *Both ENDS Discussion Paper*, 2019 ; BRATRSCHOVSKY (Katja), « CIEL Advocates for Transparency in Investment Arbitration at UNCITRAL Negotiations », *Center for International Environmental Law News*, octobre 2012 (« *CIEL has been instrumental in bringing the issue of transparency to the forefront of the agenda of UNCITRAL* ») ; EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171, p. 9.

poor, protect the environment, provide basic social services, or undertake community development »¹⁵⁶⁴. Elles se sont largement appuyées sur la transparence pour accroître l'accès du public et l'ouverture de l'arbitrage d'investissement. La liberté d'information est largement considérée comme un droit humain fondamental jouant un rôle primordial dans l'accès du public aux différents droits humains tel que l'éducation ou la sécurité¹⁵⁶⁵. Le droit à l'information qui existe au sein des lois nationales est présenté comme l'une des justifications en faveur de la transparence du RDIE. Il est avancé que la transparence est cruciale pour la gouvernance¹⁵⁶⁶. Cette approche est compréhensible car il existe un consensus croissant au sein des organisations internationales, en particulier dans l'OCDE et les Nations-Unies, sur le fait que la transparence est un élément essentiel de la bonne gouvernance, tant pour les États que pour les entreprises¹⁵⁶⁷.

416. Lors de la consultation en ligne lancée par la Commission Européenne concernant le TTIP, la majorité des participants ont déclaré qu'ils soutenaient le

¹⁵⁶⁴ Banque Mondiale, Directive opérationnelle no. 14.70 « Involving Non-governmental Organizations in Bank Supported Activities », 28 août 1989.

¹⁵⁶⁵ Article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810.

¹⁵⁶⁶ Voir *e.g.* MISTELIS (Loukas), « Confidentiality and Third Party Participation UPS c. Canada and Methanex Corporation c. United States », *Arbitration International*, vol. 21, no. 2, LCIA, 2005, p. 218 ; TEITELBAUM (Ruth), « Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, issue 2, 2003, p. 249.

¹⁵⁶⁷ Voir *e.g.* OCDE Direction des affaires financières et des entreprises, « Public Governance » in *Policy Framework for Investment User's Toolkit*, 2011, p. 2 (« *The principal elements of good governance refer to accountability, transparency, efficiency, effectiveness, responsiveness and rule of law.* ») ; OCDE, *Participatory Development and Good Governance*, Development Co-operation Guidelines Series, 1995, § 4 (« *The agendas for good governance, participatory development, human rights and democratisation are clearly interlinked. They include elements which are basic values in their own right, such as human rights and the principles of participation, and others such as accountability, transparency and high standards of public sector management* ») ; Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, Assemblée Générale des Nations Unies, Soixante-neuvième session, 18 décembre 2014, A/RES/69/116, p. 1 (« *Believing that the Rules on Transparency contribute significantly to the establishment of a harmonized legal framework for a fair and efficient settlement of international investment disputes, increase transparency and accountability and promote good governance* »).

principe d'une transparence accrue¹⁵⁶⁸. Sur la question de la transparence, le rapport sur la consultation de l'UE indique que :

Un premier type de préoccupations, le plus souvent exprimées par les ONG et les syndicats, est lié au fait que certaines dérogations aux dispositions en matière de transparence visant à protéger les informations commerciales confidentielles pourraient être interprétées de façon trop large [par les tribunaux] et compromettre ainsi l'efficacité du mécanisme de transparence. Il est également redouté que le tribunal d'arbitrage dispose d'une trop grande latitude pour décider dans quelles circonstances une audience publique pourrait se tenir à huis clos¹⁵⁶⁹.

Cela amène à se demander pourquoi la transparence est souhaitable. Il est fait valoir que l'intérêt du public se manifeste dans l'arbitrage d'investissement à partir de différentes sources : (i) l'État est impliqué en sa qualité de souverain ; (ii) le comportement fautif de l'État est contesté ; (iii) le différend peut porter sur des ressources naturelles ou des infrastructures importantes qui concernent le public¹⁵⁷⁰ ; (iv) la mesure contestée peut porter sur des décisions réglementaires ou autres de l'État et interférer avec ce qui est traditionnellement considéré comme des prérogatives souveraines ; v) la compensation peut être importante et est largement prélevée sur les impôts publics¹⁵⁷¹. L'amélioration de la transparence dans le RDIE profite à trois

¹⁵⁶⁸ Commission Européenne, Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 2015, p. 16 (« *En ce qui concerne l'approche proposée sur le RDIE, de nombreux répondants soutiennent le principe d'une transparence accrue* »).

¹⁵⁶⁹ *Idem.* p. 20.

¹⁵⁷⁰ RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, pp. 54-55 ; BRABANDERE (Eric), *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014, p. 151 ; BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 103.

¹⁵⁷¹ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency And Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, p. 339 (« *Investor-state arbitrations involve the state in a sovereign capacity....[E]very investor-state arbitration alleges wrongful behavior by a state....[I]nvestor-state arbitrations often involve either important natural resources, ...or major built infrastructure...Investor-state arbitrations may also involve challenges to regulatory or other decisions that penetrate deeply into traditionally domestic sovereign prerogatives...The potential impact on the public raises an obvious public interest....the outcomes of investor-state cases are being used as a type of precedent, so that a body of international investment law is evolving from these cases.* ») ; MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *supra* note 1513, p. 37

catégories de parties prenantes. Premièrement, les investisseurs eux-mêmes qui, en accédant aux sentences et autres documents de procédure, peuvent évaluer le risque d'investir dans un État¹⁵⁷², et par la suite, lors de l'investissement, déterminer l'intérêt à s'engager dans un litige¹⁵⁷³. Ils en bénéficieraient également pendant le déroulement de la procédure car il est souvent allégué que les parties au litige n'ont pas un accès égal aux sentences récentes non publiées et que la publication systématique des sentences permettrait ainsi à chaque partie d'avoir une connaissance égale et accrue des sentences récentes¹⁵⁷⁴. Deuxièmement, le système actuel du RDIE bénéficierait d'une plus grande transparence dans la mesure où la transparence et la publication des documents rendront les arbitres plus responsables et l'examen du public les incitera à adopter un raisonnement plus rigoureux dans leurs sentences¹⁵⁷⁵. En outre, une transparence accrue est susceptible de contribuer à la cohérence des sentences, ce qui est important dans un système où de multiples tribunaux interprètent simultanément des standards similaires contenus dans des différents accords d'investissement¹⁵⁷⁶. Le système du RDIE pourrait également bénéficier de la transparence pour combler le prétendu manque de légitimité du système en réduisant la perception négative qu'en a le public¹⁵⁷⁷. Troisièmement, elle profite au public en permettant aux citoyens de tenir

¹⁵⁷² RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 57.

¹⁵⁷³ BRABANDERE (Eric), *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, *supra* note 1570, p. 152.

¹⁵⁷⁴ OCDE, « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *Éditions OCDE*, 2005/01, 2005, p.14 (« Un nombre croissant de sentences arbitrales est appelé à influencer les affaires à venir et cet argument a été invoqué pour justifier la publication systématique et rapide des sentences. Cela, estime-t-on, contribuerait à améliorer l'égalité entre les parties étant donné qu'actuellement, certaines parties et leurs représentants ne bénéficient pas des mêmes connaissances ni du même accès sur les décisions les plus récentes qui n'ont pas encore été publiées »).

¹⁵⁷⁵ SCHILL (Stephan), « Editorial: The Mauritius Convention on Transparency », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 16, issue 2, 2015.

¹⁵⁷⁶ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 107 ; OCDE, « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *supra* note 1574, p. 14 (« La publication des sentences arbitrales contribuerait au développement d'une jurisprudence grâce à laquelle investisseurs et États d'accueil saisiraient mieux comment les accords d'investissement sont interprétés et appliqués et, au bout du compte, favoriserait l'apparition d'un système plus prévisible et cohérent »).

¹⁵⁷⁷ SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *supra* note 1521, p. 370 ; MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *supra* note 1513, pp. 32 et 38 ; MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, p. 51 (« La raison principale avancée au soutien de la transparence réside dans la recherche de légitimité de l'arbitrage d'investissement auprès du public »).

l'État responsable de ses actions, ou au moins d'être informés des procédures engagées à l'encontre de l'État¹⁵⁷⁸.

B. La transparence : trouver la bonne proportionnalité

417. Le besoin d'ouverture et de transparence dans les situations où les actions des États sont contestées a gagné de l'ampleur et est désormais reconnu au niveau international, en particulier lorsque les actions de l'État visées comportent des éléments d'intérêt public. Cette section examinera les règles relatives à la possibilité pour le public d'accéder aux documents émanant de la procédure arbitrale (1), puis se penchera sur la question de l'équilibre devant être assuré entre transparence et confidentialité en matière d'arbitrage d'investissement (2).

1. L'accès du public aux documents et aux audiences

418. La notion de transparence dans les procédures d'arbitrage en matière d'investissement est large. Elle couvre divers aspects tels que la mise à disposition du public d'informations sur l'arbitrage ainsi que la sentence elle-même, l'acceptation de l'intervention des tiers, la tenue d'audiences publiques et l'accès aux principaux documents d'arbitrage¹⁵⁷⁹. Le niveau de transparence et de disponibilité des documents diffère selon les trois principales procédures d'arbitrage utilisées pour le règlement des différends en matière d'investissement. Il y a les règles très restrictives de l'arbitrage CNUDCI, qui sont les plus confidentielles et en vertu desquelles il est souvent impossible d'avoir accès aux documents. Les sentences arbitrales CNUDCI et autres documents relatifs à la procédure sont rarement publiés. L'arbitrage CIRDI traite également des questions de confidentialité de façon assez limitée et ce en fonction du consentement des parties. L'accès aux documents est plus aisé dans le cadre des procédures du chapitre 11 de l'ALENA. Il convient ainsi d'examiner ces règlements de plus près afin de comprendre l'ampleur des divergences existantes entre chacun de ces régimes procéduraux.

¹⁵⁷⁸ KENNY (William), « Transparency in Investor State Arbitration », *supra* note 1518, p. 494.

¹⁵⁷⁹ MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, pp. 36-37 (« *La transparence recouvre cinq aspects de la procédure arbitrale : l'ouverture de la procédure arbitrale (A), la publication de documents (B), la publication des sentences (C), l'accès du public aux audiences (D) et de manière plus surprenante la participation de tiers en qualité d'amicus curiae (E)* »).

a. CNUDCI

419. En ce qui concerne les audiences, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 prévoit une confidentialité renforcée des procédures en faisant du huis clos la règle par défaut¹⁵⁸⁰. Ainsi, sauf accord contraire des parties, les audiences ne seront pas ouvertes au public. Sur la question de la publication des sentences, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit, à l'article 34(5) que :

La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente.

Il convient de noter que le texte de cet article laisse comporter une certaine flexibilité découlant de l'utilisation du terme « *peut être* » plutôt que « *doit être* ». Les auteurs Kristina Knahr et August Reinisch ont observé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne traite pas expressément de la publication des compte-rendus des réunions, des plaidoiries des parties et des ordonnances du tribunal, ce qui permet de conclure que cela induit qu'il revient aux parties et aux tribunaux de se prononcer sur ces questions au cas par cas¹⁵⁸¹.

b. CIRDI

420. Le règlement d'arbitrage du CIRDI s'écarte considérablement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la possibilité pour le public d'assister aux audiences, car il n'exige pas le consentement des deux parties¹⁵⁸². L'article 32(2) du règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit que : « *Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties ... d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés.* »¹⁵⁸³ Toutefois, peu d'audiences

¹⁵⁸⁰ Article 28(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

¹⁵⁸¹ KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise », *supra* note 1524, p. 99.

¹⁵⁸² STERN (Brigitte), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, issue 1, 2007, pp. 28-29.

¹⁵⁸³ Article 32(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; voir aussi Article 39(2) du Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI.

de ce type ont eu lieu, car les audiences publiques restent soumises au veto de l'une ou l'autre des parties¹⁵⁸⁴. Le Règlement du CIRDI charge en outre les tribunaux de « *définir dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées* »¹⁵⁸⁵. Afin d'accroître la transparence, la Convention CIRDI a fait l'objet de modifications en 2006 afin de soumettre ses procédures d'arbitrage à l'examen du public. L'article 48(5) de la Convention CIRDI prévoit désormais que « *le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.* »¹⁵⁸⁶. L'article 48(4) du Règlement d'arbitrage réitère cette disposition en ajoutant que « *le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal* ». Cette obligation est étendue aux arbitres du CIRDI tenus d'un devoir de confidentialité en vertu de l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI¹⁵⁸⁷. En particulier, la publication des minutes et autres compte-rendu de procédure par le Centre n'est autorisée que si les deux parties y consentent¹⁵⁸⁸. Ces obligations de confidentialité n'excluent pas la publication d'informations sur le fonctionnement du Centre, l'enregistrement des demandes d'arbitrage ou de conciliation ou encore la manière dont chaque procédure s'est finalement dénouée¹⁵⁸⁹. La question de savoir si les parties elles-mêmes peuvent divulguer des documents au public pendant ou après la procédure n'est pas claire¹⁵⁹⁰.

c. L'ALENA

421. L'ALENA a prévu un Dépositaire public des documents comme la demande d'arbitrage, et la réception d'une telle demande¹⁵⁹¹. La position sur l'accès aux documents dans le cadre de l'ALENA a été précisée par la Commission de libre-

¹⁵⁸⁴ Pour les cas où la possibilité d'audiences publiques a été acceptée voir *Commerce Group Corporation c. Salvador*, CIRDI aff. n° ARB/09/17, Sentence, 14 mars 2011 ; *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, Sentence, 12 janvier 2011.

¹⁵⁸⁵ Article 32(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

¹⁵⁸⁶ Article 48(5) de la Convention CIRDI.

¹⁵⁸⁷ Rule 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI (La déclaration contient la stipulation suivante « *Je m'engage à tenir confidentielle toute information portée à ma connaissance du fait de ma participation à la présente instance, ainsi que le contenu de toute sentence prononcée par le Tribunal.* »).

¹⁵⁸⁸ Article 22(2) du Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁵⁸⁹ Article 22(1) du Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁵⁹⁰ KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Bewater Gauff Compromise », *supra* note 1524, p. 100.

¹⁵⁹¹ Article 1126(13) de l'ALENA (« *Le Secrétariat maintiendra un registre public des documents visés aux paragraphes 10, 11 et 12.* »).

échange (« CLE »)¹⁵⁹². La CLE a noté que rien dans l'ALENA n'imposait un devoir général de confidentialité aux parties à l'arbitrage, et que les États parties à l'ALENA n'étaient donc pas empêchés « *from providing public access to documents submitted to, or issued by a [tribunal]* »¹⁵⁹³. Seules les informations commerciales confidentielles, les informations protégées et les informations à ne pas divulguer en vertu du règlement d'arbitrage applicable en l'espèce pourront être maintenues confidentielles¹⁵⁹⁴. Les États de l'ALENA ont également déclaré que la sentence peut être rendue publique¹⁵⁹⁵, sous réserve de la suppression de toute information confidentielle ou protégée. Les membres de l'ALENA ont également précisé que tout document susceptible d'affecter la sécurité nationale et/ ou contraire à la sécurité du pays doit rester confidentiel¹⁵⁹⁶.

422. S'inspirant de l'expérience de l'ALENA, le modèle américain d'accord bilatéral d'investissement de 2004 a intégré des normes de transparence élevées par le biais de dispositions exigeant la publication des documents afférant à la procédure et la publicité des audiences, sous réserve de la protection des informations protégées¹⁵⁹⁷, et en donnant aux tribunaux le pouvoir d'accepter et d'examiner les demandes d'*amicus curiae*¹⁵⁹⁸. Ces dispositions ont été incluses dans des TBI américains ultérieurs et dans les récents chapitres sur l'investissement contenus dans les ALE, notamment dans le TBI conclu en 2008 entre les États-Unis et le Rwanda¹⁵⁹⁹ et le CAFTA¹⁶⁰⁰. Les États-Unis ont encore renforcé leur engagement en faveur de la transparence dans le modèle de TBI de 2012 en ajoutant des dispositions obligeant les parties à s'entretenir périodiquement sur le Règlement de transparence¹⁶⁰¹ et de veiller

¹⁵⁹² Commission du Libre-échange de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11, 31 juillet 2001.

¹⁵⁹³ *Idem.*

¹⁵⁹⁴ *Idem.*

¹⁵⁹⁵ Article 1137(4) et Annexe 2(b) de l'ALENA.

¹⁵⁹⁶ Articles 2102 et 2105 de l'ALENA.

¹⁵⁹⁷ Article 29 du 2004 modèle de TBI des États-Unis.

¹⁵⁹⁸ Article 28(3) du 2004 modèle de TBI des États-Unis.

¹⁵⁹⁹ Article 29 du TBI États-Unis-Rwanda.

¹⁶⁰⁰ Article 20.10 du CAFTA.

¹⁶⁰¹ Article 11(1) du 2012 modèle de TBI des États-Unis, Office Of The U.S. Trade Representative, Executive Office of the President.

à ce qu'il y ait des mécanismes de transparence inclus au sein des potentiels futurs dispositif d'appel¹⁶⁰².

2. La recherche d'équilibre entre le cadre exigeant de la transparence et la confidentialité

423. La question de savoir comment équilibrer les exigences de transparence et le besoin de confidentialité est au cœur du débat sur les procédures d'arbitrage en matière d'investissement. Les commentateurs sont d'avis que la « *confidentiality and transparency are squarely conflicting principles serving competing interests.* »¹⁶⁰³ Il n'est pas aisé de déterminer dans quelle mesure le processus d'arbitrage doit être transparent et avec quel degré la confidentialité, qui est généralement considérée comme l'une des caractéristiques fondamentales de l'arbitrage, doit prévaloir. La transparence est considérée comme l'un des aspects essentiels de la bonne gouvernance et de la responsabilité sociétale des entreprises. Cela oblige le gouvernement à publier tous les documents et autorise l'existence d'éléments non révélés au public au sein de son administration. Dans les contrats de marchés publics, par exemple, la transparence est essentielle pour réduire l'incidence de la corruption et est primordiale dans les États en voie de développement. Dans son sens générique, le terme « *transparence* » n'est pas immédiatement associé au droit international.¹⁶⁰⁴ Depuis les années 2000, la transparence est davantage reconnue dans le domaine du RDIE grâce aux efforts des ONG. Toutefois, la confidentialité reste une règle générale dans l'arbitrage d'investissement en ce qui concerne les procédures d'arbitrage et l'accès aux documents. La « *concurrence* » entre confidentialité et transparence s'est considérablement accrue et la principale difficulté consiste à trouver le bon équilibre entre ces deux valeurs.

424. Dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzanie) Limited c. Tanzanie* (« **Biwater** ») résultant d'un projet financé par la Banque Mondiale pour réparer, mettre aux normes et développer les infrastructures d'eau et de traitement des eaux usées à Dar Es

¹⁶⁰² Article 28(10) du 2012 modèle de TBI des États-Unis.

¹⁶⁰³ KNAHR (Christina) et AUGUST (Reinisch), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise », *supra* note 1524, p. 109.

¹⁶⁰⁴ SARAVANAN (Azhaham) et SUBRAMANIAN (Subramanian), « Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration », *supra* note 1513, p. 116.

Salaam¹⁶⁰⁵. *Biwater* a introduit des demandes d'arbitrage sur le fondement de l'expropriation de son investissement protégé par le TBI Tanzanie-Royaume-Uni et ce suite à la résiliation par le gouvernement tanzanien d'un contrat de location pour l'exploitation du réseau d'eau et d'eaux usées¹⁶⁰⁶. La compagnie a prétendu que la Tanzanie avait unilatéralement divulgué certains documents, dont les minutes de la première réunion du tribunal¹⁶⁰⁷ et l'Ordonnance de procédure n° 2¹⁶⁰⁸ sur internet, et a déposé une demande en vue d'obtenir des mesures provisoires en matière de confidentialité¹⁶⁰⁹. Le tribunal a mis en balance les « *intérêts concurrents* » que sont la transparence dans les procédures d'investissement et la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure d'arbitrage¹⁶¹⁰. Elle a observé qu'il n'y avait pas de « *general duty of confidentiality in ICSID arbitration* », ainsi qu'aucune « *general rule of transparency* » n'était applicable à la procédure¹⁶¹¹. Cependant le tribunal était d'accord sur le fait que la poursuite d'un litige au travers des médias, en particulier dans une affaire aussi médiatisée que l'affaire *Biwater*, était susceptible de nuire à l'intégrité de la procédure¹⁶¹². Par conséquent, la divulgation d'informations au public doit se limiter à ce qui est nécessaire sans susciter d'opposition hostile entre les parties, exacerber leurs différences ou exercer une pression excessive sur l'une d'entre elles¹⁶¹³. Finalement, le tribunal a fait droit à la demande de *Biwater* et a rendu une ordonnance en vertu de l'article 47 de la Convention CIRDI visant à préserver la confidentialité de la procédure. Le tribunal dans l'affaire *Biwater* a été félicité pour être parvenu à une conclusion nuancée qui a permis de faire la distinction non seulement entre les différents aspects de la confidentialité et de la transparence, mais aussi entre les différents types de documents concernés¹⁶¹⁴. Cette nuance était

¹⁶⁰⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Sentence, 24 juillet 2008, §§ 3-17.

¹⁶⁰⁶ *Idem.* § 16.

¹⁶⁰⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Procès-verbal de la première session du Tribunal Arbitral, 23 mars 2006

¹⁶⁰⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Ordonnance de Procédure n° 2, 24 mai 2006

¹⁶⁰⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Ordonnance de Procédure n° 3, 29 septembre 2006, § 13.

¹⁶¹⁰ *Idem.* § 112.

¹⁶¹¹ *Idem.* § 121.

¹⁶¹² *Idem.* § 136.

¹⁶¹³ *Idem.* § 149.

¹⁶¹⁴ KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The *Biwater Gauff* Compromise », *supra* note 1524, pp. 106-107 (« *the*

nécessaire puisque le tribunal a observé que le besoin de transparence accrue dans le domaine, entre autres facteurs, allait à l'encontre de la mesure provisoire sollicitée par le demandeur¹⁶¹⁵, bien qu'il existe des exceptions à cette norme¹⁶¹⁶. En conséquence, il a été interdit aux deux parties de divulguer les comptes rendus des réunions, les documents produits par la partie adverse, les mémoires de la partie adverse et les correspondances entre les parties et/ou avec le tribunal. Les parties n'étaient autorisées qu'à divulguer les éléments généraux sur le litige et étaient toutefois libres de demander au tribunal de lever ces restrictions si cela est justifié¹⁶¹⁷.

425. Malgré les prétendus avantages de la transparence, celle-ci a également des effets négatifs notables. Tout d'abord, une transparence accrue implique de rendre accessibles au public les documents relatifs à la procédure. Cela peut entraîner une augmentation des coûts d'arbitrage qui sont déjà élevés¹⁶¹⁸. En outre, elle entraînerait probablement des retards dans la procédure arbitrale, ce qui est contraire à ce qui est perçu comme l'un des avantages de l'arbitrage, à savoir son efficacité¹⁶¹⁹. De plus, une transparence accrue peut entraîner une ingérence des médias et des pressions politiques sur les parties, ce qui met en péril l'intégrité de la procédure arbitrale et peut même aggraver le litige¹⁶²⁰. La divulgation des sentences et autres documents de procédure peut également avoir un effet négatif sur le déroulement de la procédure car elle peut compromettre les stratégies des parties. La publication complète des documents permettra également aux investisseurs qui souhaitent intenter une procédure de RDIE d'être mieux informés sur la manière de mener à bien de telles procédures, ce qui peut

Tribunal distinguished between various kinds of documents of the proceedings, i.e., minutes of hearings, pleadings or written memorials of the parties, and decisions or orders of the tribunal. It reached different conclusions as to the permissibility of publication and distribution of these documents. »).

¹⁶¹⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Ordonnance de Procédure n° 3, 29 septembre 2006, § 133.

¹⁶¹⁶ *Idem.* § 134.

¹⁶¹⁷ *Idem.* § 163.

¹⁶¹⁸ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency And Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, p. 352 ; BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 113.

¹⁶¹⁹ RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 58.

¹⁶²⁰ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 110 ; MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency and Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, p. 354.

être préjudiciable pour l'État concerné. Enfin, la transparence suppose une atteinte à la confidentialité pouvant conduire à la divulgation d'informations commerciales sensibles et même de secrets d'État¹⁶²¹.

426. Certains commentateurs ont averti qu'un excès de transparence pourrait avoir des effets négatifs¹⁶²². Tel que l'a fait remarquer le Professeur Sarita Woolhouse :

*Complete transparency has the potential to make proceedings unwieldy. Also, it is doubtful whether complete transparency ... is always necessary to protect the interest of the public at large. Many governmental decisions are undertaken everyday without immediate scrutiny or involvement by the public ... Conduct of an investment treaty arbitration by a government should not usually be in a different category from other types of States' conduct*¹⁶²³.

Dans le même ordre d'idées, on a fait valoir que bien que les aspects liés à la transparence revêtent une grande importance compte tenu des considérations d'ordre public, le niveau requis de divulgation souvent suggéré est *excessif*¹⁶²⁴. Une divulgation exagérée risque de compromettre gravement l'intégrité procédurale d'un litige en rendant les parties et la procédure « *vulnerable to media and political pressure* »¹⁶²⁵. La pression politique, l'interférence des médias et les calculs effectués

¹⁶²¹ *Idem.* p. 112.

¹⁶²² RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 59 (« *transparency can result in delays and higher costs... These disadvantages may be minimised by limiting the length of non-party submissions and by mandating that a non-party must have a sufficient interest as a prerequisite to involvement.* ») ; RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis », *supra* note 1530, p. 294 (« *it is important to use concepts appropriate to the task of objectively evaluating the need and modalities of additional openness when examining transparency in arbitral proceedings.* ») et p. 299 (« *Of special concern is the possibility that claimant investors will relate an extreme and one-sided view of the facts underlying an investment dispute, imposing upon the respondent State the burden of criticism on a diplomatic level, immediate negative effects on external perceptions of its investment climate, pressure from international lenders, and other negative effects long before the parties' positions are assessed by an arbitral tribunal. In the worst case, an investor-claimant may initiate arbitration precisely with these effects in mind, hoping to obtain 'nuisance value' compensation through extensive publicity, without regard to the actual merits (or absence thereof) of its claim.* »).

¹⁶²³ WOOLHOUSE (Sarita), « Transparency and Procedural Integrity of Arbitration – The Biwater Tribunal's Balancing Act », *TDM*, vol. 3, issue 5, 2006, p. 8.

¹⁶²⁴ KENNY (William), « Transparency in Investor State Arbitration », *supra* note 1518, p. 491 ; BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, pp. 2828-2831.

¹⁶²⁵ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1514, p. 110 ; MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency And Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, p. 354 (« *Transparency and full public disclosure can breach obligations to observe the procedural integrity of the dispute and not to aggravate the dispute. The fear is that by disclosing arbitration*

hors contexte peuvent ultérieurement affecter les perspectives de règlement amiable d'un litige¹⁶²⁶. De plus, il ne faut pas oublier que les ONG qui font pression pour la transparence sont guidées par leurs propres agendas, comme toute entité sociale, et que leurs objectifs ne sont pas toujours clairs¹⁶²⁷. En outre, contrairement aux avantages susmentionnés de la transparence, le Professeur David Caron souligne qu'il y a des limites à ce que la transparence peut accomplir et que « *transparency can[not] guarantee integrity and accuracy* »¹⁶²⁸. Par conséquent, les critiques adressées au manque de transparence doivent être pondérées.

427. L'impact potentiel sur la capacité des parties à accéder à un processus juste et équitable est l'un des arguments contre une transparence accrue. Bien que l'argument portant sur l'intérêt du public aux arbitrages d'investissement impliquant des problématiques d'ordre public est valable, certaines entités commerciales sont également en mesure de se demander si l'intérêt du public dans certaines procédures de RDIE ne serait pas exagéré. Le Professeur Gary Born note en particulier la disparité dans la transparence entre les petites affaires comportant un intérêt public limité et les grands arbitrages entre des entreprises publiques et des entités étatiques¹⁶²⁹. Ces derniers peuvent avoir un impact sur un secteur beaucoup plus large mais sont néanmoins confidentiels. Pour les petits investisseurs qui n'ont pas les ressources ou l'expérience des relations publiques d'un grand État, le temps et les ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire aux exigences de transparence seraient contre-productifs et constitueraient une contrainte injuste¹⁶³⁰. La suppression de la confidentialité peut donc exacerber un conflit ou empêcher une partie d'agir car les informations relatives à l'intérêt public pourraient être divulguées de manière malhonnête à des fins politiques ou tactiques¹⁶³¹. Néanmoins, si une transparence

proceedings, the dispute becomes politicized and subject to pressure by the media and the general public. »).

¹⁶²⁶ BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *idem*. p. 112.

¹⁶²⁷ RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – ‘Transparency’ in Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis », *supra* note 1530, p. 294.

¹⁶²⁸ CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 230.

¹⁶²⁹ BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, *supra* note 1624, p. 2829.

¹⁶³⁰ *Idem*. p. 2830.

¹⁶³¹ *Idem*. p. 2831.

accrue peut être bénéfique, ce mouvement comporte des risques. Ainsi, il doit y avoir un équilibre entre la transparence et la confidentialité dans le RDIE.

428. Dans la mesure où il existe des raisons légitimes aux différentes approches concernant le maintien de la confidentialité, cette dernière ne devrait pas être automatiquement abandonnée au profit de la transparence dans les litiges entre investisseurs et États. Une approche mesurée, dans laquelle les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire pendant la durée de la procédure arbitrale de régler et de restreindre les divulgations publiques si nécessaire afin de sauvegarder l'intégrité et la cohérence des sentences arbitrales, est importante. Une fois la procédure terminée, la sentence finale devrait être publiée rapidement et les conclusions des parties devraient également être mises à disposition, sous réserve du droit de chaque partie de demander au tribunal la suppression de certaines catégories d'informations sensibles telles que les secrets d'affaires ou d'autres informations commerciales confidentielles ainsi que les informations protégées en vertu de la législation d'une partie¹⁶³².

II. LA PARTICIPATION DES TIERS AU RDIE : L'ACCROISSEMENT DE LA TRANSPARENCE ?

429. L'arbitrage international a traditionnellement été considéré comme privé et confidentiel, axé sur la résolution des litiges entre deux parties. Il n'y a généralement pas de participation de tiers, la compétence du tribunal étant limitée aux parties en litige. Sauf accord contraire des parties, les tiers ne peuvent pas présenter de conclusions orales ou écrites devant le tribunal ni assister aux audiences. Contrairement à l'arbitrage commercial, où les litiges découlent d'obligations contractuelles, l'arbitrage en matière d'investissement implique l'examen des mesures prises par les États en leur qualité de d'États souverains. La conduite des États est examinée et leur responsabilité est engagée conformément aux normes de traitement énoncées dans le traité applicable. Cet examen des actes souverains par le droit international soulève souvent des questions d'intérêt public.

430. On fait valoir qu'une façon d'obtenir une plus grande transparence du RDIE réside dans la participation publique des parties non contestataires également connues

¹⁶³² Voir BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », *supra* note 1537, p. 37.

sous le nom d'« *amici curiae* » ou « *amicus curiae* »¹⁶³³. Originnaire du droit romain, elle permettait à un tribunal de disposer d'informations juridiques qui dépassaient sa compétence. *Amicus curiae* signifie « l'ami de la cour » ; il s'agit d'un mécanisme procédural par lequel « un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre des parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son raisonnement »¹⁶³⁴. Le rôle traditionnel d'un *amicus curiae* est :

*[D'] attirer l'attention des tribunaux sur des éléments de fait ou de droit pertinent, en vue de la résolution du litige en cause, et notamment sur des précédents judiciaires qui, pour diverses raisons, n'auraient pas été invoqués par les parties*¹⁶³⁵.

Les *amicus curiae* ne sont pas considérés comme des parties à la procédure et sont généralement autorisés à présenter des déclarations écrites ; ils sont traditionnellement rarement invités à présenter des observations orales devant les tribunaux arbitraux.

431. L'intervention des *amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement n'a pas été sans controverse. Défendue par des groupes d'intérêts spéciaux et des ONG prétendant défendre les intérêts sociaux, environnementaux et politiques des personnes touchées par les différends en matière d'investissement, la participation de l'*amicus curiae* se heurte néanmoins souvent à la résistance des parties au litige. Cette section examinera l'appel lancé par les ONG et les groupes de la société civile en faveur de la présentation de mémoires d'*amicus curiae* (A), ainsi qu'une discussion sur les avantages et les inconvénients de la participation du public aux procédures de RDIE (B).

A. L'évolution du rôle des *Amicus Curiae*

432. Bien que la rhétorique du « retour de bâton » soit utilisée par les ONG pour justifier leurs intérêts dans les arbitrages d'investissement, le phénomène de la

¹⁶³³ ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *Journal of International Arbitration*, vol. 29, no. 2, 2012, p. 205.

¹⁶³⁴ MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, p. 50 ; GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *Fordham International Law Journal*, vol. 35, issue 2, 2012, p. 516.

¹⁶³⁵ GRISEL (Florian) et VIÑUALES (Jorge), « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, issue 2, 2007, p. 385.

participation d'*amicus curiae* s'inscrit dans une tradition beaucoup plus ancienne de participation des ONG au développement du droit international¹⁶³⁶. Le mouvement en faveur de la participation du public aux procédures de RDIE a pris de l'ampleur au même titre qu'une impulsion en faveur de la transparence impliquant « *mounting public concern regarding the system's legitimacy and accountability.* »¹⁶³⁷ Cette pression a été initialement exercée dans le cadre de l'ALENA¹⁶³⁸, en raison de l'insatisfaction de la société civile quant à l'issue d'affaires telles que *Metalclad*¹⁶³⁹ ou *S.D. Myers*¹⁶⁴⁰ dans lesquelles ont été prétendument ignorés certains objectifs en matière d'environnement et de développement durable¹⁶⁴¹. C'est sur cet arrière-plan de silence dans les règles en vigueur que les parties tierces ont commencé à s'impliquer dans les arbitrages d'investissement, et ont sollicité l'autorisation d'y participer au début des années 2000. Les tribunaux qui devaient répondre à ces demandes le faisaient, en pratique, de façon discrétionnaire puisqu'aucune disposition en la matière n'étaient disponibles. La Section suivante traite du rôle des *amicus curiae* en arbitrage d'investissement et évoque les récentes réformes de l'ALENA (1) et du CIRDI (2). Les affaires précitées ainsi que les réformes émanant de différentes institutions ont permis de poser les règles pratiques en matière d'*amicus curiae* et de prévoir l'insertion de ce mécanisme au sein de différents règlements¹⁶⁴². Les commentateurs

¹⁶³⁶ KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae » *supra* note 1546, p. 282.

¹⁶³⁷ LEVINE (Eugenia), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, issue 1, 2011, p. 200.

¹⁶³⁸ BEN HAMIDA (Walid), « Conférence de l'Association Suisse de l'Arbitrage : Investment Treaties and Arbitration, Zurich 25 janvier 2002 », *Forum Du Droit International*, vol. 4, no. 2, 2002, p. 88 (« *Plusieurs organisations non gouvernementales reprochent à ce mécanisme, par lequel les investisseurs étrangers n'hésitent pas à contester le pouvoir des États de légiférer pour la protection de l'environnement et la réalisation du bien-être des citoyens, le manque de transparence et l'opacité. Dans deux sentences récentes, les tribunaux arbitraux se sont déclarés compétents pour accepter l'intervention de l'amicus curiae dans des procédures d'arbitrage engagées sur le fondement du Chapitre 11 de l'ALENA* ») ; *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention de tiers en qualité d' « Amici Curiae », 15 janvier 2001 ; *United Parcel Service of America, Inc. c. Canada*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention et participation de tiers en qualité d' « Amici Curiae », 17 octobre 2001 ; voir aussi STERN (Brigitte), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *supra* note 1582, pp. 29-30.

¹⁶³⁹ *Metalclad Corporation c. États-Unis*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000.

¹⁶⁴⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000.

¹⁶⁴¹ *Idem.* p. 69.

¹⁶⁴² ALEXANDROV (Stanimir) et CARLSON (Marinn), « The Opportunity to Be Heard: Accommodating Amicus Curiae Participation in Investment Treaty Arbitration », in FERNANDEZ-BALLESTER (Miguel) *et al.*, (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Wolters Kluwer España,

s'en font l'écho en notant que les développements jurisprudentiels, qui ont désormais trouvé leur place dans les règles applicables, peuvent être attribués aux efforts constants de la société civile en la matière¹⁶⁴³.

1. L'ALENA

433. L'avènement des mémoires *d'amicus curiae* dans l'arbitrage en matière d'investissement a été marqué par l'arrêt précurseur *Methanex Corporation c. United States*¹⁶⁴⁴ ; il s'agit d'un arbitrage placé sous l'égide de ALENA contestant la mesure sanitaire et environnementale adoptée par l'État de Californie visant à interdire le MTBE dans l'essence en raison de la contamination de l'eau potable¹⁶⁴⁵. Des ONG de protection de l'environnement, dont *Communities for a Better Environment*, le *Bluewater Network of Earth Island Institute*, le Centre pour le droit international de l'environnement et l'Institut international du développement durable, ont demandé le statut d'*amicus curiae* afin d'engager une procédure et présenter leur opinion concernant un problème important lié à l'environnement et à la protection de la santé¹⁶⁴⁶. Pour rendre sa décision, le tribunal s'est appuyé sur la pratique consistant à autoriser des tierces parties à présenter des observations devant le tribunal des réclamations Iran-États-Unis ainsi que dans le cadre des procédures sous l'égide de l'OMC¹⁶⁴⁷, étant donné que ces deux institutions permettent la participation de tierces parties¹⁶⁴⁸. Le tribunal *Methanex* a décidé d'accepter leurs observations écrites en vertu de l'article 15(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'article 15(1) accorde au tribunal d'arbitrage un large pouvoir discrétionnaire sur la manière dont la procédure d'arbitrage doit être conduite, en effet « *le tribunal arbitral peut procéder*

2010, pp. 53 et 61 (« *The changes to the NAFTA and ICSID rules ... reflected and memorialized the already evolving, and quite consistent, practice of tribunals.* »).

¹⁶⁴³ MENETREY (Séverine), « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales », *supra* note 1561, p. 150 (« *L'évolution jurisprudentielle qui s'est opérée sous l'impulsion des acteurs de la société civile a eu, grâce à l'appui de certains États, des répercussions sur les textes internationaux* »).

¹⁶⁴⁴ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention de tiers en qualité d' « Amici Curiae », 15 janvier 2001.

¹⁶⁴⁵ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Sentence finale du Tribunal sur la compétence et le fond, 3 août 2005, § 1 ; voir Chapitre 1, Section 2, I. A. 2.

¹⁶⁴⁶ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Pétition amendée des « *Communities for a Better Environment* », « *the Bluewater Network of Earth Island Institute* », et le « *Center for International Environmental Law* » à comparaître conjointement en qualité d'Amicus Curiae, 13 octobre 2000, § 2.

¹⁶⁴⁷ *Idem*. §§ 32-33.

¹⁶⁴⁸ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 34, issue 3, 2019, p. 637.

comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stage de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens »¹⁶⁴⁹. Le tribunal *Methanex* a estimé que la participation d'un *amicus curiae* relevait de la procédure¹⁶⁵⁰ et que l'exercice de ce pouvoir ne posait pas de risque immédiat de traitement inégal des parties¹⁶⁵¹. Selon le tribunal, la charge qui incombe à la requérante de répondre à une demande d'*amicus curiae* ne saurait être considérée comme inévitablement excessive¹⁶⁵². *Methanex* a établi un précédent car il s'agissait du premier différend moderne en matière d'investissement permettant la participation d'une partie non contestataire à la procédure d'arbitrage¹⁶⁵³. Ainsi, ce sont les requêtes des acteurs non étatiques qui ont sans doute amené les tribunaux arbitraux à interpréter leurs pouvoirs procéduraux de manière suffisamment large afin de leur permettre d'intervenir dans la procédure dans des circonstances appropriées.

434. La conclusion est similaire dans l'affaire *United Parcel Services of America, Inc. (« UPS ») c. Canada*, concernant une plainte d'UPS selon laquelle les services postaux canadiens utilisaient de manière inappropriée leur monopole dans le domaine de la livraison de courrier afin d'exercer une concurrence déloyale sur les services de livraison de courrier et de colis du secteur privé, en violation de plusieurs dispositions de l'ALENA¹⁶⁵⁴. L'Union canadienne des travailleurs postaux et le Conseil des Canadiens ont sollicité la représentation des intérêts des travailleurs postaux canadiens en qualité d'*amicus curiae*¹⁶⁵⁵. Les auteurs d'*amicus curiae* ont fait valoir que l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI conférait au tribunal de larges pouvoirs

¹⁶⁴⁹ Article 15(1) du règlement d'arbitrage de 1976 (désormais Article 17(1) du règlement d'arbitrage 2010).

¹⁶⁵⁰ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention de tierces personnes en tant que « Amici Curiae », 15 janvier 2001, § 25.

¹⁶⁵¹ *Idem*. § 37.

¹⁶⁵² *Idem*. § 36.

¹⁶⁵³ ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *supra* note 1633, p. 209.

¹⁶⁵⁴ *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, CNUDCI, Sentence sur le fond, 22 juin 2005, § 11.

¹⁶⁵⁵ *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, CNUDCI, Pétition adressée au tribunal arbitral par le Syndicat canadien des travailleurs et travailleuses des postes et le Conseil des Canadiens, 8 novembre 2000, §§ 1-2 ; voir aussi *UPS c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention et de participation en qualité d'Amicus Curiae, 17 octobre 2001, § 1.

« *to accord standing to third parties on whatever terms it deems appropriate* »¹⁶⁵⁶. Toutefois, contrairement à *Methanex*, les parties à l'arbitrage n'ont pas contesté le pouvoir du tribunal d'autoriser les mémoires soumis par des *amicus curiae*¹⁶⁵⁷. À la lumière de l'accord des parties, le tribunal a conclu qu'il avait le pouvoir de recueillir des observations d'*amicus curiae* dans cet arbitrage. Le tribunal dans l'affaire *UPS* s'est également appuyé sur la pratique du tribunal des réclamations Iran-États-Unis et de l'organe d'appel de l'OMC¹⁶⁵⁸. En accordant un droit aux *amicus curiae*, le tribunal dans l'affaire *UPS* a de nouveau mis l'accent sur la nécessité de légitimer les procédures d'arbitrage en favorisant le recours à l'intervention publique¹⁶⁵⁹. Depuis les affaires *Methanex* et *UPS*, les autres tribunaux appliquant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ont repris quasi systématiquement ces décisions afin de fonder le droit général des tribunaux arbitraux d'autoriser les observations des *amicus curiae*¹⁶⁶⁰.

435. Le recours à l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à permettre la présentation d'observations en qualité d'*amicus curiae* a fait l'objet de critiques de la part de certains commentateurs juridiques¹⁶⁶¹. En particulier, le texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne mentionne ni la participation d'*amicus curiae* ni aucun autre mécanisme similaire. En conséquence, l'altération significative de la procédure arbitrale fondée sur l'article 15 a été remise en question par le Président de la Cour d'arbitrage de Singapour, le Professeur Gary Born :

¹⁶⁵⁶ *UPS c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, Pétition adressée au tribunal arbitral par le Syndicat canadien des travailleurs et travailleuses des postes et le Conseil des Canadiens, 10 mai 2001, § 2(v).

¹⁶⁵⁷ *UPS c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention et de participation en qualité d'Amicus Curiae, 17 octobre 2001, §§ 5-10, 44-58.

¹⁶⁵⁸ *Idem.* §§ 59-73.

¹⁶⁵⁹ *Idem.* § 70 (« [The Tribunal] recalls as well the emphasis placed on the value of greater transparency for proceedings such as these. Such proceedings are not now, if they ever were, to be equated to the standard run of international commercial arbitration between private parties. »).

¹⁶⁶⁰ Voir e.g. *Chevron Corp et Texaco Petroleum Corp c. Équateur*, CNUDCI, CPA aff. n° 2009-23, Ordonnance de procédure n° 8, 18 avril 2011, § 20 ; *Eureko BV c. Slovaquie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2008-13, Sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension, 26 octobre 2010 ; *Detroit International Bridge Co c. Canada*, CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 3, 27 mars 2013, § 28 ; *European American Investment Bank AG (Austria) c. Slovaquie* CNUDCI, CPA aff. n° 2010-17, Sentence sur la compétence, 22 octobre 2012, § 25 ; *Glamis Gold, Ltd c. États-Unis*, CNUDCI/ALENA, Décision sur la demande et la soumission d'un mémoire par la nation indienne Quechan, 16 septembre 2009, § 9 ; *Mesa Power Group, LLC c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-17, Ordonnance de procédure n° 1, 21 novembre 2012, § 18.1 ; *Resolute Forest Products Inc c. Canada*, CNUDCI, CPA aff. n° 2016-12, Ordonnance de procédure n° 1, 29 juin 2016, § 16.

¹⁶⁶¹ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention de tiers en qualité d'Amicus Curiae, 15 janvier 2001, § 31.

[Article 15] contain[s] general grants of procedural authority that are directed entirely at ensuring the fairness of the ‘arbitration’ between specified ‘parties’ to an arbitration agreement. [It] [does][not] extend the authority of the tribunal to permit non-disputing parties to intervene in, and participate in, the arbitral process¹⁶⁶².

Ce point de vue est conforme à l’idée qu’il n’a jamais été question de la participation d’*amicus curiae* dans le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI élaboré en 1976 en vue de la résolution des litiges dans le domaine commercial. Il est donc difficile d’interpréter un instrument de manière qu’il permette implicitement la participation d’*amicus curiae*¹⁶⁶³.

436. À la suite des deux demandes d’*amicus curiae* dans les affaires *Methanex* et *UPS*, la Commission de libre-échange de l’ALENA (« **Déclaration de la CLE** ») a précisé qu’aucune disposition de l’ALENA ne limite le pouvoir discrétionnaire des tribunaux arbitraux d’accepter les observations des parties non contestataires.¹⁶⁶⁴ La CLE observe que « *no provision of the [NAFTA] limits a Tribunal’s discretion to accept [such] submissions* »¹⁶⁶⁵. La déclaration de la CLE recommande aux tribunaux d’adopter certaines procédures au moment de décider de la recevabilité des mémoires d’*amicus curiae*. En particulier, le paragraphe B6 prévoit qu’un tribunal examinera, entre autres, la mesure dans laquelle : (a) le mémoire aiderait le tribunal arbitral à

¹⁶⁶² BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 638.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ ALENA, Déclaration conjointe après la réunion de la Commission du libre-échange, « Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d’une tierce partie », 7 octobre 2003, § A.1 ; DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », in EULER (Dimitrii) *et al.* (eds), *Transparency in International Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, § 28 (« *Although the NAFTA FTC Statement is not binding upon tribunals as such, the consistent reliance on its content by investment arbitral tribunals and compliance with its procedures by third persons evinces the impact that the Statement has had on investment arbitration practice.* ») ; voir aussi PEARSALL (Patrick), « The ISDS Trinity and Early State Practice in Investor State Arbitration », in KALICKI (Jean) et RAOUF (Mohamed) (eds.), *Evolution and Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 20, 2019, p. 685 (« *Without question, the Methanex tribunal’s decision that it had discretion to permit third-party submissions and would exercise that discretion in favor of acceptance was instrumental in the ultimate decision by the NAFTA Parties to issue the FTC Statement. The FTC Statement adopted much of the Methanex tribunal’s approach and read: ‘No provision of the North American Free Trade Agreement (‘NAFTA’) limits a Tribunal’s discretion to accept written submissions from a person or entity that is a not a disputing part’* »).

¹⁶⁶⁵ DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *idem.* § A.1 (« *No provision of the North American Free Trade Agreement (« NAFTA ») limits a Tribunal’s discretion to accept written submissions from a person or entity that is not a disputing party (a ‘non-disputing party’)* »).

déterminer une question de fait ou de droit litigieuse en apportant un point de vue, une connaissance ou une idée distincte des parties au litige ; (b) le mémoire porterait sur des questions relevant du litige ; (c) la partie non contestataire dispose d'un intérêt important dans l'arbitrage ; et (d) l'objet de l'arbitrage présente un intérêt public.¹⁶⁶⁶ Le paragraphe B7 prévoit en outre que le tribunal veillera à ce que le mémoire présenté par l'*amicus curiae* ne perturbe pas la procédure ou ne fasse pas peser une charge ou un préjudice injustifié sur l'une ou l'autre des parties au litige. Les demandes de mémoire par un *amicus curiae* ainsi que les mémoires eux-mêmes doivent respecter diverses exigences formelles. La déclaration de la CLE a été notamment le premier instrument de ce type à « *acknowledge that third person participation is not necessarily predicated on the consent of the parties.* »¹⁶⁶⁷ La Déclaration de la CLE a été considérée comme une évolution majeure dans l'arbitrage entre investisseurs et États. Les commentateurs juridiques ont également salué la Déclaration de la CLE, notant qu'elle a « *powerfully influenced amicus provisions in a range of other FTAs* »¹⁶⁶⁸. Hormis la déclaration de la CLE, il n'existait aucune autorité soutenant la position générale selon laquelle la participation des *amicus curiae* devrait être autorisée par les tribunaux¹⁶⁶⁹.

437. Suite à la Déclaration de la CLE, le modèle de TBI américain de 2004 a été modifié de manière à permettre la mise à disposition des documents au public¹⁶⁷⁰, en

¹⁶⁶⁶ *Idem.* § B.6.

¹⁶⁶⁷ DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *supra* note 1664, § 28.

¹⁶⁶⁸ LAMB (Sophie) *et al.*, « Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration », *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 5, issue 2, 2016, p. 74 (« *In addition to being regularly cited by NAFTA tribunals, the FTC Statement has powerfully influenced amicus provisions in a range of other FTAs, investment treaties and arbitral rules. In particular, many of these instruments contain similar criteria to those set out in Paragraphs B6 and B7 of the FTC Statement.* ») ; THOMAS (John), « Amicus Curiae in ICSID Arbitration », in KINNEAR (Meg) *et al.* (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 687 (« *[T]he ministerial-level Free Trade Commission ('FTC') [laid] down procedures intended to govern amicus interventions, after two NAFTA tribunals' decisions to allow non-disputing parties to make such interventions. [T]hese developments were considered and followed by ICSID tribunals and were later reflected in the 2006 amendments to the ICSID Arbitration Rules.* ») ; DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *idem.* § 7 (« *NAFTA paved the way for the role of third persons as early as 2003 when...the [FTC] issued a statement on non-disputing party participation setting out a detailed procedure by which non-disputing party submissions could be made to an investment arbitral tribunal ... This breakthrough development at NAFTA was followed, in 2006, by the amendments to the ICSID Rules.* »).

¹⁶⁶⁹ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 637.

¹⁶⁷⁰ Voir Traité entre les États-Unis d'Amérique et le [pays] concernant l'encouragement de la protection réciproque des investissements 2004 (« **2004 US Model BIT** »), Article 29(1).

prévoyant des audiences publiques¹⁶⁷¹ et la possibilité de soumettre des mémoires d'*amicus curiae*¹⁶⁷². Le FIPA canadien de 2004, au-delà de disposer que tous les documents seront promptement mis à la disposition du public et que toutes les audiences seront ouvertes au public, confirme à l'article 39 la possibilité de présenter des mémoires d'*amicus curiae* au tribunal et élabore des lignes directrices relatives à leur recevabilité.¹⁶⁷³

2. CIRDI

438. Alors que la nécessité d'une plus grande transparence dans l'arbitrage d'investissement avait été soulevée une décennie avant l'arbitrage *Aguas del Tunari c. Bolivie* en 2001¹⁶⁷⁴, cette affaire a été la première à aborder la question du pouvoir d'un tribunal du CIRDI d'autoriser la participation des ONG¹⁶⁷⁵. Dans l'affaire *Aguas del Tunari* (« *AdT* »), connue sous le nom de l'affaire *Bechtel*, la compagnie des eaux n'a pas pu développer son projet car les citoyens de la ville de Cochabamba ont décidé de protester massivement contre la privatisation des services d'eau et de traitement des eaux usées avec pour conséquence l'annulation de la concession.¹⁶⁷⁶ C'est pourquoi, AdT a formé une demande d'arbitrage contre la Bolivie pour violation du TBI Pays-Bas-Bolivie¹⁶⁷⁷. Bien que les arbitrages du CIRDI ne soient pas publics, le Secrétariat du CIRDI tenait à l'époque une liste des procédures sur son site web indiquant l'identité des membres du tribunal¹⁶⁷⁸. En conséquence, quatre groupes

¹⁶⁷¹ *Idem*. Article 29(2) (« *The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.* »).

¹⁶⁷² *Idem*. Article 28(3) (« *The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.* »).

¹⁶⁷³ Voir Articles 38(1), 38(3) et 39 de 2004 Accord du Canada concernant la Promotion et la Protection des Investissements.

¹⁶⁷⁴ *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Décision sur les exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur, 21 octobre 2005 (« *Aguas del Tunari* »), § 8.

¹⁶⁷⁵ CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 220 (« *Aguas del Tunari arbitration, this case was the first to address the issue of an ICSID tribunal's authority to allow participation by non-governmental organizations (NGOs). It became a focus for what would become the movement for transparency and the evolution that followed, particularly within ICSID.* »).

¹⁶⁷⁶ *Aguas del Tunari*, § 66.

¹⁶⁷⁷ *Idem*. § 3.

¹⁶⁷⁸ CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 220.

environnementaux de même que quatre individus représentés par *Earthjustice* ont demandé à être entendus en tant qu'*amicus curiae*¹⁶⁷⁹. Ces derniers ont demandé le droit de déposer des observations écrites, la divulgation des mémoires versés par les parties, la participation aux audiences et la visite des lieux par le tribunal. Rejetant ces demandes sous la forme d'une lettre adressée à l'avocat des requérants, le tribunal a observé que ces demandes « *[we]re beyond the power or the authority of the Tribunal to grant* »¹⁶⁸⁰. Il a en outre observé que « *[t]he interplay of the two treaties involved ... and the consensual nature of arbitration places the control of the issues [raised] with the parties, not the Tribunal.* »¹⁶⁸¹ Les parties n'ayant pas donné leur accord, le tribunal n'avait pas le pouvoir d'autoriser une quelconque forme d'intervention d'un tiers¹⁶⁸². Comme le souligne l'arbitre Brigitte Stern à l'égard de cette décision : « *C'est donc la nature consensuelle de l'arbitrage qui est mise en avant, pour expliquer que le tribunal n'estime pas avoir le pouvoir de laisser intervenir des tiers dans un arbitrage fondé sur le consentement réciproque des deux parties* »¹⁶⁸³.

439. La décision dans l'affaire *Bechtel* a fait l'objet de nombreuses critiques et il a été avancé que l'approche adoptée par le tribunal priverait le public d'attentes raisonnables¹⁶⁸⁴. A la suite de cette affaire, le *New York Times* a décrit les tribunaux CIRDI comme étant des « *Secret Trade Courts* »¹⁶⁸⁵. Les commentateurs ont critiqué le manque de transparence des arbitrages entre investisseurs et États et l'accès de la

¹⁶⁷⁹ *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Pétition des ONG et individus pour participer en tant que partie intervenante ou *amicus curiae*, 29 août 2002, § 3.

¹⁶⁸⁰ *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Lettre du Président aux ONG demandant à participer en tant qu'*amicus curiae*, 29 janvier 2003, p. 1 ; voir aussi *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Décision sur les exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur, 21 octobre 2005, § 15.

¹⁶⁸¹ *Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Lettre du Président aux ONG demandant à participer en tant qu'*amicus curiae*, 29 janvier 2003, p. 1.

¹⁶⁸² *Ibid.*

¹⁶⁸³ STERN (Brigitte), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *supra* note 1582, p. 12.

¹⁶⁸⁴ MISTELIS (Loukas), « Confidentiality and Third Party Participation *UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States* », *supra* note 1566, p. 223 (« *In investment disputes where amicus briefs are not accepted there is criticism that tribunals are secretive and that related bans on public participation, as in the case of Bechtel over access to water, deprive the public of reasonable expectations. There is widespread support for the view that investment disputes should be to a great extent in the public domain and that the public at large, as well as specific pressure groups, have a genuine interest in such disputes.* »).

¹⁶⁸⁵ DEPALMA (Anthony), « NAFTA's Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Dispute, But Go Too Far, Critics Say », *supra* note 303 ; voir aussi « The Secret Trade Courts », *supra* note 1140.

société civile à ces arbitrages¹⁶⁸⁶. Une ONG s'étant vue refuser la possibilité d'intervenir en qualité d'*amicus curiae*, elles ont condamné la décision comme étant « *profondément antidémocratique* », et constituant « *un inexcusable processus à huis-clos* » ainsi qu'un « *exemple extrême du pouvoir excessif accordé aux entreprises* »¹⁶⁸⁷. L'affaire *Bechtel* est ainsi devenue la cible de ce qui allait devenir le mouvement pour la transparence et l'évolution qui a suivi, en particulier au sein du CIRDI¹⁶⁸⁸.

440. En 2006, le Règlement d'arbitrage et le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI ont été modifiés pour inclure des dispositions relatives aux *amicus curiae*. Ces modifications ont fait suite à un document de travail de 2004 dans lequel le Secrétariat du CIRDI a reconnu que « *[t]here may well be cases where the process could be strengthened by submissions of third parties, not only civil society organizations but also for instance business groups or, in investment treaty arbitrations, the other States parties to the treaties concerned* »¹⁶⁸⁹. L'article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI de 2006¹⁶⁹⁰ et l'article 41(3) du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI habilite les tribunaux à autoriser les mémoires d'*amicus curiae* relatifs à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend et après avoir consulté les parties. Pour décider d'accepter ou non un mémoire d'*amicus curiae*, le tribunal doit notamment examiner dans quelle mesure : (a) le mémoire de la partie non contestante permettrait au tribunal de trancher une question de fait ou de droit liée

¹⁶⁸⁶ Voir e.g. CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit », *supra* note 289, p. 811.

¹⁶⁸⁷ EarthJustice, « Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit Over Access to Water », *Press Release*, 12 février, 2003.

¹⁶⁸⁸ CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », *supra* note 1513, p. 220.

¹⁶⁸⁹ CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 9.

¹⁶⁹⁰ Article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI dispose que : *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure : (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ; (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ; (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.*

à la procédure en apportant un point de vue, une connaissance ou une idée particulière qui serait différent de celui des parties directement impliquées ; (b) le mémoire de l'*amicus curiae* porterait sur une question qui entre dans le cadre du litige ; et (c) l'*amicus curiae* potentiel a un intérêt significatif dans la procédure. Cette formulation est très similaire à la Déclaration de la CLE, sauf qu'elle n'oblige pas les tribunaux à examiner si l'objet de l'arbitrage présente un intérêt public. Toutefois, dans la pratique, les tribunaux du CIRDI prennent généralement en considération la question de l'intérêt public pour statuer sur une demande¹⁶⁹¹.

441. En vertu de l'article 37(2), le pouvoir du tribunal d'autoriser des *amicus curiae* à présenter des observations est *discrétionnaire*. Ce même article n'exige pas des tribunaux de permettre des soumissions d'*amicus curiae*, même si les conditions sont remplies, et ne contient pas non plus une liste exhaustive de critères gouvernant la décision du tribunal lui laissant d'examiner d'autres éléments en plus des conditions visées à l'article 37(2)¹⁶⁹². Néanmoins, les critères énoncés ci-dessus se focalisent sur la tierce partie et que la question de savoir si elle sera en mesure de fournir une quelconque assistance au tribunal. À cet effet, le tribunal examinera si l'*amicus curiae* possède l'expertise, l'expérience et l'indépendance nécessaires à une contribution utile et pertinente à l'affaire. L'*amicus curiae* doit à la fois avoir une connaissance suffisante des questions en jeu et posséder les ressources nécessaires pour pouvoir présenter son analyse au tribunal. Les conclusions d'*amicus curiae* « *redondantes* » avec d'autres conclusions, qu'elles soient présentées par les parties au litige ou par

¹⁶⁹¹ DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *supra* note 1664, § 31 ; voir aussi KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae », *supra* note 1546, p. 290 (« *The omission of explicit reference to the public interest in the ICSID Arbitration Rules is surprising, given that the opening of investment arbitration to amicus participation is largely predicated on the existence of public interest issues arising in investor-state disputes.* »).

¹⁶⁹² L'article 37(2) impose au tribunal de « *considérer* » les critères énumérés mais ces critères sont des critères « *entre autres* » que le tribunal peut considérer comme pertinents : *Apotex Holdings Inc c. États-Unis*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/12/1, Ordonnance de procédure sur la participation du requérant, M. Barry Appleton, en tant que partie non contestante 4 mars 2013, § 26. Les parties peuvent également convenir d'imposer des critères supplémentaires que le tribunal doit prendre en considération avant d'autoriser la participation d'un *amicus curiae*. Par exemple, dans l'affaire *Lone Pine*, les parties ont convenu qu'un *amicus* doit être une personne d'une partie à l'ALENA, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une partie à l'ALENA ; voir *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 1, 11 mars 2015, §§ 57-8.

d'autres *amicus curiae*, ne peuvent être acceptées¹⁶⁹³. Les arbitres peuvent tenir compte de l'identité et des antécédents du requérant, du type d'adhésion de ses membres s'il s'agit d'une organisation, et de la nature de ses relations, le cas échéant, avec les parties à la procédure arbitrale¹⁶⁹⁴. Autre élément important, l'*amicus curiae* doit être indépendant des parties.

442. Bien que le texte de l'article 37(2) puisse à première vue suggérer le contraire, celui-ci doit être considéré comme faisant référence à la condition de l'existence d'un intérêt public notable dans l'affaire¹⁶⁹⁵. Plus précisément, il faut tenir compte de deux éléments. Premièrement, il s'agit de savoir s'il existe un intérêt public jouant un rôle important dans un litige donné et, deuxièmement, si l'ONG en question cherche à faire valoir cet intérêt par sa participation au litige. En règle générale, tous les arbitrages en matière d'investissement comportent des questions d'intérêt public puisqu'ils concernent la responsabilité d'un État souverain. Par ailleurs, les demandes impliquent souvent une indemnisation importante qui devra en fin de compte être payée par les contribuables. Toutefois, l'existence d'un intérêt public ne justifie pas nécessairement qu'un *amicus curiae* puisse déposer ses observations. Comme l'a déclaré un commentateur juridique :

*There should be something more that could be defined as the public policy issue and could be taken as the basis for an amicus intervention. Such public interest exists in particular where the decision of the arbitration tribunal would have an impact on a large group of people, or even society as a whole (but other than a need to attain financial responsibility borne by the State) or raises important concerns of public international law and human rights*¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹³ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 646.

¹⁶⁹⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Ordonnance en réponse à la pétition pour la transparence et participation en tant que *amicus curiae* du 19 mai 2005, § 25.

¹⁶⁹⁵ ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *supra* note 1633, p. 213.

¹⁶⁹⁶ *Idem.* p. 214.

L'approvisionnement de l'eau et le traitement des eaux usées en zone urbaine¹⁶⁹⁷, la distribution de l'eau¹⁶⁹⁸, la protection de l'environnement¹⁶⁹⁹, les réglementations liées à la santé¹⁷⁰⁰, et l'interprétation du droit de l'UE¹⁷⁰¹ ont pu être considéré comme des situations impliquant un intérêt public suffisant et permettant la participation d'*amicus curiae*.

443. Enfin, le tribunal doit prendre en compte les intérêts des parties au litige et l'efficacité de la procédure d'arbitrage. En particulier, le tribunal doit veiller à ce que les observations de la tierce partie ne perturbent pas la procédure, ne pèsent pas indûment ou causent un préjudice injustifié à l'une des parties, et à ce que les deux parties aient la possibilité de présenter leurs observations concernant les communications présentées par les *amicus curiae*¹⁷⁰². Le Professeur Gary Born a observé que l'évolution des modifications du Règlement du CIRDI et la déclaration de la CLE prouvent que les tribunaux manquent d'autorité implicite en prévoyant expressément la participation d'un *amicus curiae* et en créant deux catégories de règlements : ceux qui autorisent expressément la participation d'un *amicus curiae* et ceux qui ne le prévoient pas¹⁷⁰³. Ces amendements ont également été critiqués pour avoir omis d'exiger que les *amicus curiae* fournissent des informations sur ses antécédents et son indépendance vis-à-vis des parties afin de garantir qu'aucune des parties ne subisse de préjudice¹⁷⁰⁴.

¹⁶⁹⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Sentence, 9 avril 2015, § 2.

¹⁶⁹⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Sentence, 24 Juillet 2008, § 3.

¹⁶⁹⁹ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Sentence finale du tribunal sur la compétence et le fond, 3 août 2005, § 1.

¹⁷⁰⁰ *Philip Morris Brands Sarl et al c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Sentence, 8 juillet 2016, § 9.

¹⁷⁰¹ *AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, CIRDI aff. n° ARB/07/22, Sentence, 23 septembre 2010, § 8.2.

¹⁷⁰² Article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI ; voir DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *supra* note 1664, § 19 (« *As with the NAFTA FTC Statement and the amended ICSID Rules, the Rules aim at ensuring that third person submissions genuinely assist the tribunal's work and do not undermine the parties' interests and the efficiency of the proceedings.* »).

¹⁷⁰³ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration* », *supra* note 1648, p. 641 (« *[T]he argument for a tribunal's implied authority to permit amicus participation [is] even more difficult... given the existence of instruments that now provide expressly for amicus participation ... At present, states and investors have a clear choice between instruments that expressly allow amicus participation (eg 2006 ICSID Arbitration Rules) and those that do not (eg 2010 UNCITRAL Rules).* »).

¹⁷⁰⁴ KAWHARU (Amokura), « *Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae* », *supra* note 1546, p. 290 (« *[D]espite the omission, a tribunal should*

444. Ces règles modifiées tenant compte de l'*amicus curiae* ont été appliquées pour la première fois dans l'affaire CIRDI *Biwater*¹⁷⁰⁵. Les ONG sollicitant la qualité d'*amicus curiae* ont fait valoir que leur intérêt dans la procédure était, entre autres, que « *this arbitration process goes far beyond merely resolving commercial or private conflicts, but rather has a substantial influence on the population's ability to enjoy basic human rights* »¹⁷⁰⁶. Plus précisément, les ONG ont affirmé que l'arbitrage présentait des questions sur les droits fondamentaux relatif au secteur de l'eau et que la décision du tribunal affecterait d'autres pays en développement ayant privatisé ou envisageant de privatiser le secteur de l'eau ou autres services publics¹⁷⁰⁷. Appliquant l'article 37(2), le tribunal a accepté les conclusions écrites des *amicus curiae* malgré l'opposition de *Biwater* fondée sur le fait qu'aucune question sociale ou environnementale n'était en jeu puisqu'elle n'opérait plus en Tanzanie¹⁷⁰⁸, et au motif que toute décision du tribunal arbitral serait susceptible d'avoir un impact sur des « *intérêts plus larges* »¹⁷⁰⁹. Le tribunal a également estimé qu'un mémoire écrit pouvait potentiellement l'aider à avoir un point de vue, des connaissances et une vision différente de celle des parties¹⁷¹⁰. Toutefois, afin de ne pas alourdir indûment le travail des parties, le tribunal a imposé un certain nombre de garanties procédurales, notamment que les cinq requérants présentent un mémoire commun d'une longueur maximale de 50 pages et qu'ils donnent aux parties la possibilité d'y répondre à l'audience¹⁷¹¹. Cependant, c'est en vertu de l'article 32(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI¹⁷¹² en l'absence de consentement des parties que le tribunal a décidé de ne pas autoriser l'accès des *amicus curiae* aux audiences¹⁷¹³. En définitive, elle a rejeté la demande de l'*amicus curiae* visant à obtenir l'accès aux mémoires des parties car

require the information either through its consideration of the petitioner's ability to assist, as an additional criterion, or as part of the tribunal's overall responsibility under Article 37(2) to ensure amicus briefs do not unfairly prejudice either party. »).

¹⁷⁰⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Sentence, 24 juillet 2008.

¹⁷⁰⁶ *Idem.* § 14.

¹⁷⁰⁷ *Idem.* § 12-14.

¹⁷⁰⁸ *Idem.* § 53.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ *Idem.* § 50 ; voir aussi SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, Article 44, § 128.

¹⁷¹¹ *Idem.* § 60(a).

¹⁷¹² Article 32(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

¹⁷¹³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, (« *Biwater Gauff* »), Ordonnance de procédure n° 5, 2 février 2007, § 70.

elle estimait que l'accès à ces documents n'était pas nécessaire à l'élaboration d'observations sur des questions de politique publique générale déjà connues du public¹⁷¹⁴. Dans sa sentence finale, le tribunal a en outre déclaré que les conclusions des *amicus curiae* avaient offert une « *expertise and perspectives that have been demonstrated to materially differ from those of the two contending parties, and as such have provided a useful contribution to these proceedings* » et qu'il s'était appuyé sur ces conclusions lors de ses délibérations¹⁷¹⁵.

445. La décision dans l'affaire *Biwater* a suscité des réactions mitigées. Le Professeur Nathalie Bernasconi-Osterwalder, avocate déléguée du Centre pour le droit international de l'environnement, l'une des ONG ayant déposé une soumission dans le cadre de la procédure *Biwater*, a estimé que le « *degree to which the tribunal relied on the amici's legal and factual arguments in the final award* » était important¹⁷¹⁶. Toutefois, bien qu'il ait examiné en détail les soumissions de l'*amicus*, le tribunal *Biwater* n'a guère donné de poids à l'argument des ONG¹⁷¹⁷. Certains commentateurs ont noté que la décision d'accepter les soumissions des *amicus curiae* dans l'affaire *Biwater* était justifiée, au moins en partie, puisqu'elle augmentait la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États¹⁷¹⁸. Par ailleurs, il a été suggéré que l'impact des

¹⁷¹⁴ *Idem.* §§ 64-65.

¹⁷¹⁵ Sentence *Biwater* §§ 355, 359, 392.

¹⁷¹⁶ BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie), « Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitrations », in SEGGER (Marie-Claire) *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, p. 206 ; voir aussi LAMB (Sophie) *et al.*, « Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration », *supra* note 1668, p. 86 (« *A more optimistic view is that tribunals have been influenced to some degree by amicus briefs, but that they have refrained from making express reference to amicus briefs in their awards.* »).

¹⁷¹⁷ KARAMANIAN (Susan), « The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration », *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, no. 3, 2013, pp. 429-430 (« *The tribunal's award, which held Tanzania in breach of the BIT but with no damage to the investor, acknowledged in detail but gave little weight to the NGOs' argument.* ») ; voir aussi RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration : A Call to Cost-Benefit Analysis », *supra* note 1530, pp. 301-302 (« *However, the tribunal also found that it was under no obligation to accept the submission or use it to form a basis for the final award once it was accepted.* »).

¹⁷¹⁸ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 267 (« *The ICSID tribunals in the Aguas Argentinas and the Biwater cases justified the admission of amicus briefs partly on the basis that they would add greater transparency to the proceedings. The Biwater tribunal held that 'the observation of the tribunal in the Methanex case still applies with force, namely that: the acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor-state arbitration.'* ») ; voir aussi *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Ordonnance procédurale n° 5, 2 février 2007, § 53.

soumissions d'*amicus curiae* sur la transparence était discutable¹⁷¹⁹. Notamment, la transparence en elle-même ne constitue pas l'un des critères énoncés en vue de la recevabilité d'une demande d'*amicus curiae* en vertu de l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Par conséquent, le Professeur Gary Born, membre du tribunal *Biwater*, a qualifié l'approche du tribunal de « *difficult to reconcile with the text of [the ICSID Arbitration Rules]* »¹⁷²⁰. En effet, si la simple faveur accordée à la transparence justifie automatiquement la présentation d'une demande d'*amicus curiae*, les autres conditions énoncées à l'article 37(2) sont sans objet¹⁷²¹.

B. *Amicus Curiae* : amis de la cour ou faux amis ?

446. L'acceptation de la participation d'un *amicus curiae* dans la pratique de l'arbitrage entre investisseurs et États aujourd'hui peut être attribuée à la fois au regain d'activisme des ONG et à l'innovation judiciaire qui s'est rapidement adapté au RDIE pour répondre aux préoccupations soulevées¹⁷²². Par conséquent, on peut dire que les ONG transforment les méthodes d'activisme par le biais de la présentation de soumissions dans les litiges d'investissement en qualité d'*amicus curiae*¹⁷²³. L'émergence d'une tendance vers une plus grande admission des *amicus curiae* dans les procédures d'investissement a été qualifiée d'entrée en force de *la société civile*¹⁷²⁴. Bien que, justifiée par la société civile et certains universitaires sur la base de l'intérêt

¹⁷¹⁹ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « *Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?* », *idem.* p. 268 (« *In these circumstances, it is questionable whether allowing a further partisan party, the amicus curiae, to advocate its position in a secret process results in greater transparency, as the Biwater and Aguas Argentinas tribunals suggest.* »).

¹⁷²⁰ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration* », *supra* note 1648, p. 652 (« *Taken at face value, this approach is difficult to reconcile with the text of those instruments providing for amicus participation: a general preference for transparency should not automatically permit amicus participation. Adopting such an approach would make the requirement to consider other criteria for such participation (such as providing a different perspective) irrelevant.* »).

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² KAWHARU (Amokura), « *Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amicus Curiae* », *supra* note 1546, p. 295 (« *The introduction of amicus curiae participation into investment arbitration has a mixed parentage—of resurgent NGO activism, and judicial innovation for dealing with some of the limitations of adversary proceedings.* »).

¹⁷²³ STERN (Brigitte), « *L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur* », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2002, p. 331 (« *On sait aussi que la société civile se fait de plus en plus entendre dans les enceintes internationales, une des évolutions récentes les plus notables étant que son 'activisme' ne se cantonne plus au domaine traditionnel des droits de l'homme, mais se rencontre également aujourd'hui dans le domaine des relations économiques internationales, et qu'elle ne se contente pas de manifester dans la rue ou les espaces publics, mais veut également pénétrer dans les prétoires* »).

¹⁷²⁴ *Idem.* p. 345.

public¹⁷²⁵, la participation accrue des ONG en qualité d'*amicus curiae* a également fait l'objet de nombreuses critiques. Cette section analysera l'utilité des soumissions d'*amicus curiae* et mettra en balance les avantages (1) et les inconvénients des soumissions d'*amicus curiae* (2).

1. Les avantages des soumissions d'*amicus curiae*

447. La raison d'être de la participation des *amicus curiae* est qu'en tant qu'« amis de la cour », ils sont en mesure d'aider un tribunal en apportant une perspective ou une expertise particulière sur une question en litige¹⁷²⁶. Une soumission d'un *amicus curiae* constitue « an institution which has provided useful information to courts, permitted private parties who were not litigating to inform the court of their views and the probable effects the outcome might have on them »¹⁷²⁷. En effet, les tribunaux confrontés à des questions relevant de divers domaines se sont appuyés sur des mémoires d'*amicus curiae* puisque ces derniers avaient une connaissance spécialisée ou présentaient des statistiques détaillées sur des questions clés du litige. Par exemple, dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* relative aux emballages des produits de tabac¹⁷²⁸, la présentation de l'OMS a démontré la relation entre les avertissements sanitaires sous forme de grands graphiques ainsi que l'interdiction des marques

¹⁷²⁵ THOMAS (John), « Amicus Curiae in ICSID Arbitration », *supra* note 1668, p. 688 ; UNCTAD, *Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, A Sequel*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012, p. 41 (« They can also represent perspectives from sectors of the community affected by the dispute that are distinct from the interests of the host State. ») ; KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae », *supra* note 1546, p. 284 (« An NGO, on the other hand, may be motivated to raise public interest considerations before a tribunal out of its own interest in promoting them. ») ; MENETREY (Séverine), « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales », *supra* note 1561.

¹⁷²⁶ BARTHOLOMEUSZ (Lance), « The Amicus Curiae Before International Courts and Tribunals », *Non-State Actors and International Law*, vol. 5, issue 2, 2005, p. 211 ; *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Ordonnance en réponse à une pétition pour la transparence et la participation en tant qu'*amicus curiae*, 19 mai 2005, § 24 (« the purpose of amicus submissions is to help the Tribunal to arrive at a correct decision by providing it with arguments, expertise, and perspectives that the parties may not have provided »).

¹⁷²⁷ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest de l'Afrique), nonobstant la résolution 276 du Conseil de sécurité (Mémoires)*, 1970 *Correspondance du professeur Reisman au Registraire*, 10 septembre 1970, pp. 636-637 ; voir aussi DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *supra* note 1664, § 10 (« the purpose of including rules on third person submissions was their usefulness to the arbitral tribunal »).

¹⁷²⁸ *Philip Morris Brand Sarl (Switzerland) c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7.

trompeuses avec la protection de la santé publique¹⁷²⁹. La majorité a estimé que les mesures prises par l'Uruguay étaient raisonnables et qu'elles n'enfreignaient pas la clause de TJE en se fondant sur l'affirmation de l'OMS selon laquelle « *the rationale for this action [was] supported by the evidence.* »¹⁷³⁰ Le Professeur Gary Born, membre du tribunal *Philip Morris*, a depuis observé que le tribunal « *accorded substantial weight to the views of amici when arriving at their conclusions* »¹⁷³¹. Cela suggère que, lorsque les potentiels *amicus curiae* possèdent une expertise particulière sur les questions en jeu, les tribunaux accordent généralement un poids plus important à leurs arguments.

448. Tel que mentionné, les litiges soumis au RDIE présentent généralement un degré élevé d'intérêt public, car leurs résultats affectent non seulement le grand public mais impliquent également l'examen de la conduite de l'État¹⁷³². Le comportement de l'État est considéré et la responsabilité de l'État est déterminée conformément aux normes de traitement énoncées dans le traité applicable à chaque cas d'espèce¹⁷³³. Cet examen des actes souverains sous l'angle du droit international soulève souvent des questions d'intérêt public. L'impact public de ces décisions exige « *larger participation of the public than in regular commercial arbitration* »¹⁷³⁴ malgré l'utilisation de règles et la culture de l'arbitrage privé¹⁷³⁵. Ces particularités du RDIE expliquent la volonté de la

¹⁷²⁹ *Philip Morris Brand Sarl (Switzerland) c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Ordonnance de procédure n° 3, 17 février 2015, § 7.

¹⁷³⁰ *Idem.* § 407.

¹⁷³¹ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 648 (« *However, some tribunals recently have accorded substantial weight to the views of amici when arriving at their conclusions (for example, the submissions of the World Health Organization in Philip Morris)* »).

¹⁷³² MOURRE (Alexis), « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's concerns on Transparency in Investment Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, no. 2, 2006, p. 265 (« *The first argument is that investment arbitration is not like private arbitration. It is about reviewing governmental conduct. It fundamentally affects the public's interests, although it uses the rules and culture of private arbitration.* ») ; WÄLDE (Thomas), « Transparency, Amicus Curiae Briefs and Third Party Rights », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, issue 2, 2004, p. 338 (« *Turning to the subject of transparency and amicus briefs, if you consider investment arbitration as an international judicial review of governmental conduct ... then you also will see that there is something missing, and this is the representation of the public interest.* »).

¹⁷³³ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, p. 255.

¹⁷³⁴ *Idem.* p. 222.

¹⁷³⁵ MOURRE (Alexis) « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration », *supra* note 1732, pp. 265-266.

société civile d'être impliquée dans les litiges¹⁷³⁶. Le Professeur Dinah Shelton a identifié plusieurs raisons pour lesquelles une partie à une procédure internationale pourrait omettre certains éléments relevant d'un intérêt public dans ses conclusions, notamment leur pertinence subordonnée, la stratégie de litige, les difficultés à obtenir des preuves, le manque de ressources et la volonté de ne pas exacerber le conflit.¹⁷³⁷ En outre, dans un État hôte, l'*amicus curiae* donne au public la possibilité de protéger ses intérêts. La participation des *amicus curiae* peut également contribuer à sensibiliser le public sur la défense de ses intérêts, car il est aussi potentiellement affecté par les sentences arbitrales en raison de la nature même du RDIE¹⁷³⁸. La participation d'un *amicus curiae* est également comprise comme une contribution aux efforts visant à démocratiser la prise de décision dans les litiges mettant en cause les réglementations environnementales ou sanitaires d'un État¹⁷³⁹. Par conséquent, on fait valoir que la nature du RDIE exige une plus grande participation du public.

449. L'arbitrage d'investissement a une influence considérable sur la capacité de la population à jouir de ses droits fondamentaux tels qu'un environnement sain ou l'accès à l'eau. En conséquence, les sociétés civiles et les ONG demandent que leurs opinions soient prises en compte lors des procédures arbitrales d'investissement. Comme l'a fait remarquer le Professeur Brigitte Stern :

[Amicus curia is] consistent with the changing nature of investor-state arbitrations and the complex issues of public policies that tribunals are increasingly being called upon to address. ... [T]his system ... seems to now be in search of public legitimacy, which it is thought can

¹⁷³⁶ STERN (Brigitte), « Un petit pas de plus : l'Installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *supra* note 1582, p. 43 (« Cette nouvelle dimension de l'arbitrage entre Etat et investisseur explique les demandes de la société civile et justifie que celles-ci aient pu être accueillies, tout en étant sérieusement encadrées »).

¹⁷³⁷ SHELTON (Dinah), « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, p. 615.

¹⁷³⁸ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency And Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, pp. 349-350 ; RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 57 ; GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *supra* note 1634, pp. 543-545.

¹⁷³⁹ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency and Public Participation In Investor-State Arbitration », *idem*. p. 349.

*be obtained from a certain degree of openness to civil society*¹⁷⁴⁰.

En définitive, les sentences condamnatoires peuvent avoir un impact considérable sur les ressources publiques de l'État et donc sur les contribuables.

450. Étant donné que les litiges d'investissement sont souvent liés aux politiques nationales et que leur résolution finale aura un impact direct sur la population, la transparence a été jugée nécessaire pour l'ensemble du processus. La participation des parties non contestantes au règlement des différends en matière d'investissement accroît la transparence de la procédure d'arbitrage et permet de renforcer la légitimité démocratique de l'ensemble du processus¹⁷⁴¹. Comme l'a noté le tribunal dans l'affaire *Methanex* « *the arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive* »¹⁷⁴². Les *amicus curiae* sont constitués le plus souvent par des groupes de la société civile qui sont des émanations du grand public et c'est pour cette raison qu'ils sont pertinents pour renforcer la transparence et la légitimité du règlement des différends en matière d'investissement. Selon un tribunal d'investissement, la participation des *amicus curiae* soutient la transparence de la procédure et son acceptabilité par le grand public¹⁷⁴³. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater*, a noté que : « *[T]he Petitioners emphasise the importance of public access to the arbitration from the perspective of the credibility of the arbitration process itself in the eyes of the public, which often considers investor-state arbitration as a system unfolding in a secret environment that is anathema in a democratic context.* »¹⁷⁴⁴ Par conséquent, le tribunal a admis les soumissions écrites des requérants¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴⁰ STERN (Brigitte), « Civil Society's Voice in the Settlement of International Economic Disputes », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, issue 2, 2007, p. 280.

¹⁷⁴¹ ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *supra* note 1633, p. 223 ; GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *supra* note 1634, p. 546 ; MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *supra* note 1522, p. 51.

¹⁷⁴² *Methanex c. États-Unis*, CNUDCI, Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention des tiers en qualité d'*amicus curiae* du 15 janvier 2001, § 49.

¹⁷⁴³ *Philip Morris Brand Sarl (Switzerland) c. Uruguay*, CIRDI, aff. n° ARB/10/7, Ordonnance de procédure n° 4, 24 mars 2015, §§ 26-28.

¹⁷⁴⁴ *Biwater Gauff*, Ordonnance de procédure n° 5, § 24.

¹⁷⁴⁵ *Idem*. § 55.

451. Une autre justification en faveur de la participation des *amicus curiae* est liée à la qualité du processus décisionnel, souhaitable tant pour le public que pour les parties elles-mêmes¹⁷⁴⁶. Les tribunaux sont en mesure de mieux examiner le litige avec son contexte sous-jacent. Cela résulte du fait que les *amicus curiae* peuvent soulever des questions et fournir des informations juridiques et factuelles qui ne sont pas soulevées par les parties elles-mêmes pour des raisons *politiques* ou *tactiques*. Les considérations ci-dessus contribuent sans doute à un meilleur processus décisionnel et permettent aux tribunaux de prendre une décision plus éclairée. En outre, la légitimité du RDIE est importante car elle facilite également la mise en œuvre des sentences, qui peuvent être autrement contestées en raison de l'opposition du public¹⁷⁴⁷. Ces prétendus avantages ont incité certains auteurs à demander une participation accrue des *amicus curiae* en leur accordant de plus amples prérogatives que la simple possibilité de soumettre leurs observations pendant la procédure arbitrale¹⁷⁴⁸. Ces dernières années, la fréquence des demandes des *amicus curiae* et leur participation aux arbitrages en matière d'investissement a considérablement augmenté. Entre 2001 et 2019, 136 demandes d'*amicus curiae* ont été enregistrées, la fréquence de cette participation ayant nettement progressé depuis 2016 (d'un taux annuel d'environ trois demandes en 2001 à 26 en 2016)¹⁷⁴⁹. En conséquence, bien que ce ne soit pas encore une pratique courante, la participation des *amicus curiae* est davantage fréquente dans les arbitrages d'investissement que dans les autres formes de résolution des litiges que ce soit à l'échelle internationale ou nationale.

¹⁷⁴⁶ GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *supra* note 1634, p. 545.

¹⁷⁴⁷ MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency and Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, pp. 351-352.

¹⁷⁴⁸ ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *supra* note 1633, p. 223 (« *Nevertheless, the convincing scepticism as to what amicus could bring into the proceedings while only being permitted to present written observations, should, in my view, stimulate further action towards greater transparency. Taking the above into consideration, I wish to advocate a view that it is both possible and desirable to enhance the existing procedural framework by guaranteeing the non-disputing parties access to the arbitration documents and to oral hearings, subject to the necessary protection of genuine commercial secrets* »).

¹⁷⁴⁹ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 631 (« *136 amicus applications have been reported in investment arbitrations since 2001, with the frequency of such participation increasing markedly since 2016 (from an annual rate of roughly three applications in 2001 to 26 in 2016).* »).

2. Les inconvénients des soumissions d'*amicus curiae*

452. De nombreux universitaires se focalisent quasi exclusivement sur l'impact potentiel du litige sur les citoyens pour justifier la transparence et, par conséquent, la participation d'*amicus curiae*. Toutefois, certains commentateurs se sont demandé si la participation d'un *amicus curiae* permettait réellement d'accroître la transparence de l'arbitrage d'investissement¹⁷⁵⁰. Pour dire les choses simplement, le fait qu'un tiers soit autorisé à déposer des observations écrites lors d'une procédure arbitrale en matière d'investissement ne signifie pas que le processus d'arbitrage est nécessairement plus ouvert ou plus transparent. Il est peut-être plus juste de dire que la participation du public rend le système plus démocratique plutôt que davantage transparent. Même si les mémoires d'*amicus curiae* sont acceptés, rien ne garantit que cela rende en effet les procédures plus transparentes. Bien que la procédure de RDIE contenue dans l'ALENA, la procédure de résolution des différends proposée par le CIRDI ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI aient subi des modifications procédurales pour tenir compte des observations des *amicus curiae*, ces efforts restent modestes¹⁷⁵¹. Même si leurs soumissions peuvent être prises en considération, ces derniers ne seront pas autorisés à participer aux audiences sans le consentement des parties et l'accès aux documents de la procédure arbitrale reste chose compliquée¹⁷⁵². En sus, la publication des sentences est soumise à l'accord des parties. Les professeurs Nigel Blackaby et Caroline Richard ont fait remarquer de manière concluante que les observations écrites des *amicus curiae* ne peuvent à elles seules remédier au manque

¹⁷⁵⁰ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, p. 254 ; PETERSON (Luke), « Amicus Curiae Interventions: The Tail That Wags the Transparency Dog », *Kluwer Arbitration Blog*, 27 avril 2010 (« Whatever one's views on the value and propriety of *amicus curiae* interventions, it's remarkable how this particular issue has become a proxy or shorthand for transparency. ») ; MAXWELL (Iain), « Transparency in Investment Arbitration: Are Amici Curiae the Solution? », *Asian International Arbitration Journal*, vol. 3, 2007, p. 178 (« The purpose of the *amicus curiae* in reality seems to have little to do with transparency, and it should perhaps not come as a surprise if it is, therefore, an imperfect solution. »).

¹⁷⁵¹ VANDUZER (Anthony), « Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation », *McGill Law Journal*, vol. 52, issue 4, 2007, p. 722 (« the 2006 amendments to the ICSID Arbitration Rules and the Additional Facility Rules make only marginal improvements [in relation to the transparency of the proceedings] ») ; LEVINE (Eugenia), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *supra* note 1637, p. 214 (« it is evident that the participation rights of third parties remain extremely limited »).

¹⁷⁵² ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *supra* note 1633, p. 221.

de transparence de l'arbitrage d'investissement et ce tant que la procédure arbitrale sera confidentielle, ne permettant l'accès ni aux audiences ni à la procédure¹⁷⁵³. Ces derniers notent :

*the presence of amicus curiae—a further partisan party advocating a position on behalf of persons to whom it is unaccountable, behind closed doors, and without being afforded a full opportunity to make a meaningful contribution—may exacerbate the democratic deficit, politicize investment disputes, and disrupt proceedings, without assisting the tribunal to decide the matters in dispute*¹⁷⁵⁴.

Dans le cas où les mémoires des parties et les documents sur lesquels elles s'appuient ne sont pas rendus publics, l'*amicus curiae* n'est pas autorisé à assister aux audiences et la sentence ne sera pas rendue publique. On peut légitimement se demander comment le fait d'autoriser les *amicus curiae* à présenter des observations écrites supplémentaires contribue à une plus grande transparence. En l'absence d'accès du public au dossier d'arbitrage ou à la procédure orale, le contenu des mémoires d'*amicus curiae* ne sera probablement pas ciblé ou utile. Par conséquent, sans la possibilité d'évaluer la nature des demandes des parties, ni d'exprimer une prise de position lors de l'audience, les conclusions de l'*amicus curiae* peuvent être réduites à des observations générales privées de tout commentaire sur le fond concret de l'affaire en cause. C'est pourquoi, il est douteux que la critique du manque de transparence soit compensée par la simple acceptation de l'*amicus curiae*.

453. Bien que de rares tribunaux aient récemment accordé un poids important à l'*amicus curiae*¹⁷⁵⁵, il est difficile d'évaluer le réel impact des soumissions d'*amicus curiae* ont eu sur les arbitrages d'investissement¹⁷⁵⁶. Par exemple, le tribunal dans

¹⁷⁵³ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, p. 266.

¹⁷⁵⁴ *Idem*. p. 254.

¹⁷⁵⁵ *Philip Morris Brand Sarl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) Philip Morris Brand Sarl (Switzerland) et al. c. Uruguay*, CIRDI, aff. n° ARB/10/7, Sentence, 8 Juillet 2016, §§ 389-410 ; *AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erőmű Kft c. Hongrie*, CIRDI, aff. n° ARB/07/22, Sentence, 23 septembre 2010, § 8.2.

¹⁷⁵⁶ SCHADENDORF (Sarah), « Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations », *TDM*, vol. 10, issue 1, 2013, p. 23 (« *Whether they are actually taken into account is hard to measure. At least, tribunals appeared unwilling to substantially respond to them.* »).

l'affaire *Biwater*, a reconnu que les conclusions des *amicus curiae* étaient utiles et ont éclairé son analyse¹⁷⁵⁷ ; pourtant certains commentateurs ont noté que le tribunal n'a donné qu'un faible poids à l'argument des ONG. Dans sa sentence, le tribunal *Methanex* n'a mentionné les conclusions de l'*amicus curiae* que dans le cadre du rappel de la procédure et a déclaré qu'il ne résumerait pas le contenu des soumissions car ces dernières étaient trop détaillées et faisaient référence à de nombreuses problématiques déjà couvertes par les parties au litige¹⁷⁵⁸. Des préoccupations similaires ont été soulevées par les ONG elles-mêmes, estimant que les problèmes structurels du RDIE permettent aux tribunaux de simplement ignorer les soumissions des *amicus curiae*¹⁷⁵⁹. Ce sentiment a amené certains commentateurs à suggérer que les soumissions des *amicus curiae* sont « *not observably employed by [investment] tribunals in support of their findings and sometimes even explicitly ignored* »¹⁷⁶⁰. Ainsi, l'attitude générale à l'égard des arguments avancés par les *amicus curiae* semble être plutôt négative et contraire aux arguments des défenseurs de la cause¹⁷⁶¹. Parmi les exceptions notables, on peut citer le fait que le tribunal dans l'affaire *Philip Morris*

¹⁷⁵⁷ BRABANDERE (Eric), « NGOs and the 'Public Interest': The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes », *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, no. 1, 2011, p. 110 (« *In Biwater Gauff*, for instance, the Tribunal extensively reproduced and summarized the submissions of the amici. The Arbitral Tribunal noted that it had found the amici's submissions 'useful,' since their briefs had informed the analysis of the claims. »).

¹⁷⁵⁸ *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, Sentence finale du tribunal sur la compétence et le fond, 3 août 2005, § 29.

¹⁷⁵⁹ Public Citizen, « Myths and Omissions: Unpacking Obama Administration Defenses of Investor-State Corporate Privileges », *Public Citizen's Global Trade Watch*, 2014, p. 22 ; LEVINE (Eugenia), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation », *supra* note 1637, p. 217 (« *At the same time, the NGO amicus curiae have not, to date, made submissions that were 'determinative to the awards rendered.'* »).

¹⁷⁶⁰ SCHADENDORF (Sarah), « Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations », *supra* note 1756, p. 23 ; LAMB (Sophie) *et al.*, « Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration », *supra* note 1668, p. 85 ; BRABANDERE (Eric), « NGOs and the 'Public Interest': The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes », *supra* note 1757, p. 110 (« *As with the WTO, the actual impact of amicus curiae briefs is difficult to assess since Tribunals do not refer explicitly to NGO submissions.* »).

¹⁷⁶¹ Voir *e.g.* *UPS c. Canada*, Sentence sur le fond, 24 mai 2007, §§ 3, 187 (Dans sa Sentence, le tribunal *UPS* a brièvement mentionné la soumission dans l'historique de la procédure mais n'a pas répondu aux arguments de l'*amicus*. Les arguments relatifs au droit de travail soulevés par *UPS* ont échoué parce que *UPS* n'a pas fourni suffisamment d'arguments factuels ou juridiques.) ; *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis*, CNUDCI, Sentence, 8 juin 2009, § 8 (le Tribunal a annoncé qu'il ne va pas conclure pas sur les questions particulières soulevées par l'*amicus*. Apparemment, le tribunal a estimé que les questions relatives aux droits de l'homme n'étaient pas pertinentes pour son processus de prise de décision et n'a donc pas fourni de résumé ni d'analyse des arguments relatifs aux droits de l'homme avancés par la nation amérindienne Quechan.).

s'est appuyé sur des soumissions d'*amicus curiae* présentées par l'OMS dans le cadre d'un litige portant sur des questions de santé publique¹⁷⁶². De façon similaire, le tribunal dans l'affaire *AES Summit c. la Hongrie*, a accueilli favorablement les soumissions d'*amicus curiae* de la Commission Européenne, puisque le litige portait sur l'interprétation du droit communautaire¹⁷⁶³. Contrairement aux ONG qui ne sont pas tenues de répondre de leurs actions, ces tierces parties sont des organisations internationales, disposant de connaissances et de compétences spécialisées et appréciées. L'OMS est une agence spécialisée des Nations-Unies responsable de la santé publique internationale, et la Commission Européenne est un organe intergouvernemental chargée de proposer et de mettre en œuvre le droit. Par conséquent, puisque les tribunaux rendent leurs décisions en se fondant sur les arguments factuels et juridiques des parties, l'utilité de l'*amicus curiae* est plutôt douteuse. En d'autres termes, la question se pose de savoir dans quelle mesure un *amicus curiae* est utile ou pertinent pour la défense de l'intérêt public dans des circonstances où l'État défendeur est le mieux placé pour jouer ce rôle.

454. Une autre critique concerne la légitimité des ONG à représenter les intérêts du public. Le Président de la Cour d'arbitrage international de la CCI, Alexis Mourre, s'est interrogé sur la possibilité pour les ONG de représenter les intérêts de tout ou partie de la société civile¹⁷⁶⁴. Dans l'affaire *Biwater*, des questions ont été soulignées quant à la manière dont « *a Washington-based NGO representative of Tanzanian civil society, and how is it best placed to advocate the interests of the Tanzanian people?* »¹⁷⁶⁵ Le Professeur Amokura Kawharu a également souligné l'importance des

¹⁷⁶² *Philip Morris Brand Sarl (Suisse) c. Uruguay*, CIRDI, aff. n° ARB/10/7, Ordonnance de procédure n° 3, 17 février 2015, § 407.

¹⁷⁶³ *AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erömu Kft c. Hongrie*, CIRDI, aff. n° ARB/07/22, Sentence, 23 septembre 2010, § 8.2.

¹⁷⁶⁴ MOURRE (Alexis), « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration? », *supra* note 1732, pp. 266-267 ; BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, p. 269 (« *The representative character and the source of the legitimacy of civil society groups seeking to submit amicus curiae briefs appear to be a common assumption.* ») ; DOLIDZE (Anna), « The Arctic Sunrise and NGOs in International Judicial Proceedings », *Insights*, vol. 18, issue 1, 2014, p. 5 (« *Professor Dan Bodansky, for instance, cautions against confusing NGO involvement with public participation.* »).

¹⁷⁶⁵ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *idem*. p. 269 (« *Surely the state-party to the arbitration, if democratically elected, has far more legitimacy to represent its constituents than unaccountable (and sometimes foreign) NGOs?* »).

ONG qui défendent un intérêt, afin d'établir « *the mandate to speak for that interest* »¹⁷⁶⁶. D'autre part, certains s'inquiètent du fait que les ONG n'ont parfois que des intérêts particuliers et limités, tels que des intérêts commerciaux et industriels (par opposition aux intérêts plus larges du public)¹⁷⁶⁷. En outre, ces ONG peuvent parfois être manipulées par des États ou des sociétés privées par le biais de subventions ou de financements. Enfin, leur légitimité peut s'avérer douteuse en raison de leurs processus décisionnels internes qui ne sont souvent ni démocratiques ni transparents¹⁷⁶⁸. En effet, comme le note le Professeur Katia Gomez, les *amicus curiae* sont souvent critiqués pour ne représenter que la position de l'État, suggérant que les ONG ont souvent un parti pris en faveur des États¹⁷⁶⁹. La grande majorité des observations soumises par les *amicus curiae* favorisent les États défendeurs¹⁷⁷⁰. En effet, ces dernières soutiennent généralement le droit de l'État de régler dans l'intérêt de ses citoyens¹⁷⁷¹. Le

¹⁷⁶⁶ KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae », *supra* note 1546, p. 287.

¹⁷⁶⁷ KAMMINGA (Menno), « The Evolving Status of NGOs under International Law: A Threat to the Inter-State System? », in ALSTON (Philip) (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 110 (soutenant que la participation des acteurs privés, à l'extrême, peut « *unfairly displace the interests of the masses by those of a few* ») ; DURLING (James) et HARDIN (David), « Amicus Curiae Participation in WTO Dispute Settlement: Reflections on the Past Decade », in YERXA (Rufus) et WILSON (Bruce) (eds.), *Key Issues in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2005, pp. 227-228.

¹⁷⁶⁸ BROWER (Charles H. II), « Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter », *supra* note 356, pp. 37 et 73 ; BOYLE (Alan) et CHINKIN (Christine), *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2006, p. 58.

¹⁷⁶⁹ GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *supra* note 1634, p. 551 ; BASTIN (Lucas), « Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends », *supra* note 1519, pp. 137-140 (« *amicus participation in the investor-state system is, on the whole, favourable to States.* »).

¹⁷⁷⁰ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, p. 631 (« *In general, amicus participation in investment arbitration is sought by (and granted to) non-governmental entities whose submissions support the respondent State ... Although there are exceptions, the overwhelming majority of amicus applications are in favour of the respondent State.* »).

¹⁷⁷¹ Voir e.g. *Aguas del Tunari, SA c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Pétition, 29 août 2002, § 2 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Ordonnance en réponse à la pétition pour la transparence et participation en tant que amicus curiae, 19 mai 2005, § 1 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Sewicios Integrales c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/17, Ordonnance en réponse à la pétition pour la transparence et participation en tant que amicus curiae, 17 mars 2006, § 18 ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. Tanzanie*, CIRDI aff. n° ARB/05/22, Pétition pour le statut d'amicus curiae, 27 novembre 2006, Section n° 4 ; *Piero Foresti and Others c. Afrique du Sud*, CIRDI aff. n° ARB(AF)/07/01, Pétition pour une participation limitée en tant que parties non contestantes, 17 juillet 2009, Section n° 4 ; *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, Décision du tribunal sur les demandes d'intervention des tiers en qualité d'amicus curiae, 15 janvier 2001, §§ 5 et 8 ; *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, CIRDI aff. n° ARB/09/12, Demande d'autorisation de procéder en qualité d'amicus curiae, 2 mars 2011, pp. 1-2 et 13-16 ; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. Équateur*, CNUDCI, Soumission d'amicus, 5 novembre 2010, §§ 1.1-1.5.

préjudice causé par certaines soumissions d'*amicus curiae* par des ONG dépourvues de légitimité est saisi par le Professeur Katia Gomez :

*[T]he respondent state and its citizens may consider the amicus curiae as not adequately reflecting all the nuances of the social problems that often exist ... and that, amicus briefs constitute an uninvited interference with affairs in the developing world*¹⁷⁷².

Par ailleurs, les professeurs Nigel Blackaby ainsi que Caroline Richard ont remis en question le postulat selon lequel les mémoires d'*amicus curiae* disposent d'un caractère représentatif¹⁷⁷³. Il semblerait que l'État soit bien mieux placé pour représenter ses citoyens qu'une ONG ayant un défaut de crédibilité et de transparence¹⁷⁷⁴.

455. La nécessité et la pertinence de l'intervention d'un *amicus curiae* sont régulièrement contestées par les parties au litige qui invoquent la charge supplémentaire que cela représente pour elles¹⁷⁷⁵. Les mémoires des *amicus curiae*

¹⁷⁷² GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *supra* note 1634, pp. 551-552 ; BJORKLUND (Andrea), « The Emerging Civilization of Investment Arbitration », *supra* note 1522, p. 1292 (« *in Aguas del Tunari c. Bolivia, more than 300 aspiring amici wrote a letter to James Wolfensohn seeking to participate in the case. A majority of the amici came from the developed world ... This geographic divide can give rise to accusations of uninvited interference with affairs in the developing world, notwithstanding the often well-meaning motivations of those NGOs seeking to play a role in a particular case.* ») ; dans le même sens voir aussi KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-Governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae », *supra* note 1546, p. 288 (« *A different concern is that some NGOs are better resourced than others and therefore better placed to participate in investment arbitrations. As a result of economic disparity between different types of NGOs, there is a risk of one-sidedness in the kinds of ideas submitted to tribunals.* »).

¹⁷⁷³ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, p. 270.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁷⁵ DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a third person », *supra* note 1664, § 193 (« *Concerns about disrupting the proceedings and burdening the parties were raised as early as the Methanex case, in which the tribunal expressed concerns that accepting amicus submissions could significantly add to the overall cost of the proceedings and 'impos[e] an extra burden on one or both the Disputing Parties'. This concern has been raised in most cases addressing the issue of third person participation since then.* ») ; LEVINE (Eugenia), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *supra* note 1637, p. 214 (indiquant que « *there is a risk that opening up the process in this manner would result in the arbitration procedure becoming 'court-like' and losing the attributes of more cost-efficient and speedy adjudication that is perceived as a significant advantage* ») ; WÄLDE (Thomas), « Transparency, Amicus Curiae Briefs and Third Party Rights », *supra* note 1732, p. 338 (« *[F]rom the investor's point of view or the government's point of view, you would see the amicus briefs as something which would inevitably cause much higher costs and necessitate much more time, more lawyers, more papers and more viewpoints to research...It certainly will increase the complexity of your tactical and strategic challenges and it will increase the cost of the litigation work.* »).

peuvent avoir des effets néfastes sur les parties à un litige en termes de temps, de ressources, de coûts et de multiplication des soumissions. Ces problèmes de temps et de dépenses sont exacerbés si les règles de procédure applicables permettent aux parties de présenter des observations sur les soumissions déposées par l'*amicus curiae* en question. À cet égard, il convient de souligner les déclarations de l'investisseur dans l'affaire *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada* :

*Care must also be taken to ensure that amicus submissions are not received without sound reason to believe that they will usefully assist the Tribunal. If a tribunal were to permit amicus briefs liberally, then the proceedings would quickly become unmanageable ... That would be unfair and costly to the disputing parties, who would be called upon to respond to potentially voluminous material, none of which would be received on the basis of their consent*¹⁷⁷⁶.

En outre, la présentation de mémoires d'*amicus curiae* affecte la charge de travail du tribunal arbitral et constitue une nouvelle dépense pour les parties. Il convient de noter que la rapidité et la rentabilité sont deux des principales caractéristiques de l'arbitrage, qui amènent les parties à préférer ce mécanisme plutôt que de recourir aux tribunaux étatiques. Cet aspect négatif des observations d'*amicus curiae* pourrait influencer les investisseurs et les amener à repenser leur choix¹⁷⁷⁷. Les coûts et retards plus importants liés à la participation d'un *amicus curiae* sont particulièrement préjudiciables aux pays en développement, aux PME ainsi qu'aux demandeurs particuliers¹⁷⁷⁸. Bien que le Règlement modifié du CIRDI et la déclaration de la CLE subordonnent les conditions d'admission des *amicus curiae* à l'absence de tout

¹⁷⁷⁶ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, CIRDI aff. n° UNCT/07/01, Réponse de l'investisseur à la pétition du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, des Travailleurs unis de l'acier et de la Fédération du travail de la Colombie-Britannique, 16 juillet 2008, § 25.

¹⁷⁷⁷ WÄLDE (Thomas), « Transparency, Amicus Curiae Briefs and Third Party Rights », *supra* note 1732, p. 338 (« [F]rom the investor's point of view or the government's point of view, you would see the amicus briefs as something which would inevitably cause much higher costs and necessitate much more time, more lawyers, more papers and more viewpoints to research ... It certainly will increase the complexity of your tactical and strategic challenges and it will increase the cost of the litigation work. »).

¹⁷⁷⁸ RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration : A Call to Cost-Benefit Analysis », *supra* note 1530, p. 300 (« Given the voluminous pleadings and massive legal costs already common in investment arbitration proceedings, and the burdens placed upon developing State respondents and small- to mid-sized corporate (or individual) claimants, even a modest increase in expense should be accepted only after careful consideration. »).

alourdissement de la procédure, il est en pratique difficile d'atteindre cet idéal¹⁷⁷⁹. La procédure arbitrale est en effet appesantie par les réponses des parties au litige aux demandes des *amicus curiae* et par l'examen de ces soumissions par le tribunal arbitral¹⁷⁸⁰. C'est pour cette raison que les tribunaux se penchent davantage sur la question de la pertinence des observations de l'*amicus curiae*, à savoir si elles apporteront une nouvelle perspective, connaissance ou éclairage au tribunal, les observations déjà formulées par les parties étant généralement rejetées¹⁷⁸¹. En outre, en vertu des règles de procédure appliquées, les groupes de la société civile ne pourront généralement déposer que des mémoires sans pouvoir examiner ceux des parties ni assister aux audiences¹⁷⁸². Par ailleurs, si la participation des tiers allait au-delà de la soumission écrite pour passer à la phase de production de documents ou aux arguments oraux, l'efficacité de la procédure pourrait en pâtir. Effectivement, l'ouverture de la procédure risque d'aboutir à une judiciarisation de la procédure d'arbitrage lui faisant ainsi perdre ses principaux attributs tels que l'efficacité et la rapidité, que les parties perçoivent comme constituant des avantages significatifs de la procédure arbitrale. L'accès des tierces parties à la procédure met également en danger une autre

¹⁷⁷⁹ DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », *supra* note 1664, § 194 (« *In the Glamis Gold case, QIN wanted to delay its submissions until after the parties had submitted their memorials. The tribunal refused to allow this and ordered an earlier deadline, relying on the principle of the NAFTA FTC Statement, and emphasising the importance of not delaying or burdening the proceedings. Despite the tribunal's efforts, it ended up with five submissions from of roughly 20 pages each.* »).

¹⁷⁸⁰ *Ibid.* ; RUBINS (Noah), « Investment Arbitration – 'Transparency' in Investment Arbitration : A Call to Cost-Benefit Analysis », *supra* note 1530, p. 300 (« *The review of amicus submissions requires arbitrators first to determine whether a brief will be accepted at all, then a review of the submission once made, and finally an analysis of whether the contents of the submission should affect the tribunal's decision. Perhaps more significant still are the costs and time involved in the parties' review and response to non-party submissions. The resulting costs and delays are multiplied if a third party is given the opportunity to reply to critiques of its opinion raised by the parties.* »).

¹⁷⁸¹ BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *supra* note 1648, pp. 646 et 648 (« *it seems uncontroversial that an applicant should be required to show that its participation in an investment arbitration is likely to produce material benefits and assistance for the tribunal that would not otherwise be available. Absent such an affirmative showing, the disputing parties should not be required to bear the additional expense and delay that amicus participation entails.* »).

¹⁷⁸² Article 1128 de l'ALENA (« *Après notification écrite donnée aux parties contestantes, une Partie pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord.* ») ; Article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI (« *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la 'partie non contestante')* de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. ») ; CIRDI Article 37(2) du règlement d'arbitrage CIRDI (« *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la 'partie non contestante')* de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. »).

caractéristique essentielle de l'arbitrage à savoir le consentement des parties à la procédure. Le Professeur Brigitte Stern a noté que l'intégration de l'*amicus curiae* conduit à une marginalisation encore plus grande du consentement des parties¹⁷⁸³. Par conséquent, l'admission d'un *amicus curiae* peut avoir un effet négatif sur les parties elles-mêmes.

SECTION 2. LA RÉFORME DE LA TRANSPARENCE : UNE ENTREPRISE RÉUSSIE ?

456. En raison de l'intérêt croissant pour la promotion de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, la Commission de la CNUDCI a décidé en 2008, comme indiqué dans le rapport de sa 41^e session, de confier au groupe de travail II de la CNUDI sur l'arbitrage et la conciliation (« GT II ») la mission d'examiner la question de la transparence dans ce type particulier d'arbitrage « *en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.* »¹⁷⁸⁴ La Commission « *est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence* » et sur le fait que le GT II devait se jouir d'une grande liberté afin d'exécuter à bien son mandat¹⁷⁸⁵. En outre, la réforme du Règlement de la CNUDCI, jugée nécessaire par certains universitaires, nécessitait une réglementation détaillée en matière d'*amicus curiae*¹⁷⁸⁶, Il a toutefois été convenu que les normes de transparence à élaborer prendraient la forme de règles plutôt que de lignes directrices.¹⁷⁸⁷ Cela a abouti à la promulgation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans

¹⁷⁸³ STERN (Brigitte), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », *supra* note 1723, p. 330 (« *cette ouverture à la société civile, guidée par un souci de transparence et de respect de l'intérêt public, marque un nouveau pas vers la marginalisation du consentement des parties dans la procédure arbitrale* »).

¹⁷⁸⁴ Nations Unies, Assemblée Générale Documents Officiels, Soixante-troisième session, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante et unième session (16 juin-3 juillet 2008), A/63/17, p. 60, § 314.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ Voir OLAYA (Juanita), « Good Governance and International Investment Law: The Challenges of Lack of Transparency and Corruption », *Society of International Economic Law*, Second Biennial Global Conference, Working Paper No. 2010/43, 2010, p. 43 ; voir aussi LEVINE (Eugenia), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *supra* note 1637, p. 221 (se référant généralement à « *need to further formalize the status of amicus in investment proceedings* »).

¹⁷⁸⁷ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, New York, 7-11 février 2011, U.N. Doc. A/CN.9/717, 25 février 2011, p. 15, § 58.

l'arbitrage entre investisseurs et États¹⁷⁸⁸ (« **le Règlement de transparence** ») applicable aux traités conclus à partir du 1er avril 2014 (I) et à la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités¹⁷⁸⁹ (« **la Convention de Maurice** ») (II). La Convention constitue un moyen pour les États de consentir à l'application du Règlement de transparence aux traités antérieurs à son entrée en vigueur¹⁷⁹⁰. Il apparaît que la question de la transparence n'aurait pas été inscrite à l'ordre du jour de la CNUDCI sans la conviction des gouvernements, cependant, « *it is indisputable that NGOs played a role in promoting transparency as an important feature of investor-State dispute settlement.* »¹⁷⁹¹ Ainsi, avec le consensus des États, les deux instruments ont été adoptés¹⁷⁹².

457. Il est pertinent d'analyser les fonctions ainsi que le rôle du nouveau Règlement de transparence ainsi que de la Convention de Maurice qui a suivi. Les commentateurs ont salué les normes de transparence de la CNUDCI les décrivant comme un « *important step to respond to the increasing challenges regarding the legitimacy of international investment law and arbitration* »¹⁷⁹³. Cependant, le commentateur

¹⁷⁸⁸ Nations Unies, Assemblée Générale Documents Officiels, Soixante-huitième session, A/RES/68/109, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-sixième session, New York, 8-26 juillet 2013, A/68/17, 18 décembre 2013.

¹⁷⁸⁹ CNUDCI, Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, telle qu'adoptée par la Résolution 69/116 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 2014.

¹⁷⁹⁰ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, (New York, 7-11 février 2011), A/CN.9/717, 25 février 2011, p. 13, § 42 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), A/CN.9/712, p. 19, § 79.

¹⁷⁹¹ SALASKY (Julia) et MONTINERI (Corinne), « UN Commission on International Trade Law and Multilateral Rule-making - Consensus, Sovereignty and the Role of International Organizations in the Preparation of the UNCITRAL Rules on Transparency », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 5.

¹⁷⁹² SALASKY (Julia) et MONTINERI (Corinne), « UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International 2013, vol. 31, issue 4, p. 774 (« *The Rules are the fruit of three years of negotiations among delegations of UNCITRAL member and observer States, which participated in the Commission and Working Group sessions and adopted the Rules by consensus.* »).

¹⁷⁹³ MONTINERI (Corinne), « UNCITRAL Standards on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », in WILLIAMS (Joyce), RAMASWAMY (Muruga) *et al.* (eds.), *Trade Development Through Harmonization of Commercial Law*, New Zealand Association of Comparative Law, 2015, p. 45 ; voir aussi SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *supra* note 1521, p. 370 ; TREHEARNE (Colin), « Transparency, Legitimacy, and Investor-State Dispute Settlement: What Can We Learn From the Streaming of Hearings? », *Kluwer Arbitration Blog*, 9 juin 2018.

juridique Enuma Moneke est « *sceptical that these instruments will achieve the set objectives because in its carefully considered opinion, they effectively provide loopholes through which transparency in treaty based investor-State arbitration may be avoided.* »¹⁷⁹⁴ Cette Section examine les caractéristiques nouvelles, l'impact potentiel et les lacunes de ces deux instruments.

I. LE RÈGLEMENT DE TRANSPARENCE DE LA CNUDCI

458. L'entrée en vigueur du Règlement de transparence le 1er avril 2014 constitue une évolution majeure en matière de transparence¹⁷⁹⁵. Il est désormais inclus par référence dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI tel que révisé en 2010¹⁷⁹⁶. Cette évolution de l'arbitrage entre investisseurs et États répond à une demande de prise en compte de l'intérêt public dans ce type d'arbitrage¹⁷⁹⁷. Elle trouve ses racines dans des domaines du droit international tels que la protection de l'environnement et les droits humains, traditionnellement connus pour permettre la contribution du public, dont les enjeux soulevés donnent lieu à un besoin de connaissance du public. Puisque les arbitrages entre investisseurs et États portent comme son nom l'indique sur des litiges impliquant l'activité des États, la transparence vise à promouvoir la responsabilité en donnant au public l'accès aux documents et aux audiences, ainsi que la possibilité de participer à ces arbitrages en présentant des observations.¹⁷⁹⁸ Cette

¹⁷⁹⁴ MONEKE (Enuma), « The Quest for Transparency in Investor-State Arbitration: Are the Transparency Rules and the Mauritius Convention Effective Instruments of Reform? », in BREKOULAKIS (Stavros) (ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Kluwer Law International 2020, vol. 86, issue 2, pp. 180-181 ; voir aussi MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *supra* note 1513, p. 33 (« [I]t is legitimate to wonder what role the new UNCITRAL Transparency Rules that came into force on April 1, 2014, as well as the Convention following on the footsteps of the Rules, will play. Is it fully clear what transparency entails? And is it also in the interest of states to welcome all aspects of transparency in investor-state arbitration, including the participation of non-disputing third parties, like Non-Governmental Organizations? »).

¹⁷⁹⁵ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, Résolution 69/116 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, Soixante-neuvième session, Point 76 de l'ordre du jour, U.N. Doc. A/RES/69/116, 18 décembre 2014.

¹⁷⁹⁶ Voir le nouveau Article 1(4) Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Annexe II.

¹⁷⁹⁷ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, Résolution 69/116 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, Soixante-neuvième session, Point 76 de l'ordre du jour, U.N. Doc. A/RES/69/116, 18 décembre 2014 (« *Estimant qu'il faut que les dispositions sur la transparence dans la résolution des litiges entre investisseurs et États fondée sur des traités prennent en compte l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage* »).

¹⁷⁹⁸ Pour un aperçu général des différentes significations de la transparence, voir MAUPIN (Julie), « Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky », *supra* note 1548, pp. 142-171.

section examine le contenu du Règlement de transparence (A) et analyse l'impact des règles (B).

A. Le contenu du Règlement de transparence

459. Conformément à l'article 1er, le Règlement est applicable aux arbitrages CNUDCI engagés en vertu de traités conclus à compter du 1er avril 2014, sauf accord contraire des parties au traité. En particulier, une référence dans un traité d'investissement conclu après le 1er avril 2014 au « *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* », ou au « *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013* », signifie que le traité intégrera le Règlement de transparence, à moins que les parties au traité ne s'en écartent ou ne prévoient autrement¹⁷⁹⁹. En d'autres termes, le consentement est donné dans la mesure où, après l'entrée en vigueur du Règlement de transparence, les États sont informés que ces dernières sont applicables par référence aux Règles d'arbitrage de la CNUDCI. L'article 1(1) du Règlement de transparence indique clairement que les parties au traité « *n'en décident autrement* », excluant ainsi l'application du Règlement de transparence. Elles peuvent, par exemple, faire explicitement référence au Règlement d'arbitrage de 1976 ou de 2010¹⁸⁰⁰. Dès lors, lorsque les États parties n'excluent pas expressément l'application du Règlement de transparence, celles-ci seront appliquées conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

460. Les parties peuvent convenir de l'application du Règlement à un arbitrage engagé en vertu d'un traité conclu avant l'adoption de ce dernier par une procédure dite d' « *opt-in* »¹⁸⁰¹. En ce qui concerne l'arbitrage entre investisseurs et États placé sous l'égide du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI aux traités conclus avant le 1er avril 2014, ce dernier ne s'applique que lorsque :

¹⁷⁹⁹ Voir Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante-huitième session, A/RES/68/109, Supplément n° 17 (Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-sixième session, New York, 8-26 juillet 2013, A/68/17), 18 décembre 2013, p. 18, § 104 ; voir aussi Note du Secrétariat de la CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux: projet de règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* (Vienne 8-26 juillet 2013), A/CN.9/783, 28 février 2013, pp. 12-13, § 31.

¹⁸⁰⁰ JOHNSON (Lise) et OSTERWALDER (Nathalie) *et al.*, « New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps », *Center for International Environmental Law*, 2013, p. 11.

¹⁸⁰¹ Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-huitième session (New York, 4-8 février 2013), A/CN.9/765, 13 février 2013, pp. 6-7, § 20.

*a) Les parties à l'arbitrage (les « parties au litige ») conviennent de son application à l'arbitrage ; ou b) Les parties au traité ou, dans le cas d'un traité multilatéral, l'État du demandeur et l'État défendeur sont convenus après le 1er avril 2014 de son application.*¹⁸⁰²

Le consentement à l'application du Règlement de Transparence doit être explicitement donné par les parties au litige ou par les États parties à un traité conclu avant le 1er avril 2014. En outre, les parties à un arbitrage *ad hoc* ou à un arbitrage en vertu d'autres ensembles de règles peuvent également accepter d'appliquer le Règlement de transparence. En effet, le Règlement peut également être mis en œuvre dans une procédure d'arbitrage régie par un autre règlement d'arbitrage, tel que celui du CIRDI, de la CPA, de la Chambre de commerce de Stockholm ou autre¹⁸⁰³.

461. Le Règlement de transparence a mis en place un Dépositaire, appelé « *Dépositaire des informations publiées* » ou « *Dépositaire de transparence* »¹⁸⁰⁴ autorisé à contrôler la divulgation des documents¹⁸⁰⁵. Par exemple, le Règlement prévoit qu'au commencement de l'arbitrage entre un investisseur et un État, c'est-à-dire au moment du dépôt de la demande d'arbitrage, la demande doit être communiquée au Dépositaire, qui la met alors à disposition du public¹⁸⁰⁶. L'article 1(3) du Règlement de transparence limite le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral bien en deçà de celui établi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel qu'il est appliqué dans l'arbitrage commercial international¹⁸⁰⁷. Le caractère obligatoire est en outre soutenu dans la hiérarchie établie par le Règlement de transparence. En cas de conflit entre les différentes dispositions applicables en vertu de la *lex arbitri*, le traité prévaut sur le Règlement de transparence, et les deux

¹⁸⁰² Article 1(2) du Règlement de transparence.

¹⁸⁰³ CALAMITA (N. Jansen) et ZELAZNA (Ewa), « Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », in KLAUSEGGER (Christian), KLEIN (Peter) *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Austrian Yearbook on International Arbitration, vol. 2016, p. 286.

¹⁸⁰⁴ Voir CNUDCI, Dépositaire de transparence.

¹⁸⁰⁵ Article 8 du Règlement de transparence.

¹⁸⁰⁶ Article 2 du Règlement de transparence.

¹⁸⁰⁷ Voir NADAKAVUKAREN (Krista), « Article 1. Scope of Application », in EULER (Dimitrij), GEHRING (Markus) et SCHERER (Maxi) (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, p. 61.

prévalent sur les règles d'arbitrage applicables¹⁸⁰⁸. A cet égard, les dispositions impératives tirées de la *lex arbitri* auxquelles les parties au litige ne peuvent déroger, prévalent sur le Règlement de transparence¹⁸⁰⁹.

1. L'accès aux documents et aux audiences

462. Le Règlement de transparence prévoit une large transparence et un accès public important aux procédures de règlement des litiges entre investisseurs et États. Deux aspects notables de la réforme de la transparence concernent les obligations de divulgation d'informations et de documents (a) ainsi que l'obligation de rendre les audiences publiques (b).

a. La divulgation des information et documents

463. Les exigences en matière de divulgation de documents dans le cadre de la transparence sont très étendues et tendent à favoriser la publication de documents, sauf exceptions spécifiques prévues par le Règlement de transparence. La communication de la demande d'arbitrage au défendeur entraîne l'obligation pour chacune des parties au litige de « *communiquer rapidement* »¹⁸¹⁰ la demande au Dépositaire créé par le Règlement de transparence. Par la suite, le Dépositaire doit « *mettre rapidement à la disposition du public* » les noms des parties au litige, le secteur concerné et le traité en vertu duquel la demande est présentée¹⁸¹¹. Cette exigence est une étape cruciale visant à garantir la transparence ; elle constitue la base sur laquelle les autres dispositions du règlement prennent effet.

¹⁸⁰⁸ Article 1(7) du Règlement de transparence (« *En cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable, le Règlement sur la transparence prévaut. Nonobstant toute disposition du présent Règlement, en cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et le traité, les dispositions du traité prévalent* »).

¹⁸⁰⁹ Article 1(8) du Règlement de transparence (« *En cas de conflit entre une des dispositions du présent Règlement et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties au litige ne peuvent déroger, cette dernière prévaut.* »).

¹⁸¹⁰ Article 2 du Règlement de transparence (« *Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, chacune des parties au litige en communique sans tarder une copie au dépositaire visé à l'article 8. Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur ou qu'elle a été reçue et que sa transmission au défendeur a été consignée, le dépositaire met sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité en vertu duquel est faite la demande.* »).

¹⁸¹¹ *Ibid.*

464. L'article 3 habilite le tribunal à publier trois catégories de documents, sous réserve de certaines exceptions mentionnées à l'article 7¹⁸¹². Elle prévoit que les documents décrits dans la première catégorie doivent être obligatoirement et automatiquement divulgués, notamment la demande d'arbitrage, la réponse à la demande d'arbitrage, le mémoire en demande, la réponse, les observations écrites des parties au litige, les minutes des audiences, les ordonnances de procédure, les sentences arbitrales¹⁸¹³. Cette première catégorie inclut également « *un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents susmentionnés et aux rapports d'experts et déclarations de témoins* », dans le cas bien sûr où les parties ont préparé un tel tableau¹⁸¹⁴. En effet, les discussions finales de la Commission des Nations-Unies sur le Règlement ont clarifié que les informations mises à la disposition du public seraient publiées sur le site internet du Dépositaire et que, par implication, le terme « *public* » ne serait pas limité à certaines catégories de personnes¹⁸¹⁵. Les documents de la deuxième catégorie, à savoir les déclarations de témoins et les rapports d'experts, ne sont pas automatiquement divulgués mais doivent être mis à la disposition du tribunal arbitral sur demande de toute personne¹⁸¹⁶. En revanche, les documents qui n'entrent pas dans la première ou la deuxième catégorie, incluant les pièces ou tout autre document, sont classés dans la troisième catégorie et peuvent faire l'objet d'une ordonnance de divulgation à la discrétion du tribunal, résultant de sa propre initiative ou à la demande de toute personne et ce après consultation des parties¹⁸¹⁷. Ces exigences, ainsi que la possibilité de divulguer les rapports d'experts et les déclarations des témoins sur demande au tribunal, vont au-delà des mesures de transparence prévues par les modèles d'accords bilatéraux d'investissement américains de 2004 et

¹⁸¹² Voir Articles 3(1)-3(3) du Règlement de transparence.

¹⁸¹³ Article 3(1) du Règlement de transparence (« *la notification d'arbitrage, la réponse à la notification d'arbitrage, le mémoire en demande, le mémoire en défense et toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige ; un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents susmentionnés et aux rapports d'experts et déclarations de témoins, si un tel tableau a été établi pour la procédure, mais non ces pièces afférentes elles-mêmes ; toutes observations écrites d'une partie (ou de parties) au traité non parties au litige et de tiers, les transcriptions d'audiences, si elles sont disponibles ; et les ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral.* »).

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante-huitième session, A/RES/68/109, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-sixième session, New York, 8-26 juillet 2013, A/68/17, 18 décembre 2013, p. 13, §§ 71-74.

¹⁸¹⁶ Article 3(2) du Règlement de transparence.

¹⁸¹⁷ Article 3(3) du Règlement de transparence.

2012¹⁸¹⁸. Les documents mis à disposition dans le cadre des deux premières catégories, doivent être communiqués par le tribunal arbitral au Dépositaire dans les plus brefs délais¹⁸¹⁹. La troisième catégorie de documents mis à la disposition du public peut être communiquée au Dépositaire par le tribunal arbitral au fur et à mesure qu'ils deviennent disponibles¹⁸²⁰. Les commentateurs ont noté que le Règlement de transparence ne précise pas si les parties doivent consentir à la divulgation des informations dans le cadre de la troisième catégorie, ou si le tribunal peut ordonner la publication même si l'une des parties voire les deux s'y opposent¹⁸²¹. Pour les divulgations effectuées à la suite d'une demande formulée par une personne relevant de la catégorie des documents, le coût est supporté par la personne qui demande et obtient l'accès aux documents¹⁸²².

465. Il n'est pas nécessaire de respecter les exigences de divulgation si l'information relève d'une exception à la transparence, à savoir si elle peut être considérée « *informations confidentielles ou protégées* »¹⁸²³. Le Règlement de transparence énumère quatre catégories d'informations de ce type : (1) les informations commerciales confidentielles (en d'autres termes le secret des affaires)¹⁸²⁴ ; (2) les informations protégées contre la divulgation en vertu du traité¹⁸²⁵ ; (3) les informations appartenant à l'État si elles sont protégées par la loi de l'État et, dans le cas d'autres informations, par les règles ou les lois applicables aux divulgations telles que déterminées par le tribunal arbitral¹⁸²⁶ ; et (4) les informations dont la communication compromettrait l'application des lois¹⁸²⁷. Les Règles ne précisent qu'aucune de ses dispositions n'oblige un État défendeur à divulguer tout ce qu'il considère comme contraire aux intérêts essentiels à sa sécurité¹⁸²⁸. Notamment, la procédure spécifiée

¹⁸¹⁸ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 830 ; comparaison Article 3(1) du Règlement de transparence.

¹⁸¹⁹ Article 3(4) du Règlement de transparence.

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 830.

¹⁸²² Article 3(5) du Règlement de transparence.

¹⁸²³ Article 7 du Règlement de transparence.

¹⁸²⁴ Article 7(2)(a) du Règlement de transparence.

¹⁸²⁵ Article 7(2)(b) du Règlement de transparence.

¹⁸²⁶ Article 7(2)(c) du Règlement de transparence.

¹⁸²⁷ Article 7(2)(d) du Règlement de transparence.

¹⁸²⁸ Article 7(5) du Règlement de transparence.

dans le Règlement de transparence pour protéger ou expurger les informations confidentielles est contrôlée par le tribunal arbitral, bien que cette décision doive être prise après consultation des parties au litige¹⁸²⁹. Lorsque le tribunal constate qu'il n'y a pas lieu de supprimer certaines informations, une partie peut encore en empêcher la publication en retirant tout ou partie du document de la procédure¹⁸³⁰. Enfin, pour sauvegarder l'intégrité du processus arbitral, un tribunal peut prendre des mesures soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une partie au litige¹⁸³¹.

b. La publicité des audiences

466. Le Règlement de transparence ne diffère pas sensiblement du régime prévu par l'ALENA concernant les audiences publiques¹⁸³². La règle par défaut est donc que les audiences, que ce soit pour la présentation des preuves ou pour les plaidoiries, sont publiques¹⁸³³. Toutefois, si une partie de l'audience porte sur des informations confidentielles ou protégées, conformément à l'article 7 du Règlement de transparence, le tribunal arbitral doit prendre des dispositions pour garantir que cette partie de l'audience se déroule en privé¹⁸³⁴. Enfin, il convient de noter qu'en vertu du Règlement de transparence, il incombe au tribunal arbitral de prendre les dispositions logistiques nécessaires pour faciliter les audiences publiques, par exemple par le biais de liaisons vidéo le cas échéant¹⁸³⁵. Cependant, le tribunal peut, après consultation des parties au litige, décider de tenir tout ou partie des audiences à huis clos lorsque cela est nécessaire pour des raisons logistiques, par exemple lorsque les circonstances empêchent une audience publique¹⁸³⁶. Certains affirment que cette évolution vers un accès public présumé reflète l'intérêt du public pour le RDIE, et garantit une plus grande responsabilité tant pour les investisseurs que pour les États¹⁸³⁷.

¹⁸²⁹ Article 7(3) du Règlement de transparence.

¹⁸³⁰ Article 7(4) du Règlement de transparence.

¹⁸³¹ Article 7(7) du Règlement de transparence.

¹⁸³² FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 835.

¹⁸³³ Article 6(1) du Règlement de transparence.

¹⁸³⁴ Article 6(2) du Règlement de transparence.

¹⁸³⁵ Article 6(3) du Règlement de transparence.

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ BOISSON DE CHAZOURNES (Laurence) et BARUTI (Rukia), « Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach », *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, vol. 2, issue 1, 2015, pp. 62 et 75 ; SCHILL (Stephan), « Editorial: The Mauritius Convention on Transparency », *supra* note 1575, p. 202 ; REITH (Claudia), « Enhancing Greater

2. Les soumissions par des tierces-parties

467. L'une des questions examinées par le GT II de la CNUDCI concernait les soumissions émanant de tiers¹⁸³⁸. Le Règlement de transparence en distingue deux types. Ainsi, l'article 4 contient des dispositions sur les soumissions par des tiers ou *amicus curiae* (a.) et l'article 5 concerne les soumissions des États non parties au litige mais parties au traité (b.). Ces mécanismes sont expliqués successivement ci-dessous.

a. Les soumissions par des tiers ou *amicus curiae*

468. En vertu de l'article 4, les tiers ayant un intérêt à contribuer à la résolution du litige peuvent présenter aux tribunaux arbitraux, des observations écrites, en qualité d'*amicus curiae*¹⁸³⁹. Les Règles prévoient un certain nombre de facteurs devant être pris en compte avant d'autoriser ces soumissions. Cela comprend les intérêts que le tiers pourrait avoir dans l'arbitrage ainsi que l'utilité des informations qu'il peut fournir. La déclaration écrite doit contenir : une description du tiers et de ses affiliations¹⁸⁴⁰ ; la divulgation de tout lien avec une partie au litige¹⁸⁴¹ ; des informations sur toute assistance fournie par un gouvernement, une personne ou une organisation dans la préparation de la demande, ou sur toute assistance substantielle au cours des deux années précédant la demande de la tierce personne¹⁸⁴² ; une description de l'intérêt au litige¹⁸⁴³ ; et enfin les questions spécifiques de droit ou de fait que la tierce personne souhaite aborder dans ses observations¹⁸⁴⁴.

469. Bien qu'un lien économique ait été ajouté comme l'un des critères à communiquer, le Règlement de transparence sont muettes sur la manière dont cela est susceptible d'affecter l'acceptation ou non de la demande par le tribunal¹⁸⁴⁵. Le Règlement de transparence fournit en outre des indications sur les éléments à prendre

Transparency in the UNCITRAL Arbitration Rules - A Futile Attempt? », *Yearbook on International Arbitration*, vol. 2, 2012, p. 300.

¹⁸³⁸ Note du Secrétariat de la CNUDCI, *Règlement des litiges commerciaux: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités*, A/CN.9/WG.II/WP.160/Add/1, 5 août 2010, p. 9, §§ 20-21.

¹⁸³⁹ Article 4 du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁰ Article 4(2)(a) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴¹ Article 4(2)(b) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴² Article 4(2)(c) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴³ Article 4(2)(d) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁴ Article 4(2)(e) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁵ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 834.

en compte pour déterminer s'il convient d'admettre les soumissions¹⁸⁴⁶. Outre l'exigence selon laquelle ces observations doivent porter sur une question relevant du litige¹⁸⁴⁷, en vertu de l'article 4 paragraphe 3, les tribunaux examinent si le tiers dispose d'un intérêt majeur dans la procédure¹⁸⁴⁸, et si les observations de la tierce partie aideraient le tribunal à trancher une question de fait ou de droit en apportant un point de vue pertinent et plus particulièrement des connaissances ou des perspectives différentes de celles des parties au litige¹⁸⁴⁹. Tout comme le Règlement d'arbitrage du CIRDI de 2006, l'article 4 n'impose pas comme condition préalable à la soumission d'observations au tribunal l'obligation explicite pour les tiers de pouvoir démontrer un intérêt public. En outre, le tribunal doit s'assurer que la soumission d'un tiers ne perturbe pas ou n'alourdit pas indûment la procédure arbitrale¹⁸⁵⁰, ainsi que la possibilité pour les parties au litige de répondre à ses observations¹⁸⁵¹.

b. Les soumissions par des États parties au traité

470. En vertu de l'article 5 du Règlement de transparence, les États parties au traité qui ne sont pas parties au litige sont autorisés à soumettre des questions d'interprétation du traité¹⁸⁵², et peuvent même être invités par le tribunal arbitral à le faire, après consultation des parties au litige¹⁸⁵³. Alors que les soumissions des États parties sur les questions d'interprétation des traités étaient auparavant autorisées dans le cadre de l'ALENA¹⁸⁵⁴, en vertu du Règlement de transparence, les tribunaux peuvent accepter les soumissions d'autres États parties au traité sur d'autres questions relevant du litige¹⁸⁵⁵. Pour déterminer si une telle soumission est recevable, le tribunal arbitral doit tenir compte des facteurs énumérés à l'article 4, paragraphe 3, et de la nécessité de prévenir les soumissions qui soutiendraient l'investisseur de la même

¹⁸⁴⁶ Article 4(3) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁷ Articles 4(1) et Article 4(4)(d) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁸ Article 4(3)(a) du Règlement de transparence.

¹⁸⁴⁹ Article 4(3)(b) du Règlement de transparence.

¹⁸⁵⁰ Article 4(5) du Règlement de transparence.

¹⁸⁵¹ Article 4(6) du Règlement de transparence.

¹⁸⁵² Article 5(1) du Règlement de transparence.

¹⁸⁵³ *Ibid.*

¹⁸⁵⁴ Article 1128 de l'ALENA ; voir *e.g. Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDCI, Observations du Mexique en application de l'article 1128 de l'ALENA, 1 octobre 2001 ; *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, CNUDCI, Huitième soumission des États-Unis d'Amérique, 2 décembre 2001 (où les États-Unis et le Mexique ont tous deux présenté des observations sur l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA).

¹⁸⁵⁵ Article 5(2) du Règlement de transparence.

manière que la protection diplomatique¹⁸⁵⁶. Le tribunal doit consulter les parties au litige avant d'autoriser cette nouvelle mesure de transparence¹⁸⁵⁷. Aucune soumission de ce type par des États parties au traité mais non impliquées dans le différend ne peut perturber ou alourdir la procédure arbitrale¹⁸⁵⁸. Le Règlement de transparence prévoit ensuite que le tribunal ne doit tirer aucune conclusion de l'absence de réponse à une invitation à présenter une telle demande¹⁸⁵⁹, ainsi que la possibilité pour les parties au litige de présenter leurs observations sur toute demande¹⁸⁶⁰. La possibilité pour les parties de répondre à la requête de la partie non contestante revêt une « *importance particulière* », car une sollicitation qui rejoint la position de l'État défendeur exercera une pression considérable sur le tribunal, et empêchera l'application de certaines garanties d'investissement¹⁸⁶¹.

B. Une réforme nécessaire ou la transparence poussée trop loin ?

471. L'introduction du Règlement de transparence pourrait modifier sensiblement la nature des clauses de règlement des différends dans les TBI et autres traités d'investissement qui prévoient l'arbitrage CNUDCI, en les rendant plus accessibles à la participation et au contrôle du public. Les Règles représentent un pas considérable vers la transparence et vont au-delà des révisions du Règlement d'arbitrage du CIRDI de 2006 en normalisant l'idée d'audiences et de sentences publiques ainsi que la transparence générale de l'ensemble de la procédure. Le Règlement de transparence est décrit comme ayant : « *the potential to overcome the (real or perceived) lack of legitimacy in international investment law and inspire renewed confidence in a system that was created to avoid unfair or even belligerent means of 'resolving' disputes* »¹⁸⁶². En outre, la CNUDCI a décrit le Règlement comme « *a powerful instrument to*

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 852.

¹⁸⁵⁸ Article 5(4) du Règlement de transparence.

¹⁸⁵⁹ Article 5(3) du Règlement de transparence.

¹⁸⁶⁰ Article 5(5) du Règlement de transparence.

¹⁸⁶¹ FRY (James) et REPOUSIS (Odysseas), « Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », *supra* note 347, p. 855.

¹⁸⁶² EULER (Dimitrij) et SCHERER (Maxi), « Conclusion: The Rules as a Swing of the Pendulum? », in EULER (Dimitrij), GEHRING (Markus) et SCHERER (Maxi) (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, p. 356.

enhance transparency in investor-State dispute settlement »¹⁸⁶³. Cependant, la transparence a un coût, non seulement au sens propre du terme mais également en termes de conséquences imprévues.

1. La fragmentation du régime de la transparence

472. Le Règlement de transparence a été présenté comme un moyen de renforcer la confiance dans les relations entre investisseurs et États et de permettre une meilleure participation du public à la procédure d'arbitrage¹⁸⁶⁴. Les partisans du Règlement de transparence affirment également qu'elles permettraient d'harmoniser les standards internationaux en matière de transparence¹⁸⁶⁵. Toutefois, un examen plus approfondi pourrait conduire à une conclusion différente - celle d'une fragmentation du régime de transparence - malgré le consensus des États sur la nécessité pour le Groupe de Travail II de formuler ces Règles¹⁸⁶⁶. Deux raisons expliquent cette fragmentation : premièrement, la souplesse intrinsèque du Règlement de transparence permettant aux parties de s'en écarter au cas par cas ; et deuxièmement, le champ d'application du Règlement de transparence, ce dernier étant limité aux seuls litiges entre investisseurs et États fondés sur un traité, tout en excluant les litiges entre investisseurs et États fondés sur un contrat ou découlant de la législation nationale.

473. L'article 1 du Règlement de transparence permet aux parties de se retirer puisqu'il dispose que les Règlements s'appliquent à moins que les parties n'en aient convenu autrement¹⁸⁶⁷. En d'autres termes, les Règlements permettent aux parties de

¹⁸⁶³ Couverture des réunions & communiqués de presse, « Draft Transparency Convention 'a Powerful Instrument in Treaty-Based Arbitration' United Nations International Trade Law Body Tells Sixth Committee », *United Nations*, 13 octobre 2014.

¹⁸⁶⁴ SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *supra* note 1521, p. 370.

¹⁸⁶⁵ SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *ICSID Review*, vol. 31, no. 3, 2016, pp. 631 et 637 ; Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante-huitième session, A/RES/68/109, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarante-sixième session, New York, 8-26 juillet 2013, A/68/17, 18 décembre 2013, pp. 1-2.

¹⁸⁶⁶ Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), A/CN.9/712, 20 octobre 2010, p. 3, § 1.

¹⁸⁶⁷ Article 1(1) du Règlement de transparence (« *The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration ('Rules on Transparency')* shall apply to investor-State arbitration initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors ('treaty') concluded on or after 1 avril 2014 unless the Parties to the treaty have agreed otherwise ») ; Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *supra* note 1563, p. 3.

choisir d'appliquer ou non le Règlement de transparence. L'option de renonciation offerte par l'article 1 du Règlement de transparence constitue donc un obstacle sérieux à une transparence généralisée et engendre de potentielles incohérences. En effet, au cours des discussions du GT II, certains États ont exprimé leur opposition au champ d'application étendu du Règlement. Par exemple, le Bahreïn, en réponse à un questionnaire transmis par le Secrétariat concernant la pratique des États en matière de transparence dans le cadre du RDIE, a indiqué que :

*Si le Règlement de la CNUDCI devait comporter des dispositions concernant la transparence et la publicité de la procédure et l'intervention de tierces parties ou si de telles dispositions devaient être incluses dans une annexe générique, cela irait à l'encontre de la nature du Règlement, qui n'a jamais été censé régler des questions relevant des politiques nationales. Cela serait contraire également aussi bien à la pratique conventionnelle de Bahreïn qu'à sa politique consistant à encourager, d'une façon générale, la soumission des litiges contractuels à un arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI ... Ainsi, pour éviter que le Règlement de la CNUDCI ne perde peu à peu de sa pertinence et ne tombe en désuétude, Bahreïn s'opposerait à toute tentative d'incorporer des dispositions relatives à la transparence au Règlement de la CNUDCI...*¹⁸⁶⁸

La fragmentation rendue possible par le mécanisme de retrait, est aggravée par les objections des États et est également attestée par la pratique des États dans le cadre du ChAFTA et KAFTA. Des lettres annexes aux accords ChAFTA et KAFTA précisent que le Règlement de transparence de la CNUDCI ne s'applique pas aux arbitrages fondés sur le traité en question, à moins que les États n'en décident autrement¹⁸⁶⁹. Notamment, le ChAFTA précise qu'un tribunal constitué doit conduire la procédure conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, « *as modified by this*

¹⁸⁶⁸ Note du Secrétariat de la CNUDCI, Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), Transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, Cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), *Compilation des commentaires reçus de gouvernements*, A/CN.9/WG.II/WP.159, 4 août 2010, pp. 8-9.

¹⁸⁶⁹ Voir ROBB (Andrew), Lettre annexe sur le Règlement de transparence de la CNUDCI – Australie à la Chine, 17 juin 2015 ; SANG-JICK (Yoon), Lettre annexe sur le Règlement de transparence de la CNUDCI – la Corée à l'Australie, 8 avril 2014 ; ROBB (Andrew), Lettre annexe sur le Règlement de transparence de la CNUDCI – Australie à la Corée, 8 avril 2014.

Agreement and the Side Letter on Transparency Rules Applicable to ISDS »¹⁸⁷⁰. Toutefois, les dispositions pertinentes du KAFTA, tout en indiquant que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'applique, ne font aucune référence aux lettres annexes dans le texte¹⁸⁷¹. En particulier, si le ChAFTA¹⁸⁷² et le KAFTA¹⁸⁷³ prévoient tous deux un régime de transparence des procédures arbitrales, ces derniers ne répondent pas aux normes du Règlement de transparence en matière de divulgation. Il existe également un certain nombre de traités qui excluent l'utilisation du Règlement de transparence. Par exemple, le TBI Ouzbékistan - Corée du Sud de 2019 précise que « *unless the [States] otherwise agree* », le Règlement de transparence « *shall not apply to arbitrations initiated* » en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁸⁷⁴. Le TBI Singapour-Myanmar de 2019 définit le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comme étant le Règlement « *adopted on December 15, 1976, as revised in 2010* »¹⁸⁷⁵. Une note de bas de page indique également que « *for greater certainty* », le Règlement de transparence ne s'appliquent pas aux arbitrages découlant de ce TBI¹⁸⁷⁶. En effet, une application inégale du Règlement compromettrait les objectifs que le développement de la transparence cherche à accomplir dans les arbitrages entre investisseur et État.

¹⁸⁷⁰ Article 9.21(9) du ChAFTA.

¹⁸⁷¹ Article 11.16(3) du KAFTA.

¹⁸⁷² Article 9.17 du ChAFTA.

¹⁸⁷³ Article 11.21 du KAFTA.

¹⁸⁷⁴ Accord entre l'Ouzbékistan et la Corée du Sud pour la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 14 avril 2019, article 11, note de bas de page n° 5 ; Pour des exemples supplémentaires où les parties signataires d'un TBI signé après le 1er avril 2014 ont exclu le Règlement de transparence voir : Accord entre la Corée du Sud et l'Arménie pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 19 octobre 2018, entrée en vigueur le 3 octobre 2019, article 11, note de bas de page n° 6.

¹⁸⁷⁵ Article 1 du 2019 Singapour-Myanmar TBI

¹⁸⁷⁶ Accord entre Singapour et le Myanmar sur la promotion et la protection des investissements, signé le 24 septembre 2019. Pour d'autres exemples où une référence aux versions précédents Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été utilisée pour se soustraire à l'application des règles de transparence, voir Accord de partenariat économique global entre l'Australie et l'Indonésie, signé le 4 mars 2019, entré en vigueur le 5 juillet 2020 (faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976) ; Accord entre le Kazakhstan et Singapour sur la promotion et la protection mutuelle des investissements, signé le 21 novembre 2018 (faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 mais ne prévoyant pas de note de bas de page excluant l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence) ; Accord sur le commerce des services et les investissements entre l'Arménie et Singapour, signé le 1er octobre 2019, Chapitre 3, article 3.1 (faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 mais ne prévoyant pas de note de bas de page excluant l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence) ; Accord entre le Qatar et Singapour pour la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 17 octobre 2017, article 10(2)(d) (faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 mais ne prévoyant pas de note de bas de page excluant l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence).

474. Les États ainsi que les investisseurs ont la possibilité de choisir d'appliquer les règles, cette possibilité se référant à un mécanisme d'« *opt-in* » prévu à l'article 1(2) du Règlement de transparence. Il est soutenu que le fait de laisser aux États et aux investisseurs le choix d'appliquer cet instrument empêche d'atteindre la transparence visée à l'origine par les Règles :¹⁸⁷⁷

*This is because they allow investors and States in particular, a choice whether or not to apply transparency meaning that transparency will not be applied in every case. The import is that investment arbitral proceedings could still be kept fully confidential where the States and investors so desire – even in cases involving matters of public interest*¹⁸⁷⁸.

Par exemple, les procédures en cours contre l'Inde en vertu du TBI entre l'Inde et les Émirats Arabes Unis (EAU) de 2013 *RAKIA c. l'Inde*¹⁸⁷⁹ et *Strategic Infrasol et Thakur Family Trust c. l'Inde* font naître des interrogations concernant la transparence¹⁸⁸⁰. En effet, en vertu dudit TBI, les différends sont soumis : (i) au CIRDI si les deux États sont parties à la Convention de Washington ; (ii) au Règlement d'arbitrage du CNUDCI en vigueur au moment de l'introduction du litige ; ou (iii) à un tribunal compétent de l'État dans lequel l'investissement est effectué¹⁸⁸¹. Ainsi, bien que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI fût appliqué aux deux arbitrages en question, aucune information sur ces derniers n'est disponible auprès du Dépositaire de la Transparence¹⁸⁸². Dans l'affaire *Strategic Infrasol et Thakur Family Trust c. l'Inde*, malgré l'insistance du demandeur pour que le Règlement de transparence soit applicable¹⁸⁸³, l'affaire ne figure pas au Dépositaire. Tel que souligné par Enuma Moneke « *it appears that the States and the foreign investors involved in these cases*

¹⁸⁷⁷ *Idem.* p. 155.

¹⁸⁷⁸ *Idem.* p. 181.

¹⁸⁷⁹ *Ras al-Khaimah Investment Authority c. Inde*, CNUDCI, Notification d'arbitrage, 8 décembre 2016.

¹⁸⁸⁰ *Strategic Infrasol Foodstuff LLC and The Joint Venture of Thakur Family Trust UAE with Ace Hospitality Management DMCC UAE c. Inde*, CNUDCI, Notification d'intention de se soumettre à l'arbitrage, 8 octobre 2015.

¹⁸⁸¹ Article 10(5) du TBI Inde-EAU de 2013.

¹⁸⁸² CNUDCI, Dépositaire de Transparence, tel que consulté le 1er septembre 2020.

¹⁸⁸³ *Strategic Infrasol Foodstuff LLC and The Joint Venture of Thakur Family Trust UAE with Ace Hospitality Management DMCC UAE c. Inde*, CNUDCI, Notification d'intention de se soumettre à l'arbitrage, 8 octobre 2015, § 71.

opted-out of transparency. »¹⁸⁸⁴ De même, le Dépositaire de Transparence ne contient aucune information sur l'affaire *RusHydro c. Kyrgyzstan*¹⁸⁸⁵, pourtant soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et introduit en 2018 en vertu du Traité sur l'Union Économique Eurasienne conclu le 29 mai 2014 et l'Accord Eurasien d'Investissement de 2008. Bien que les documents du litige ne soient pas accessibles au public, il est estimé que cette divergence peut s'expliquer par la non-application du Règlement de transparence à l'Accord Eurasien d'Investissement de 2008, alors même que les Règles sont applicables aux arbitrages de la CNUDCI initiés dans le cadre du Traité sur l'Union Économique Eurasienne de 2014¹⁸⁸⁶. L'affaire *RusHydro* illustre la manière dont la fragmentation du régime de transparence pourrait se manifester dans la pratique. En septembre 2020, le Dépositaire de la CNUDCI fait état de 19 affaires¹⁸⁸⁷. Le Canada est impliqué dans 8 de ces affaires en raison de la proposition du gouvernement canadien de publier sur le Dépositaire les informations relatives aux procédures engagées en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Une seule affaire est publiée sur la base d'un AII entré en vigueur après avril 2014 et intégrant les règles d'arbitrage de la CNUDCI ainsi que le Règlement de transparence. Les neuf affaires restantes relèvent toutes de TBI conclus avant l'entrée en vigueur du Règlement de transparence, signifiant que les parties ont opté pour les Règles lorsque le litige est né¹⁸⁸⁸. Il est intéressant de noter que le Dépositaire comptabilise un cas où

¹⁸⁸⁴ MONEKE (Enuma), « The Quest for Transparency in Investor-State Arbitration: Are the Transparency Rules and the Mauritius Convention Effective Instruments of Reform ? » *supra* note 1794, p. 185.

¹⁸⁸⁵ *PJSC RusHydro c. Kirghizistan*, CNUDCI, CPA, aff. n° 2018-21.

¹⁸⁸⁶ Article 85 de l'annexe 16 du traité sur l'Union économique eurasiennne ; voir aussi, *OOO Malonium Processing c. Biélorussie*, CNUDCI, CPA affaire n° 2018-06, Notification d'arbitrage, 15 novembre 2017, § 537-540 (l'arbitrage CNUDCI découlant du traité de 2014 sur l'Union Économique Eurasienne est inscrit le Dépositaire de Transparence).

¹⁸⁸⁷ Voir CNUDCI Dépositaire de Transparence.

¹⁸⁸⁸ *BSG Resources Limited et al. c. Guinée*, CIRDI aff. n° ARB/14/22, Ordonnance de procédure n° 2 sur la transparence, 17 septembre 2015, § 9 ; *Iberdola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. c. Bolivie*, CPA aff. n° 2015-05, Conditions de nomination, 7 août 2015 ; *The Estate of Julio Miguel Orlandini-Agreda, Compañía Minera Orlandini Ltda. c. Bolivie*, CNUDCI, Conditions de nomination, 18 décembre 2018 ; *Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis et al. c. Colombie*, CPA aff. n° 2018-56, Requête d'arbitrage, 24 janvier 2018 ; *Renco Group Inc. c. Pérou*, CPA aff. n° 2019-46, Requête d'arbitrage, 23 octobre 2018 ; *OOO Manolium-Processing c. Biélorussie*, CNUDCI, Conditions de nomination, 10 mai 2018, § 60 ; *Michael Ballantine, Lisa Ballantine c. République dominicaine*, CNUDCI, Notification d'intention du demandeur, 12 juin 2014 ; *Gramercy Funds Management LLC, Gramercy Peru Holdings LLC c. Pérou*, CIRDI aff. n° UNCT/18/2, Conditions de nomination, §§69-70 ; *Christian Doutremepuich, Antoine Doutremepuich c. République de Maurice*, CNUDCI, Conditions de nomination, §§ 15 et 57 ; *Nord Stream 2 AG c. l'Union européenne*, CPA, aff.

le Règlement de transparence n'était pas applicable mais où le régime de transparence proche de celui du Règlement de transparence était prévu, justifiant ainsi son inscription au Dépositaire. Par conséquent, l'applicabilité du Règlement de transparence est incohérente dans la mesure où elle peut résulter soit de l'application d'un TBI entré en vigueur après avril 2014, soit de l'accord des parties au cas par cas lorsque le TBI est antérieur aux Règles de transparence. Comme indiqué ci-dessus, l'incohérence est également exacerbée par la possibilité pour les États de se retirer selon leur bon vouloir, ce qui est le cas dans le cadre des accords ChAFTA et KAFTA. En fin de compte, ces incohérences pourraient nuire à la transparence du RDIE.

475. S'il existe des raisons d'accroître la transparence du RDIE, la confidentialité est paradoxalement souvent préférée par les parties aux arbitrages *ad hoc* entre investisseurs et États, que ces procédures soient ou non régies par le Règlement de la CNUDCI¹⁸⁸⁹. En conséquence, ces procédures arbitrales ont échappé à la vigilance des institutions nettement plus souvent que les arbitrages administrés par ces dernières. Il est frappant dans ce contexte de constater que le site internet de la CPA indique faire office de greffe dans cent neuf arbitrages investisseur-État, mais ne répertorie que trente-neuf de ces procédures. En ce qui concerne les arbitrages répertoriés dans 21 affaires, les informations se limitent aux noms des parties, de leurs conseils et des membres du tribunal arbitral. Soixante-dix des cas restants ne sont pas répertoriés, de sorte que l'existence même de ces litiges demeure inconnue¹⁸⁹⁰.

476. Le Règlement de transparence peut en outre conduire à une fragmentation car il ne s'applique qu'à des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États fondées sur des traités¹⁸⁹¹. Ainsi, l'approche du GT II peut entraîner une réduction de la zone d'application des règles. En effet, certains États ont, par exemple, lancé des processus pour mettre fin à leurs traités d'investissement afin de les remplacer par une législation

n° 2020-07, Ordonnance de procédure n° 1, 24 avril 2020, § 10.3 ; *Bacilio Amorrortu c. Pérou*, CPA, aff. n° 2020-11, Notification d'arbitrage, 13 février 2020.

¹⁸⁸⁹ MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *supra* note 1513, p. 32.

¹⁸⁹⁰ Dépositaire de la Cour permanente d'arbitrage à partir du 1er septembre 2020.

¹⁸⁹¹ Article 1(1) du Règlement de transparence ; SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *supra* note 1865, pp. 622 et 631-632 ; Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *supra* note 1563, p. 5.

nationale prévoyant la protection des investisseurs¹⁸⁹². En effet, le GT II a lui-même reconnu que « *some States referred to the UNCITRAL Arbitration Rules in their respective laws or investment contracts* »¹⁸⁹³. Toutefois, les procédures engagées en vertu de ces instruments ne déclenchent pas l'application automatique du Règlement de transparence. En outre, si l'on peut reconnaître que l'arbitrage fondé sur les traités soulève des questions relatives à l'intérêt public¹⁸⁹⁴, l'arbitrage commercial découlant de contrats d'État peut également soulever des questions similaires¹⁸⁹⁵. Afin de préserver la politique de l'État et la confidentialité, l'État et les investisseurs pourraient préférer conclure des contrats commerciaux comportant des clauses d'arbitrage, contournant ainsi les mesures de transparence. En conséquence, la forte disjonction entre les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et les autres régimes d'arbitrage prévus par les Règles pourrait encore aggraver la fragmentation de la transparence dans l'arbitrage international.

2. L'accès aux tiers pourrait nuire à l'intégrité de l'arbitrage et avoir des effets secondaires

477. Le Règlement de transparence a été décrit comme « *the most wide-ranging set of transparency commitments seen thus far in international practice* »¹⁸⁹⁶. Plusieurs raisons clés visant à soutenir la transparence dans l'arbitrage des investissements ont été évoquées, notamment l'intérêt légitime du public à savoir ce qui se passe dans lors des procédures d'arbitrage¹⁸⁹⁷ ou encore une meilleure efficacité des procédures

¹⁸⁹² Voir MOSSALLAM (Mohammad), « Process Matters: South Africa's Experience Exiting Its BITs », 2015/97 GEG Working Paper, 2015 ; voir *e.g.* l'Afrique du Sud qui a mis fin aux TBI et a introduit une législation nationale relative aux investissements étrangers et au RDIE (Protection of Investment Act (« PIA ») tel qu'adopté en 2015 par l'Afrique du Sud, Acte no. 22, Gazette Officielle, vol. 606, no. 39514.)

¹⁸⁹³ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011), A/CN.9/717, p. 10, § 33.

¹⁸⁹⁴ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *Indian Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2019, p. 107 (« *Some of the key reasons supporting transparency in ISA are as follows: (i) This signals that neither party has anything to hide, 'thereby enhancing the confidence of foreign investors; (ii) There is general public interest in the issues put forth for ISA; (iii) Legitimate interest of the public in knowing what has transpired in an arbitration* »).

¹⁸⁹⁵ SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *supra* note 1865, p. 633.

¹⁸⁹⁶ CALAMITA (N. Jansen), « Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 15, 2014, p. 667.

¹⁸⁹⁷ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 107.

d'arbitrage découlant de la transparence¹⁸⁹⁸. Cependant, après un examen plus approfondi, la mise en œuvre du Règlement de transparence de la CNUDCI risque de générer des effets secondaires négatifs car un accès public accru est susceptible d'interférer avec l'intégrité de l'arbitrage. Bien que la transparence améliorerait la qualité de la prise de décision¹⁸⁹⁹, le niveau de transparence prévu par le règlement place les tribunaux d'arbitrage dans une position leur permettant de peser les intérêts potentiellement concurrents entre confidentialité et transparence. En effet, il est affirmé que « *the application of the Rules to specific proceedings may open a range of new issues for tribunals to grapple with on a case-by-case basis* »¹⁹⁰⁰. En conséquence, les tribunaux arbitraux sont susceptibles de devoir traiter un large éventail de questions potentiellement complexes concernant la transparence et la confidentialité des informations.

478. Le niveau élevé de transparence, en particulier la publication des pièces, des déclarations de témoins et des rapports d'experts, peut être disproportionné par rapport à l'intérêt public et avoir des effets secondaires inattendus. En effet, la portée de la publication requise pour répondre à des considérations d'intérêt public a été exagérée. Le Règlement a été conçu en partant du principe qu'il existe un « *public intéressé* » et que ce public chercherait à s'engager dans une procédure et ce de manière assez détaillée. Lors de la préparation du Règlement de transparence, le GT II a pris note de certains points de vue selon lesquels « *not all documents would need to be published, in particular in view of the necessity to find the right balance between the requirements of public interest and the legitimate need to ensure manageability and efficiency of the arbitral procedure.* »¹⁹⁰¹ Cependant, le GT II n'a pas considéré « *qui pourrait constituer ce public, quelle serait sa taille, ou ce qui pourrait l'intéresser* »¹⁹⁰². Une critique importante des Règles est l'échec du GT II à prendre en compte le degré

¹⁸⁹⁸ MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *supra* note 1513, p. 37.

¹⁸⁹⁹ RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 57.

¹⁹⁰⁰ SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *supra* note 1865, p. 651.

¹⁹⁰¹ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, (New York, 7-11 février 2011), A/CN.9/717, 25 février 2011, p. 18, § 76.

¹⁹⁰² SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *supra* note 1865, p. 652. (traduction libre).

d'intérêt porté aux différents aspects de la procédure couverts par les Règles. En effet, la manière dont le public a un intérêt pertinent dans la gestion d'une affaire, y compris les délais de procédure, les normes de preuve et les déclarations d'experts ou de témoins pendant le déroulement de la procédure, n'est pas forcément très claire. Les rapports des sessions du GT II ne démontrent pas que la question de l'intérêt public justifie la publication d'une information particulière au cours de la procédure d'arbitrage. Le Professeur Gary Born s'interroge avec vigueur sur la manière dont « *[p]ublication of pleadings, other written submissions, transcripts and evidentiary submissions ... would materially assist a state in asserting (or defending) its interests [or] in explaining its policies to the public* » pas plus qu'une version expurgée et aseptisée similaire à la divulgation obligatoire des entreprises¹⁹⁰³. La question fondamentale est donc de savoir si une transparence accrue permettrait à l'État de fournir de meilleures explications à la population sur ses actions ou de faciliter la poursuite de la procédure. Comme pour les entités commerciales, les États d'accueil continuent de voir une utilité dans la confidentialité des procédures de RDIE et se méfient des conséquences politiques causées potentiellement par la divulgation publique dans le cadre des affaires sensibles¹⁹⁰⁴.

479. Le Règlement de transparence est supposé refléter les « *best practices in the field of transparency in the context of investor-State arbitration* »¹⁹⁰⁵. Le GT II s'est particulièrement inspiré de l'approche en matière de transparence adoptée par le CIRDI et de l'ALENA¹⁹⁰⁶. Toutefois, même lorsque les règles de procédure régissaient les questions de transparence, les parties au litige étaient généralement en

¹⁹⁰³ BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, *supra* note 1624, p. 2829.

¹⁹⁰⁴ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 113.

¹⁹⁰⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session, (Vienna, 3-7 octobre 2011), A/CN.9/736, p. 10, § 41.

¹⁹⁰⁶ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienna, 4-8 octobre 2010), A/CN.9/712, p. 12, § 47 et p. 15, § 59 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011), A/CN.9/717, p. 25, §§ 119, 121-122 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (Vienna, 3-7 octobre 2011), A/CN.9/736, p. 15, §§ 70 et 80 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-septième session (Vienna, 1-5 octobre 2012), A/CN.9/760, p. 12, § 63 ; Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-huitième session (New York, 4-8 février 2013), A/CN.9/765, p. 10, § 45 et p. 13, § 64.

mesure de passer outre ces dispositions unilatéralement ou par consentement¹⁹⁰⁷. Par exemple, la règle 48(4) du Règlement d'arbitrage CIRDI exige uniquement du CIRDI la publication de certains extraits des sentences, laissant toute autre divulgation soumise au consentement des parties. Les présentes propositions tendant à la modification du Règlement CIRDI exigent également le consentement des parties en matière de transparence¹⁹⁰⁸. Également, le projet de Règle 74(1) exige le consentement des parties pour la publication de mémoires ou de tout autre document présenté par une partie dans le cadre de la procédure. Le projet de modification de la Règle 75(3) autorise également la publication des enregistrements ou des transcriptions des audiences à la demande d'une partie, à moins que l'autre partie ne s'y oppose. Même l'ALENA, qui contient l'un des régimes de transparence les plus avancés, prévoit que les « *parties au litige* », et non le tribunal, ont la possibilité de mettre des documents à la disposition de tiers, tout en exigeant que ces tiers veillent à la protection de toute information confidentielle¹⁹⁰⁹. Dès lors, l'ALENA laisse la question de la transparence aux parties et non au tribunal, et ne contient pas de normes de transparence aussi strictes que le Règlement de transparence. En outre, la prise en compte de la confidentialité peut être observée dans la pratique des États-Unis et du Canada, l'article 19 du modèle de TBI américain de 2012 prévoyant que la divulgation d'informations confidentielles n'est pas exigée si elle risque d'entraver l'application des lois, d'être contraire à l'intérêt public ou « *prejudice the legitimate commercial interests of public or private companies* »¹⁹¹⁰. De même, le modèle d'APIE du Canada de 2004 prévoit que la divulgation d'informations confidentielles qui entraverait l'application de la loi, serait contraire à la réglementation protégeant les documents confidentiels du Cabinet, la vie privée ou le secret des affaires financières et les

¹⁹⁰⁷ Voir *e.g.* Articles 25(4) et 32(5) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (prévoyant qu'une sentence ne peut être divulguée ni par le tribunal ni par les parties sans le consentement des deux parties) ; Article 34(5) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 ; Articles 32(2) et 48(4) du Règlement d'arbitrage CIRDI.

¹⁹⁰⁸ CIRDI, Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI, Document de travail n° 4, vol. 1, février 2020.

¹⁹⁰⁹ Commission du libre-échange de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11, 31 juillet 2001, Article 2(1)(c).

¹⁹¹⁰ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, pp.113-114.

comptes des clients des institutions financières¹⁹¹¹. D'autre part, le Règlement de transparence ne permet pas et ce de façon expresse, la possibilité pour une partie d'émettre un droit de veto sur la publication de documents, les déclarations de témoins, les rapports d'experts, le dépôt de conclusions de tiers ou la tenue d'audiences publiques. Ainsi, les Règles s'écartent de la pratique habituelle en déplaçant le pouvoir décisionnel sur les questions de transparence procédurale en dehors des parties au litige.

480. Le Règlement accorde un pouvoir discrétionnaire à l'arbitre, injectant ainsi une charge supplémentaire dans la prise de décision arbitrale sur l'intérêt concurrentiel entre la transparence et la confidentialité. Le GT II n'était pas favorable à l'idée de prévoir « *in general terms for full discretion of the arbitral tribunal to alter the rules* », et en particulier, ne considérait pas comme suffisante l'instruction donnée aux tribunaux de résoudre les différends par une procédure *juste et efficace*¹⁹¹². Le Règlement ordonne plutôt aux tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, d'équilibrer deux notions concurrentes : « *(a) the public interest in transparency in treaty based investor-State arbitration and of the particular arbitral proceedings and (b) the disputing parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute* »¹⁹¹³. En intégrant une référence à « *l'intérêt public* », les Règles déplacent le pouvoir discrétionnaire des tribunaux pour aller au-delà des intérêts immédiats des parties à un litige particulier et pour équilibrer les intérêts des parties et du public dans la manière dont la procédure doit être conduite. Cette recherche d'équilibre crée une charge supplémentaire pour les tribunaux. Plutôt que de se consacrer à la gestion des procédures, à l'examen des soumissions et des pièces, le tribunal est contraint de traiter les exigences de la divulgation. Les Règles tentent, par certains moyens, de judiciariser les procédures arbitrales là où, dans les juridictions de *common law*, les tribunaux doivent traiter de nombreuses communications et se prononcer sur des documents privilégiés et confidentiels. En effet, « *if applied strictly, the parties and the tribunal will face the challenge of time consuming and probably*

¹⁹¹¹ Article 10(5) de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers du Canada de 2004.

¹⁹¹² CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012), A/CN.9/741, 16 février 2012, §§ 72 et 79.

¹⁹¹³ *Idem.* § 82.

costly redacted copies including lengthy discussion if and to what extent a redaction [of a confidential information] is allowed »¹⁹¹⁴. Dès lors, le rôle du tribunal ne se limite plus à statuer sur le fond de l'affaire, mais devient le garde-fou des questions de confidentialité, d'accès du public à l'information et de participation du public.

481. Le Règlement de transparence ne répond pas de manière adéquate aux préoccupations concernant les coûts croissants associés à une transparence étendue - notamment du fait de la prolongation de la durée de travail des avocats et des arbitres. L'augmentation des coûts contient également un élément d'intérêt public, puisque lorsqu'elle est supportée par le défendeur, l'État, et in fine par les contribuables¹⁹¹⁵. Malgré les préoccupations concernant l'augmentation des coûts liés à la transparence qui ont été soulignées à plusieurs reprises¹⁹¹⁶, le Professeur Dmitrij Euler a observé que :

*The Transparency Rules contain no provision on allocation of costs incurred by access, third persons, or non-disputing party submission. The question of whether costs incurred by a partial third person or non-disputing party shall be allocated to the supported person remains unaddressed, and shall be resolved in accordance with the arbitration rules*¹⁹¹⁷.

Le Règlement de transparence a été appliqué pour la première fois dans l'affaire *BSG Resources c. la Guinée* puisque les parties ont convenu d'appliquer les Règles sous réserve de certaines modifications¹⁹¹⁸. Tel que noté par les praticiens Boris Kasolowsky et Caroline Kittelmann, cette affaire illustre comment le rôle élargi du tribunal en tant qu'arbitre de la confidentialité et de la transparence impose des délais et des coûts importants :

¹⁹¹⁴ WOLKEWITZ (Mathias), « Transparency and Independence of Arbitrators in Investment Arbitration: Rule of Law Implications », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1, no. 1, 2016, p. 295.

¹⁹¹⁵ RIBEIRO (João), DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *supra* note 1555, p. 59.

¹⁹¹⁶ Section 1, paragraphe 455 de ce Chapitre.

¹⁹¹⁷ EULER (Dimitrij), « Transparency Rules and the Mauritius Convention: A Favourable Haircut of the State's Sovereignty in Investment Arbitration », *ASA Bulletin*, vol. 34, no. 2, 2016, p. 369.

¹⁹¹⁸ *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL c. Guinée*, CIRDI aff. n° ARB/14/22, Ordonnance de procédure n° 2 sur la transparence, 17 septembre 2017, §§ 11-12.

[T]he many applications filed by both sides, particularly in relation to redactions, will have caused the parties to spend substantial additional time on the case. The tribunal, paid on an hourly basis, will also have spent many hours dealing with transparency issues. This will inevitably have entailed significant additional costs for the parties¹⁹¹⁹.

Le Règlement de transparence aborde la question des coûts à une seule reprise et cela concerne les divulgations faites suite à une demande d'une personne relevant de la troisième catégorie de documents en vertu de l'article 3, puisqu'il revient à la personne qui demande et obtient l'accès aux documents d'en supporter les coûts¹⁹²⁰. Toutefois, les coûts décrits ci-dessus dans l'affaire *BSG c. la Guinée* restent inconnus.

482. Le régime de transparence institué par le Règlement de transparence peut créer de nouveaux risques et notamment une politisation de la procédure d'arbitrage qui pourrait être préjudiciable à la fois à l'investisseur et à l'État. Il est avancé qu'il « *cannot be denied that the loss of privacy and confidentiality might have negative side effects both on the respondent States and investors* »¹⁹²¹. La diminution de la confidentialité semble particulièrement problématique dans le cas d'affaires complexes ou très médiatisées, car elle pourrait compromettre l'ensemble de la procédure :

There is clearly the risk of politicisation of proceedings in particular in high profile cases of deep complexity. This may jeopardise both the pre-hearing and the hearing phase of the investment arbitration¹⁹²².

Il résulte que les exigences accrues de transparence prévues par les Règles au cours de la procédure pourraient compromettre l'intégrité de la procédure arbitrale. Cela est particulièrement perceptible en ce qui concerne les témoins et les experts. En effet, il est souligné que « *the integrity of the proceedings might be at stake if tribunals do not handle very carefully applications to publish even witness statements and expert*

¹⁹¹⁹ KASOŁOWSKY (Boris) et KITTELMANN (Caroline), « The UNCITRAL Transparency Rules: Some Thoughts on Timing and Costs in Investment Treaty Arbitration », *TDM*, vol. 15, issue 4, 2018, p. 15.

¹⁹²⁰ Article 3(5) du Règlement de transparence.

¹⁹²¹ DELI (Maria), « Transparency in International Arbitration », in GATTINI (Andrea) *et al.* (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, p. 57.

¹⁹²² WOLKEWITZ (Mathias), « Transparency and Independence of Arbitrators in Investment Arbitration: Rule of Law Implications », *supra* note 1914, p. 295.

opinions. Both witnesses and experts may be exposed to public pressure »¹⁹²³. Elle pourrait également avoir des conséquences négatives imprévues sur l'indépendance des arbitres qui pourraient être soumis à des pressions extérieures. L'exemple extrême de l'arbitre nommé par la partie indonésienne kidnappé à l'aéroport d'Amsterdam par des fonctionnaires indonésiens¹⁹²⁴ donne un aperçu des risques potentiels auxquels les arbitres pourraient déjà être exposés. Par conséquent, augmenter l'exposition publique des témoignages et des expertises par le biais de la transparence des procédures pourrait tout simplement exposer les témoins à des pressions et à des intimidations. En outre, la possibilité de parvenir à un règlement amiable entre l'investisseur et l'État défendeur pourrait être plus aisée si la procédure restait confidentielle¹⁹²⁵. Cette préoccupation a été soulevée lors des discussions du GT II concernant les informations susceptibles d'être divulguées au début d'une procédure arbitrale¹⁹²⁶.

483. L'obligation de divulgation des documents et plus particulièrement des soumissions de toutes les parties pourrait ouvrir la voie à d'autres actions contre les États. Tel que souligné par certains commentateurs : « *excessive disclosure of information on the part of the government can risk more claims being brought by either investors or citizenry against acts of the government. For instance, after India lost its first investment arbitration case, 21 new claims sprang up against the State* »¹⁹²⁷. De plus, en examinant les soumissions des parties et la stratégie de litige, les potentiels futurs demandeurs seraient informés des arguments juridiques et recevraient une sorte de feuille de route sur la façon de formuler leurs futures interventions. Lors de l'élaboration du Règlement de transparence, un équilibre aurait dû être établi entre l'intérêt du public à obtenir certaines informations et l'effet négatif d'une divulgation excessive. La publication large et disproportionnée pourrait conduire à une augmentation des litiges. L'étendue des informations qui doivent être publiées en vertu du Règlement de transparence peut également avoir un impact sur les parties elles-

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ SCHÄFER (Jan), « Indonesia's New Framework for International Arbitration: A Critical Assessment of the Law and Its Application by the Courts », *TDM*, vol. 2, no. 3, 2005, p. 47.

¹⁹²⁵ DELI (Maria), « Transparency in International Arbitration », *supra* note 1921, p. 46.

¹⁹²⁶ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012), A/CN.9/741, 16 février 2012, p. 20, § 106.

¹⁹²⁷ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 115.

mêmes. Tout d'abord, elle peut créer une charge supplémentaire pour les investisseurs, en particulier les petites et moyennes entreprises. Si les États parties peuvent disposer des ressources nécessaires pour satisfaire aux exigences de transparence, ce n'est pas nécessairement le cas pour l'investisseur. Ainsi, les obligations de transparence peuvent se révéler trop onéreuses pour les investisseurs et entraîner un grave déséquilibre entre les parties.

II. LA CONVENTION DE MAURICE

484. Puisque le Règlement de transparence n'a pas entraîné de changements significatifs en matière de transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États dans son ensemble, la CNUDCI a entrepris l'élaboration d'une convention visant à donner aux Règles une application beaucoup plus large¹⁹²⁸. Le 10 décembre 2014, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté la Convention de Maurice¹⁹²⁹, ouverte à la signature le 17 mars 2015 lors d'une cérémonie à Port Louis¹⁹³⁰ et entrée en vigueur le 18 octobre 2017¹⁹³¹. Le champ d'application de la Convention de Maurice est clairement défini puisque la Convention est applicable aux traités d'investissement conclus avant le 1er avril 2014¹⁹³². Par conséquent, contrairement au Règlement de transparence, qui concerne en principe aux arbitrages de la CNUDCI découlant des traités d'investissement conclus à partir du 1er avril 2014, la Convention de Maurice s'appliquera aux traités d'investissement conclus avant cette date. En conséquence, la Convention de Maurice est applicable aux milliers de traités d'investissement conclus au cours des dernières décennies, dont la plupart ne comportent aucune disposition sur la transparence. Les objectifs de la Convention sont les suivants : (1) faciliter l'application du Règlement de transparence aux traités d'investissement en vigueur avant sa date d'entrée en vigueur et (2) fournir un

¹⁹²⁸ Voir Note du Secrétariat, Règlement des litiges commerciaux : application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités aux traités existants – projet de convention, A/CN.9/WG.II/WP.179, 1 août 2013.

¹⁹²⁹ Nations Unies, Résolution 69/116 adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014 durant sa Soixante-neuvième session, sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/69/496).

¹⁹³⁰ Communiqués de presse des Nations Unies, « General Assembly Adopts the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *Service de l'information de l'ONU*, 11 décembre 2014.

¹⁹³¹ Communiqués de presse des Nations Unies, « The United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration enters into Force Today », *Service de l'information de l'ONU*, 18 octobre 2017.

¹⁹³² Article 1(1) de la Convention de Maurice.

mécanisme pour l'application du Règlement non seulement à l'arbitrage entre investisseurs et États relevant du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais aussi à tous les arbitrages entre investisseurs et États découlant des traités d'investissement des États contractants¹⁹³³.

A. Les éléments de la Convention de Maurice

485. La Convention de Maurice est un instrument qui applique le Règlement de transparence de la CNUDCI aux arbitrages entre investisseurs et États découlant de traités d'investissement conclus avant l'entrée en vigueur desdites Règles le 1er avril 2014¹⁹³⁴. L'article 2 de la Convention de Maurice est sa disposition la plus importante puisqu'elle envisage les deux situations dans lesquelles le Règlement de transparence sera appliqué, à savoir (i) l'application bilatérale ou multilatérale et (ii) l'offre unilatérale d'application¹⁹³⁵. Dans le cadre de l'application bilatérale ou multilatérale, le Règlement de transparence s'applique à tous les arbitrages entre investisseurs et États qu'ils soient ou non-initiés en vertu des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, à condition que l'État défendeur et l'État d'origine de l'investisseur soient parties à la Convention de Maurice et n'aient pas émis de réserves particulières¹⁹³⁶. Plus précisément, la Convention s'applique aux arbitrages fondés sur des traités dans lesquels le défendeur est partie à la Convention et le demandeur investisseur est ressortissant d'un État partie à la Convention¹⁹³⁷. En vertu de l'offre unilatérale d'application, le Règlement de transparence s'applique lorsque le défendeur est partie à la Convention de Maurice, qu'il n'a pas émis de réserve et « *the claimant agrees to the application of the UNCITRAL Rules on Transparency* »¹⁹³⁸. Selon l'article 2(5) de

¹⁹³³ CALAMITA (N. Jansen) et EZELAZNA (Ewa), « Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », *supra* note 1803, p. 286.

¹⁹³⁴ Article 1 de la Convention de Maurice ; BERGMAN (Neale), « United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *ILM*, vol. 54, no. 4, 2015, p. 748.

¹⁹³⁵ Article 2 de la Convention de Maurice.

¹⁹³⁶ Article 2(1) de la Convention de Maurice ; KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 28.

¹⁹³⁷ Article 2(1) de la Convention de Maurice.

¹⁹³⁸ Article 2(2) de la Convention de Maurice ; KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 29.

la Convention de Maurice, l'application du Règlement de transparence ne peut être recherchée, ou contournée par un demandeur sur le fondement de la clause de la nation la plus favorisée¹⁹³⁹. Cette disposition a été incluse dans la Convention en raison du manque d'uniformité de la pratique arbitrale concernant l'application de cette clause aux aspects procéduraux¹⁹⁴⁰. L'autre aspect essentiel de la Convention réside dans les réserves qu'elle prévoit en son article 3. Ainsi, les États ont la possibilité de faire part (a) de certains traités exempts de l'application de la Convention en les identifiant explicitement¹⁹⁴¹ ; (b) les arbitrages auxquels ils sont défendeurs et menés en vertu de règles d'arbitrage autres que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁹⁴² ; (c) les arbitrages dans lesquels le demandeur n'est pas un ressortissant d'un État contractant à la Convention¹⁹⁴³. La Convention de Maurice n'autorise pas non plus de réserves autres que celles expressément autorisées par l'article 3¹⁹⁴⁴, tandis que l'article 4 précise la façon dont ces réserves doivent être formulées¹⁹⁴⁵. La Convention de Maurice ne s'applique qu'aux arbitrages entre investisseurs et États qui sont engagés après l'entrée en vigueur de la Convention¹⁹⁴⁶.

B. Un modèle pensé pour la réforme du RDIE ou une tentative légère de créer une transparence universelle ?

486. Les rédacteurs de la Convention de Maurice affirment qu'elle offre aux États qui le souhaitent « *un puissant instrument pour renforcer la transparence dans le règlement des différends entre États et investisseurs* »¹⁹⁴⁷ et ont exprimé l'espoir qu'elle permette aux États d'appliquer le Règlement de transparence aux arbitrages découlant de quelque 3 000 traités conclus avant le 1er avril 2014. La Convention de Maurice fournit un exemple intéressant de la manière dont le régime international d'investissement existant peut être réformé de manière multilatérale par une approche

¹⁹³⁹ Article 2(5) de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴⁰ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 30.

¹⁹⁴¹ Article 3(1)(a) de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴² Article 3(1)(b) de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴³ Article 3(1)(c) de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴⁴ Article 3(4) de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴⁵ Article 4 de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴⁶ Article 5 de la Convention de Maurice.

¹⁹⁴⁷ Nations Unies, Sixième Commission: les délégations saluent les travaux de la CNUDCI sur la transparence des procédures internationales d'arbitrage, Couverture des réunions, AG/J/3479, 13 octobre 2014.

progressiste d' « *opt-in* ». Alors que de nombreuses réformes multilatérales globales sont fastidieuses, la Convention de Maurice a relativement rapidement abouti à un texte consensuel en se limitant à une question clairement définie, mais non moins importante¹⁹⁴⁸. En se limitant exclusivement à une seule problématique tout en évitant les conflits avec d'autres questions inscrites à l'ordre du jour de la réforme, la Convention permet de simplifier les négociations sur la réforme. Comme le souligne le Professeur Stephan Schill :

*This constitutes another step in the incremental adaptation of international investment law to the demands of a more democratic and accountable international public law system of private-public adjudication. The wide-spread application of transparency under the Convention would not only enhance the accountability of the underlying investor-State relations, but also enable better public control of the arbitral process. This turns the Mauritius Convention into an instrument with constitutional implications for the international investment regime*¹⁹⁴⁹.

Le mécanisme de la Convention de Maurice répond aux difficultés d'une approche de la réforme du droit des investissements, au regard de la nature décentralisée du RDIE. Après tout, les avancées d'un traité bilatéral unique pourraient être aisément contournées soit par le fonctionnement de la clause NPF, soit par le contournement par le biais de la nationalité. En ce sens, l'approche de la Convention de Maurice pourrait servir de modèle sur la manière dont certaines questions relatives au droit international des investissements pourraient être réformées au niveau multilatéral sans qu'il soit nécessaire de recourir à des négociations multilatérales.

487. La capacité de la Convention de démontrer l'acceptation de la transparence par les États dépend du nombre d'États qui la ratifieront. Selon certains commentateurs juridiques : « *It is without doubt that the positive effect of the Convention will depend on a growing general acceptance and therefore on the number of States and regional economic integration organizations that will ratify it (and hopefully with a limited*

¹⁹⁴⁸ SCHILL (Stephan), « The Mauritius Convention on Transparency: A Model for Investment Law Reform ? », *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 18 avril 2015.

¹⁹⁴⁹ *Idem.*

number of reservations). »¹⁹⁵⁰ Ainsi, les mesures prévues par la Convention auront un effet plus important sur la poursuite de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États si, et seulement, si les États contractants adhèrent à la Convention sans émettre de réserves.

488. En dépit d'une évolution novatrice vers la transparence, la Convention de Maurice n'a rencontré qu'un succès limité. La Convention est entrée en vigueur le 18 octobre 2017 lorsque Maurice, le Canada et la Suisse l'ont ratifiée. Depuis lors, elle n'a été ratifiée que par 9 États, le Cameroun, la Gambie et, plus récemment, par l'Italie, et signée au total par 23 États¹⁹⁵¹. Ce résultat est surprenant compte tenu du soutien massif dont bénéficie la Convention et du consensus qui s'est dégagé lors de son adoption¹⁹⁵². Bien que l'UE ne figure pas parmi les premiers signataires de la Convention, la Commission a publié une déclaration selon laquelle « *[o]nce the EU has cleared a number of internal procedures it will be in the position to sign the Convention* »¹⁹⁵³. Cette déclaration semble toutefois constituer davantage un souhait. Bien que la Convention soit ouverte à leur signature, les États membres de l'UE ont fait preuve d'une grande réticence vis-à-vis de celle-ci. Jusqu'à présent, seuls huit États membres¹⁹⁵⁴ des vingt-sept États de l'UE ont signé la Convention et aucun ne l'a ratifiée. On peut l'imaginer que ce n'est pas le soutien enthousiaste des États membres que la Commission espérait. Il est cependant évident que l'un des principaux objectifs de la Commission est d'améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. Ainsi, l'avenir nous dira si la Commission est prête à prendre de nouvelles mesures afin de garantir que les traités existants (dont les États membres sont

¹⁹⁵⁰ DELI (Maria), « Transparency in International Arbitration », *supra* note 1921, pp. 49-50.

¹⁹⁵¹ La liste des signataires comprend les pays suivants : Australie, Belgique, Bénin, Bolivie, Cameroun, Canada, Congo, Finlande, France, Gabon, Gambie, Allemagne, Irak, Italie, Luxembourg, Madagascar, Maurice, Pays-Bas, Suède, Suisse, Syrie, Royaume-Uni, États-Unis d'Amérique.

¹⁹⁵² Voir Note du Secrétariat, Règlement des litiges commerciaux : Projet de convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, A/CN.9/WG.II/WP.181, p. 2, § 3 (« À cette session, la Commission a pris acte d'un consensus selon lequel le Groupe de travail serait chargé de préparer une convention ('convention' ou 'convention sur la transparence') concernant l'application du Règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants. »).

¹⁹⁵³ Commission Européenne Actualités, « EU Welcomes More Transparency in Investor-to-State Dispute Settlement Globally », 17 mai 2015.

¹⁹⁵⁴ En septembre 2020, l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Suède ont signé la Convention. Jusqu'au Brexit, le 31 janvier 2020, le Royaume-Uni figurait sur cette liste.

signataires) remplissent bien cet objectif¹⁹⁵⁵. Toutefois, le fait que les États-Unis constituent l'un des premiers pays à avoir adhéré à la Convention ne devrait pas surprendre compte tenu de leur pratique en matière de négociation de traités garantissant la prise en compte des préoccupations d'intérêt public lors des arbitrages internationaux. Cela est également vrai pour le Canada, qui a exprimé son soutien aux règles de transparence lors des sessions du GT II, notamment les dispositions relatives à la divulgation de nombreux documents englobant les rapports d'experts et les déclarations de témoins, la tenue d'audiences publiques et la fonction du tribunal consistant à équilibrer la confidentialité et la transparence¹⁹⁵⁶. Par exemple, en vertu de l'article 1128 de l'ALENA, des tiers non partis à un arbitrage peuvent déposer des mémoires d'*amicus curiae*¹⁹⁵⁷ et avoir accès aux mémoires et autres documents connexes¹⁹⁵⁸. En outre, le Canada et les États-Unis ont accepté de rendre publiques toutes les audiences auxquelles ils sont partis dans le cadre de différends découlant de l'ALENA¹⁹⁵⁹. Il convient toutefois de noter que si l'ALENA est devenu le moteur de la transparence, cet accord ne compte que trois États parties. En outre, ces États, en particulier les États-Unis et le Canada, étaient déjà dotés d'instruments législatifs étendus en matière de liberté d'information complétant les dispositions relatives à la transparence¹⁹⁶⁰.

489. Comme indiqué précédemment, l'article 3(1) de la Convention de Maurice permet aux États de formuler trois réserves à l'application de la Convention. À tout

¹⁹⁵⁵ CALAMITA (N. Jansen) et ZALEZNA (Ewa), « Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », *supra* note 1803, p. 288.

¹⁹⁵⁶ Note du secrétariat de la CNUDCI, Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), Transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, *Commentaires des gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du Chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, New York, 7-11 février 2011, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP.163, 7 décembre 2010, pp. 2, 5-6.

¹⁹⁵⁷ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, Décision du tribunal sur la pétition d'intervention des tiers en qualité « d'*amicus curiae* », 15 janvier 2001 ; ALENA, Déclaration conjointe après la réunion de la Commission du libre-échange, « Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie », 7 octobre 2003, § A.1.

¹⁹⁵⁸ Commission du libre-échange de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11, 31 juillet 2001, A(1) (« aucune disposition de l'ALENA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier. »).

¹⁹⁵⁹ Communiqué de presse du Bureau du Représentant commercial des États-Unis, « NAFTA Commission Announces New Transparency Measures », 10 mars 2003.

¹⁹⁶⁰ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 110.

moment, les États peuvent exclure du champ d'application de la Convention certains traités d'investissement et des règles d'arbitrage. Un État peut également exclure le fonctionnement du Règlement de transparence dans les cas où il est défendeur. En émettant des réserves, les États disposeront d'une grande souplesse vis-à-vis de l'application des normes de transparence. Cela signifierait que l'application de la Convention et, par extension, du Règlement de transparence ne serait pas cohérente. En particulier, près de cinq ans après l'ouverture de la Convention à la signature, seuls neuf États ont ratifié la Convention aujourd'hui. Cela risque de ralentir les efforts de transparence. Il convient de noter que la Convention s'applique actuellement au TBI Cameroun-Canada 2014, le TBI Cameroun-Suisse 1963, le TBI Gambie-Suisse 1963 et le TBI Maurice-Suisse 1998, soit à seuls quatre des 2 570 TBI existant au 1er avril 2014¹⁹⁶¹. À ce jour, aucun arbitrage soumis à la Convention n'a encore été engagé au titre de ces traités. Toutefois, si les signataires actuels de la Convention la ratifiaient, au moins 39 autres traités bilatéraux et multilatéraux seraient soumis à la Convention, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une réserve expresse¹⁹⁶². C'est un chiffre étonnamment bas si l'on considère le soutien massif des États lors de l'élaboration des deux instruments¹⁹⁶³. Pour obtenir le type d'application universelle qui établirait la transparence comme partie intégrante du droit international des investissements, les États devraient ratifier la Convention de Maurice de façon uniforme. Toutefois, le succès de la Convention de Maurice a été décrit comme dépendant de la volonté des États de devenir parties à la Convention ainsi que de leur volonté de résister aux réserves qu'elle prévoit¹⁹⁶⁴. En effet, les États qui ratifient la Convention doivent être

¹⁹⁶¹ Voir Navigateur des accords d'investissement internationaux, CNUCED Centre de Politique d'Investissement.

¹⁹⁶² CONNOLLY (Katie), « Ratification of the Convention on Transparency in Treaty-Based Investment Arbitration Continues », *International Law Office*, 15 novembre 2018.

¹⁹⁶³ SALASKY (Julia) et MONTINERI (Corinne), « UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *supra* note 347, p. 774 (« *The Rules are the fruit of three years of negotiations among delegations of UNCITRAL member and observer States, which participated in the Commission and Working Group sessions and adopted the Rules by consensus.* ») ; BRAVO (Nathalie), « The Mauritius Convention on Transparency and the Multilateral Tax Instrument: Models for the Modification of Treaties? », *Transnational Corporations, Special Issue on Investment and International Taxation (Part 2)*, p. 101 (« *As the Rules on Transparency were enacted by UNCITRAL on 1 avril 2014, the Mauritius Convention, like the Multilateral Tax Instrument, implements rules whose substance was previously agreed by consensus.* »).

¹⁹⁶⁴ CALAMITA (N. Jansen) et EZELAZNA (Ewa), « Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor- State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », *supra* note 1803, p. 287.

conscients que plus le nombre de réserves émises sera élevé, plus les effets attendus de la Convention de Maurice et du Règlement de transparence seront diminués.

490. Bien que la Convention de Maurice soit considérée par ses partisans comme une façon d'harmoniser les différentes pratiques en matière d'arbitrage d'investissement¹⁹⁶⁵, celle-ci n'a pas reçu le soutien attendu des États. Il s'avère que certains États se sont opposés aux effets considérables qu'entraînerait l'application rétroactive de la Convention de Maurice étant donné que près de 3 000 traités étaient en vigueur avant le 1er avril 2014 et que ces traités ont été conclus à un moment donné dans un environnement juridique spécifique. En conséquence, « *States were not ready for the Convention to subject these already concluded treaties to transparency requirements introduced ex post facto* »¹⁹⁶⁶. L'essentiel de cette objection est clairement exprimé dans la déclaration de Singapour de 2013 lors de la 68^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations Unies :

*Applying the Transparency Rules to existing treaties raises grave issues. Investments made pursuant to those treaties are premised on the legal environment established by these treaties. Unilaterally changing this environment after the investments have been made demolishes the certainty of the rules applicable to these investments. This cannot be said to be compliant with the Rule of Law*¹⁹⁶⁷.

La modification de l'environnement juridique des traités actuellement en vigueur comporte des risques considérables au regard de l'État de droit qui vise à l'origine à protéger les parties, notamment les investisseurs, face à l'État¹⁹⁶⁸.

491. Les partisans de la Convention de Maurice ont également affirmé qu'elle pouvait faire de la transparence la règle par défaut en droit international des investissements,

¹⁹⁶⁵ Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *supra* note 1563, p. 4.

¹⁹⁶⁶ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 110.

¹⁹⁶⁷ Ministère des affaires étrangères de Singapour, Déclaration de Mme Rena Lee, déléguée à la 68^e session de l'Assemblée générale des Nations unies sur le point 79 de l'ordre du jour, sur le Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarante-sixième session, Sixième Commission, 14 octobre 2013.

¹⁹⁶⁸ WOLKEWITZ (Mathias), « Transparency and Independence of Arbitrators in Investment Arbitration: Rule of Law Implications », *supra* note 1914, pp. 295-296.

notamment en raison de son large champ d'application¹⁹⁶⁹. Toutefois, la Convention n'a connu jusqu'à présent qu'un succès très limité, bien qu'elle constitue une avancée novatrice vers la transparence¹⁹⁷⁰. Selon le Professeur Daniel Kalderimis, « *it is not easy to persuade States to so agree. It seems likely that the main effect of the UNCITRAL transparency regime will be felt through the continued use of the UNCITRAL Transparency Rules, rather than from States ratifying the Mauritius Convention.* »¹⁹⁷¹ L'une des raisons expliquant le nombre relativement faible de ratifications est que les États sont toujours libres d'appliquer le Règlement de transparence de la CNUDCI de façon ponctuelle. En effet, « *even if they [States] are not parties to it, they can still choose to apply the UNCITRAL transparency rules on an ad hoc basis* »¹⁹⁷². L'ordonnance de procédure dans l'affaire *BSG Resources Ltd. c. Guinée*¹⁹⁷³, publiée sur le site web du CIRDI, est un bon exemple de cette situation, car elle révèle que les parties se sont également entendues sur l'application des Règlement de transparence¹⁹⁷⁴. En choisissant l'application du Règlement de transparence de manière *ad hoc*, les États conservent une certaine flexibilité et la possibilité de ne pas appliquer les Règles en cas de litige sensible ou potentiellement préjudiciable dont ils souhaitent éviter la publicité¹⁹⁷⁵. Comme l'a souligné un auteur :

when it comes to choosing whether or not the Rules will apply, parties may take the view that it is safer to completely exclude the application of the Transparency Rules to the arbitral proceedings, rather than subscribe

¹⁹⁶⁹ Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-bases Investor-State Arbitration », *supra* note 1563.

¹⁹⁷⁰ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 109.

¹⁹⁷¹ KALDERIMIS (Daniel), « The Future of the ICSID Convention: Bigger, Better, Faster? », in BALTAG (Crina) (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International 2016, p. 582.

¹⁹⁷² MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p. 112.

¹⁹⁷³ *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Guinée*, aff. n° ARB/14/22, Ordonnance de procédure n° 2 sur la transparence, 17 septembre 2015, § 10.

¹⁹⁷⁴ MOHAN (Mahdev), AZIZ (Siraj) *et al.*, « Transparency in Investment Treaty Arbitration & Asia's Mixed Reception », *supra* note 1894, p.112.

¹⁹⁷⁵ Global Arbitration Review, « Mauritius Convention Ushers in New Era », *GAR*, 18 octobre 2017, p. 4.

*to it and discover during proceedings that information considered to be privileged would not be protected*¹⁹⁷⁶.

Cette flexibilité semble plus attrayante dans la mesure où les États gardent le contrôle de la transparence et de la divulgation automatique éventuelle des informations.

CONCLUSION

492. La pression croissante des tiers exigeant une plus grande transparence des procédures arbitrales entre investisseurs et États constitue une source d'inquiétude relativement nouvelle. Si la confidentialité est considérée comme un élément fondamental, une transparence accrue dans l'arbitrage entre investisseurs et États peut s'avérer être bénéfique au régime des traités d'investissement. Le manque de transparence est une critique de longue date concernant le fonctionnement du système de règlement des différends prévu par les traités d'investissement, à propos de l'existence des différends, du processus arbitral ou de la sentence¹⁹⁷⁷.

493. La pratique actuelle en matière d'arbitrage s'est écartée de sa position antérieure : elle a inversé les obligations de confidentialité et s'est orientée vers la transparence et l'ouverture. En outre, il est à noter que l'arbitrage d'investissement a fait l'objet, au cours des quinze dernières années, d'importantes réformes de procédure et de fond, notamment l'adoption de mesures de transparence, en particulier au sein du CIRDI et de la CNUDCI. Ces mesures s'inscrivent dans une tendance générale visant à adopter une approche plus systémique de l'arbitrage en matière d'investissement. L'adoption des mesures de transparence a contribué à renforcer l'intégrité du RDIE. Il en est ainsi malgré l'augmentation des critiques visant le RDIE dans certaines régions du monde, reflétant des préoccupations importantes de la société civile et des ONG.

494. La nature complexe et décentralisée du droit international des investissements complique la recherche de la transparence. Comme peu d'États sont signataires de la Convention de Maurice - actuellement, neuf États ont ratifié la Convention - la plupart

¹⁹⁷⁶ MONEKE (Enuma), « The Quest for Transparency in Investor-State Arbitration: Are the Transparency Rules and the Mauritius Convention Effective Instruments of Reform ? », *supra* note 1794, p. 182.

¹⁹⁷⁷ Voir *e.g.* Branche américaine de l'Association de droit international/Société américaine de droit international, *Joint Study on the Implementation of Transparency Norms in International Commercial Arbitration* ; MAGRAW (Daniel) et AMERASINGHE (Niranjali), « Transparency and Public Participation In Investor-State Arbitration », *supra* note 1556, p. 337.

des procédures arbitrales en matière d'investissement resteront confidentielles¹⁹⁷⁸. Cela pourrait toutefois changer si davantage d'États ratifient la Convention ou font directement ou indirectement référence aux Règles de transparence dans les futurs traités. D'ici là, il reste possible d'éviter la divulgation complète des documents en recourant à l'arbitrage CIRDI¹⁹⁷⁹ ou de la SCC, ou en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ou de 2010 lorsque le traité concerné prévoit de tels choix.

495. Rares sont ceux qui contestent le bien-fondé de la transparence. La transparence est nécessaire au fonctionnement d'un système démocratique, à la coopération et à la bonne gouvernance. Toutefois, une transparence totale n'est pas forcément une solution adaptée pour tous. Comme dans toute affaire, le contexte est important. Dans la mesure où il existe des raisons légitimes justifiant des approches différentes, la confidentialité ne doit pas être systématiquement abandonnée au profit de la transparence. Il convient de se demander non seulement si la transparence est souhaitable dans le cadre du droit international des investissements, mais aussi se poser la question de la transparence sur quoi et vis-à-vis de qui ? Ce n'est qu'à la lumière des réponses à ces questions que nous pourrions commencer à nous interroger sur la mesure dans laquelle le régime international d'investissement peut contenir une norme de droit international, élaborée ou en cours d'élaboration, en matière de transparence. Une approche équilibrée consisterait à distinguer entre la divulgation pendant et après la procédure arbitrale - le tribunal conserverait un pouvoir discrétionnaire pendant la durée de la procédure arbitrale pour réglementer et restreindre la divulgation publique si nécessaire, afin de préserver l'intégrité et la cohérence de la procédure. Elle distinguerait également la transparence après la clôture de la procédure - en publiant dans les meilleurs délais la sentence, les observations des parties et les transcriptions des audiences, sous réserve du droit de l'une ou l'autre partie de demander au tribunal la suppression de certaines informations sensibles ou confidentielles.

¹⁹⁷⁸ Ceci ne sera pas le cas si le traité lui-même contient des exigences de transparence, comme c'est le cas par exemple de l'ALENA et du CAFTA.

¹⁹⁷⁹ Voir CIRDI, Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI, Document de travail n° 4, vol. 1, février 2020.

PARTIE II. LA RÉFORME DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS : ABANDON OU MAINTIEN ?

496. Tel que démontré dans la première partie, la multiplication des litiges soulevés par les investisseurs à l'encontre des États hôtes a engendré une forte opposition à l'arbitrage d'investissement dans plusieurs États. Les critiques portant sur le RDIE ont conduit certains de ses acteurs à conclure à la nécessité d'une réforme¹⁹⁸⁰ à l'échelle étatique, réforme devant impliquer des changements quant au fonctionnement des institutions d'arbitrage tel que le CIRDI.

497. En vue de restaurer la confiance au système actuel du RDIE, la CNUDCI a décidé, à l'occasion de sa cinquantième session annuelle de juillet 2017, d'établir un groupe de travail. Ce groupe de travail, « **GT III** », aura pour objet principal d'examiner les propositions portant sur la création d'une Cour multilatérale et permanente d'investissement ainsi que d'une cour d'appel autonome¹⁹⁸¹. Le GT III s'est vu attribuer les mandats suivants :

*(i) recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; (ii) déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et (iii) si le Groupe de travail décidait que cette réforme était souhaitable, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission*¹⁹⁸².

Ce mandat a clairement été défini afin d'être mené par les gouvernements, le but étant d'éviter l'implication d'experts tels que des praticiens de l'arbitrage ayant autrefois servi ou même parfois piloté les groupes de travail au sein de la CNUDCI.

498. Alors que la nécessité de réformer le système lacunaire du RDIE fait l'objet d'un consensus¹⁹⁸³, les opinions divergent quant à l'approche qu'il convient d'adopter pour

¹⁹⁸⁰ CONSTAIN (Silvia), « ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood », *supra* note 289, p. 344.

¹⁹⁸¹ Rapport de la Commission des Nations Unies sur le Commerce International, cinquantième session (3-21 juillet 2017), Registres officiels de la 72ème session de l'Assemblée Générale, No. 17, A/72/17, pp. 43-47.

¹⁹⁸² Rapport du Groupe de travail III (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les conclusions de la 35ème session (Vienne, 27 novembre - 1 décembre 2017) Part I, A/CN.9/930/Rev.1, 19 décembre 2017, p. 3.

¹⁹⁸³ PETERSON (Luke), « At latest UN Meeting, Governments Agree on the Desirability of Investor-State Dispute Settlement Reform », *IA Reporter*, 5 novembre 2018, p. 1 (« *the assembled delegations in Vienna agreed that reform of the current system is 'desirable' in relation to at least three broad*

mener à bien cette réforme : (1) certains recommandent le total démantèlement de l'arbitrage d'investissement et appellent à son remplacement par un système radicalement différent, celui par exemple d'une Cour permanente d'investissement¹⁹⁸⁴, (2) d'autres affirment qu'améliorer le système existant du RDIE est la solution la plus adaptée¹⁹⁸⁵. Après tout, l'arbitrage investisseur-État est un forum neutre et dépolitisé permettant d'assurer le respect par les États hôtes des obligations découlant des AII qu'ils ont conclus et met à disposition des investisseurs une voie de recours en cas de non-respect de ces obligations.

499. En réponse à la pression politique du mouvement anti-RDIE, l'UE a décidé de totalement réformer le système de résolution des différends. En réponse aux critiques visant le RDIE, notamment celle de la Commissaire européenne Cecilia Malmström¹⁹⁸⁶, l'UE a proposé la création d'un système juridictionnel des investissements (« **SJI** ») ou un système de Cour d'investissement, connue en anglais sous le nom *Investment Court System* (« **ICS** »). Cette Cour chargée de résoudre les litiges en matière d'investissement se compose d'un système à deux degrés : un tribunal permanent de première instance ainsi qu'une Cour d'appel. L'ICS a été décrit comme étant un système qui fonctionne davantage comme les systèmes judiciaires traditionnels, avec un système d'appel et des arbitres permanents dont les qualifications s'apparentent à celles des juges nationaux¹⁹⁸⁷. C'est pourquoi, le

categories of concern: 1. inconsistency and incorrectness of arbitral rulings, 2. concerns about arbitrators and decision makers who currently resolve disputes, and 3. concerns about the cost and duration of the process. »).

¹⁹⁸⁴ Voir par exemple ANDERSON (Sarah) et CURSKY (Sara), « Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to do About it », *supra* note 1519, pp. 24-27 ; EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Influencing an Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171, p. 72.

¹⁹⁸⁵ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 497 (« *those affected by the outcome of such disputes have an interest in being informed about or even in participating in investment-treaty arbitrations...Steps towards an accommodation of such interests consist, for example, in the increased transparency of investment-arbitration proceedings and investment-treaty awards and the participation of third parties as amici curiae. Such concerns, however, do not require a fundamental redesign of the entire system of international investment protection.* »).

¹⁹⁸⁶ Voir Introduction, Chapitre IV, D. Le démantèlement du RDIE par l'Union Européenne.

¹⁹⁸⁷ Commission, « Concept paper: Investment in TTIP and Beyond – the Path for Reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court » (« **Concept Paper** »), 5 mai 2015, p. 4.

Président de la CIJ, le Juge Stephen M. Schwebel, a pu décrire cette proposition comme étant un « *appeasement of critics* »¹⁹⁸⁸.

500. Le premier titre portera sur le rejet du système de RDIE par voie d'arbitrage *ad hoc* et la création de l'ICS suivant la proposition de l'UE. Il analysera les divers événements ayant mené à la création de l'ICS, et étudiera sa structure et son fonctionnement. Il se conclura enfin par l'analyse des inconvénients et des défis engendrés par la mise en place d'une telle Cour. Ce titre portera sur plusieurs interrogations, et tentera de répondre à la question de savoir si l'ICS permettra de faire mieux accepter la résolution des conflits entre investisseurs et États. Les questions qui seront abordées sont les suivantes : est-ce que la Cour d'investissement se révélera être un meilleur moyen de résoudre les litiges investisseurs-États que le système d'arbitrage d'investissement classique et de ce fait, une manière de le rendre plus « *légitime* », ou bien est-ce que la mise en place de cette Cour suscitera des interrogations légales complexes et davantage d'incertitude ? Cette nouvelle Cour est-elle une « *Cour internationale* » ou constitue-t-elle un « *tribunal arbitral* » ? Comment les décisions rendues par cette Cour seront-elles exécutoires au sein d'États non parties au système ? Ce nouveau modèle européen est-il une simple réaction « *radicale* » aux enjeux politiques présentés par les affaires contre les États de l'UE et les groupe anti-RDIE ? Les technicités et complexités présentées par cette Cour ont-elles été suffisamment prises en compte ou mèneront-elles à l'inefficacité du fonctionnement de cette dernière ?

501. Le deuxième titre va étudier ce qui est qualifié de réforme incrémentale ou de réforme ciblée du RDIE, selon laquelle ce dernier doit rester inchangé avec une réforme structurelle ou procédurale supplémentaire. Certains États, la communauté arbitrale, ainsi que d'autres acteurs favorisent le maintien du régime arbitral *ad hoc* et privilégient l'idée de réforme *à la carte* afin d'éliminer certaines de ses faiblesses tout en conservant ses caractéristiques fondamentales. Les partisans de ce type d'approche maintiennent toujours que l'arbitrage investissement est la meilleure forme de résolution des différends entre investisseurs et États, car neutre, dépolitisée et efficace. Une approche intermédiaire actuellement débattue est la création d'un organe d'appel

¹⁹⁸⁸ ROSS (Alison), « Schwebel Criticises EU Act of 'Appeasement' », *GAR*, 24 mai 2016, p. 1.

visant à renforcer la cohérence des décisions rendues par les tribunaux arbitraux, tout en maintenant les principes fondamentaux du système *ad hoc*. D'autres préconisent le système de décision préliminaire, tel que le processus d'examen de la sentence. Ce système peut être amélioré pour répondre aux préoccupations des critiques, toutefois il peut également poser des questions pratiques et générer des défis complexes. La question de la réforme de fond sera également abordée dans le dernier chapitre, dans le but de se pencher sur l'origine du mouvement de contrecoup de l'arbitrage d'investissement. Des suggestions sur une rédaction plus précise des traités seront présentées afin de réduire le risque d'incohérence dans l'interprétation des traités, ainsi que sur la manière de recalibrer les traités pour un meilleur équilibre entre les obligations des États hôtes et celles des investisseurs.

502. En somme, cette deuxième partie aborde l'interrogation de savoir si le système actuel de règlement des différends entre investisseurs et États via l'arbitrage *ad hoc* devrait être remplacé par un autre mécanisme, celui de la Cour d'investissement. Le cas échéant, faut-il simplement abandonner ou améliorer le système existant afin de renforcer la légitimité fragilisée du RDIE ? Afin de répondre à cette question fondamentale, il faut analyser les différentes réformes actuellement en projet et celles qui sont plus débattues par les États, la communauté d'arbitrage et les académiciens. Pour finir, une proposition de solution sera abordée dans le dernier chapitre¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁹ Il convient de noter qu'il existe des ressemblances entre la liste des préoccupations identifiées par le GT III de la CNUDCI et les sujets d'amendement possibles du CIRDI. Cependant, en raison de la large liste de réformes, cette thèse se limitera aux propositions de réforme significatives des États, de la communauté arbitrale et des autres parties prenantes qui sont les plus débattues.

TITRE 1. UNE COUR D'INVESTISSEMENT : UNE FAUSSE BONNE IDÉE ?

503. Les États membres de l'UE sont parties à environ 1 400 TBI¹⁹⁹⁰. Ces TBI ont été conclus antérieurement à l'acquisition par l'UE d'une compétence exclusive en matière de commerce extérieur et ce par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009¹⁹⁹¹. Ce traité a permis l'inclusion du domaine des IDE dans le champ d'application de la politique publique européenne en matière de commerce¹⁹⁹². Cela a eu pour conséquence que l'UE est devenue un des plus puissants acteurs en matière de politique internationale d'investissement. Désormais, l'UE a la capacité de conclure des accords d'investissement et par conséquent les États membres se trouvent dans l'impossibilité de conclure de tels accords de façon individuelle. Depuis, l'UE a entrepris des négociations des ALE contenant des dispositions en matière d'investissement et applicables sur l'ensemble de son territoire.

504. Afin de mieux comprendre l'ICS, il convient de se pencher sur le contexte politique présent au sein de l'UE au moment de la proposition d'instaurer une telle Cour. Ce dernier est marqué par l'essor de mouvements dits « *anti-globalisation* ». Certains groupes anti-RDIE, composés principalement des ONG¹⁹⁹³, ont entrepris une campagne contre le RDIE pendant les négociations du TTIP entre l'UE et les États-Unis. La formation de ces groupes résulte du fait que les États de l'UE, traditionnellement exportateurs, sont devenus les défenseurs des affaires RDIE, notamment l'Allemagne dans les deux affaires controversées portées par la société Vattenfall¹⁹⁹⁴. L'Espagne, par exemple, a dû faire face à 20 plaintes déposées par des investisseurs dans le secteur de l'énergie solaire devant le CIRDI, ainsi que d'autres institutions arbitrales¹⁹⁹⁵. Ces ONG défendent que les entreprises multinationales profitent de façon indue de la protection dont elles bénéficient à travers les accords

¹⁹⁹⁰ Commission, fiche technique : Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlements in EU Agreements, novembre 2013, p. 1.

¹⁹⁹¹ Traité de Lisbonne portant amendement du Traité de l'Union Européenne et le Traité établissant la Communauté européenne, 13 décembre 2007, 2007.J.O (C 306).

¹⁹⁹² Article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« **TFUE** »).

¹⁹⁹³ E.g. Compact, Mehr Demokratie (More Democracy), BUND et Friends of the Earth.

¹⁹⁹⁴ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/09/6 ; *Vattenfall AB c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/12/12.

¹⁹⁹⁵ YONG (Lacey), « Spain Faces 20th Renewable Energy Claim at ICSID », *GAR*, 27 August 2015.

internationaux d'investissement. Ils soulèvent que ces AII leurs permettent de légitimer certaines demandes en réparation fondées sur des mesures prises par les États hôtes¹⁹⁹⁶. Les contestataires du RDIE ont manifesté leur opposition au « *secretive tribunals of highly paid corporate lawyers* » ce qui correspond désormais à l'image de l'arbitrage d'investissement renvoyée par les médias¹⁹⁹⁷. Selon les ONG International Corporate Accountability Roundtable (« **ICAR** ») et the Center for Research on Multinational Corporations : « *ISDS clauses give foreign investors, and only foreign investors, a private right of action to access remedy for perceived wrongdoings perpetrated by the State* »¹⁹⁹⁸. D'autre part, certaines personnes ayant « souffert » de ces investissements n'ont aucun recours spécialisé dans le système international¹⁹⁹⁹. Par conséquent, le 7 juillet 2010 la Commission présenta sa première communication sur la politique d'investissement de l'UE incluant des recommandations sur l'amélioration de l'arbitrage entre investisseurs et États et sur la possibilité que dispose l'UE d'accéder à la Convention CIRDI. Un des groupes anti-RDIE a publié un rapport²⁰⁰⁰ appelant au *démantèlement de l'arbitrage d'investissement*. En effet, les opposants au RDIE ont soulevé les critiques suivantes : le manque de neutralité, de transparence et de légitimité de l'arbitrage d'investissement et les présents conflits d'intérêts opposables aux arbitres agissant comme conseil. À cela s'ajoute l'effet dissuasif du RDIE sur les actions des États hôtes dans certains domaines, l'imprévisibilité des sanctions encourues et le coût des procédures²⁰⁰¹.

505. L'ICS semble être un système pour l'instant ambigu quant à sa nature. La Commission est d'ailleurs tenue de répondre à une demande de l'opinion publique

¹⁹⁹⁶ Corporate Europe Observatory, « Still not Loving ISDS: 10 Reasons to Oppose Investors' Super-Rights in EU Trade Deals », *CEO*, 16 avril 2014.

¹⁹⁹⁷ « Investor-State Dispute Settlement – the Arbitration Game », *The Economist*, 11 octobre 2014.

¹⁹⁹⁸ ICAR et SOMO, *Investment-related Dispute Settlement: Towards Comprehensive Accountability and Inclusive Access to Remedy*, Background Paper, juin 2017, p. 2. L'auteur note que ces critiques extrêmes sont sans fondement. Par exemple, ces clauses peuvent être accompagnées de conditions tels que l'épuisement des voies de recours internes avant l'arbitrage, De plus, l'Etat dispose également du droit d'action et de demande reconventionnelle dans le cadre du RDIE.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰⁰ MAES (Marc) et EVENTON (Ross) *et al.*, « Reclaiming Public Interest in Europe's International Investment Policy, EU Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader », *The Transnational Institute on behalf of the Investment Working Group of the Seattle to Brussels Network*, 7 juillet 2010, p. 45.

²⁰⁰¹ PUCCIO (Laura) et HARTE (Roderick), « From Arbitration to Investment Court System: The Evolution of CETA Rules », *European Parliamentary Research Service*, PE 607.251, juin 2017, pp. 9-10.

publiée par le Parlement européen²⁰⁰². En créant une Cour, la Commission européenne assure l'existence d'un *tribunal permanent* pour déroger au système d'arbitrage *ad hoc* et dans le but de prendre d'importantes décisions à l'échelle de l'UE. Néanmoins, une des interrogations principales que soulève l'ICS est de savoir si la procédure résultant de ce mécanisme sera considérée comme un arbitrage ou une procédure judiciaire « classique ». Dans le même ordre d'idées, est-ce que l'ICS constitue réellement une *cour internationale*, c'est-à-dire un règlement judiciaire des différends internationaux, ou un *tribunal arbitral* ? Les réponses à ces interrogations ne sont pas évidentes et continuent de donner lieu à de vifs débats. Il faut préalablement exposer les perspectives théoriques de l'arbitrage et du règlement judiciaire en droit international. Cette question est primordiale en ce qu'elle impacte la phase de reconnaissance et d'exécution des décisions prises par l'ICS, particulièrement lorsqu'il s'agira de leur donner effet dans des États non parties. Ce titre premier portera sur l'étude du contexte précédant la remise en question du RDIE et son remplacement par l'établissement de la Cour d'investissement (Chapitre 1) ; il s'en suivra une étude de la structure et du fonctionnement de la Cour d'investissement ainsi que des difficultés et des défis que la mise en place qu'une telle Cour pourrait soulever (Chapitre 2). L'enjeu de ce titre est de raisonner sur la forme de cette Cour d'investissement, sur les nombreuses interrogations légales et les préoccupations qu'elle engendre. Cela crée une grande incertitude quant à la légitimité d'un tel mécanisme pourtant décrit comme étant un système neutre, effectif, juridiquement prévisible et cohérent²⁰⁰³. La Cour d'investissement, au fonctionnement pour l'instant ambigu, apparaît être une simple réaction politique²⁰⁰⁴ aux litiges portés contre des États hôtes par des entreprises dites

²⁰⁰² THOMSON (Douglas), « EU Proposes Global Investment Court », *GAR*, 6 mai 2015 (« *the secretary general of the European Federation for Investment Law and Arbitration Nikos Lavranos said that opposition to ISDS in the European Parliament had reached such a pitch that it is highly unlikely that any form of ISDS will be included in the proposed TTIP.* »).

²⁰⁰³ BROWN (Colin), Député européen, négociateur en chef de la Cour d'investissement, a identifié les objectifs de la Cour d'investissement comme étant la création d'une Cour « *neutral, effective, legally predictable and coherent* ».

²⁰⁰⁴ BERNARDINI (Piero), « The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis », in SCHERER (Matthias) (ed.), *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law Internationalvol, 35, issue 4, 2017, p. 813 (« *As a matter of fact, the proposal was politically motivated, as shown by the reasons for its support by important member states, such as Germany and France, whose attitude toward the ISDS had more recently changed mostly due to the use of the system no longer solely by Western investors against developing states, as originally expected and as had actually occurred for a long period of time, but progressively also against states previously investment exporters by investors of various nationalities, including former investment importers.* »).

« *exportatrices de capital* ». La proposition de mettre en place une Cour soulève, tel que précité, certains doutes quant à la reconnaissance et l'exécutat des décisions qu'elle rendra. À terme, ces doutes pourraient l'emporter et faire échouer l'entier système de RDIE pensé par l'UE. Par ailleurs, la définition de la nature de l'ICS semble indispensable afin d'évaluer les conséquences éventuelles qu'elle pourrait avoir. Pour déterminer la nature de l'ICS, il est nécessaire d'analyser sa structure, ses caractéristiques et les étapes procédurales de celle-ci.

CHAPITRE 1. HISTOIRE ET CONTEXTE DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : L'UE À LA CROISÉE DES CHEMINS ?

506. Les traités d'investissement ont longtemps été décrits comme se trouvant à un certain « *carrefour* ». Cela est particulièrement vrai depuis la refonte en cours du RDIE. Tel qu'évoqué en première partie, le 6 mars 2018, la CJUE a rendu une décision dans le cadre de l'affaire *Achmea* (C-294-16), dans laquelle elle affirme qu'une clause d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement intra européen est privée d'effet car incompatible avec les articles 267²⁰⁰⁵ et 344²⁰⁰⁶ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« **TFUE** »). Un avis contraignant de la Cour de Justice sur la compatibilité du chapitre 8 (« Investissements ») de l'Accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (« **AECG** »), plus connu sous le sigle anglais « **CETA** ») a également été rendue le 30 avril 2019. La Cour affirme la compatibilité du mécanisme de règlement des différends avec le droit de l'UE, toutefois limitée aux dispositions du droit de l'UE portant sur les dispositions de l'accord. Ce point sera abordé dans la Section 1.II.B.

507. En conséquence aux difficultés engendrées par le RDIE, l'UE a présenté des propositions *drastiques* afin de remplacer le système actuel d'arbitrage

²⁰⁰⁵ L'article 267 du TFUE dispose que : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : 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. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.* ».

²⁰⁰⁶ L'article 344 du TFUE dispose que : « *Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci.* ».

d'investissement *ad hoc* permettant aux parties de nommer leurs propres arbitres par un corps de juges pré sélectionnés (« *standing judicial body* »). L'UE souhaite y inclure une Cour d'appel (« *appellate body* »). À la lumière de la consultation sur le TTIP²⁰⁰⁷, l'UE, a, dans le cadre des négociations de cet accord, recherché à remplacer le système d'arbitrage d'investissement *ad hoc* par une Cour d'investissement. L'UE a donc proposé de reconceptualiser le droit international de l'investissement en introduisant une Cour permanente composée de juges qualifiés, une Cour d'appel, des Règles de transparence, la possible intervention de parties tierces et le droit des États à régler. L'UE et le Canada ont ultérieurement renégocié le CETA²⁰⁰⁸, devenant le premier accord signé par l'UE contenant des dispositions sur la protection des investissements ainsi qu'une Cour permanente d'investissement à deux degrés pour la résolution des litiges. Cette Cour d'investissement a également été introduite dans l'accord de libre-échange entre l'UE et le Vietnam conclu en janvier 2016 (« **ALE UE-Vietnam** »)²⁰⁰⁹. L'UE a entrepris une révision de cet accord de libre-échange et l'accord a finalement été séparé en deux accords, l'un sur les échanges économiques, l'autre sur l'investissement. Ce titre examinera l'accord sur la protection des investissements connu en anglais « EU-Vietnam Investment Protection Agreement » (« **EVIPA** ») dans sa version d'août 2018.

508. La première section de ce chapitre aura pour but d'étudier le contexte de la création de l'ICS partant d'un point de vue historique jusqu'à la signature des trois différents accords de libre-échange proposant l'établissement de cette Cour d'investissement. La deuxième section portera sur la question de l'incertitude sur l'ambitieux projet d'établir une Cour multilatérale d'investissement.

SECTION 1. LA CRÉATION D'UNE COUR PERMANENTE D'INVESTISSEMENT

509. Même si la procédure de l'ICS utilise des règles d'arbitrage du CIRDI ou le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI²⁰¹⁰, la structure de la Cour se différencie de

²⁰⁰⁷ Commission, « EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP », *Actualité*, archives, Bruxelles, 12 novembre 2015.

²⁰⁰⁸ La version révisée du CETA a été publiée par la Commission européenne le 29 février 2016.

²⁰⁰⁹ Accord de libre-échange UE-Vietnam : selon la version du texte de janvier 2016, publié par la Commission européenne le 1er février 2016.

²⁰¹⁰ Article 8.23(2) du CETA ; Article 3.33(2) de l'EVIPA ; Article 6(2) du TTIP.

façon significative du modèle classique d'arbitrage. L'ICS est composée d'un système à deux degrés : un tribunal de première instance composé de juges permanents et une Cour d'appel. Contrairement à l'arbitrage, les parties ne sont pas en mesure de désigner les membres du tribunal au cas par cas. Les juges sont choisis selon une méthode de rotation parmi un panel de juges permanents présélectionnés par les États contractants. Chaque juge recevra une provision constituant son salaire si le travail effectué le justifie. Le CETA, l'EVIPA et le TTIP utiliseront le CIRDI comme secrétariat administratif. Cela signifie que la Cour d'investissement ne disposera pas d'une structure autonome. Il est prévu que la décision finale rendue par cette « *Cour* » soit soumise aux obligations découlant de la Convention de New York ou à la Convention CIRDI. Néanmoins, pour certaines raisons qui seront analysées ci-dessous, l'exequatur de ces décisions en vertu de la Convention CIRDI pourrait constituer un enjeu.

510. De plus, certaines incertitudes ont été soulevées quant à la possibilité pour ces décisions d'être exécutées en application de la Convention de New York dans un État non-partie au système de la Cour d'investissement, en effet, la désignation des juges se fait par les États et non pas par les investisseurs. La sous-section suivante portera sur l'étude approfondie du contexte historique et politique de la création de l'ICS (I), et abordera ensuite l'élaboration des trois premiers ICS proposés par l'UE et ses obstacles (II).

I. LE CONTEXTE HISTORIQUE DE LA COUR D'INVESTISSEMENT

511. Cette section examinera le contexte et les circonstances politiques qui ont conduit l'UE à créer une Cour permanente afin de remplacer rapidement le système traditionnel de règlement des différends entre investisseurs et États, utilisé depuis plus de cinq décennies. Pour déterminer la question primordiale de savoir si l'ICS est un tribunal arbitral ou une Cour internationale, le contexte politique de la décision et de la conception de l'UE doit être étudié.

A. Les tentatives antérieures de création d'une Cour d'investissement

512. L'idée de mettre en place une Cour d'investissement ou une Cour multilatérale d'investissement n'est pas nouvelle²⁰¹¹. En 1948, l'International Legal Association

²⁰¹¹ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 404.

(« **ILA** ») a rédigé un statut nommé *Statutes for the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investments Court* ayant pour but d'établir une Cour dédiée à la résolution des litiges résultant d'opérations d'investissements internationales²⁰¹². Dans les années 50 et 60, plus précisément lors des conférences de l'ILA de 1958, 1960 et 1963, certains avocats internationalistes suggéraient également la création d'une Cour internationale d'investissement²⁰¹³. En ce sens, en 1960, lors des débats sur le *Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment* et le *Draft Statutes of the Foreign Investments Court*, les participants à l'ILA conférence ont comparé l'efficacité d'une telle Cour face à l'arbitrage. Les opinions variaient sur la question de savoir si l'arbitrage constituait un forum plus efficace qu'une cour dans la résolution des litiges investisseurs-États²⁰¹⁴. La Cour en question n'a jamais vu le jour²⁰¹⁵.

513. En réalité, l'idée d'établir une Cour permanente pour l'investissement connaît un précédent. Il s'agit de l'Accord unifié pour les investissements du capital arabes dans les pays arabes (« l'**Accord unifié** »). Cet accord, qui soutenait la création d'une Cour Arabe pour les investissements (« **AIC** »), a été signé le 26 novembre 1980 par l'Algérie, le Bahreïn, Djibouti, l'Égypte, l'Irak, la Jordanie, le Koweït, le Liban, la Mauritanie, le Maroc, Oman, la Palestine, le Qatar, l'Arabie Saoudite, la Syrie, la Somalie, le Soudan, la Tunisie, les Emirats Arabes Unis et le Yémen²⁰¹⁶. Cette institution arabe a été établie afin de résoudre les litiges entre les États membres de la Ligue Arabe et les investisseurs ressortissants de l'un de ces pays en application de l'Accord unifié²⁰¹⁷. L'AIC est composée d'au moins cinq juges ainsi que de plusieurs membres dits de réserve, chacun étant un ressortissant d'un pays arabe différent. Choisis par un Conseil, les juges figurent au sein d'une liste de spécialistes membres

²⁰¹² International Law Association, *Draft Statutes for the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investments Court*.

²⁰¹³ ST JOHN (Taylor) et CHERNYKH (Yulia), « Déjà vu? Investment Court Proposals from 1960 et Today », *Blog of the European International Law Journal*, 15 mai 2018.

²⁰¹⁴ *Idem*.

²⁰¹⁵ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 405.

²⁰¹⁶ L'Accord unifié pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes signé le 26 novembre 1980 (« l'**Accord unifié** »).

²⁰¹⁷ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 405.

de la Ligue Arabe²⁰¹⁸. Les membres de la Cour servent un mandat de trois ans pendant lequel ils seront susceptibles d'être appelés à travailler à plein temps si nécessaire²⁰¹⁹. L'AIC n'adopte pas la doctrine du précédent tel que c'est le cas dans le système de *common law*. En effet, l'Accord unifié dispose que les jugements n'auront d'effets qu'entre les parties jugées²⁰²⁰. Contrairement à l'ICS proposée par l'UE, l'AIC ne se réfère pas à l'arbitrage et ne rend pas de « *sentence arbitrale* ». L'article 34 de l'Accord unifié dispose que « (1) [j]udgements shall have binding force ... (2) [j]udgements shall be final and not subject to appeal ... (3) [a] judgement delivered by the Court shall be enforceable in the State Parties, where they shall be immediately enforceable in the same manner as a final enforceable judgment delivered by their own competent courts. » Bien que cette Cour ait été établie en 1985, elle ne deviendra opérationnelle qu'en 2003 lorsqu'une société saoudienne *Tanmiah for Consultancy Management & Marketing (Tanmiah)*, poursuivit le Gouvernement tunisien devant cette Cour²⁰²¹. L'AIC délivra son premier jugement le 12 octobre 2004 et elle a depuis traité de deux autres affaires²⁰²².

514. L'existence de l'AIC n'empêche pas les parties d'opter pour l'arbitrage CIRDI²⁰²³. En effet, les États parties à l'Accord unifié optent parfois pour l'arbitrage CIRDI²⁰²⁴. Cela fut le cas en 2006 dans une affaire entre un investisseur omanais et le Yémen²⁰²⁵ ou encore dans un litige entre un investisseur koweïti et l'Égypte. Ces affaires démontrent que les investisseurs n'ont pas de préférence pour le système de l'AIC et continuent d'utiliser les forums *ad hoc* de résolution des litiges lorsqu'ils en ont le choix.

²⁰¹⁸ Article 28 de l'Accord unifié.

²⁰¹⁹ Article 28(3) de l'Accord unifié.

²⁰²⁰ Article 34(1) de l'Accord unifié.

²⁰²¹ BEN HAMIDA (Walid), « The First Arab Investment Court Decision », *Journal of Investment & Trade*, vol. 7, issue 5, 2006, p. 2.

²⁰²² *Ibid.*

²⁰²³ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra*, note 826, p. 406.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ *Desert Line Projects LLC c. Yémen*, CIRDI aff. n° ARB/05/17.

B. L'élaboration rapide de la conception de l'Union Européenne vis-à-vis de la Cour d'investissement

515. Les représentants de l'UE et des États-Unis ont entamé les négociations du TTIP à Washington le 13 juillet 2013. Cet accord bilatéral a pour objet de promouvoir les échanges et d'augmenter la croissance économique au sein de ces deux régions²⁰²⁶. Le mandat initial adopté unanimement par le Conseil des Ministres de l'UE en 2013 prévoyait explicitement l'inclusion du RDIE dans le chapitre concernant les investissements²⁰²⁷. Cependant, le RDIE connaît une vague d'oppositions fermes provenant de certains membres de l'UE, des ONG et de la société civile. Tous arguent que ce système de résolution des litiges protège injustement les intérêts privés d'entreprises au détriment de l'environnement, de la santé publique et des contribuables²⁰²⁸. En conséquence, en 2014, la Commission Européenne ouvrit une consultation publique²⁰²⁹ afin de répondre aux interrogations entourant son approche concernant la protection des investissements et du RDIE dans le TTIP.

1. Les rapports anti-RDIE de l'UE

516. Le 13 janvier 2015, la Commission Européenne a rendu un rapport²⁰³⁰ sur les résultats d'une consultation publique portant sur l'inclusion de dispositions concernant la protection des investissements et du RDIE dans le TTIP. Ce rapport a révélé une forte opposition au RDIE, ainsi que de fortes inquiétudes quant à l'inclusion de dispositions sur la protection des investissements et les conséquences que cela pourrait

²⁰²⁶ Commission, « EU and US Conclude First Round of TTIP Negotiations in Washington », *Communiqué de presse*, IP/13/691, 12 juillet 2013 ; Commission, « First Round of Transatlantic Trade and Investment Partnership Negotiations Starts », *Actualité*, archives, 8 juillet 2013.

²⁰²⁷ Conseil de l'Europe, Directive de négociation du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis, *supra* note 316, p. 9.

²⁰²⁸ Voir e.g. TODHUNTER (Colin), « TTIP: An Agenda for Corporate Plunder », *Counter Punch*, 5 juin 2015 (« *It would enable US companies investing in Europe to bypass European courts and challenge EU governments at international tribunals whenever they find that laws in the area of public health, environmental or social protection interfere with their profits. EU companies investing abroad would have the same privilege in the US. Across the world, big business has already used such settlement provisions in trade and investment agreements to claim massive sums from sovereign states in compensation.* »).

²⁰²⁹ Commission européenne, Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 13 juillet 2014.

²⁰³⁰ Commission, Rapport sur la consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), SWD (2015) 3 final, 13 janvier 2015.

avoir sur la liberté des États à régler²⁰³¹. La Commission a identifié un certain nombre de « *questions fondamentales* » à développer. Ces dernières sont : (a) la protection du droit de régler, (b) la supervision et le fonctionnement des tribunaux arbitraux, (c) la relation entre le RDIE et les procédures judiciaires domestiques et (d) la révision des décisions arbitrales résultant du mécanisme du RDIE à travers un mécanisme d'appel²⁰³².

517. Alors que la consultation a reçu un nombre limité de réponses provenant d'ONG s'opposant au RDIE, la communauté arbitrale semble cependant avoir été largement exclue de celle-ci²⁰³³. La Commission a reçu un total de 149 399 réponses en ligne²⁰³⁴. En effet, une dépêche de *Reuters* de novembre 2014 révèle que 95 % des réponses soumises en ligne « *were from supporters of a small group of organisations ... who submitted identical or very similar responses* » et beaucoup d'entre elles « *appeared to be automated or generated formed filed in by campaign websites, encouraging EU citizens to reject arbitration policy* »²⁰³⁵. D'autres rapports ont confirmé ces allégations²⁰³⁶ remettant alors en question la validité des résultats de la consultation lancée par la Commission ainsi que la déclaration de la Commissaire Cecilia Malmström selon laquelle « *the consultation clearly shows that there is a huge scepticism against the ISDS instrument.* »²⁰³⁷ Partant, une consultation qui ne prend en compte qu'un seul type d'acteur, les opposants au RDIE, laissant de côté les réels utilisateurs du RDIE tels que les experts en arbitrage, les investisseurs et les entreprises

²⁰³¹ *Idem.* pp. 2-3.

²⁰³² *Idem.* p. 4.

²⁰³³ Voir BEECHY (John), ancien Président de la Cour d'arbitrage de la CCI, discours sur « The Court of Justice, Union Law and ISDS (preliminary references, state aid, exclusive competences) » à la conférence au sein du Max Planck Institute Luxembourg sur le « TTIP Framing the Adequate System for Investor-State Dispute Settlement », Luxembourg, 4 décembre 2015 ; STERN (Brigitte), intervention durant la 3ème édition de la Conférence de la CCI en Asie, panel sur « Development in Investment Arbitration: Is ISDS in Danger ? », Singapour, 28 juin 2017.

²⁰³⁴ Commission, Rapport sur la consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), SWD (2015) 3 final, 13 janvier 2015.

²⁰³⁵ EEMMOTT (Robin) et BLENKINSOP (Philip), « Exclusive: Online Protest Delays EU Plan to Resolve U.S. Trade Row », *Reuters*, Business Mail, 26 novembre 2014.

²⁰³⁶ TIETJA (Christian), « Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement in TTIP », in KHORANA (Sangeeta) (ed.), *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Negotiations between the EU and USA: Caught between Myth and Reality?*, CIDOB, 2015, p. 53 (« *a large majority of these replies were automatically generated by electronic means and thus not of much substantial value.* »).

²⁰³⁷ Commission, « Report Presented Today: Consultation on Investment Protection in EU-US Trade Talks », *Communiqué de presse*, Strasbourg, 13 janvier 2015.

multinationales, ne peut être déclarée comme reflétant réellement l'opinion la plus pertinente concernant le RDIE. La position de l'UE exercera une influence certaine sur l'approche future du RDIE. Il est crucial que le débat autour de la réforme du RDIE suive une certaine ligne de conduite, prenne en compte les intérêts de tous les acteurs touchés par le RDIE et soit conduit de manière équilibrée. Par conséquent, l'étude de l'UE sur l'attitude envers le RDIE est plutôt discutable et ne reflète pas nécessairement les points de vue de toutes les parties prenantes.

518. Les groupes anti RDIE questionnent la légitimité du système de résolution des litiges investisseur-État ; néanmoins il convient de noter que de récents rapports démontrent que ces groupes usent de leurs revendications contre le RDIE afin de remettre en question l'entièreté des accords commerciaux ou accords d'investissement. Dans un article de *Politico* sur la façon dont le TTIP a augmenté les subventions accordées aux ONG, Maritta Strasser, une activiste du Campact ayant mené les protestations « *anti-politiques commerciales* » en Allemagne²⁰³⁸ affirme que le TTIP a grandement contribué à la croissance de l'organisation, et qu'en 2013 l'ONG a atteint un record budgétaire d'une différence de 7 millions d'euros par rapport à l'année précédente²⁰³⁹. Lors de leur campagne, certains politiques ont également apporté leur soutien aux groupes anti-RDIE. Selon un rapport Borderlex, « *at least some evidence is now emerging that the discussion on the transatlantic treaty has been distorted by a highly active network of 'civil society' groups gravitating around the German green party Die Grünen, a hard left party called Die Linke, and the left wing of the country's social-democrats* »²⁰⁴⁰. De même, les critiques provenant de l'UE sont politisées et font souvent partie de l'agenda des ONG, qui plus est, tirent profit de ces campagnes anti-RDIE et anti-globalisation.

2. Le RDIE démantelé par l'UE

519. Le 5 mai 2015, la Commission Européenne a publié un rapport de réflexion nommé *L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme* (« **Concept**

²⁰³⁸ VON DER BURCHARD (Hans), « Anti-Trade Campaigners Slaughter Their Golden Goose: TTIP », *Politico*, 16 septembre 2016.

²⁰³⁹ *Idem.*

²⁰⁴⁰ DREYER (Iana), « Germany: How Minority Groups Have Come to Dominate the Public Debate on TTIP », *Borderlex*, 13 septembre 2016.

Paper »)²⁰⁴¹, suggérant à l'UE de poursuivre la création d'une Cour permanente²⁰⁴². Ce texte appelle pour la première fois l'UE à établir une Cour internationale d'investissement et une Cour d'appel composée de juges permanents afin de remplacer le système *ad hoc* jusque-là utilisé dans les différends entre investisseurs et États. Ce nouveau système devrait être inséré dans l'accord d'investissement entre l'UE et les États-Unis²⁰⁴³. Le Concept Paper indique que :

*[ce système juridictionnel public] serait compétent pour connaître de litiges en vertu de différents accords, conclus avec différents partenaires commerciaux, sur la base également d'un système optionnel d'adhésion. L'objectif serait de faire de cette juridiction une instance multilatérale, soit en tant qu'organe international autonome soit en tant que subdivision d'une organisation multilatérale existante*²⁰⁴⁴.

En plus, il adresse la nécessité de conserver le droit de réglementer et de réaliser les objectifs légitimes du politique²⁰⁴⁵. Il faut souligner que la Commission a entrepris la création d'une Cour d'investissement de façon plutôt hâtive. En effet, la Commission n'avait pas d'autre choix que de présenter cette proposition face à l'opposition du Parlement européen au TTIP et sur ses dispositions relatives à l'arbitrage d'investissement²⁰⁴⁶. Compte tenu du fait que la Commission a conclu que la Cour d'investissement constitue la meilleure approche en vue de la conclusion d'accords d'investissements par l'UE, il n'est pas apparent que les consultations préalables ayant pour but de considérer différentes opinions concernant la réforme du RDIE démontrent que les potentielles parties contractantes aux accords avec l'UE partagent la même opinion.

²⁰⁴¹ Commission européenne, *L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements*, Note de synthèse, 15 mai 2015 (en anglais, *Investment in the TTIP and beyond – the Path for Reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*) (« **Concept Paper** »).

²⁰⁴² *Idem.* p. 11.

²⁰⁴³ *Idem.* p. 4.

²⁰⁴⁴ *Idem.* pp. 11-12.

²⁰⁴⁵ *Idem.* p. 6.

²⁰⁴⁶ HAPP (Richard) et WUSCHKA (Sebastian), « From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma », *supra* note 274, p. 122.

520. En juillet 2015, le Parlement européen a voté pour le rejet du système actuel de l'arbitrage d'investissement²⁰⁴⁷, le décrivant comme un modèle obsolète²⁰⁴⁸. Le Parlement a également adopté une résolution sur le TTIP incluant un mandat pour remplacer le RDIE par un système dit « *court-like* », davantage transparent, impliquant des « *juges professionnels et indépendants* » nommés par des autorités publiques et comprenant un mécanisme d'appel²⁰⁴⁹. Cette résolution recommande à la Commission de :

remplacer le système RDIE par un nouveau système de règlement des litiges entre investisseurs et États, soumis aux principes et contrôle démocratiques, où les affaires éventuelles seront traitées dans la transparence par des juges professionnels indépendants, nommés par les pouvoirs publics, en audience publique, et qui comportera un mécanisme d'appel, dispositif qui garantira la cohérence des décisions de justice et le respect de la compétence des juridictions de l'Union européenne et de ses États membres et qui évitera que les objectifs de politique publique soient compromis par des intérêts privés²⁰⁵⁰.

Il ne faut pas ignorer que la proposition de la Commission et du Parlement européen fait aussi notamment de nombreuses références à la création d'un « tribunal » en tant qu'organe permanent à deux niveaux qui emploierait des « *juges professionnels indépendants* » nommés publiquement pour rendre des « *décisions judiciaires* » afin de garantir la « *compétence du tribunal* ». La classification de l'ICS par l'UE serait pertinente pour déterminer la nature de l'ICS. Les porte-paroles du groupe Socialiste

²⁰⁴⁷ Parlement européen, Legislative Observatory, Recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), final vote, 2014/2228(INI) I A8-0175/2015, 8 juillet 2015.

²⁰⁴⁸ Parlement européen, Négociations portant sur l'Accord de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP(2014/2228(INI)) (débat), minutes du 7 juillet 2015, voir *e.g.* les déclarations de Jeppe Kofod et Marian Harkin.

²⁰⁴⁹ Parlement européen, Résolution de 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne sur les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) (2014/2228(INI)).

²⁰⁵⁰ *Idem.* Point 2.d. xv (« *remplacer le système RDIE par un nouveau système de règlement des litiges entre investisseurs et États, soumis aux principes et contrôle démocratiques, où les affaires éventuelles seront traitées dans la transparence par des juges professionnels indépendants, nommés par les pouvoirs publics, en audience publique, et qui comportera un mécanisme d'appel, dispositif qui garantira la cohérence des décisions de justice et le respect de la compétence des juridictions de l'Union européenne et de ses États membres et qui évitera que les objectifs de politique publique soient compromis par des intérêts privés* »).

& Démocrate ont pu observer que « *the vast majority of this Parliament, and indeed the Commission, now accept that the old-style ISDS is dead and unacceptable.* »²⁰⁵¹ Par conséquent, la résolution adoptée par le Parlement européen provoque le démantèlement du système existant de l'arbitrage international entre investisseur et État. Le climat politique hostile au RDIE et la tentative de l'UE d'apaiser le public peuvent expliquer la nécessité de créer l'ICS et les diverses références aux termes « *cour* » et « *juges* » dans différentes déclarations et publications. Il est particulièrement significatif que la création d'une Cour d'investissement se soit faite dans la précipitation, à peine trois mois après la publication du Concept Paper et la résolution du Parlement, et ce sans aucune évaluation d'impact ni contribution des différentes parties prenantes, ni même d'analyse juridique approfondie concernant la coexistence de l'ICS avec d'autres mécanismes de règlement des différends, des implications financières ou des perspectives d'exécution. Cette décision est d'autant plus frappante que la Commission et le Parlement s'expriment au nom d'un nombre important de pays, dont certains ont traditionnellement été parmi les plus grands utilisateurs de RDIE. En effet, il est préoccupant pour l'UE qu'il faille attendre septembre 2017²⁰⁵² pour qu'une étude d'impact sur l'ICS soit enfin menée afin de découvrir certaines de ses failles.

II. L'INCLUSION DE LA COUR D'INVESTISSEMENT DANS LES ALE NÉGOCIÉS PAR L'UE

521. Suivant la résolution portant sur le démantèlement de l'arbitrage d'investissement adoptée par le Parlement européen, l'UE a proposé l'établissement de l'ICS et son inclusion dans les ALE négociés. Comme il sera démontré ci-dessous, l'UE a progressé dans la mise en place de son nouveau mécanisme de règlement des différends à un rythme rapide, avec peu de négociations et de contributions de la part des autres parties. Le dernier ALE, en négociation avec un accord de principe adopté depuis le 21 avril 2018 incluant l'ICS, est avec le Mexique²⁰⁵³.

²⁰⁵¹ Parlement européen, Négociations portant sur le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP(2014/2228(INI)) (débat), minutes du 7 juillet 2015, déclaration de David Martin.

²⁰⁵² Commission, « Commission Staff Working Document Impact Assessment - Multilateral reform of investment dispute resolution », SWD(2017) 302 final, 13 septembre 2017 (« **Impact Assessment** »).

²⁰⁵³ Commission, « EU and Mexico reach New Agreement on Trade », *Archives*, Bruxelles, 21 avril 2018.

A. Les dispositions relatives à la Cour d'investissement dans le TTIP, l'accord d'investissement UE-Vietnam et le CETA

522. Une étude du contexte dans lequel l'UE a aboli le RDIE et l'a remplacé par l'ICS au moyen de son accord d'investissement est pertinente. En effet, la précipitation de l'UE pour réformer le mécanisme de règlement des différends est à l'origine des défis que ce changement représente.

1. TTIP : le texte sur la Cour d'investissement adopté par l'UE

523. Le 16 septembre 2015, la Commission dévoila la version du chapitre du TTIP portant sur l'investissement et contenant les dispositions sur la création d'une Cour permanente d'investissement²⁰⁵⁴. Ce texte correspond à une évolution du *Concept Paper* et est en accord avec les instructions données par le Parlement à la Commission. Ce chapitre prend en compte les critiques formulées à l'encontre du RDIE par certains représentants d'États membres de l'UE²⁰⁵⁵.

524. Le 12 novembre 2015, l'UE présenta aux États-Unis le chapitre sur l'investissement du TTIP (Chapitre II Investissement)²⁰⁵⁶. La Commissaire Cecilia Malmström déclara que « *today marks the end of a long internal process in the EU to develop a modern approach on investment protection and dispute resolution for TTIP and beyond.* »²⁰⁵⁷ Le texte est similaire aux précédentes versions et n'inclut que de légères modifications. Ces changements portent sur la procédure devant la Cour d'investissement, la rendant plus accessible aux entités de petite ou de moyenne taille.

²⁰⁵⁴ Ébauche de texte sur la protection de l'investissement et la mise en place d'une Cour d'investissement dans le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 16 septembre 2015.

²⁰⁵⁵ Parlement européen, Négociations portant sur le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP(2014/2228(INI)) (débat), minutes du 7 juillet 2015, e.g. déclarations de Jaroslaw Walesa (« *Citizens raised a number of concerns that we, as representatives, have to take seriously ... transparency, the economic impact, and protection of investors under the ISDS mechanism.* ») ; David Martin (« *I and my group remain opposed to ISDS, but nevertheless, look how far we have come. Firstly, the vast majority of this Parliament, and indeed the Commission, now accept that the old-style ISDS is dead and unacceptable. The majority now accept that any investor protection must be transparent, must not limit the right to regulate, and must not undermine health, labour or environmental standards.* ») ; Emma McClarkin (« *I do not recall having heard anyone deny that ISDS requires change. We must have a dispute settlement mechanism that is transparent and accountable and offers the opportunity to appeal. The compromise agreement that we have on the table takes this into account, and the need for reform is there for investment protection within TTIP.* »).

²⁰⁵⁶ Parlement européen, « EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP », *Actualité*, archives, Bruxelles, 12 novembre 2015.

²⁰⁵⁷ *Idem.*

Des garanties supplémentaires ont été ajoutées en matière d'indépendance et d'impartialité des juges. De plus, les coûts de la procédure seront à la charge de la partie perdante. Un nouvel article prévoit que la sentence rendue par la Cour sera définitive et la reconnaissance de cette décision se fera en vertu de la Convention CIRDI ou de la Convention de New York²⁰⁵⁸.

525. Les négociations du TTIP ont duré plusieurs années. Même si les États-Unis ont envisagé la possibilité d'intégrer un mécanisme d'appel dans les traités, le représentant au Commerce des États-Unis a émis des doutes sur son inclusion²⁰⁵⁹. De plus, les États-Unis ont émis certaines craintes concernant la désignation des arbitres par les États membres et non pas par les investisseurs²⁰⁶⁰. D'ailleurs, il a été remarqué que « *the U.S. corporate community ... reacted quite negatively to the creation of a whole new elaborate and complicated multinational legal system and authority.* »²⁰⁶¹ Il convient de noter qu'après ces nombreuses années de négociations, le 19 avril 2019 le Conseil de l'Europe a rendu une décision rendant la directive de négociation du TTIP « *obsolète et non pertinente* »²⁰⁶². Finalement, les États-Unis se sont officiellement retirés du TTIP selon les directives du Président Donald Trump²⁰⁶³. Jusqu'à présent, le gouvernement et l'industrie des États-Unis ont favorisé le RDIE et les AII des États-Unis par rapport à la proposition d'une Cour d'investissement de l'UE²⁰⁶⁴. Certains groupes de la société civile affirment que le projet de Cour d'investissement ne répond pas à leurs préoccupations concernant le RDIE²⁰⁶⁵.

526. Ces inquiétudes des États-Unis sur l'ICS persévèrent. Particulièrement, lors des négociations d'un TBI entre les États-Unis et le Royaume-Uni, il a été rapporté

²⁰⁵⁸ Proposition sur la protection des investissements, sur la résolution des litiges d'investissement et sur la Cour d'investissement dans le TTIP.

²⁰⁵⁹ « The U.S. is Sceptical of the European Commission's ISDS Proposal », *ISDS Blog*, Stockholm Chamber of Commerce, 13 novembre 2015.

²⁰⁶⁰ *Idem.*

²⁰⁶¹ BARFIELD (Claude), « The Transatlantic Partnership Agreement: an American Perspective », *Business and Politics*, vol. 19, Issue 4, 2017, p. 672.

²⁰⁶² Conseil de l'Europe, « Council Decision Authorising the Opening of Negotiations with the United States of American for an Agreement on the Elimination of Tariffs for Industrial Goods », 6052/19, Bruxelles, 9 avril 2019, p. 2.

²⁰⁶³ Office of the U.S. Trade Representative, « The United States Officially Withdraws from the Trans-Pacific Partnership », *Communiqué de Presse*, janvier 2017.

²⁰⁶⁴ WEISS (Martia) et AKHTAR (Shayerah), « U.S. International Investment Agreements (IIAs) », *Congressional Research Service*, 27 janvier 2021.

²⁰⁶⁵ *Idem.*

que « *the US has made clear in its bilateral talks with the UK that it has concerns about the EU's investment court system (ICS) – which is designed to overhaul investor-state arbitration* » et « *(US Trade Representative) Ambassador Lighthizer has been briefed on the ICS and has taken the view that the chances of having a successful discussion on ISDS would be significantly impaired if the UK were to propose a form of ICS* »²⁰⁶⁶. Ainsi, la chute du TTIP a pour effet d'affaiblir la position de l'UE sur la réforme du RDIE et signifie que l'arbitrage d'investissement restera la méthode choisie dans les AII conclus entre l'UE et les États-Unis.

527. Bien que le TTIP ne soit pas en vigueur, il mérite néanmoins d'être évalué pour analyser les questions cruciales liées à l'ICS, étant donné que ce traité a lancé sa conception.

2. L'accord d'investissement UE-Vietnam : adoption du texte sur la Cour d'investissement

528. Le 2 décembre 2015, la Commission a annoncé la fin des négociations et l'adoption de l'ALE UE-Vietnam. Cet accord consacre un chapitre sur la protection des investissements et le Vietnam a accepté l'inclusion du mécanisme de la Cour d'investissement proposé par l'UE soit « *un système permanent pour les résolutions des litiges composé d'un mécanisme d'appel* »²⁰⁶⁷. Au moment de son entrée en vigueur, cet ALE UE-Vietnam remplacera les TBI précédemment conclus entre 21 des États membres de l'UE et le Vietnam²⁰⁶⁸.

529. Bien que le contenu de cet ALE ait déjà été négocié en 2015, la ratification de ce traité a été repoussée en 2017 suite à une Opinion émanant de la CJUE à propos de l'ALE UE-Singapour²⁰⁶⁹. La CJUE souleva que certains aspects de l'ALE UE-Singapour similaires à ceux dans l'ALE UE-Vietnam sont de « *compétence mixte* ». Cela signifie que les accords doivent non seulement être approuvés par l'UE mais également par les 28 États membres. La Commission et le Conseil de l'Europe ont par

²⁰⁶⁶ PETERSON (Luke Eric), « *Analysis: Leaked Records Of US-UK Discussions Between Negotiators, Offer Insights Into Thinking On Investment Obligations And Dispute Settlement* », *IA Reporter*, 28 novembre 2019.

²⁰⁶⁷ Commission, « *EU and Vietnam Finalise Landmark Trade Deal* », *Actualité*, 2 décembre 2015.

²⁰⁶⁸ Voir *Navigateur des accords d'investissement internationaux*, CNUCED Centre de Politique d'Investissement.

²⁰⁶⁹ Avis 2/15 de la Cour (Assemblée Plénière) rendu en vertu de l'article 218(11) du TFUE – Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour du 16 mai 2017.

conséquent décidé de modifier l’ALE UE-Vietnam pour qu’il puisse être ratifié uniquement par l’UE.

530. En juin 2018, l’UE et le Vietnam se mettent d’accord sur l’adoption de deux accords distincts : l’ALE UE-Vietnam et l’EVIPA²⁰⁷⁰. L’UE et le Vietnam publièrent la version finale du texte portant sur la protection des investissements en septembre 2018 (texte officiel dans sa version d’août 2018)²⁰⁷¹. En raison de cette séparation entre l’accord économique et l’accord sur l’investissement, l’EVIPA nécessite la ratification par tous les États membres de l’UE et le parlement de l’UE avant de pouvoir entrer en vigueur (alors que l’accord économique ne requerra qu’un vote favorable du Parlement européen)²⁰⁷². La Commission a adopté les deux accords le 17 octobre 2018 et les a soumis au Conseil de l’Europe pour que ce dernier puisse y consentir également²⁰⁷³.

3. Le CETA : remplacement du système d’arbitrage ad hoc par la Cour d’investissement

531. Le 29 février 2016, le Canada et l’UE ont publié la version révisée du CETA dans laquelle des dispositions sur le recours à l’arbitrage d’investissement ont été supprimées. Dorénavant, l’accord inclut la Cour d’investissement proposée par l’UE²⁰⁷⁴. Ce changement est primordial car les négociations concernant l’adoption de ce traité avaient abouti en août 2014²⁰⁷⁵ et le texte final de l’époque suggérait l’arbitrage d’investissement *ad hoc* comme mécanisme de règlement des différends. Selon la Commission cette nouvelle version du CETA inclut « *des dispositions plus fermes* » sur le droit des États à réglementer et davantage de règles concernant les conflits d’intérêts possibles entre les membres du tribunal chargés de trancher les litiges²⁰⁷⁶. La société civile ainsi que certains États ont été informés de cette nouvelle

²⁰⁷⁰ Commission, « EU and Vietnam Finalise Trade and Investment Discussions », *Actualité*, Bruxelles, 26 juin 2018.

²⁰⁷¹ Commission, « EU-Vietnam Trade and Investment Agreements », *Actualité*, (texte authentique à partir d’août 2018), Bruxelles, 24 septembre 2018.

²⁰⁷² HEPBURN (Jarrod), « Analysis: EU-Vietnam Investment Agreement Complicates European Position, both Reflecting and Diverging from earlier EU Agreements », *IA Reporter*, 27 octobre 2018.

²⁰⁷³ Commission, « Commission presents EU-Vietnam trade and investment agreements for signature and conclusion », *Communiqué de presse*, Bruxelles, 17 octobre 2018.

²⁰⁷⁴ Commission, « CETA: EU and Canada Agree on New Approach on Investment in Trade Agreement », *Actualité*, 29 février 2016.

²⁰⁷⁵ *Idem*.

²⁰⁷⁶ *Idem*.

version du texte *ex post facto*²⁰⁷⁷. L'initiative de réviser le texte du CETA vient de l'UE et le processus d'adoption de ces changements n'a pas été simple aux premiers abords. Le 9 décembre 2015, le négociateur en chef du Canada, Steve Verheul, a initialement rejeté l'inclusion de cette Cour dans le CETA et a commenté « *we do have concerns about reopening any further negotiations. We are concerned that whenever that happens you could unravel a very delicate balance that was struck.* »²⁰⁷⁸ Néanmoins, environ quatre mois plus tard, un accord fut conclu et les inquiétudes coté Canada semblent avoir été surmontées.

532. Le 30 octobre 2016, les représentants canadiens et de l'UE ont signé le tant attendu CETA incluant la controversée disposition sur la Cour d'investissement²⁰⁷⁹. En vue de la conclusion de l'EVIPA, les deux parties contractantes ont conclu l'inclusion de provisions sur la Cour d'investissement similaires à celles du CETA²⁰⁸⁰. Le CETA, l'EVIPA et le texte du TTIP connu à ce jour proposent chacun l'établissement d'une Cour d'investissement remplaçant le système d'arbitrage bilatéral traditionnel²⁰⁸¹.

533. En attendant sa ratification par l'ensemble des États membres, il a été décidé que le CETA serait applicable de manière provisoire²⁰⁸². Cependant, la Commission a mis en avant le fait qu'il s'agissait d'un accord « *mixte* »²⁰⁸³ contenant des dispositions entrant dans le champ d'application de la compétence des États membres de l'UE. Par conséquent, l'accord des 28 États membres de l'UE, celui de l'UE elle-même via une décision du Conseil et l'accord du Parlement sont nécessaires.

534. La nécessité de procéder à la ratification du CETA par l'ensemble des États membres c'est avéré problématique puisque certains États membres se sont montrés hostiles à l'adoption du CETA. En ce sens, le Parlement Wallon, l'une des entités

²⁰⁷⁷ LENK (Hannes), « An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada », *European Papers*, vol. 1, no. 2, 2016, p. 667.

²⁰⁷⁸ « Canada Rules Out Full Inclusion of Investment Court System in CETA », *EU Trade Insights*, 9 décembre 2015.

²⁰⁷⁹ Commission, « EU and Canada Sign CETA », *Annonce*, AC/16/3890, Bruxelles, 30 octobre 2016.

²⁰⁸⁰ THOMSON (Douglas), « Canada and EU Sign Controversial Trade Deal », *GAR*, 31 octobre 2016.

²⁰⁸¹ Article 8.29 du CETA ; Article 3.41 de l'EVIPA ; Article 12 du TTIP.

²⁰⁸² Article 30.7(3) du CETA.

²⁰⁸³ Parlement européen, Question parlementaire, Réponse donnée par Madame Malström au nom de la Commission, E-006865/2016, 19 décembre 2016.

territoriales belge, adopta une résolution portant rejet du CETA, ce qui pourrait empêcher la Belgique de ratifier l'accord en question²⁰⁸⁴. En effet, le 27 avril 2016, le Parlement Wallon a adopté cette résolution listant les difficultés clés que pose le CETA²⁰⁸⁵. La Wallonie a de ce fait demandé au gouvernement belge :

*de solliciter l'avis de la Cour de justice européen (CJE) sur la comptabilité de l'accord avec les Traités européen sur la base de l'article 218 (11) du TFUE pour éviter qu'un accord incompatible avec les Traités européens soit conclu et de ne pas procéder à la ratification de cet accord tant que la CJE ne s'est pas prononcée*²⁰⁸⁶.

Comme la Wallonie ne pouvait pas procéder à cette demande elle-même, il était nécessaire que cette initiative vienne du gouvernement fédéral belge. La Wallonie demande alors à la Belgique d'user de la procédure contenue dans l'article 218(11) du TFUE afin de demander l'opinion de la CJUE sur la compatibilité de l'ICS au droit européen. Par conséquent, le 7 septembre 2017, la Belgique a introduit une demande devant la CJUE visant à établir la comptabilité du Chapitre 8, Section F intitulée « *Règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États* » du CETA aux traités de l'UE et les droits fondamentaux²⁰⁸⁷. Dans l'avis 1/17 du 30 avril 2019, la CJUE répond par l'affirmative²⁰⁸⁸ en suivant l'avis rendu par l'Avocat Général Bot²⁰⁸⁹. La CJUE considère que l'ICS ne heurte pas le principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE²⁰⁹⁰, est compatible avec le principe général d'égalité de traitement sans porter à l'effectivité du droit européen²⁰⁹¹ et respecte le droit d'accès à un tribunal indépendant²⁰⁹² comme il sera exposé ci-dessous.

²⁰⁸⁴ DE LA BAUME (Maïa), « Walloon Parliament Rejects CETA Deal », *Politico*, 14 octobre 2016.

²⁰⁸⁵ Parlement Wallon, Session 2015-2016, Résolution sur l'Accord économique et commercial global (AECG), 27 avril 2016, 212 (2014-2015) — N° 5, texte adopté en séance plénière.

²⁰⁸⁶ *Idem*. Demande N° 1, p. 3.

²⁰⁸⁷ CJUE, Avis 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, 30 avril 2019 ; « La Belgique demande à la CJUE un avis au sujet de la compatibilité du STI contenu dans l'AECG avec le droit européen », *Investment Treaty News*, 21 décembre 2017.

²⁰⁸⁸ CJUE, Avis 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, 30 avril 2019.

²⁰⁸⁹ CJUE, Avis 1/17 - Conclusions de l'Avocat Général M. Yves Bot, ECLI:EU:C:2019:72, 29 janvier 2019.

²⁰⁹⁰ CJUE, Avis 1/17, ECLI:EU:C:2019:341, 30 avril 2019, § 161.

²⁰⁹¹ *Idem*. § 188.

²⁰⁹² *Idem*. §§ 222, 244.

535. De plus, l'Italie a déclaré qu'elle ne le ratifiera pas. Le Premier Ministre italien Luidi Di Maio s'exprima dans ce sens : « *soon CETA will arrive in parliament and this majority will reject it and it will not ratify it.* »²⁰⁹³ Particulièrement, en France, le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de 60 députés sur la constitutionnalité du CETA²⁰⁹⁴. Dans une décision du 31 juillet 2017, le Conseil constitutionnel a conclu que le CETA ne comporte pas de clauses contraires à la Constitution, ouvrant ainsi la voie à la ratification du texte²⁰⁹⁵. En Allemagne, plus d'une centaine de milliers de personnes ont participé au dépôt d'une plainte auprès de la Cour constitutionnelle contre le CETA²⁰⁹⁶ qui valida le texte sous condition que l'Allemagne puisse y mettre fin unilatéralement²⁰⁹⁷.

536. Malgré ces oppositions des États membres, le CETA a été ratifié par le Parlement européen le 15 février 2017 et appliqué provisoirement à compter du 21 septembre 2019 pour certaines dispositions qui n'incluent pas l'ICS²⁰⁹⁸. A ce jour, 15 des 27 États membres ont notifié avoir ratifié l'accord²⁰⁹⁹. Il faut souligner que le parlement chypriote a refusé de ratifier le CETA et que ce dernier sera soumis à un nouveau vote²¹⁰⁰. De plus, des oppositions fortes persistent en Italie, aux Pays-Bas et Irlande, avec le groupe *Stop Ceta Ireland*, récemment créé, qui a lancé en février 2021 une campagne contre la ratification²¹⁰¹.

²⁰⁹³ SISTO (Alberto) et JONES (Gavin), « Italy says it Won't Ratify EU-Canada Trade Deal; Canada Plays Down Threat », *Reuters*, Business News, 18 juillet 2018.

²⁰⁹⁴ CHALTIEL (Florence), « Le traité CETA devant le juge constitutionnel (À propos de la décision du 31 juillet 2017) », *Petites affiches*, n° 073, 6.

²⁰⁹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017.

²⁰⁹⁶ « Accord CETA: les Allemands s'opposent », *Le Figaro*, 3 août 2016.

²⁰⁹⁷ (LABOUZ) Marie-Françoise, « À l'heure du CETA, retour sur les relations euro-canadiennes », *Revue de l'Union européenne*, 2018, p. 409.

²⁰⁹⁸ La base de données des Traités et Accords du Conseil de l'Union européenne consulté le 18 décembre 2021 ; « L'AECG est approuvé par le Parlement de l'UE ; son application provisoire dépend de sa ratification par le Canada », *Investment Treaty News*, 13 mars 2017 ; « L'accord de libre-échange entre l'Union européenne (UE) et le Canada (CETA) va être appliqué provisoirement à partir du 21 septembre 2017 », *Investment Treaty News*, 26 septembre 2017.

²⁰⁹⁹ « Le système juridictionnel des investissements de l'AECG progresse vers la mise en œuvre tandis que les militants irlandais lancent une campagne pour stopper sa ratification », *Investment Treaty News*, 23 mars 2021.

²¹⁰⁰ « CETA Faces Hurdle after Cypriot Parliament Fails to Ratify the Agreement », *Investment Treaty News*, 5 octobre 2020.

²¹⁰¹ *Idem.* ; « Le système juridictionnel des investissements de l'AECG progresse vers la mise en œuvre tandis que les militants irlandais lancent une campagne pour stopper sa ratification », *supra* note 2099.

B. L'absence de support des États membres de l'UE pour le CETA et l'avis 2/15 de la CJUE

537. Le 16 mai 2017, la CJUE a publié une Opinion 2/15 concernant l'ALE UE-Singapour tranchant l'opposition de longue date entre la Commission et les États membres de l'UE concernant la division des compétences dans le traité de Lisbonne²¹⁰². Cette Opinion 2/15 a conclu que l'ALE UE-Singapour entre dans la compétence exclusive de l'UE à l'exception notable des dispositions sur l'investissement et sur le RDIE²¹⁰³.

538. Dans l'Opinion 2/15, la CJUE analyse les dispositions sur le règlement des différends notant que (i) conformément au chapitre 9 de l'ALE UE-Singapour, les États membres de l'UE et l'UE en tant que telle peuvent, selon les cas, autrement dit selon les circonstances en l'espèce, (i) chacun être partie à la procédure arbitrale²¹⁰⁴ ; (ii) les États membres donnent leur consentement à l'arbitrage, consentement pouvant donner lieu au retrait de « *tout recours en instance dont il avait saisi une juridiction interne concernant le même traitement que celui qu'il prétend contraire aux dispositions de la section A (Protection des investissements)* »²¹⁰⁵ ; et (iii) alors qu'un litige contre un État membre peut être pendant devant un tribunal étatique de ce dit État, cela reste à l'initiative de l'investisseur demandeur²¹⁰⁶. La CJUE a constaté que le régime portant sur le règlement des différends contenu dans l'ALE UE-Singapour a pour conséquence d'éliminer le contentieux devant les différents tribunaux des États membres et a pour effet de ne pouvoir être inclus dans le champ d'application de la compétence exclusive de l'UE²¹⁰⁷. En définitive, la CJUE conclut que les dispositions concernant le RDIE font l'objet d'une compétence partagée entre l'UE et les États membres²¹⁰⁸. Cette Opinion aura un impact majeur sur les futures négociations d'accords de libre-échange, qu'ils soient en cours ou en projet, incluant le potentiel futur accord de libre-échange avec la Grande-Bretagne au lendemain du Brexit.

²¹⁰² CJUE, Avis 2/15, ECLI:EU:C:2017:376, 16 mai 2017.

²¹⁰³ *Idem.* § 305.

²¹⁰⁴ *Idem.* § 286.

²¹⁰⁵ *Idem.* § 289.

²¹⁰⁶ *Idem.* § 290.

²¹⁰⁷ *Idem.* §§ 292-293.

²¹⁰⁸ *Idem.* § 305.

539. À la suite de cette Opinion, le 6 septembre 2017 le Premier Ministre belge a soumis une demande à la CJUE sur la compatibilité entre l'ICS et les traités européens²¹⁰⁹. La CJUE a donc été sollicitée afin de décider de la compatibilité entre la Cour d'investissement et le droit européen, et plus particulièrement sur les points suivants²¹¹⁰ :

la compétence exclusive de la CJUE de fournir une interprétation sur le droit de l'UE, le principe général d'égalité et l'impératif de « l'effet utile » du droit de l'UE ; le droit d'accès aux tribunaux, et le droit à une justice indépendante et impartiale. Concernant le droit à un système judiciaire Independent et impartial, la CJUE a été sollicitée sur certains éléments, notamment : les modalités de rémunération des membres du Tribunal ainsi que des membres du Tribunal d'appel, la désignation des membres du Tribunal et de ceux du Tribunal d'appel, la révocation des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, les lignes directrices de l'Association internationale du barreau (« IBA ») sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international et l'adoption d'un code de conduite pour les membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, et les activités professionnelles extérieures en lien avec les différends en matière d'investissements des membres du Tribunal et du Tribunal d'appel.

La requête de la Belgique n'a cependant pas affecté l'application du CETA. En effet, l'application provisoire de cet accord depuis le 21 septembre 2017 n'implique pas l'application des dispositions sur la Cour d'investissement. Ces dispositions ne seront applicables qu'une fois que tous les États membres auront ratifié le traité.

540. Le 26 juin 2018, la CJUE a tenu une audience sur l'Opinion 1/17 concernant la compatibilité de la Cour d'investissement contenue dans le CETA avec le droit européen et ce afin d'éviter certaines opinions divergentes susceptibles d'affecter celle-ci²¹¹¹. En particulier, tel qu'évoqué précédemment, la Belgique a voulu être sûre de la compatibilité de cette Cour avec l'autonomie du droit européen incluant la compétence

²¹⁰⁹ Royaume de Belgique, ministre des Affaires étrangères, Commerce extérieur et coopération pour le développement, « Minister Reynder Submits Request for Opinion on CETA », *Communiqué de presse*, 6 septembre 2017.

²¹¹⁰ Royaume de Belgique, Communiqué de presse officiel, la Belgique forme une demande d'avis à la Cour de Justice de l'Union européenne sur le CETA.

²¹¹¹ KUBEK (Ges), « CETA's Investment Court System and Autonomy of EU Law: Insights from the Hearing in Opinion 1/17 », *Verfassung Blog*, 4 juillet 2018.

exclusive de l'UE pour connaître l'interprétation du droit européen. Le Conseil, la Commission et douze États membres (l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Lituanie, les Pays-Bas, la Slovaquie, l'Espagne et la Suède) sont intervenus oralement afin d'affirmer la conformité de l'ICS au droit européen. Seule la Slovaquie a formulé une opinion dissidente²¹¹². Alors que la Belgique a pu questionner la conformité de cette Cour au droit européen, la Slovénie a totalement rejeté le mécanisme affirmant que l'article 8.31²¹¹³ du CETA n'envisage pas assez de garanties concernant l'autonomie de l'ordre juridique européen²¹¹⁴. La réponse de la CJUE concernant cette Opinion 2/17 aura un impact certain sur les futurs accords d'investissement de l'UE notamment sur la proposition faite par l'UE d'établir une cour multilatérale d'investissement.

541. Le 29 janvier 2019, l'avocat général de la CJUE, M. Yves Bot, a formulé une opinion concernant la demande d'Opinion 1/17 de la Belgique à propos de la conformité du CETA au droit de l'UE²¹¹⁵. L'Avocat général a approuvé les dispositions sur la résolution des différends contenues dans le CETA en les qualifiant de conformes au droit de l'UE²¹¹⁶. Ce dernier souligne qu'étant donné la nature réciproque des accords conclus par l'UE, l'ICS permet une meilleure protection des investisseurs européens établis dans certains États tiers²¹¹⁷. M. Bot ajoute qu'il convient de distinguer le système de l'ICS avec l'apport de la décision *Achmea*²¹¹⁸. En effet, les relations entre l'UE et certains États tiers ne peuvent être entendues comme pouvant être soumises à ce qui a été dégagé par la CJUE dans la décision *Achmea* puisque celle-ci ne concerne uniquement les relations intra membres de l'UE²¹¹⁹. Alors que la CJUE a pour habitude de se conformer aux opinions émises par l'Avocat général, certains commentateurs n'excluent pas la possibilité que, dans le cadre de

²¹¹² *Idem*.

²¹¹³ Article 8.31 du CETA titré « Droit applicable et interprétation ».

²¹¹⁴ KUBEK (Gesa), « CETA's Investment Court System and Autonomy of EU Law: Insights from the Hearing in Opinion 1/17 », *supra* note 2111 ; voir également ECKES (Christina), « Don't Lead with Your Chin! If Member States Continue with the Ratification of CETA, they Violate European Union Law », *European Law Blog*, 13 mars 2018 ; ANKERSMIT (Laurens), « Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe? », *Investment Treaty News*, 24 avril 2018.

²¹¹⁵ Opinion de l'Avocat général Yves Bot, Avis 1/17, 29 janvier 2019.

²¹¹⁶ *Idem*.

²¹¹⁷ *Idem*. § 87.

²¹¹⁸ *Slovak Republic c. Achmea BV*, aff. C-284/16, Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, 6 mars 2018.

²¹¹⁹ Opinion de l'Avocat général Yves Bot, Avis 1/17, § 105.

l'Opinion 1/17, celle-ci prenne le contrepied de l'opinion de M. Bot. Cela a déjà été le cas dans le cadre de la décision *Achmea*. Il convient de noter que l'opinion émise par l'Avocat général M. Yves Bot éclaire sur la compétence de l'ICS, sachant que celle-ci est limitée à l'application de l'accord en question, interprété conformément au droit international soit au droit de l'UE en l'espèce²¹²⁰.

542. Le 30 avril 2019, la CJUE a rendu une Opinion 1/17, dans laquelle elle décide que le mécanisme de l'ICS prévu dans le CETA est compatible avec le droit de l'UE²¹²¹. Dans la partie intitulée position de la Cour, cette dernière commence par rappeler le principe général selon lequel :

Il y a lieu de rappeler, d'emblée, qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient l'Union est, en principe, compatible avec le droit de cette dernière et ajoute Toutefois, le caractère extérieur du mécanisme RDIE envisagé par rapport au système juridictionnel de l'Union ne signifie pas, en lui-même, que ce mécanisme porte atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union²¹²².

La CJUE souligne la légitimité de la Cour d'appel et de la Cour d'investissement proposées dans le CETA en expliquant que ces tribunaux ne sont pas compétents pour interpréter le droit de l'UE hormis ce qui touche au CETA ; ils ne sont pas non plus compétents pour prendre des décisions empêchant les institutions de l'UE d'opérer tel que cela est prévu par les textes fondateurs de l'UE²¹²³. La CJUE ajoute que ces tribunaux n'ont pas le pouvoir de remettre en question ce qui touche au domaine de la police des États et à l'intérêt public²¹²⁴. La Cour décida également que l'exigence d'indépendance des membres de la Cour est satisfaite et les dispositions du CETA à cet égard ne contreviennent pas avec le principe d'indépendance²¹²⁵. Par ailleurs, la CJUE précise qu'elle conserve sa compétence lorsqu'il s'agit de trancher des litiges entre États membres de l'UE, et que les tribunaux émanant du CETA sont dans

²¹²⁰ *Idem.* §§ 136-138.

²¹²¹ CJUE Avis 1/17, 30 avril 2019.

²¹²² *Idem.* p. 30. § 106.

²¹²³ *Idem.* § 118.

²¹²⁴ *Idem.* § 153.

²¹²⁵ *Idem.* § 244.

l'obligation de suivre les décisions des institutions portant sur l'interprétation du droit de l'UE²¹²⁶.

543. Concernant cette opinion, les réactions de la part de communauté en matière de résolution des différends sont mitigées. Certains la trouvent décevante, car elle contient de nombreuses réserves qui entraîneront la perte de compétence des tribunaux de l'ICS dans de nombreuses situations incluant notamment le cas où l'État règlemente dans le domaine de la santé publique, la sécurité et l'environnement²¹²⁷. De plus, l'effet de cette opinion sur la compatibilité des TBI extra-européens avec le droit de l'UE reste non-résolu²¹²⁸. Les critiques de cette opinion ajoutent que la CJUE a sous-estimé la complexité des litiges d'investissement et la répercussion d'une décision provenant d'un tribunal du CETA, qui peut être radicalement différente de celles par une Cour de l'UE ou une institution de l'UE²¹²⁹.

544. Néanmoins, cette opinion est significative car la CJUE aborde la solution *Achmea* avec ses retombés sur la résolution des litiges entre investisseurs et États. En effet, la CJUE affirme la compétence du tribunal dans l'affaire *Achmea* pour interpréter ou appliquer le droit de l'UE²¹³⁰. La Cour ajoute par ailleurs que le TBI en cause dans l'affaire *Achmea* avait été conclu entre deux États membres de l'UE, alors que le CETA est conclu entre l'UE et un État non membre, la conséquence étant que le principe de confiance mutuelle connu en droit de l'UE ne s'applique pas dans le contexte du CETA²¹³¹. De plus, l'opinion donne une base légale à l'UE pour poursuivre la promotion de l'ICS dans le but de remplacer le système actuel du RDIE. Il convient de noter que l'UE fait la promotion de la Cour multilatérale d'investissement qu'elle a d'ailleurs présentée lors de sessions de travail de la CNUDCI²¹³². Il est très probable que l'UE continue de promouvoir l'ICS à travers ses accords d'investissement bilatéraux ou multilatéraux et dans ses accords de libre-

²¹²⁶ *Idem.* §§ 153-156.

²¹²⁷ JONES (Tom) et PERRY (Sebastian), « EU-Canada Investment Court Gets Green Light », *GAR*, 30 avril 2019.

²¹²⁸ *Idem.*

²¹²⁹ *Idem.*

²¹³⁰ CJUE Avis 1/17, § 126.

²¹³¹ *Idem.* § 127.

²¹³² Voir *e.g.* Assemblée générale, CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019.

échange. Il faut souligner que ce système a des chances d'être rejeté non négligeables par certains États tels que les États-Unis et le Japon, où le système du RDIE est fortement ancré²¹³³.

SECTION 2. LE PROJET FUTUR ET AMBITIEUX D'UNE COUR MULTILATÉRALE D'INVESTISSEMENT : « UNE BOUFFÉE D'AIR FRAIS » OU UN PROJET VOUÉ À L'ÉCHEC ?

545. En réponse à la réaction négative à l'arbitrage d'investissement, l'UE a défendu la constitution d'une Cour multilatérale d'investissement (« CMI ») au niveau international du GT III. Toutefois, on peut encore se demander si l'UE trouverait un soutien suffisant auprès des principaux pays parties prenantes.

I. LA CONVENTION ÉTABLISSANT UNE COUR MULTILATÉRALE D'INVESTISSEMENT

546. L'établissement d'une CMI a été envisagé dans les plus récents traités d'investissement tels que le CETA, l'EVIPA et le TTIP²¹³⁴. Alors que les dispositions de ces accords ne spécifient pas réellement la future forme de cette Cour, il s'agit néanmoins d'une rupture significative avec l'approche traditionnelle de la résolution des litiges entre investisseurs et États. Le TTIP et l'EVIPA envisagent l'établissement de cette CMI impliquant un mécanisme d'appel *ou* un organe d'appel séparé. Il convient de noter que l'EVIPA dispose que les parties négociant en faveur de cette Cour doivent le faire « *in combination with, or separate from, a multilateral appellate mechanism* »²¹³⁵. Cette distinction ajoutée dans le texte final de 2018 peut être perçue comme une réponse aux débats entrepris par le GT III de la CNUDCI lors desquels certains États se sont montrés hostiles à la création d'une CMI mais favorables à la possibilité d'introduire un mécanisme d'appel des décisions rendues en matière d'investissement.

547. L'initiative de l'UE est ambitieuse, en effet, la création de la CMI a pour but de « *lead to the full replacement of the 'old ISDS' mechanism with a modern, efficient,*

²¹³³ BEATTIE (Alan), « Relief for EU over Investment Protection Tangle », *Financial Times*, 2 mai 2019.

²¹³⁴ Article 8.29 du CETA ; Article 3.41 de l'EVIPA ; Article 12 du TTIP.

²¹³⁵ Article 3.41 de l'EVIPA.

transparent and impartial system for international investment dispute resolution »²¹³⁶.

La CMI serait un organe permanent compétent pour connaître des litiges entre investisseurs et États hôtes et tirera cette compétence du TBI dans laquelle elle figure. L'établissement de la CMI a tout d'abord été envisagé dans le contexte du TTIP et des négociations sur le développement de la protection des investissements et du RDIE. C'est lors d'une consultation publique tenue entre le 27 mars et le 13 juillet 2014 que des acteurs en avaient proposé l'idée. En octobre 2015, une communication Trade for All²¹³⁷, indique que la Commission européenne « *s'engage à entreprendre des négociations avec ses partenaires afin d'aboutir à un accord concernant l'adoption d'une Cour internationale permanente des investissements* ».

548. La Section 3 de l'article 12 du TTIP dispose que dans le contexte de l'entrée en vigueur d'un tribunal multilatéral d'investissement ou d'un mécanisme d'appel s'appliquant aux différends couverts par cet accord, les parties de celui-ci cesseront de s'appliquer. L'article 3.41 de l'EVIPA prévoit d'ailleurs la mise en place de négociations pour la création d'un tribunal d'investissement ou d'un mécanisme d'appel multilatéral. De la même façon, l'article 8.29 du CETA dispose quant à lui que les parties doivent s'employer à mettre en place l'une de ces deux alternatives : « *les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements* ». Ces différentes dispositions signifient que cet organe multilatéral sera compétent et remplacera la cour bilatérale mise en place dans chacun de ces accords. C'est pourquoi, à Genève, le 13 et 14 décembre 2016, l'UE et le Canada ont démarré des *débats exploratoires* avec plus de 40 États sur l'établissement de la CMI²¹³⁸. Cette rencontre a été la première entre les différents gouvernements depuis que l'initiative de mettre en place une telle cour fut formulée par l'UE dans le *Concept Paper* datant de mai 2015. La CMI sera ouverte

²¹³⁶ Commission Européenne, Consultation Strategy - *Impact Assessment on the Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution*, 30 septembre 2016, p. 2, note de bas de page n° 3.

²¹³⁷ Rapport de la Commission européenne, Trade for All - Towards a more responsible trade and investment policy, *Bureau des publications de l'Union européenne*, 2014, Union européenne, 2015, p. 22.

²¹³⁸ THOMSON (Douglas), « EU and Canada Host Talks on Multilateral Investment Court », *GAR*, 14 décembre 2016.

aux pays souhaitant l'incorporer dans les AII conclus avec l'UE. Afin que cette CMI puisse fonctionner, celle-ci nécessite un soutien de grande envergure.

549. En septembre 2017, la Commission a publié une recommandation²¹³⁹, en réponse à la complexité administrative et les contraintes budgétaires posées par la Cour d'investissement et afin que l'UE puisse négocier une nouvelle CMI. La description de la CMI est similaire à celle proposée par le modèle de l'ICS à l'exception de la nomination des juges. Celle-ci sera *non renouvelable*, et les juges seront employés à *temps plein* et n'obtiendront pas de provisions comme cela est le cas dans le cadre de la Cour d'investissement²¹⁴⁰. Un mandat non renouvelable peut être une option permettant de limiter l'influence des États sur les juges et de renforcer leur indépendance, un inconvénient de l'ICS qui sera développé plus loin. L'impossibilité pour les juges d'effectuer plusieurs mandats empêche les critiques sur le développement de possibles conflits d'intérêts tel que cela sera évoqué dans le Chapitre 2 Section 1.I.A.2 ci-dessous.

550. En octobre 2017, la Commission a organisé un événement appelé *Multilateral Reform of ISDS: Possible Paths Forward*²¹⁴¹. Lors de la première assemblée du GT III de la CNUDCI, du 27 novembre au 1er décembre 2017, l'établissement d'une CMI fut proposé²¹⁴². En effet, le rapport de l'assemblée indique que :

Some States suggested that the Working Group might consider, at the appropriate time, potential solutions to include some type of hierarchical system, an appellate body, an investment court, and a mechanism through

²¹³⁹ Commission, recommandation adressée au Conseil pour que celui-ci rende une décision autorisant l'ouverture des négociations d'une convention établissant une cour multilatérale pour la résolution des litiges d'investissement, COM(2017) 493 final, 13 septembre 2017.

²¹⁴⁰ *Idem.* p. 2 (« *L'indépendance du tribunal devrait être garantie par des prescriptions strictes en matière de déontologie et d'impartialité, des nominations non renouvelables, l'emploi à temps plein des arbitres et des mécanismes de nomination indépendants.* »).

²¹⁴¹ Selon la Conférence annuelle de la CNUDCI sur les AII, Phase 2 de la réforme des AII, la Commission européenne a organisé un événement nommé « *Multilateral Reform of ISDS: Possible Paths Forward* » le 9 octobre 2017 ayant pour objet le contexte et le besoin d'une réforme multilatérale de RDIE, les objectifs et les possibles caractéristiques de cette réforme, suivi d'un débat.

²¹⁴² Assemblée générale, CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.142, 18 septembre 2017, p. 10.

*which tribunals could direct questions to the treaty partners prior to the issuance of awards*²¹⁴³.

Le 20 mars 2018, le Conseil de l'Europe adopta une directive autorisant la Commission à négocier une convention établissant une CMI chargée de résoudre les litiges d'investissement (« **Directive de Négociation** »)²¹⁴⁴. Cette proposition ambitieuse semble pour le moment irréaliste voire inachevable. Ce texte autorise la Commission à poursuivre des négociations avec ses partenaires dans le domaine des échanges commerciaux et investissements dans le cadre de la CNUDCI²¹⁴⁵. La date de cette Directive de Négociation ne semble pas avoir été choisie au hasard au regard de l'agenda du GT III de la CNUDCI. L'UE en tant que telle n'est pas membre de la CNUDCI mais ses États membres le sont. La Directive de Négociation dispose que l'UE et ses membres participant aux négociations devraient pleinement coordonner leurs positions et agir en conséquence tout au long des négociations²¹⁴⁶. Celle-ci affirme également qu'en cas de vote, les États membres qui sont membres de la CNUDCI doivent exercer leur droit de vote conformément à ces directives et aux positions de l'UE convenues précédemment²¹⁴⁷. Elle prévoit également un système d'« *opt-in* » basé sur la Convention de Maurice, qui permettrait l'application au stock de 3 000 TBI existants. Cette approche éviterait vraisemblablement aux États la modification individuelle d'un grand nombre d'AIT. Un mécanisme d'opt-in à une CMI pourrait également permettre aux États de consentir à ce que les investisseurs portent des différends en vertu d'un TBI devant une CMI, que l'État de l'investisseur ait ou non adhéré à la Cour²¹⁴⁸.

²¹⁴³ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1er décembre 2017) - Deuxième partie, A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, 26 février 2018, p. 6.

²¹⁴⁴ Conseil de l'Europe, Directive de négociations en vue d'établir une Cour multilatérale pour la résolution des litiges d'investissement, 12981/17 ADD 1, Bruxelles, 20 mars 2016.

²¹⁴⁵ *Idem.* pp. 3 et 6.

²¹⁴⁶ *Idem.* p. 2.

²¹⁴⁷ *Idem.* p. 3.

²¹⁴⁸ BROWN (Colin), « The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement », in STANIĆ (Ana) et BALTAG (Crina) (eds.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Kluwer Law International, 2020, p. 235.

551. En vue de la 35^{ème} session du GT III, l'UE a rendu une conclusion sur la réforme du RDIE²¹⁴⁹. Pour se faire, l'UE a avancé que :

les instances juridictionnelles permanentes offrent plusieurs avantages pour ce qui est de trancher les différends qui surviennent dans le cadre des régimes qui présentent ces caractéristiques. Ces avantages se manifestent de multiples façons se recoupant partiellement. Par leur permanence même, les instances permanentes sont synonymes de prévisibilité et de constance et gèrent la naissance de nombreux différends parce qu'au fil du temps, elles peuvent préciser et affiner la compréhension d'un ensemble particulier de normes et assurer l'efficacité et la constance de leur application²¹⁵⁰.

Le 20 avril 2018, durant la session tenue à l'occasion du GT III, le projet de création d'une Cour multilatérale d'investissement a été mis en avant²¹⁵¹. Ensuite, la Commission a soumis au GT III, le 18 janvier 2019, une proposition visant à établir une Cour multilatérale d'investissement pour le règlement des différends entre investisseurs et États, notant que la proposition est le résultat d' « *une vaste réflexion menée ces dernières années par l'UE et par ses États membres concernant une éventuelle réforme multilatérale* »²¹⁵². Le projet de la Commission propose un tribunal multilatéral d'investissement qui serait un « *mécanisme permanent [possédant] un double degré de juridiction* »²¹⁵³. Le premier niveau est un tribunal de première instance qui serait chargé de connaître des différends en procédant à l'établissement des faits et l'application du droit pertinent²¹⁵⁴. Il disposerait de ses propres règles procédurales²¹⁵⁵. Une de ses fonctions serait également de se prononcer sur les affaires qui lui sont renvoyées par le deuxième niveau de décision, à savoir le niveau d'appel. Le tribunal d'appel entendrait les appels interjetés par le tribunal de première

²¹⁴⁹ CNUDCI, Rapport du GT III, Possible réforme de la résolution des litiges investisseurs-État (ISDS) – Communication présentée par l'Union européenne, A/CN.9/WG.III/WP.145, 12 décembre 2017.

²¹⁵⁰ *Idem.* p. 4.

²¹⁵¹ CNUDCI, Rapport du GT III, (Réforme de la résolution des litiges investisseurs-États) sur les conclusions de la 35^{ème} session (New York, 23–27 avril 2018), A/CN.9/935, 14 mai 2018, p. 5.

²¹⁵² CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-septième session (New York, 1er-5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019, § 2.

²¹⁵³ *Idem.* § 13.

²¹⁵⁴ *Ibid.*

²¹⁵⁵ *Ibid.*

instance²¹⁵⁶. Les motifs de recours seraient soit une erreur de droit ou des erreurs manifestes dans l'appréciation des faits²¹⁵⁷. Pour prévenir les abus de recours au mécanisme d'appel, la proposition suggère d'inclure des mesures telles que l'exigence d'une garantie sur les coûts²¹⁵⁸.

552. En ce qui concerne la sélection des juges, la proposition définit les conditions en matière d'expertise et de procédure. Elle exige que les arbitrateurs aient une expertise en droit international public²¹⁵⁹. Il est suggéré de mettre en œuvre des exigences de qualification comparables à celles des autres tribunaux internationaux²¹⁶⁰. Par exemple, les arbitrateurs peuvent être tenus de posséder les qualifications requises pour être nommés aux plus hautes fonctions judiciaires de leurs États respectifs²¹⁶¹. Le projet prévoit aussi la possibilité d'inclure des exigences supplémentaires en matière d'expertise pour certains domaines du droit²¹⁶². Le panel permanent d'arbitres serait composé de juges nommés par les États, employés à temps plein et respectant les normes d'indépendance et d'impartialité²¹⁶³. Les arbitrateurs auraient des salaires comparables à ceux des juges d'autres tribunaux internationaux²¹⁶⁴. Enfin, est suggéré, un processus aléatoire de sélection des arbitrateurs pour chaque litige, de sorte que les parties au litige ne sauraient pas à l'avance quels arbitrateurs présideraient le différend²¹⁶⁵.

553. Par ailleurs, il est également envisagé de permettre aux parties de participer à l'interprétation du texte du traité. Le projet maintient la possibilité d'autoriser les parties au traité à adopter des interprétations contraignantes du texte²¹⁶⁶. Il note ainsi la possibilité de permettre le « *recours au mécanisme permanent pour le règlement des différends entre États* »²¹⁶⁷ à la partie au traité en question mais qui n'est pas en cause

²¹⁵⁶ *Idem.* § 14.

²¹⁵⁷ *Ibid.*

²¹⁵⁸ *Idem.* § 15.

²¹⁵⁹ *Idem.* § 49.

²¹⁶⁰ *Idem.* § 20.

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² *Ibid.*

²¹⁶³ *Idem.* § 18.

²¹⁶⁴ *Idem.* § 17.

²¹⁶⁵ *Idem.* § 24.

²¹⁶⁶ *Idem.* § 26 (faisant référence à l'Article IX.2 de l'Accord OMC).

²¹⁶⁷ *Idem.* § 25.

dans le différend²¹⁶⁸. Enfin, la proposition soulève la question de déterminer s'il convient de permettre aux États qui sont parties à l'instrument établissant le mécanisme permanent de participer aux différends portant sur des questions d'interprétation des traités auxquels ils ne sont pas partis²¹⁶⁹.

554. Le projet préliminaire de cette 36^{ème} assemblée inclut des débats sur la « *La coexistence ou l'interaction avec le régime de RDIE existant ainsi qu'avec les tribunaux d'investissement* »²¹⁷⁰ par la mise en place d'une procédure d'appel intégrée au régime de CMI²¹⁷¹. Une multitude de systèmes de règlement des différends pour les investisseurs peut être envisagée. La coexistence entre la CMI, le CIRDI, l'arbitrage *ad hoc* de la CNUDCI ainsi que d'autres formes de résolution des litiges peut être envisagée. Néanmoins, cela ne répondrait pas à la préoccupation de l'UE concernant l'inconstance et l'imprévisibilité. D'ailleurs, pour diverses raisons la CMI peut se révéler difficile à mettre en œuvre. Autrement dit, les difficultés pratiques, les incertitudes, l'incohérence, les problèmes légaux complexes incluant les difficultés liées à l'exécution des décisions sont de nature à constituer des obstacles à la CMI.

II. LA COUR MULTILATÉRALE D'INVESTISSEMENTS : UNE IDÉE RÉVOLUTIONNAIRE OU UNE SIMPLE UTOPIE ?

555. Le projet d'une CMI présenté par la Commission apparaît idéal. Il semble dès lors pertinent de s'intéresser à la réalité pratique de cette Cour. Pour ce faire, l'analyse des obstacles à la mise en place de la CMI viendra souligner ses principaux défauts. D'abord le manque de consensus entre les États (A) sur la mise en place d'une CMI, ensuite les faiblesses propres au projet lui-même (B). Cette section se limitera aux problématiques propres à la CMI, car la CMI et l'ICS partagent certaines de ces mêmes incertitudes et des questions juridiques complexes, incluant les controverses relatives à l'exécution. Le Chapitre 2 traitera des défis de l'ICS qui s'appliquent également à la CMI.

²¹⁶⁸ *Idem.* § 27.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

²¹⁷⁰ CNUDCI, Rapport du GT III, A.9. de l'Annexe – Présentation, sous forme de tableau, du cadre pour ses travaux futurs, A/CN.9/WG.III/WP.149, p. 19.

²¹⁷¹ *Ibid.*

A. Le manque de consensus entre les États

556. La question de savoir si ce GT III parviendra à la réforme souhaitée par la Commission reste en suspens. Conformément à la Directive de Négociation, la Commission soutenue par le Canada a mené des débats sur l'établissement de la CMI avec d'autres pays²¹⁷². Il convient de noter que le Canada ne s'est pas encore retiré des TBI et ALE dont il fait partie et il semble alors que la participation du Canada aux négociations concernant la CMI soit surtout d'ordre diplomatique. Cependant, les États n'ont pas tous été réceptifs à la proposition de l'UE. Étant donné l'échec de la Convention de Maurice, il est impossible de prévoir si le mécanisme d'opt-in suscitera beaucoup d'intérêt. Alors que l'UE affirme que les États sont réceptifs à sa proposition²¹⁷³, les débats au sein du GT III indiquent qu'il existe certaines incertitudes. Plus particulièrement, le délégué japonais en charge des négociations a, durant la 34^{ème} session du GT III, indiqué que son mandat était de débattre sur une réforme qui devait se faire « *pas à pas* » et que, le Japon était plutôt enclin à réformer le système du RDIE. Le délégué est venu rappeler qu'il s'opposerait à l'idée selon laquelle la CNUDCI devrait immédiatement commencer à travailler à la création d'une Cour permanente d'investissement²¹⁷⁴. De plus, selon Hosuk Lee-Makiyama, Directeur du Centre européen d'économie politique international (« **ECIPE** »), les Japonais se méfient également de l'adoption d'un système qui pourrait devenir un modèle pour de futurs accords, dans lequel des juges nommés par l'État pourraient statuer sur des plaintes déposées par des entreprises chinoises ou coréennes contre le gouvernement japonais²¹⁷⁵. Dans certains rapports, le Chili, le Japon, le Mexique, les États-Unis et l'Australie ont déclaré qu'ils préféreraient un processus permettant au groupe d'explorer d'autres options que la CMI - et potentiellement de sélectionner les

²¹⁷² « European Union and Canada Co-Host Discussions on a Multilateral Investment Court », *Investment Treaty News*, 13 mars 2017.

²¹⁷³ Commission, *Consultation Strategy - Impact Assessment on the Establishment of a Multilateral Investment Court for Investment Dispute Resolution*, 30 septembre 2016, p. 2 (« *The possible establishment of a Multilateral Investment Court has gathered specific interest including from important FTA partners such as Canada, which has publicly supported the initiative.* »).

²¹⁷⁴ Groupe de Travail III (réforme du règlement des différends), déclaration de la délégation japonaise, 34^{ème} session, enregistrements audio ; voir aussi PETERSON (Luke), « UNCITRAL Meetings on ISDS Reform get Off to bumpy Start, as Delegations can't Come to Consensus on Who Should Chair Sensitive Process – Entailing a Rare Vote », *IA Reporter*, 9 décembre 2017 (« *EU has channelled its desire for a multilateral investment court into the UNCITRAL process for now – to the anxiety of some countries, such as US and Japan* »).

²¹⁷⁵ « A New Trade Deal between the EU and Japan », *The Economist*, 8 juillet 2017.

questions qui sont les plus mûres pour la réforme et de poursuivre celles qui sont prioritaires²¹⁷⁶.

557. Plus récemment, durant la 37^{ème} session du GT III, le Chili, le Japon, le Mexique, les États-Unis et l’Australie ont tous confirmé qu’ils préféreraient explorer d’autres solutions que la CMI²¹⁷⁷. Ils ont également soulevé l’importance de sélectionner les problèmes majeurs présentés par le RDIE, nécessitant d’être traités en priorité²¹⁷⁸. Dans cette optique, ils proposent de mettre en place un « *menu de réformes* » que chaque État pourrait adapter à ses besoins ; une direction qui ne semble clairement pas aller vers l’institution d’un tribunal multilatéral²¹⁷⁹. A l’heure actuelle, le Japon, le Chili, le Mexique et Israël n’ont pas exprimé d’opinion claire au sujet de l’institution d’un tribunal permanent²¹⁸⁰. Par ailleurs, la Russie, quant à elle, rejette clairement le point de vue de l’UE²¹⁸¹. En revanche, ni les États-Unis ni la Chine n’ont exprimé d’avis officiel sur la question ; la Chine soutient l’idée d’un tribunal permanent d’appel²¹⁸² et les États-Unis ont montré leur préférence pour le système de RDIE²¹⁸³.

558. De plus, la CMI est une initiative émanant de l’UE et non pas une proposition qui a été négociée de façon multilatérale. Ainsi il n’existe pas d’assurance que cette Cour soit négociée en faveur des États plus petits ou moins développés. Le Professeur Zàrate a noté que l’UE a proposé que la CIJ et l’OMC soient les modèles à suivre pour façonner la CMI, malgré le déséquilibre et la politisation de leur procédure de nomination²¹⁸⁴. Inévitablement, il y aura une inégalité de traitement dans les

²¹⁷⁶ JOHNSON (Lise), « What Happened at UNCITRAL’s April WG III Session? What will Happen Next? », *Columbia Center on Sustainable Investment*, 3 mai 2019.

²¹⁷⁷ *Idem*.

²¹⁷⁸ *Idem*.

²¹⁷⁹ Assemblée générale, CNUDCI, Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, ‘Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)’, document N-U, A/CN.9/WG.III/WP.182, 2 octobre 2019, p. 6.

²¹⁸⁰ *Ibid*.

²¹⁸¹ Assemblée générale, CNUDCI, Communication de la Russie, I.2 de l’Annexe, déclaration de la Russie concernant certaines initiatives prises dans le cadre de la CNUDCI au sujet de la réforme de l’arbitrage d’investissement, document N-U, A/CN.9/WG.III/WP.188/Add.1, 31 décembre 2019, p. 2.

²¹⁸² Assemblée générale, CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par le Gouvernement chinois, document N-U, A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 juillet 2019, p. 4.

²¹⁸³ PETERSON (Luke), « Analysis: Leaked Records Of US-UK Discussions Between Negotiators, Offer Insights Into Thinking On Investment Obligations And Dispute Settlement », *supra* note 2666.

²¹⁸⁴ ZÀRATE (José), « Legitimacy Concern of the Proposed Multilateral Investment Court – Is Democracy Possible? », *Boston College Law Review*, vol. 59, issue 8, 2018, p. 2786.

négociations, concernant les contributions des autres États et la désignation des adjudicateurs. L'UE avance que la CMI serait composée « *des principales cultures mondiales et que les principaux systèmes juridiques du monde seraient représentés* », à l'instar de la CIJ et du Tribunal international du droit de la mer (« **ITLOS** »)²¹⁸⁵. Au vu des exigences strictes relatives aux qualifications pour être sélectionné comme juge au sein de la CMI, les chances de parvenir à un panel permanent diversifié sur le plan géographique et en termes de genre sont limitées. Cela se reflète déjà dans la liste d'arbitres convenue conjointement avec le CETA, où les femmes sont gravement sous-représentées, ce qui est alarmant si l'on considère qu'il n'y a pas de pénurie de femmes qualifiées au sein de l'UE - ou au Canada. Compte tenu de ce qui précède, il est fort probable que les États d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique n'auront que peu d'influence sur les négociations multilatérales, sur la désignation de membres de la CMI, ou même sur la perspective de voir les représentants de leurs pays désignés comme juges. Par conséquent, certains États peuvent se présenter comme des « *décideurs* », tandis que d'autres États ne sont pas d'accord avec les ajustements, ce qui éloigne le caractère démocratique de cette approche.

559. Sur cette base, il apparaît que l'initiative unilatérale de l'UE manque de consensus global alors qu'il est important que les institutions internationales soient construites de façon démocratique puisque « *institutional legitimacy is a byproduct of the usage of democratic procedures throughout their creation* »²¹⁸⁶. Il semblerait toutefois que la Cour multilatérale gagnera en place dans les débats au sein du GT III ; le sujet a ainsi été inclus dans le calendrier des discussions jusqu'en 2026.

B. Les faiblesses de la CMI

560. La CMI proposée par la Commission Européenne semble constituer une proposition de taille avec au moins 28 États membres ayant une voix dans les négociations du GT III mis en place par la CNUDCI. De plus, la CNUCED a indiqué que « *it is questionable whether a new [permanent standing] court would be fit for a fragmented regime that consists of a huge number of mostly bilateral IIAs ... this*

²¹⁸⁵ BROWN (Colin), « The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement », *supra* note 2148, p. 233.

²¹⁸⁶ ZÀRATE (José), « Legitimacy Concern of the Proposed Multilateral Investment Court – Is Democracy Possible? », *supra* note 2184, pp. 2769-90.

option would work best in a system with a unified body of applicable law. »²¹⁸⁷ Étant donné que le droit des investissements est composé d'environ 3 000 AII (bilatéraux et multilatéraux confondus) contenant des dispositions substantielles rédigées de façon différente, rien ne garantit qu'un seul traité multilatéral assurera un corps uni ni que cela soit souhaitable. L'un des arguments de l'UE en faveur de la CMI est qu'un seul mécanisme institutionnel apportera plus de prévisibilité et de constance puisque les « *judges would also socialise and influence one another, influencing one another's legal thinking and leading to an alignment of opinions* », donc *les juges vont s'influencer mutuellement* de par leur proximité²¹⁸⁸. Cette citation qui révèle la logique de M. Colin Brown, Chef d'unité européenne²¹⁸⁹, est contradictoire. En effet, l'indépendance et l'impartialité des juges sont citées comme l'un des principaux avantages de la CMI. M. Brown affirme également dans le même ouvrage que la CMI mettrait en avant un panel diversifié de juges provenant de différents systèmes juridiques du monde afin de « *reduce the risk of collective bias* »²¹⁹⁰. Il est évident que M. Colin, responsable de la promotion de l'ICS et de la CMI et qui a été le visage de l'UE pour « *vendre* » efficacement la Cour d'investissement au niveau mondial, contredit la position de l'UE sur une question aussi fondamentale que l'impartialité et l'indépendance des arbitres. En effet, l'idée que les juges puissent influencer la pensée juridique des autres suggère un objectif de « *création d'un parti pris collectif* ». Or M. Brown a soutenu que la CMI éviterait ce travers. Plus important encore, l'influence de l'arbitre est précisément à l'opposé de son devoir d'impartialité et d'indépendance.

561. La manière dont la constance peut être réalisée n'est pas claire car des milliers de traités pourraient mal alimenter un seul tribunal car ces traités ont des dispositions très différentes. Cette énigme est l'une des conséquences de la séparation entre les normes de fond et le règlement des différends ainsi que la procédure. La CMI soulève des interrogations complexes et posera probablement des défis similaires à ceux de la Cour

²¹⁸⁷ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 1, 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, p. 9.

²¹⁸⁸ BROWN (Colin), « The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement », *supra* note 2148, p. 228.

²¹⁸⁹ Directeur général adjoint, Chef de l'application des législations commerciales, et aspects juridiques liés au commerce et au développement durable et à l'investissement.

²¹⁹⁰ BROWN (Colin), « The EU's Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement », *supra* note 2148, p. 234.

d'investissement, comme nous le verrons plus loin. D'abord, des problèmes émaneront quant au moyen pour les potentiels adhérents de passer sous l'égide exclusive de la CMI pour les futurs litiges, en tenant compte de leurs obligations préexistantes sous les AII, qui généralement prévoient le recours à l'arbitrage. La CMI consacra-t-elle une liberté de choix comme dans la Convention Maurice ? Dans cette perspective, un État devra-t-il formellement retirer son consentement aux procédures d'arbitrage des AII qui coexisteront avec la CMI ? La deuxième difficulté concerne la manière dont les jugements seront mis en œuvre par la CMI et les questions des rapports entre la CMI et les régimes arbitraux existants, incluant les mécanismes d'exécution fournis dans la Convention de New York et la Convention CIRDI (cette question sera envisagée dans le Chapitre 2 Section 2.II.B). Plus généralement, la CMI posera donc problème sur le plan institutionnel et sur son rapport avec les autres institutions internationales déjà existantes.

562. Au-delà des critiques similaires à l'ICS, la mise en place d'une CMI sera suivie de problématiques propres puisque sa configuration mettra inévitablement en question, en particulier, des problèmes de démocratie et de diversité. Le système de nomination des juges au sein de la CMI, ayant pour objectif d'adresser les allégations d'un manque d'impartialité dans le modèle actuel du RDIE, pourra potentiellement provoquer des difficultés. Un tel modèle crée un risque de politisation du système de nomination des juges par les États²¹⁹¹. Ce risque est accentué par le fait que ces États, acteurs dans le processus de nomination des juges, seraient éventuellement parties aux différends d'arbitrages soumis à ces juges. Également, un tel système de nomination de juges, conçu pour adresser les critiques tenant à la partialité du système actuel du RDIE, pourrait avoir l'effet contraire. Particulièrement, à travers de telles méthodes de nomination et la rémunération des juges par les États, il est envisageable que les juges soient favorables aux États qui les nomment. Cette problématique a été résumée par les propos d'Eduardo Zuleta qui a remarqué que : « *it is not clear whether the appointment of judges by States would free the decision making process from political influences and would assure that the judges will not consider, when making the*

²¹⁹¹ ZÀRATE (José), « Legitimacy Concern of the Proposed multilateral Investment Court – Is Democracy Possible? », *supra* note 2184, pp. 2769-90.

decision, that they are a creation of States »²¹⁹². Enfin, une question qui pourrait s'avérer controversée concerne le nombre optimal d'AII qui composeraient chaque division judiciaire. L'ensemble de ces risques pourraient conduire à une remise en cause de la légitimité d'un tel système.

563. Malgré ces obstacles et les incertitudes que soulèverait l'introduction d'une CMI, le Secrétariat de la CNUDCI, dans le cadre du GT III, a publié et soumis aux commentaires des États, un projet initial de mécanisme multilatéral permanent²¹⁹³. A titre préliminaire, il est noté que cette option de réforme tenant à l'introduction d'une CMI résulterait dans des mécanismes de sélection et de nomination comparables à ceux des tribunaux internationaux existants où les États, en tant que parties au litige, ne participent pas au choix de la personne qui tranche l'affaire. Même si, en tant que parties au traité, ils ont participé au processus de sélection des personnes qui composent l'organe permanent²¹⁹⁴. De plus, une telle réforme nécessiterait la rédaction des statuts de la CMI²¹⁹⁵. Le Secrétariat a élaboré plusieurs projets de dispositions concernant « *the establishment of a standing mechanism, its jurisdiction and governance structure* »²¹⁹⁶. En particulier, concernant la question cruciale de la nomination des membres d'une telle CMI, deux options sont avancées. La première option prévoit la nomination par les parties à l'accord établissant le tribunal²¹⁹⁷. Néanmoins, le Secrétariat a noté que ce modèle de nomination « *has been subject to criticism, in particular regarding the un-evenness and lack of uniformity of the processes at the national levels; the lack of transparency as to how candidates are identified and put forward; and the politicization of the nominations* »²¹⁹⁸. La deuxième option prévoit un système d'auto-nomination au titre duquel toute personne intéressée et remplissant les conditions de qualification requises pourra présenter sa propre candidature, à la suite d'un appel ouvert à cette fin²¹⁹⁹. Il est également prévu

²¹⁹² ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 422.

²¹⁹³ CNUDCI, GT III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Note by the Secretariat, Initial Draft on Standing Multilateral Mechanism: the Selection and Appointment of ISDS Tribunal Members and Related Matters.

²¹⁹⁴ *Idem.* § 5.

²¹⁹⁵ *Idem* § 6.

²¹⁹⁶ *Idem* § 8.

²¹⁹⁷ *Idem.* Draft Provision 6.

²¹⁹⁸ *Idem.* Draft Provision 6, § 30.

²¹⁹⁹ *Idem.* Draft Provision 6 et § 32.

que des « panels ou comités d'élection » seraient impliqués dans ce processus et leur rôle serait d'évaluer les candidats pour s'assurer qu'ils remplissent l'ensemble des exigences requises²²⁰⁰. Enfin, concernant la nomination des membres des tribunaux, il est proposé que les noms des candidats éligibles soient publiés par les « panels d'élection » en les classant dans des groupes régionaux en fonction de la nationalité du pays qui a présenté leur candidature à l'élection, et les membres d'un groupe régional particulier voteront alors sur les candidats éligibles au sein de leur groupe régional²²⁰¹.

564. Après s'être intéressé au contexte et à l'histoire de la Cour d'investissement, il apparaît essentiel de d'étudier sa structure et *a fortiori* ses défauts.

²²⁰⁰ *Idem.* Draft Provision 7 et § 37.

²²⁰¹ *Idem.* Draft Provision 8.

CHAPITRE 2. LA STRUCTURE ET LES DÉFAUTS DE LA COUR D'INVESTISSEMENT

565. Ce chapitre aura pour objet d'entrer plus en détail sur la proposition d'établir une Cour permanente d'investissement. L'analyse des dispositions contenues dans le CETA, l'EVIPA et le TTIP est fondamentale afin de pouvoir évaluer si ce nouveau système sera en mesure de renforcer la légitimité du RDIE et les objectifs de l'UE, ou si l'ICS posera plus de problèmes juridiques complexes d'incertitudes dans la pratique. Sans tenir compte des aspects plus politiques, l'établissement d'une telle Cour constitue une refonte significative du système actuel du RDIE aboutissant à son démantèlement afin de contraindre les parties à se soumettre à un système prédéfini. L'ICS répond-elle aux critiques relatives à l'opacité de l'arbitrage d'investissement ?

566. L'introduction du projet de l'ICS, d'abord pendant les négociations sur le TTIP puis dans le texte final du CETA et de l'EVIPA, présente les caractéristiques d'un forum *quasi-judiciaire*. En effet, en dénommant ce nouveau mécanisme « Cour », l'UE expose clairement sa volonté d'instituer un système aux aspects d'une Cour internationale (ou domestique) composée de tribunaux permanents, d'un mécanisme d'appel et de juges nommés par les États. Peut-on réellement parler de Cour ? Le nouveau système incorpore certains règlements d'arbitrage tels les règles de procédure du CIRDI, le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En même temps, la structure de l'ICS est plus comparable à une juridiction internationale. La question principale est donc de savoir si l'ICS sera considérée comme une « Cour internationale » ou comme un « tribunal arbitral » et si ses décisions (ou sentences) pourront être reconnues et exécutées en vertu de la Convention CIRDI ou de la Convention de New York ?

567. La première section aura vocation à exposer la structure de l'ICS, en particulier la composition et la compétence des tribunaux de première instance et d'appel (I) et la procédure devant la Cour d'investissement ainsi que le mécanisme d'appel (II). La deuxième section permettra d'évaluer la Cour en mettant plus particulièrement en lumière la désignation des membres du tribunal (I), et l'exécution (II).

SECTION 1. LA STRUCTURE DE LA COUR D'INVESTISSEMENT ET SES LIMITES

568. L'ICS marque éloignement du régime du RDIE en place depuis plusieurs décennies. La proposition est ambitieuse et s'étend bien au-delà du CETA, de l'EVIPA et du TTIP. Cette Cour d'investissement a pour but d'être intégrée dans les futurs accords nécessitant une protection des investissements. Une étude de la structure et des aspects de ce nouveau modèle de protection des investissements permettrait de déterminer la nature de la Cour. Savoir si l'on qualifie la Cour d'investissement de « *tribunal arbitral* » ou de « *Cour internationale* » ne relève pas de l'évidence. Seuls quelques mécanismes déjà existants présentent des similitudes avec l'ICS, c'est le cas notamment du tribunal des réclamations Iran/États-Unis et de la CAI établi par l'Accord unifié²²⁰². Ce qui est clair c'est que la réponse dépendra en grande partie de la structure et du fonctionnement de cette Cour.

569. Cette section portera sur la composition et la compétence des tribunaux (I) et sur la procédure devant le tribunal de première instance et la Cour d'appel (II), tous deux établis dans le CETA, le TTIP et l'EVIPA. Cette section aura spécifiquement pour but d'examiner la composition, les qualifications, la dénomination, l'éthique et la rémunération des juges de la Cour d'investissement. Finalement, les complexités que pourraient faire naître la composition de cette Cour seront présentées.

I. COMPOSITION ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX

570. L'UE apporte une grande innovation au système du RDIE en remplaçant le système d'arbitrage *ad hoc* par une Cour permanente à deux degrés : (1) un tribunal et (2) une Cour d'appel. Le texte du TTIP se réfère à un tribunal de première instance « *Tribunal of First Instance* »²²⁰³ alors que le CETA et l'EVIPA décrivent cette Cour de premier degré comme le « *Tribunal* »²²⁰⁴. Bien qu'en 2014 les dispositions du CETA sur le RDIE maintenaient l'arbitrage *ad hoc*, la version publiée le 26 février 2016 comporte de nouvelles dispositions mettant en place l'ICS. Dans le but d'éliminer ce qui est appelé « *partialité judiciaire* » dans le système de RDIE actuel,

²²⁰² KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 34.

²²⁰³ Article 9(1) du TTIP.

²²⁰⁴ Article 8.27 du CETA ; Article 3.38(a) de l'EVIPA.

l'UE propose d'établir des normes de qualification et d'éthique strictes, et d'instaurer un panel de juges permanents composé par l'UE, l'État contractant et un État tiers (pour des normes définies). Des questions entourant cette proposition indiquent qu'elle pourrait avoir comme conséquence de créer un déséquilibre dans la composition des tribunaux constitués sous l'ICS. Ces problématiques, qui, finalement, s'éloignent des objectifs présentés par l'UE seront analysées plus en détail.

A. La composition du tribunal

571. Le nouveau chapitre sur les investissements propose un système à deux degrés. En effet, la Cour permanente est composée d'un tribunal de première instance et d'une Cour d'appel, le but étant d'assurer une bonne administration des litiges ainsi qu'une meilleure prévisibilité des décisions.

1. La composition du tribunal de première instance

572. Le TTIP²²⁰⁵ et le CETA²²⁰⁶ disposent que les quinze « *juges* » formant le tribunal sont : cinq juges d'États membres de l'UE, cinq juges des États parties (Canada/ États-Unis) et cinq juges de pays tiers. Le TTIP et l'EVIPA autorisent un comité bilatéral spécial (établi en vertu du traité) à augmenter ou réduire le nombre de juges par un multiple de trois²²⁰⁷. Il est pertinent de noter que les termes « *cour* » et « *juges* » qui figuraient dans la proposition du TTIP ont disparu dans les dispositions du CETA et de l'EVIPA. Ils ont été remplacés par les expressions plus neutres de « *règlement des différends relatifs aux investissements* », de « *tribunal* » et de « *membres du Tribunal* »²²⁰⁸. Le CETA ne fait pas référence à l'arbitrage, sauf dans le cas où la décision rendue par le tribunal est appelée « *sentence arbitrale* ».

573. Contrairement au TTIP et à l'EVIPA, le CETA permet à chaque partie de proposer de nommer jusqu'à cinq membres du tribunal de n'importe quelle nationalité qui, s'ils sont sélectionnés seront alors considérés comme des ressortissants de la partie qui a proposé leur nomination²²⁰⁹. L'EVIPA est composé d'un nombre réduit de membres du tribunal, avec la nomination de neuf membres (trois membres d'États

²²⁰⁵ Article 9(2) du TTIP.

²²⁰⁶ Article 8.28(2) du CETA.

²²⁰⁷ Article 9(3) du TTIP ; Article 3.38(3) de l'EVIPA.

²²⁰⁸ Articles 8.27 et 8.28 du CETA ; Chapitre 3 de l'EVIPA.

²²⁰⁹ La note de bas de page n° 9 de l'article 8.27(2) du CETA.

membres de l'UE, trois membres vietnamiens et trois de pays tiers)²²¹⁰. Dans le TTIP, les juges sont nommés pour un mandat de six ans renouvelables une fois²²¹¹, pour 5 ans dans le CETA²²¹², et 4 ans dans l'EVIPA²²¹³.

574. Le tribunal se réunira en collège de trois membres pour trancher les litiges et sera composé d'un juge européen, d'un juge de l'État contractant (États-Unis/Canada/Vietnam) et d'un juge d'un État tiers qui présidera le tribunal²²¹⁴. Dans des cas dits *moins importants*, les parties prenantes pourraient accepter la sélection, par le Président du tribunal, d'un juge unique provenant d'un État tiers choisi²²¹⁵. Cette disposition est applicable si le demandeur est une petite ou moyenne entreprise effectuant une demande considérée comme « *faible* ». Une fois la demande soumise, le Président du tribunal devra nommer les juges à partir d'un système de rotation pour assurer une composition aléatoire et imprévisible des divisions et les possibilités égales de siéger²²¹⁶. En conséquence, ni l'investisseur, ni l'État défendeur ne disposera de prérogatives concernant la composition du panel en charge d'instruire l'affaire. Cela s'oppose au mécanisme employé dans la procédure d'arbitrage d'investissement qui reflète avec vigueur le principe d'autonomie des parties dans la composition du tribunal arbitral. L'ICS renonce à cette caractéristique fondamentale de l'arbitrage pour un panel permanent préétabli, ce qui fait naître la question de savoir si l'ICS peut être considéré comme un « *tribunal arbitral* » (ces points seront évoqués ci-après).

575. Malgré le fait que la nomination des juges soit à long terme, les traités n'envisagent pas que ces derniers soient dans l'obligation de traiter exclusivement des affaires portées devant la Cour d'investissement pendant leur mandat. En effet, les

²²¹⁰ Article 3.38(1) de l'EVIPA.

²²¹¹ Article 9(5) du TTIP (« *The Judges appointed pursuant to this Section shall be appointed for a six-year term, renewable once. However, the terms of seven of fifteen persons appointed immediately after the entry into force of the Agreement, to be determined by lot, shall extend to nine years. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose terms of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term.* »).

²²¹² Article 8.27(5) du CETA (« *Les membres du Tribunal nommés conformément à la présente section sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Cependant, les mandats de sept membres tirés au sort parmi les 15 membres nommés immédiatement après l'entrée en vigueur du présent accord sont d'une durée de six ans.* »).

²²¹³ Article 3.38(5) de l'EVIPA (« *The Members of the Tribunal appointed pursuant shall be appointed for a four-year term, renewable once. However, the terms of five of nine persons appointed immediately after the entry into force of the Agreement to be determined by lot, shall be extended to six years.* »).

²²¹⁴ Article 8.27(6) du CETA ; Article 3.38(6) de l'EVIPA ; Article 9(6) du TTIP.

²²¹⁵ Article 8.27(9) du CETA ; Article 3.38(9) de l'EVIPA ; Article 9(9) du TTIP.

²²¹⁶ Article 8.27(7) du CETA ; Article 3.38(7) de l'EVIPA ; Article 9(7) du TTIP.

juges doivent en tout état de cause être disponibles durant la durée totale de leur mandat, et ils recevront une provision chaque mois censé assurer leur disponibilité²²¹⁷ ainsi qu'un salaire fixe correspondant à chaque jour travaillé. Pour les coûts et frais, il convient de se référer à l'article 14(1) du Règlement administratif et financier du CIRDI intitulé « *Frais directs des instances particulières* »²²¹⁸. Si les circonstances le justifient, le comité peut décider de transférer les coûts et dépenses dans le salaire fixe des membres de tribunal, selon des modalités spécifiques²²¹⁹. Des critiques sont apparues concernant le texte du TTIP suggérant une provision à hauteur d'un tiers de celui des membres de l'organe d'appel de l'OMC (environ 2 000 euros par mois)²²²⁰, ce montant ayant été décrit comme étant trop bas car ne permettant pas d'attirer des juges au profil répondant aux critères exigés, notamment celui de l'indépendance des membres du tribunal²²²¹. Étant donné l'importance de la formation et de la qualité des juges, ajouté au fait qu'ils ne peuvent agir comme conseil, expert ou témoin, il est essentiel que la compensation qui leur soit allouée soit réaliste et comparable à celle perçue dans d'autres forums internationaux. Cela est particulièrement le cas si l'on compare les documents de l'UE qui comparent l'ICS à d'autres cours internationales comme la CIJ et l'OMC.

2. La composition de la Cour d'appel

576. Dans le texte du TTIP, la Cour d'appel est composée de six membres nommés pour six ans, le mandat des membres de cette Cour étant renouvelable une fois. Les juges membres sont constitués de deux juges de l'UE, deux américains et deux en provenance d'États tiers²²²². Chaque État signataire propose trois candidats, deux de leurs nationaux et un national d'un autre pays²²²³. L'EVIPA met également en place une Cour d'appel composée de six membres : deux nationaux des États membres de

²²¹⁷ Article 8.27(12) du CETA ; Article 3.38(14) de l'EVIPA ; Article 9(12) du TTIP.

²²¹⁸ Article 8.27(14) du CETA ; Article 3.38(16) de l'EVIPA ; Article 9(14) du TTIP.

²²¹⁹ Article 8.27(7) du CETA ; Article 3.38(17) de l'EVIPA ; Article 9(15) du TTIP.

²²²⁰ Article 9(12) du TTIP.

²²²¹ LENK (Hannes), « An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Agreement with Canada », *European Papers*, vol. 1, no. 2, 2016, p. 670.

²²²² Articles 10(2) et (5) du TTIP.

²²²³ Article 10(2) du TTIP.

l'UE, deux nationaux vietnamiens et deux nationaux d'États tiers²²²⁴. Leur mandat est néanmoins limité à quatre ans, renouvelable une seule fois²²²⁵.

577. L'EVIPA, le CETA et le TTIP optent pour une composition tripartite de cette Cour d'appel²²²⁶. L'EVIPA et le TTIP suivent la même procédure pour la composition du tribunal de première instance. A l'inverse, le CETA présente des dispositions moins détaillées sur la constitution de la Cour d'appel. En effet, le CETA dispose simplement que la Cour d'appel doit être composée par une décision du « *Comité mixte* »²²²⁷ et se réfère à « *trois membres du Tribunal d'appel sélectionnés au hasard* »²²²⁸. Partant, le CETA ne traite pas le sujet de la composition de la Cour d'appel ainsi que d'autres questions d'ordre « *administratif et organisationnel* » au CETA « *Joint Committee* ».

578. La composition de la Cour d'appel tel que celles du TTIP et de l'EVIPA semble poser quelques difficultés, le CETA étant imprécis sur ce point. En première instance, le nombre imposé de membres du tribunal semble suffisant pour assurer une composition du tribunal « *aléatoire* » et « *imprévisible* ». En ce qui concerne la Cour d'appel, initialement composée de 6 membres, le président sera toujours l'un des deux nationaux d'États tiers²²²⁹. Cela place sur les épaules de ces deux juges une responsabilité importante, leurs décisions sur la protection des investissements devant exercer une influence très importante sur la jurisprudence concernant les ALE signés par l'UE.

579. Alors que le TTIP prévoit le versement d'une provision d'un montant de 7 000 euros aux membres permanents de la Cour d'appel²²³⁰, l'EVIPA et le CETA laisse cette question ouverte à une appréciation souveraine respectivement du « *Committe* » et du « *CETA Joint Committee* »²²³¹. Les membres du tribunal sont rémunérés sur une base journalière conformément aux dispositions de l'Administrative and Financial Regulations de la Convention du CIRDI. Néanmoins le TTIP et l'EVIPA prévoient

²²²⁴ Article 3.39(2) de l'EVIPA ; Article 10(8) du TTIP.

²²²⁵ Article 3.30(5) de l'EVIPA.

²²²⁶ Article 8.28(5) du CETA ; Article 3.39(8) de l'EVIPA ; Article 10(3) du TTIP.

²²²⁷ Article 8.28(3) du CETA.

²²²⁸ Article 8.28(5) du CETA.

²²²⁹ Article 10(8) du TTIP ; Article 3.39(8) de l'EVIPA.

²²³⁰ Article 10(12) du TTIP.

²²³¹ Article 8.28(7) du CETA ; Article 3.39(14) de l'EVIPA.

qu'il revient au *Committee* de déterminer le taux journalier permettant de fixer la rémunération²²³².

B. Les compétences des membres du tribunal et les standards d'éthique

580. L'intérêt de cette partie est d'exposer les compétences des membres du tribunal, en matière de première instance et d'appel (1), mais également d'énoncer les standards relatifs à l'éthique (2), qui sont importants pour l'éligibilité des membres.

1. Les compétences des membres du tribunal

581. Il sera fait état des compétences requises pour les membres du tribunal de première instance d'une part (a), puis il conviendra de s'attarder sur celles du tribunal d'appel (b).

a. Le tribunal de première instance

582. Les trois traités en question imposent des standards élevés de qualification. En effet, les juges doivent être dotés d'une expertise précise, faisant de l'ICS un mécanisme semblable à une Cour internationale. Les traités en question imposent aux membres du tribunal de posséder les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour l'exercice de fonctions judiciaires, ou être des juristes aux compétences reconnues²²³³. De plus, ces derniers doivent faire preuve de connaissances spécialisées en droit international public de préférence dans les domaines liés à leurs fonctions, incluant le droit de l'investissement international, le droit commercial international, de règlement de différends, et les accords internationaux²²³⁴. L'EVIPA se diffère des deux autres en prévoyant que les membres du tribunal doivent avoir une expertise avérée en droit international public²²³⁵. Les membres de ces tribunaux ne sont pas désignés de la même façon qu'en arbitrage d'investissement et les qualifications attendues sont différentes. La méthode de désignation et les qualifications attendues des membres du tribunal ont pour but de minimiser l'influence de l'investisseur.

583. Selon l'UE, les qualifications en droit international et droit de l'investissement sont nécessaires afin d'assurer un niveau très élevé de compétences juridiques

²²³² Article 8.28(4) du CETA ; Article 3.39(16) de l'EVIPA ; Article 10(12) du TTIP.

²²³³ Article 8.27(4) du CETA ; Article 3.38(4) de l'EVIPA ; Article 9(6) Section 3 du TTIP.

²²³⁴ *Idem*.

²²³⁵ Article 3.38(4) de l'EVIPA.

spécifiques au sein de la Cour d'investissement. Ces standards ont pour but d'établir une Cour de grande qualité dans les domaines en jeu. Néanmoins, ce critère ne prend pas en compte le fait qu'il puisse y avoir une différence de qualifications importante entre les juristes des différents États membres de l'UE et ceux des autres États. En effet, dans certains pays membres, des étudiants tout juste sortis de l'université peuvent devenir juges, tandis que dans d'autres une certaine expérience ou formation additionnelle est nécessaire. De plus, les qualifications d'un juge au sein de l'UE et d'un juge aux États-Unis ne sont pas similaires. En conséquence, se pose la question de savoir si les critères en place concernant la désignation des juges sont suffisants pour constituer un panel de juges équilibré et compétent. Même si certains candidats répondent très certainement aux conditions fixées par les traités, il se peut que le critère tenant à la connaissance du domaine du droit des investissements, de la résolution des litiges internationaux et du droit international public fasse problème concrètement. En effet, il est peu courant que ce type d'affaire soit porté devant les juridictions étatiques. En imposant ces standards élevés de connaissances dans plusieurs domaines techniques, la réunion d'un nombre suffisant de candidats adaptés semble une tâche délicate.

b. Les compétences des membres de la Cour d'appel

584. En vertu du TTIP et de l'EVIPA, les membres de la Cour d'appel ont l'obligation de faire preuve d'une expertise sans faille. En effet, ils représenteront « *the highest judicial office* ». Le texte du TTIP et l'EVIPA dispose que les membres du Tribunal d'appel doivent avoir démontré leur expertise en droit international public et posséder les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour être nommés aux plus hautes fonctions judiciaires ou être des juristes d'une compétence reconnue²²³⁶. Il est souhaitable qu'ils aient une expertise en matière de droit international des investissements, de droit commercial international et de règlement des différends découlant des accords internationaux d'investissement ou de commerce international²²³⁷. Le CETA dispose simplement que les membres de la Cour d'appel possèdent les mêmes qualités et satisfont aux mêmes obligations éthiques que les

²²³⁶ Article 3.39(7) de l'EVIPA ; Article 10(7) du TTIP.

²²³⁷ *Idem*.

membres du tribunal de première instance²²³⁸. Les litiges sont entendus par trois membres et la composition de ces groupes de membres du tribunal se fait de façon aléatoire et imprévisible²²³⁹.

585. La Cour d'appel a pour fonction de rendre une sentence finale, susceptible de modifier les dispositions et motifs avancés par les juges de première instance, et cette décision se substituera d'ailleurs à la décision rendue par le tribunal²²⁴⁰. C'est pourquoi, l'article 29(4) du TTIP dispose que si l'appel est bien fondé, la Cour d'appel doit modifier ou annuler tout ou une partie des arguments et conclusions juridiques de la décision. Cependant, il n'est pas spécifié au sein des traités quelles sont les circonstances susceptibles de donner lieu au renvoi de l'affaire au tribunal de première instance. Même si cette option n'est pas explicitée dans le TTIP, l'EVIPA offre à la Cour d'appel le droit de renvoyer au tribunal l'affaire pour que celui-ci éclaire la Cour d'appel se trouvant dans l'impossibilité de « *apply its own legal findings and conclusions to such facts and render a final decision on the matter* »²²⁴¹. Le CETA se différencie des deux autres traités car il établit l'exigence de l'expiration d'une période de 90 jours pour que la décision de la Cour d'appel puisse être considérée comme définitive. Pendant ce délai, la Cour d'appel peut renvoyer l'affaire au tribunal de première instance²²⁴².

2. Les standards concernant l'éthique et le Code de conduite

586. Un aspect important de la compétence des juges relève de l'intégrité de ces derniers. C'est pourquoi il convient d'analyser les standards d'éthique (a) et les codes de conduite (b) contenus dans les différents textes

a. Les standards d'éthique

587. Une des critiques récurrentes faisant l'objet d'une grande attention est la fameuse possibilité d'avoir une « *double casquette* ». Cette situation soulève des incertitudes concernant l'habilitation des arbitres à trancher les litiges de façon indépendante et non pas au regard des affaires qu'il connaît ou connaîtra par la suite dans sa fonction

²²³⁸ Article 8.28(4) du CETA.

²²³⁹ Article 5 du CETA ; Article 3.55 de l'EVIPA ; Articles 10(8) et 10(9) du TTIP.

²²⁴⁰ Articles 8.28(2) et 8.28(9) du CETA ; Article 3.54(4) de l'EVIPA ; Article 29(2) du TTIP.

²²⁴¹ Article 3.54(4) de l'EVIPA.

²²⁴² Article 8.28(9)(c)(iii) du CETA.

de conseil, car certains observateurs pensent que l'arbitre est en mesure d'influer la procédure arbitrale en fonction de ses activités comme conseil.

588. Afin de prévenir cette possible critique de la « *double casquette* », une disposition de l'ICS empêche les juges d'agir comme conseil ou d'exercer toute autre fonction susceptible de remettre en question leur indépendance et/ou impartialité²²⁴³. Le TTIP oblige les membres du tribunal et de la Cour d'appel à être des « *persons whose independence is beyond doubt* » et les oblige à « *refrain from acting as counsel or as party-appointed expert or witness any pending or new investment protection dispute* »²²⁴⁴. De plus, en vertu de l'article 8.30 du CETA, les membres du tribunal « *s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international* » que ce soit dans le cadre du CETA ou de tout autre accord international. De plus, les membres du tribunal ne doivent ni être affiliés à un quelconque gouvernement²²⁴⁵, ni recevoir des instructions d'une organisation ou d'un État à propos du litige²²⁴⁶. La rémunération perçue par l'État ne constitue pas un motif d'inéligibilité²²⁴⁷, et les membres du tribunal et de la Cour d'appel peuvent agir en tant qu'arbitre dans des procédures d'arbitrages commerciales ou d'investissements.

589. L'interdiction faite aux membres du tribunal d'agir comme conseil réduit la part de professionnels pouvant remplir les conditions requises, et peut impacter négativement la diversité des membres du tribunal. En effet, en 2020, la liste d'arbitres du CETA démontrait déjà ce phénomène. L'égalité hommes-femmes est censée être une priorité pour la Commission et pour le comité mixte du CETA, qui a même émis un accord officiel en 2018 pour « *improve the capacity and conditions for women... to access and fully benefit from the opportunities created by the CETA* »²²⁴⁸. Toutefois, dans la liste d'arbitres convenue pour le règlement des

²²⁴³ Article 30(1) du CETA ; Article 3.40(1) de l'EVIPA ; Article 11 du TTIP.

²²⁴⁴ Article 11(1) du TTIP.

²²⁴⁵ La note de bas de page n° 10 clarifie le fait que lorsqu'une personne reçoit une rémunération du gouvernement, cela ne la disqualifie pas.

²²⁴⁶ Article 8.30(1) du CETA.

²²⁴⁷ Article 8.30(1) note de bas de page n° 10 du CETA ; Article 3.40(1) note de bas de page n° 1 de l'EVIPA ; Article 11(1) note de bas de page n° 6 du TTIP.

²²⁴⁸ Recommandation 002/2018 du Comité CETA sur le Commerce et le Genre du 26 septembre 2018.

différents en vertu de l'article 29 du CETA (« **Liste CETA** »)²²⁴⁹, 50 % des candidats sont canadiens, 20 % des candidats proviennent de l'UE et aucun des candidats à la présidence sur la Liste CETA n'est une femme²²⁵⁰. Cette contrainte exposée mènera probablement à une Cour composée de professeurs, de juges retraités et d'anciens représentants étatiques. Cela ne semble pas être suffisant en termes d'expérience pratique, d'expertise, d'ouverture et d'indépendance nécessaire à l'égard des États signataires. Les avocats conseils disposent souvent d'une connaissance technique permettant un équilibre au sein du tribunal. Le membre du tribunal disposant de cette expertise offrira lui apporteront une perspective nouvelle et un savoir-faire très utile dans le domaine de la procédure. En règle générale, les arbitres apprécient le fait qu'au moins un de ses membres ait déjà agit comme conseil, faisant de lui un professionnel apte à mieux comprendre les aspects procéduraux du litige. De plus, concernant la prohibition faite aux arbitres d'agir comme témoins, l'UE semble avoir omis le fait que dans certaines juridictions il est illégal de refuser d'intervenir comme témoin.

590. Même s'il est courant pour les arbitres de gérer plusieurs arbitrages en même temps, les dispositions du Code de Conduite semblent exclure cette possibilité. L'affiliation des membres du tribunal à des cabinets d'avocats au sein desquels ils agissent comme conseil dans des litiges d'investissement en vertu d'accords internationaux risque de poser un conflit d'intérêts indirect. La désignation d'un membre du panel figurant dans des listes préétablies d'institutions telle que le CIRDI est susceptible de provoquer un conflit d'intérêts. Au regard des conditions strictes concernant l'éthique figurant dans le code de conduite, il faut relever que cela est susceptible de décourager les arbitres expérimentés dans le domaine de l'arbitrage d'investissement de s'engager dans l'ICS. De plus, les avantages financiers dont ils

²²⁴⁹ Conseil, Décision du 19 décembre 2019 relative à la position à prendre, au nom de l'Union européenne, au sein du Comité mixte du CETA en ce qui concerne l'adoption de la liste d'arbitres conformément à l'article 29.8 de l'accord, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 336/288, 30 décembre 2019. La liste CETA comprend : Sous-liste pour le Canada : 1. Serge Frécette 2. Valerie Hughes 3. Matthew Kronby 4. Debra Steger 5. J. Christopher Thomas 6. Cherise Valles Sous-liste pour l'Union : 1. Claudio Dordi 2. Michael Hahn 3. Pieter Jan Kuijper 4. Hélène Ruiz Fabri 5. Peter Van den Bossche Sous-liste des présidents : 1. James Bacchus 2. Christian Häberli 3. Daniel Moulis 4. David Unterhalter 5. Seung Wha Chang.

²²⁵⁰ MACGRATH (Dana), CETA « List of Arbitrators - Where are the Women? », *ArbitralWomen*, 28 janvier 2020 (« *In that list, 50% of the Canadian, 20% of the EU, and 0% of the Chairperson roster nominees are female* »).

bénéficient sont plus attractifs dans le domaine de l'arbitrage d'investissement classique. Notons que les dispositions sur l'éthique figurant dans le code de conduite sont applicables aux membres de la Cour d'appel, qui connaîtront très certainement moins de litiges que les membres du tribunal de première instance.

b. Code de Conduite

591. L'EVIPA contient une annexe 11 nommée Code de Conduite visant les membres du tribunal, les membres de la Cour d'appel et les Médiateurs. L'article 2 oblige les membres à être indépendants et impartiaux ainsi qu'à éviter tout conflit d'intérêts. L'article 5 impose une obligation de révélation de tout intérêt passé ou présent, susceptible d'affecter l'indépendance ou l'impartialité ou de faire apparaître un doute sur l'aptitude de l'arbitre à faire preuve d'objectivité. Les membres ont l'obligation de rechercher activement l'existence d'un tel intérêt, relation ou fait susceptible d'affecter leur indépendance ou impartialité²²⁵¹. L'article 5(1) dispose que les membres doivent éviter de créer toute apparence d'irrégularité ou de subjectivité et ne doivent être influencés par des intérêts privés, pressions extérieures, considérations politiques, loyauté ou peur.

592. Le CETA ne contient pas d'annexe portant sur la conduite des arbitres, néanmoins l'article 8.44(2) dispose que le « *Committee on Services and Investment* » doit adopter un tel code afin de répondre aux questions concernant : (1) la déclaration préalable obligatoire, (2) l'indépendance et l'impartialité des membres du tribunal, et (3) la confidentialité. Notons que le CETA emporte application d'une certaine forme de code de conduite. En effet, il se réfère à l'adoption des Lignes Directrices de l'IBA Guidelines ou de règles supplétives adoptées conformément à l'article 8.44(2)²²⁵². Les Lignes Directrices de l'IBA établissent une procédure précise à suivre afin d'assurer une impartialité totale des arbitres et imposent par exemple la révélation continue d'une quelconque situation susceptible d'entraîner une apparence de conflit d'intérêts (par exemple les postes précédents dans des cabinets d'avocats)²²⁵³.

²²⁵¹ Article 3(1), Annexe 11 de l'EVIPA.

²²⁵² Article 8.30(1) du CETA.

²²⁵³ Voir par exemple les Lignes Directrices de l'IBA, Partie II : Application pratique des standards, Sections 2.3, 3.1, 3.3 et 4.3.

593. En vertu de l'article 11 du TTIP et du Code de Conduite figurant en Annexe II du traité, les membres du tribunal et de la Cour d'appel sont sujets à des strictes règles portant sur l'éthique. En particulier, l'article 5 de l'Annexe II dispose que les membres « *shall not be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, public clamour, loyalty to a Party or disputing party, or fear of criticism* ». Les membres du tribunal et de la Cour d'appel ont l'obligation de révéler « *any past and present interest, relationship or matter that is likely to affect their independence or impartiality or that might reasonably create an appearance of impropriety or bias in the proceeding* »²²⁵⁴. Cette obligation est valable pendant tout le mandat des membres en question²²⁵⁵.

594. Les membres de la Cour d'investissement peuvent faire l'objet d'une procédure de récusation s'il existe un conflit d'intérêts ou s'ils ne remplissent pas les devoirs imposés par le Code de Conduite²²⁵⁶. En vertu de l'EVIPA ainsi que du TTIP, la récusation des membres sera tranchée par le président du tribunal de première instance et le président de la Cour d'appel, et la décision est insusceptible de recours²²⁵⁷. Il convient alors de se demander si cette procédure de récusation permet d'assurer une neutralité effective. On peut s'interroger sur l'objectivité d'une telle décision et sans doute considérer que la meilleure approche consisterait à confier à un organe externe permanent le soin de conduire cette procédure.

II. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR D'INVESTISSEMENT ET LE MÉCANISME D'APPEL

595. Alors que l'actuelle procédure²²⁵⁸ de l'ICS contient des caractéristiques comparables à celles d'un système d'arbitrage car soumises aux règles de procédure du CIRDI ou de la CNUDCI, l'UE affirme que l'ICS permettra de renforcer la légitimité du RDIE en assurant que le système de résolution des différends sera juste et indépendant²²⁵⁹. Elle affirme que la procédure est transparente, neutre, rapide,

²²⁵⁴ Article 3(1), Annexe II du TTIP.

²²⁵⁵ Article 3(2), Annexe II du TTIP.

²²⁵⁶ Article 8.30(4) du CETA ; Article 3.40(5) de l'EVIPA ; Article 11(5) du TTIP.

²²⁵⁷ Article 3.40(3) de l'EVIPA ; Article 11(3) du TTIP.

²²⁵⁸ Les ALE incorporent la possibilité de choisir entre la Convention CIRDI, le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, les règles de la CNUDCI, ou un corps de règles choisi par les parties et pouvant être considéré comme des règles de procédure.

²²⁵⁹ Concept Paper, p. 1.

prévisible, cohérente et efficace²²⁶⁰. Il convient d'examiner plus en détails cette procédure afin de déterminer si les promesses peuvent être tenues. Cette section aura pour objet l'analyse des aspects procéduraux de l'ICS dans le CETA, le TTIP et l'EVIPA. Cette section traitera de la procédure devant le tribunal de première instance (A), et du mécanisme d'appel (B). La question centrale à laquelle il convient de répondre est la suivante : la procédure de l'ICS permet-elle de renforcer la légitimité du RDIE ou complexifie-t-elle les difficultés juridiques posées par le RDIE ?

596. La procédure de l'ICS contient des innovations mais aussi des éléments témoignant d'un certain retour en arrière. Alors que la structure de cette Cour s'apparente à un forum judiciaire étatique, la conduite de la procédure de première instance est davantage similaire à une procédure d'arbitrage.

A. La procédure devant le tribunal de première instance

597. Afin d'apporter une analyse complète de la procédure devant le tribunal, il faut s'attarder sur trois points principaux. D'abord l'étape de la soumission des prétentions (1) : étape principale et cruciale pour déclencher le début des procédures. Puis la transparence de la procédure (2) qui permet de maintenir la confiance des parties et enfin une analyse concernant les frais d'arbitrage (3) qui semblent être un élément indispensable dans le choix d'introduire une procédure. Cette analyse permettra d'apprécier si les promesses faites peuvent être tenues concernant, en particulier, l'efficacité de l'ICS et la réduction des coûts que cette procédure présente. Également, cet exercice permettra d'établir la nature de l'ICS, à savoir si cette nouvelle institution est une véritable Cour internationale ou un tribunal arbitral permanent.

1. La soumission des prétentions

598. La procédure de soumission des prétentions est particulièrement importante devant l'ICS puisqu'elle présente plusieurs spécificités et introduit des conditions quant à l'admission d'une demande, ce qui peut être perçu soit comme un moyen de favoriser les méthodes alternatives de résolution des différends ou une cause d'allongement des délais de procédure. Seront ainsi successivement analysés l'étape

²²⁶⁰ Voir *idem*. pp. 1-2 ; Commission– Fiche technique, « Why the New EU Proposal for an Investment Court System in TTIP is Beneficial to both States and Investors », Bruxelles, 12 novembre 2015.

préalable à la soumission d'une demande (a), la soumission de la demande (b) et les exigences quant à la transparence (c).

a. Étape préalable : les méthodes alternatives de résolution des différends

599. Comme dans la procédure de règlement des différends de l'OMC²²⁶¹, la proposition de l'UE contient un processus de résolution amiable des différends dans lequel les parties, à travers une série d'étapes hautement formalisées, se soumettent à des consultations et à une procédure de médiation. Pour commencer, les parties doivent essayer de « *tout mettre en œuvre* » pour résoudre leur litige par voie de « *résolution amiable* » en passant par des négociations ou une la médiation²²⁶². Si la tentative de résolution amiable ne porte pas ses fruits, le demandeur pourra alors « *submit a request for consultations* » au défendeur, la consultation devant avoir lieu dans un délai de 60 jours à compter de la date de soumission de celle-ci (sauf si les parties en disposent autrement en allongeant ce délai)²²⁶³. Une telle demande de consultation doit inclure certaines informations concernant le litige, elle doit être réalisée dans un délai allant de deux à trois ans selon les circonstances de l'affaire. Notons que ce délai est un délai de prescription après lequel il n'est plus possible d'effectuer une telle demande²²⁶⁴. En vertu du CETA et du TTIP, si après 90 jours à compter du début de la consultation, le litige reste non résolu, l'investisseur peut intenter une action après avoir signifié à l'UE un avis comportant une demande de déterminer le défendeur. L'EVIPA impose l'émission d'un avis portant intention de soumettre un litige²²⁶⁵. Lorsque l'avis est sollicité auprès de l'UE, cette dernière rendra une décision dans un délai de 60 jours (50 dans le CETA) dans laquelle elle informe l'investisseur de l'identité du défendeur (UE ou État membre)²²⁶⁶. Le tribunal de première instance et la Cour d'appel sont liés

²²⁶¹ Voir DSU Annexe 2.

²²⁶² Article 8.19(1) du CETA ; Article 3.29 de l'EVIPA ; Article 2 du TTIP.

²²⁶³ Article 8.19(1) du CETA ; Article 3.30 de l'EVIPA ; Article 4 du TTIP (la demande de consultation apparaît comme étant optionnelle, en effet l'article 4(1) dispose que le demandeur « *may submit a request for consultations to the other Party* ». Cependant, cette consultation est en faite obligatoire si l'on observe les dispositions suivantes. L'article 4(6) du TTIP dispose que « *In the event that the claimant has not submitted a claim pursuant to Article 6 within 18 months of submitting the request for consultations, the claimant shall be deemed to have withdrawn its request for consultations and, where applicable, the notice requesting a determination of the respondent pursuant to Article 5 and may not submit a claim under this Section.* »).

²²⁶⁴ Article 3.19(4) et 3.19(6) du CETA ; Articles 3.30(1) et 3.30(2) de l'UE-Vietnam ALE ; Articles 4(2) et 4(5) du TTIP.

²²⁶⁵ Article 3.31(1) de l'EVIPA.

²²⁶⁶ Articles 8.21(3) et 8.21(4) du CETA ; Article 3.32(3) de l'EVIPA ; Article 5(3) du TTIP.

par cet avis. Cela pourrait poser des difficultés. Cet avis pourrait poser problème dans le cas où un État membre de l'UE est poursuivi en violation d'une mesure adoptée dans le contexte de l'implantation d'une législation européenne. Dans ce cas, il est difficile de déterminer si c'est l'UE en tant que telle ou l'État membre qui est censé être le défendeur dans ce litige. Une erreur de détermination du défendeur pourrait avoir de sérieuses conséquences sur la phase d'exécution de la décision. En effet, si le tribunal reconnaît la violation du droit de l'investisseur par un État membre et qu'une compensation est due à ce dernier, s'il y a erreur et que l'UE est le défendeur, l'État membre ne pourrait pas être considéré comme tenu de payer l'investisseur.

600. Des dispositions sur le recours à la médiation figurent au sein du CETA²²⁶⁷, du texte du TTIP²²⁶⁸, et de l'EVIPA²²⁶⁹. La médiation est une forme de résolution alternative des différends dans lequel une personne indépendante, un médiateur, est choisi afin de faciliter les négociations et d'assister les parties dans la conduite de la procédure en identifiant notamment leurs intérêts respectifs, de surmonter les barrières au développement des possibles désaccords entre elles, tout cela en vue d'aboutir à une transaction. Il s'agit d'un procédé hautement dépendant de la bonne volonté des parties et souvent utilisé préalablement au recours à l'arbitrage ou à une procédure contentieuse. Le CETA permet aux parties au litige d'avoir recours à la médiation à n'importe quel moment de la procédure²²⁷⁰. Le TTIP, de façon similaire, autorise les parties à avoir recours à la médiation durant toute la procédure et encourage le recours à cette méthode. En effet, le TTIP dispose que « *[a]ny dispute should, as far as possible, be settled amicably through negotiations or mediation* »²²⁷¹. L'annexe 10 de l'EVIPA (« Mediation Mechanism for Disputes between Investors and Parties ») permet également aux parties d'avoir recours à une procédure de médiation ; néanmoins les parties, par accord conjoint, peuvent décider de modifier les modalités de ce recours sous respect des mesures figurant au traité²²⁷².

²²⁶⁷ Article 8.20 du CETA (Mediation).

²²⁶⁸ Article 6(1) du TTIP.

²²⁶⁹ Article 3.31 et Annexe 10 (Mediation Mechanism for Disputes between Investors and Parties) de l'EVIPA.

²²⁷⁰ Article 8.20(1) du CETA.

²²⁷¹ Article 2(1) du TTIP.

²²⁷² Article 3.31(4) de l'EVIPA.

601. L'inclusion de la médiation dans les traités d'investissement est une innovation positive²²⁷³. La médiation investisseur-État (« MIE ») est un développement accueilli favorablement dans les accords liant l'UE, permettant éventuellement aux coûts et au délai d'une telle procédure de diminuer substantiellement. Cet engouement pour la médiation peut s'expliquer par le fait que les litiges d'investissement portés en arbitrage prennent parfois plusieurs années avant d'être résolus et que les frais liés à la procédure s'élèvent à des sommes que l'on peut qualifier d'exorbitantes. L'arbitrage investisseur-État est perçu comme étant couteux, risqué, long et ayant comme impact d'anéantir les relations d'affaires entre les investisseurs et l'État hôte. En outre, la médiation permet de garantir des relations plus saines entre les parties et entraîne donc des conséquences moins nocives pour l'investissement en cause et pour les nationaux de l'État hôte. Pour finir, la confidentialité de la procédure donne à la MIE un avantage supplémentaire.

b. La soumission de la demande

602. Si un litige n'a pu être résolu à l'amiable par des négociations ou une médiation, le demandeur doit alors soumettre une requête formelle de consultation²²⁷⁴. Le TTIP ne fait pas de cette consultation une étape obligatoire. En effet, le projet de traité indique que si un litige ne parvient pas à être résolu amiablement, le demandeur « *may submit a request for consultations to the other Party* »²²⁷⁵.

603. L'investisseur demandeur doit soumettre une demande à la Cour d'investissement dans un délai de 18 mois à compter de la date de la requête de consultation sous peine de voir sa demande considérée comme ayant été abandonnée²²⁷⁶. Cette demande de l'investisseur est à soumettre au tribunal de première instance conformément au chapitre sur les investissements et en vertu des

²²⁷³ Voir e.g. l'article 16.5 de l'accord économique de 2015 entre le Japon et la Mongolie (« EPA ») disposant que « *mediation may be requested at any time by either party.* » ; l'article 10.15 de CAFTA disposant que « *the claimant and the respondent should initially seek to resolve the [investment] dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures such as conciliation and mediation.* » ; l'article 26 de l'accord sur l'investissement du COMESA pour la création d'une espace commun d'investissement, imposant une période dite de « *cooling off* » de six mois durant laquelle les parties « *shall seek the assistance of a mediator* », sauf dans le cas où les parties s'accordent sur une méthode de résolution de leur litige.

²²⁷⁴ Article 8.19 du CETA ; Article 3.30(1) de l'EVIPA.

²²⁷⁵ Article 4(1) du TTIP.

²²⁷⁶ Article 8.19(8) du CETA ; Article 3.30(5) de l'EVIPA ; Article 4(6) du TTIP.

règles suivantes : a) la Convention CIRDI et le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage ; b) le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, c) le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, d) toutes autres règles dont les parties au différend conviennent²²⁷⁷. En l'espèce, bien que les accords prévoient que le demandeur puisse opter pour les règles de procédures du CIRDI, une distinction est à opérer entre les litiges dans lesquels l'UE est défendeur et ceux dans lesquels un pays membre de l'UE l'est. En effet, l'UE en tant que telle n'est pas membre de la Convention CIRDI et par conséquent le tribunal arbitral ne pourrait avoir être une juridiction pour connaître d'une affaire impliquant un État non-membre à la Convention CIRDI tel que cela est prévu à l'article 25 de la Convention CIRDI. De plus, le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI précise que seuls les États membres du CIRDI peuvent participer à la procédure²²⁷⁸. La Commission a ainsi annoncé que « *it will explore with interested parties the possibility that the European Union seek to accede to the ICSID Convention* »²²⁷⁹. Néanmoins, pour que l'UE puisse accéder à la Convention CIRDI, une réforme de cette Convention est nécessaire et impose l'accord des 156 États²²⁸⁰ parties à la Convention²²⁸¹. En effet, l'article 67 de la Convention prévoit que seuls les États peuvent être partie à la Convention²²⁸².

604. En vertu du TTIP et de l'EVIPA, le tribunal de première instance doit prononcer une « *sentence provisoire* » ou une décision justifiant le retard dans le rendu de la décision dans un délai de 18 mois à compter de la soumission de la demande²²⁸³. Il n'est pas fait référence à une durée maximum de la procédure contrairement à ce qui est prévu pour la Cour d'appel (détaillé ci-après). Cela signifie que le tribunal peut décider de prendre le temps qu'il estimera nécessaire pour rendre une bonne décision

²²⁷⁷ Article 6(2) Section 3 du TTIP ; Article 3.33(2) de l'EVIPA (le dernier paragraphe dispose que « *paragraphs (a), (b) and (c).* ») ; l'article 8.23(2) du CETA.

²²⁷⁸ Article 25 de la Convention CIRDI.

²²⁷⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* », COM(2010) 343 final, 29 octobre 2011.

²²⁸⁰ CIRDI, *Liste Des États Contractants Et Signataires De La Convention*, 3 septembre 2021, CIRDI/3.

²²⁸¹ En vertu de l'article 66 de la Convention CIRDI, tout amendement de la Convention CIRDI nécessite le consentement de tous les états parties à la Convention.

²²⁸² Article 67 de la Convention CIRDI (« *La présente Convention est ouverte à la signature des ÉTATS membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice que le Conseil administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention.* »).

²²⁸³ Article 3.53(6) de l'EVIPA ; Article 28(6) du TTIP.

et cela sans restriction. Cette « *sentence provisoire* » deviendra finale si elle ne fait pas l'objet d'un appel dans un délai de 90 jours²²⁸⁴. Notons que le CETA n'utilise pas le terme « *provisoire* » pour qualifier la décision rendue en première instance et dispose que le tribunal rend une « *sentence finale* » dans un délai de 24 mois (à compter de la date de soumission du litige, sauf si le tribunal décide de prolonger ce délai²²⁸⁵). Le tribunal peut ordonner aux parties des restitutions et/ou des dommages et intérêts (qui ne peuvent être d'un montant supérieur au préjudice subi). Le tribunal ne peut condamner à des dommages punitifs²²⁸⁶.

2. La transparence de la procédure

605. Bien que la confidentialité soit traditionnellement considérée comme l'un des avantages majeurs de l'arbitrage, la nature publique des litiges d'investissement entraîne un certain degré de publicité et de transparence de la procédure²²⁸⁷. La justification de ce principe réside dans l'implication de l'intérêt public dans les litiges d'investissement. En effet, cela justifie que les citoyens puissent être tenus au courant des détails de l'affaire et de la procédure en cours qui, rappelons-le, pourront avoir un impact direct sur la gestion des finances publiques d'un État et donc sur les contribuables²²⁸⁸. Dans le but de compenser ce système privé qui, selon certains, manque d'équilibre et de transparence, les partisans de la transparence soulèvent que l'arbitrage offre « *a more accountable, more democratic and hence more legitimate system of global governance* »²²⁸⁹.

606. Les critiques portant sur le manque de transparence et sur la nature privée des négociations des traités ont conduit à introduire cet aspect dans les négociations du TTIP²²⁹⁰. C'est aussi ce qui a déclenché la consultation en ligne par l'UE à propos de la protection des investissements et le RDIE dans le TTIP²²⁹¹. Cette consultation a

²²⁸⁴ *Idem.*

²²⁸⁵ Article 8.39(7) du CETA.

²²⁸⁶ Article 8.39 du CETA ; Article 3.53 de l'EVIPA ; Article 28 du TTIP.

²²⁸⁷ SCHREUER (Christoph), « Investment Arbitration », *supra* note 10, p. 313.

²²⁸⁸ BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », *supra* note 1719, pp. 255-256.

²²⁸⁹ SCHILL (Stephan), « Transparency as a Global Norm in International Investment Law », *Kluwer Arbitration Blog*, 15 septembre 2014.

²²⁹⁰ Voir *idem.*

²²⁹¹ Voir Commission européenne, Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 13 juillet 2014.

recueilli près de 150 000 réponses. Lorsqu'en 2015 la Commission Européenne a proposé l'introduction de l'ICS dans le TTIP, la Commissaire Cecilia Malmström s'est référée à un « *fundamental lack of trust by the public* »²²⁹² au sein du traditionnel système du RDIE. Elle a aussi ajouté que la solution au problème est que « *we need to introduce the same elements that lead citizens to trust their domestic courts. This is the only way to establish trust in this system.* »²²⁹³ En ce qui concerne les moyens d'accomplir cela, la Commissaire a affirmé que « *[a]ll this will be done in a system that is even more transparent than in domestic courts. All documents will be online and hearings will be open to the public.* »²²⁹⁴

607. Les trois accords de libre-échange ont adopté des mesures portant sur la transparence concernant : (1) la publication et l'accès aux documents, (2) le caractère public de l'audience, et (3) la participation des parties tierces²²⁹⁵. L'ICS a adopté le Règlement de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur les traités. Il s'agit d'un développement bien perçu car ce Règlement sur la transparence permet un équilibre adéquat entre le maintien de la confidentialité et la nécessité d'une certaine forme de publicité. Cela signifie que tous les documents, en particulier les conclusions des parties au litige ainsi que la décision du tribunal, soient rendues publiques. Le Règlement sur la transparence étend cette publicité aux documents soumis et rendus par la Cour d'appel²²⁹⁶. Ces derniers sont : la demande de consultations, l'avis de demande d'identification du défendeur, l'avis de détermination du défendeur, l'accord des parties concernant la médiation, l'avis d'intention de contester la nomination d'un membre du tribunal et la demande de jonction²²⁹⁷. Il est intéressant de rappeler que toutes les audiences seront publiques. Notons que la transparence des conclusions déposées par les parties entrainera la révélation de la stratégie des États et permettra au demandeur de mieux appréhender ces arguments

²²⁹² Allocation de la Commissaire Cecilia Malmström, « Investment Court System: New System for Resolving Investors-States Disputes in TTIP », *Commission*, Bruxelles, 6 septembre 2015.

²²⁹³ *Idem.*

²²⁹⁴ *Idem.*

²²⁹⁵ Articles 8.36, 8.37 et 8.38 du CETA ; Articles 3.46 et 3.51 de l'EVIPA ; Articles 18, 22 et 23 du TTIP.

²²⁹⁶ Article 3.54(7) de l'EVIPA ; Article 29(5) du TTIP.

²²⁹⁷ Article 8.36(2) du CETA ; Article 3.26(2) de l'EVIPA ; Article 18(2) du TTIP.

dans de futurs litiges. De plus, l'accroissement de la transparence pourrait avoir pour conséquence l'accroissement du coût et l'allongement de la durée de la procédure.

608. Les trois traités permettent la participation sous forme d'*amicus curiae* des parties tierces tels que les ONG et les syndicats. C'est sur la base du volontariat que ces parties tierces participent au litige d'investissement en donnant leur opinion sur un point intéressant l'opinion publique. Cela permet par exemple à une partie signataire du traité mais non impliquée au litige d'y prendre part²²⁹⁸. Cependant en pratique un *amicus* est censé démontrer l'expertise dont elle dispose justifiant son intervention dans le litige. Le TTIP autorise de manière encore plus vaste la participation de « *any natural or legal person which can establish a direct and present interest in the result of the dispute (the intervener) to intervene as a third party* »²²⁹⁹. Dans le constat de cette demande croissante de transparence comme cela est évoqué dans le Chapitre 1 du Titre 1, la réalité est que le RDIE tel qu'il existe aujourd'hui n'a jamais été aussi transparent et les critiques sur le manque de transparence ne sont actuellement pas fondées.

3. Frais d'arbitrage

609. Il convient d'abord d'observer l'allocation des coûts (a), puis il semble intéressant d'évoquer la question du financement par des parties tierces, aussi appelé le « *Third-Party Funding* » (b).

a. L'allocation des coûts

610. Les coûts liés à un arbitrage d'investissement se divisent en deux catégories. D'une part, il y a les frais d'avocats, d'experts, ainsi que les coûts liés aux témoins (Party costs)²³⁰⁰. D'autre part, il y a les frais relatifs aux dépenses du tribunal arbitral englobant les charges engendrées par l'utilisation éventuelle d'une institution arbitrale (Tribunal costs)²³⁰¹. Les frais liés à une procédure d'arbitrage d'investissement

²²⁹⁸ Article 8.38 du CETA ; Article 3.51 de l'UE-Vietnam ALE ; Article 22 du TTIP.

²²⁹⁹ Article 23(1) du TTIP.

²³⁰⁰ HODGSON (Matthew), « Costs in Investment Treaty Arbitration: A Case for Reform », *TDM*, vol. 11, issue 1, Janvier 2014, p. 1.

²³⁰¹ *Ibid.*

peuvent être conséquents et ont d'ailleurs été identifiés comme étant l'un des désavantages les plus significatifs de l'arbitrage international²³⁰².

611. Le manque de prévisibilité et de consistance dans l'allocation des coûts est une des principales critiques à l'égard de l'arbitrage d'investissement et tout particulièrement à l'égard de l'arbitrage CIRDI. En règle générale, ce sont les parties qui sont à l'origine de l'allocation des coûts, qu'elles font figurer au contrat lui-même ou dans un accord annexe concernant la procédure arbitrale. En vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le principe est qu'il revient à la partie qui succombe de payer les frais, bien que le tribunal conserve la possibilité de remédier à ce principe au regard des circonstances de l'affaire. L'article 42.1 du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version de 2010 dispose que « *Les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie ou des parties qui succombent* » ; « *toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce* ». D'autre part, la Convention CIRDI ne spécifie pas l'approche à adopter concernant l'allocation des coûts. En effet, l'article 61(2) de la Convention laisse la question des coûts à la discrétion du tribunal, n'explicitant pas quels paramètres sont à prendre en compte pour arrêter la décision sur les coûts. Une première version de la Convention proposait une approche de « *pay your own way* » hormis les cas où le litige a commencé de façon « *superficielle* » basée sur la « *mauvaise foi* »²³⁰³. La question des coûts était donc entièrement laissée à la discrétion du tribunal.

612. Malgré l'absence de données, si l'on combine les coûts moyens des parties et ceux du tribunal, une procédure « *classique* » coûte en moyenne 10 millions de dollars US²³⁰⁴. Ainsi, le coût de l'arbitrage d'investissement est une considération importante dans un grand nombre de procédures. Dans les cas où l'État défendeur remporte l'affaire, les coûts porteront sur ce qu'il a dépensé durant la procédure. Pourtant, les tribunaux ne portent pas d'attention particulière à cette question des coûts. On retrouve en moyenne dans une sentence six paragraphes concernant ce sujet. Le coût d'une

²³⁰² *Corporation Choices in International Arbitration Industry Perspective*, 2013 International Arbitration Survey, Pricewaterhouse Coopers (PwC) and Queen Mary University of London.

²³⁰³ HODGSON (Matthew), « *Costs in Investment Treaty Arbitration: A Case for Reform* », *supra* note 2300, p. 8.

²³⁰⁴ *Idem.* p. 2.

procédure et la manière il est réparti par le tribunal constituent une part de risque et des points sur lesquels l'investisseur doit réfléchir avant de se lancer dans une procédure arbitrale contre un État hôte. Il est aussi pertinent pour les États de se pencher sur une telle question, étant donné la position de recul qu'ils adoptent lors des discussions amiables. Malgré l'observation ces dernières années d'un changement en faveur du concept de « *costs follow the event* », il est difficile pour les parties de prédire *ex ante* l'approche qu'aura un tribunal concernant les coûts. Les Règles de la CNUDCI fournissent des lignes directrices à cet égard. Cependant, les différentes approches des tribunaux CIRDI et CNUDCI sont loin d'être satisfaisantes.

613. À ce propos, le CETA, le TTIP et l'EVIPA suivent la doctrine du « *perdant-payeur* »²³⁰⁵. Ce principe s'applique non seulement aux frais liés au fonctionnement du tribunal, mais aussi dans une certaine mesure à ceux engagés par la partie adverse. Le tribunal est compétent pour déterminer le montant de ces dépenses en se basant sur les circonstances de l'espèce²³⁰⁶. Le principe du « *perdant-payeur* » s'applique également dans le cas où le gagnant obtiendrait gain de cause partiel et le montant des frais serait proportionnel à la hauteur de ce qu'il a obtenu. Cette disposition est bien accueillie car elle permet d'assurer la prévisibilité d'un point faisant l'objet de peu d'harmonisation. Notons que l'EVIPA prévoit que le tribunal de première instance décidera du montant des coûts de la procédure après s'être assuré que les conditions concernant le financement des parties tierces ont été bien remplies²³⁰⁷.

b. Le financement par des parties tierces, le « *Third-Party Funding* »

614. Bien qu'il n'existe pas de définition unanime du financement de la procédure arbitrale par des parties tierces, ce terme est utilisé dans la plupart des cas pour décrire la situation dans laquelle une partie tierce, l'opérateur financier, n'ayant aucun intérêt au litige en cause, finance les coûts de la procédure subis par l'une des parties, souvent le demandeur, en échange d'une part de la réparation allouée à ce demandeur si celui-ci vient à remporter l'affaire²³⁰⁸. Dans le CETA, le financement par des parties tierces

²³⁰⁵ Article 8.39(5) du CETA ; Article 3.54(4) de l'EVIPA ; Article 28(4) du TTIP.

²³⁰⁶ *Idem*.

²³⁰⁷ Article 3.37(3) de l'EVIPA.

²³⁰⁸ VON GOELER (Jonas), « Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure », *Kluwer Law International*, 2016, p. 1.

est défini comme « *tout financement fourni par une personne physique ou morale qui n'est pas partie au différend mais qui conclut avec une partie au différend une convention en vertu de laquelle elle prend en charge l'ensemble ou une partie des coûts de la procédure au moyen d'un don ou d'une subvention, ou en contrepartie d'une rémunération conditionnée par l'issue du différend* »²³⁰⁹. Le TTIP contient une définition similaire²³¹⁰, même si l'EVIPA ne définit pas ce terme. La définition est assez large et comprend toute donation faite par des parties tierces.

615. Le CETA et le TTIP obligent les parties au litige bénéficiant de financement par des parties tierces de le notifier à la partie adverse et au tribunal. La partie doit communiquer le nom et l'adresse de cette tierce partie²³¹¹. L'EVIPA oblige également la révélation de l'existence et la nature de l'accord de financement²³¹². Cette notification doit être faite au moment de la soumission de l'affaire au tribunal ou « *sans délai* » après la signature de l'accord relative au financement par une tierce partie²³¹³.

616. L'EVIPA dispose que le tribunal peut prendre en compte l'existence de cette partie tierce au moment de déterminer les coûts de la procédure. Néanmoins, cela ne permet pas de mettre en lumière le degré d'influence de la présence d'une partie tierce (qui finance) sur la décision du tribunal²³¹⁴. Si une partie au litige ne révèle pas l'existence d'une partie tierce, cela est susceptible d'affecter la décision du tribunal sur l'allocation des coûts. Quelques récentes décisions ont démontré que l'existence d'un financement par une partie tierce n'assure pas une sécurité sans faille dans l'obtention d'une provision sur les coûts à l'encontre du demandeur²³¹⁵. Cependant, cela encourage le tribunal dans sa recherche de risques dits matériels lui permettant d'affirmer qu'en cas de sentence prise à l'encontre du demandeur, celui-ci ne sera pas capable d'assurer le paiement de celle-ci²³¹⁶.

²³⁰⁹ Article 8.1 du CETA.

²³¹⁰ Article 1 du TTIP (contient la même définition hormis la dernière phrase « *or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.* »).

²³¹¹ Article 8.26 (1) du CETA ; Article 8(1) du TTIP.

²³¹² Article 3.37(1) de l'EVIPA.

²³¹³ Article 8.26(2) du CETA ; Article 3.37(2) de l'EVIPA ; Article 8(2) du TTIP.

²³¹⁴ Article 3.37(3) de l'EVIPA.

²³¹⁵ Voir BEREGOI (Andrian), « Third Party Funding is Being Regulated », *International Arbitration Information by Aceris Law*, 2016 (citant *EuroGas c. Slovak Republic*, CIRDI aff. n° ARB/14/14 et *South American Silver v. Bolivia*, CPA aff. n° 2013-15).

²³¹⁶ Voir *RSM Prod. Corp. c. Santa Lucia*, CIRDI aff. n° ARB/12/10, Décision sur la demande de provision de Santa Lucia, pp. 81-83.

B. Les Cours d'appel

617. Afin d'aborder la question des Cours d'appel, une première partie sera consacrée au mécanisme d'appel (1) et une deuxième partie abordera la question des garanties consacrées aux frais de recours (2).

1. Le mécanisme d'appel

618. Il sera d'abord fait état des motifs susceptibles d'être évoqués pour fonder un appel (a), avant de livrer une analyse du mécanisme d'appel (b) à proprement parler.

a. Les motifs pouvant fonder un appel

619. En l'espèce, les trois traités offrent à la Cour d'appel une compétence étendue. Les motifs susceptibles de fonder un recours sont clairs et comprennent :

- (a) erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable ;*
- (b) erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent ;*
- (c) motifs énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 52(1) de la Convention CIRDI, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les paragraphes a) et b)²³¹⁷.*

La portée du contrôle de la Cour d'appel est étendue et permet d'englober des points n'étant pas purement juridiques, comme par exemple les erreurs manifestes portant sur les faits. Les motifs permettant l'annulation d'une sentence de l'article 52 de la Convention CIRDI sont les suivants : (1) l'irrégularité dans la constitution du tribunal ; (2) le tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs ; (3) un membre du tribunal fait l'objet de corruption ; (4) il y a eu une inobservation grave et sérieuse d'une règle de procédure fondamentale ; et (5) la sentence ne contient pas de motif permettant de justifier la solution adoptée.

620. La Cour d'appel peut rejeter l'appel, ce qui a pour conséquence de rendre finale la décision rendue par le tribunal de première instance. Elle peut aussi confirmer, modifier ou totalement renverser la sentence rendue par le tribunal. Les trois traités prévoient que la Cour d'appel aura non seulement la possibilité de réformer la décision du tribunal en vertu d'une *erreur de droit* ou d'une *erreur manifeste portant sur les*

²³¹⁷ Article 8.28(20) du CETA ; Article 3.54(1) de l'EVIPA ; Article 29(1) du TTIP.

faits, mais aura aussi le pouvoir de modifier cette sentence, ce qui n'est pourtant pas un pouvoir octroyé au Comité *ad hoc* du CIRDI²³¹⁸. L'EVIPA et le TTIP prévoient que la procédure d'appel ne doit pas excéder un délai de 180 jours à compter de la date à laquelle une des parties au litige a notifié sa décision d'interjeter appel après le rendu de la décision par le tribunal de première instance, ce délai pouvant être allongé dans la limite de 270 jours²³¹⁹.

621. Certains éléments concernant la Cour d'appel n'ont pas pu faire l'objet d'un consensus durant les négociations du CETA. Ainsi, l'UE et le Canada ont décidé de laisser au « *Joint Committee* » le pouvoir de résoudre certains points²³²⁰ tels que les aspects procéduraux de (i) l'introduction et du déroulement de l'appel, (ii) du renvoi tenant à la modification de la sentence, (iii) du pourvoi des postes vacants au tribunal d'appel et d'une division chargée de l'instruction, (iv) du nombre de membres du Tribunal d'appel et leur rémunération et (v) des coûts liés aux appels. Les traités ne spécifient pas le degré de référence qu'il convient d'accorder au tribunal de première instance et quels standards seront appliqués par la Cour d'appel lors de l'examen de la décision de première instance, *e.g. de novo*, abus de pouvoir, ou erreur manifeste. L'existence de nombreux moyens permettant d'interjeter appel et l'inexistence de certains standards soulèvent des problèmes. En effet, un appel pourrait être interjeté dans chaque affaire. Cela entraînerait l'augmentation du temps et des frais liés aux procédures. De plus, le Concept Paper de 2015 se réfère à « *manifest errors in the assessment of facts* », ce qui inclut les erreurs d'appréciation de la loi au fond par les tribunaux étatiques²³²¹, mais ce terme n'a pas été inclus dans les textes des traités étudiés. Le motif touchant à l'*erreur manifeste portant sur les faits* soulève un doute sur la possibilité pour la Cour d'appel d'adopter une approche *de novo* permettant aux juges une grande marge d'appréciation dans la remise en question de la sentence rendue par le tribunal, de choisir l'approche du « *reasonable appreciation of facts* » ou de ne pas se pencher du tout sur les faits. D'autre part, on se demande si l'existence de ce standard de l'erreur manifeste aura pour conséquence d'empêcher les juges d'appel d'écarter des faits soulevés par le tribunal si ces derniers ne sont

²³¹⁸ Article 52(3) du Règlement d'arbitrage selon la Convention CIRDI.

²³¹⁹ Article 3.54(5) de l'EVIPA ; Article 29(3) du TTIP.

²³²⁰ Article 8.28(7) du CETA.

²³²¹ Concept Paper, p. 9.

manifestement pas erronés au regard des pièces de l'affaire entièrement repassées en revue. En ce sens, il est possible de remettre en question l'idée selon laquelle la Cour d'appel est être mieux placée que le tribunal de première instance pour effectuer une appréciation des faits. En effet, les membres de la Cour d'appel ne sont pas présents au moment des audiences portant sur les faits de l'espèce et pendant l'audition des témoins. Par conséquent, il convient de s'interroger sur l'étendue du pouvoir accordé à la Cour d'appel : se penchera-t-elle sur les faits par l'utilisation d'assignations afin d'entendre à nouveau les témoins ou bien se servira-t-elle des dépositions déjà enregistrées ? Une ambiguïté persiste sur la question de savoir si la Cour d'appel pourra s'appuyer sur des éléments ou si elle s'adressera au tribunal de première instance afin que celui-ci détermine la pertinence de ces éventuels faits inédits. De plus, si un témoin venait à délivrer un second son témoignage, en contredisant ses dires originels, la décision de première instance pourrait perdre toute valeur. Ainsi, en pratique, ce motif semble soulever des difficultés d'application et mènerait probablement à mettre potentiellement en question toutes les décisions de première instance, ce qui résulterait en une augmentation du temps et des coûts de la procédure incluant l'exécution de la décision. Pour finir, un appel fondé sur une erreur manifeste peut avoir vocation à remédier à un problème qui n'existe pas. Les critiques portant sur le RDIE ne font pas référence à la mauvaise appréciation des faits ou des dépositions des témoins par le tribunal. Ce motif semble avoir soulevé des inquiétudes notamment lors des négociations du TTIP. En effet, Michel Froman, représentant américain en charge des échanges commerciaux, a exprimé son scepticisme concernant la possibilité pour la Cour d'appel de revoir l'entièreté des faits. « *It's not obvious to me why you would want to give companies a second bite of the apple* ». ²³²²

622. L'introduction d'un mécanisme d'appel dans la procédure du RDIE n'est pas une idée nouvelle ²³²³. Cependant, les partisans de cette idée recommandent l'introduction de motifs limités au point de droit « *limited to errors in the application of the law* » ²³²⁴. Si l'on suit ces recommandations, la procédure d'appel serait plus

²³²² *Ibid.*

²³²³ Si l'on observe les propositions des États, les États-Unis ont été les premiers à inclure la possibilité de développer l'inclusion d'un mécanisme d'appel. Son modèle de TBI de 2004 inclut une annexe D dans laquelle les parties acceptent de débattre sur l'établissement d'un mécanisme d'appel dans le cadre des litiges investisseurs-États, trois ans après l'entrée en vigueur du traité.

²³²⁴ PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 453.

efficace. Cette approche a été suivie avec succès par l'organe d'appel de l'OMC²³²⁵. En 2004, lorsque le Secrétariat du CIRDI a émis l'idée à travers une résolution du Conseil Administratif du CIRDI d'ériger un organe d'appel²³²⁶, la proposition suggérait un appel sur « *a clear error of law or on any of the five grounds for annulment of an award set out in Article 52 of the Convention* »²³²⁷. Cette proposition ajoute les termes suivants : « *might consist in serious errors of facts* » mais ce fondement aurait été « *narrowly defined to preserve appropriate deference to the findings of fact of the arbitral tribunal* »²³²⁸. Cependant, certains commentateurs affirmaient que la possibilité pour l'organe d'appel de se fonder sur des « *serious errors of fact* » était problématique. L'un d'eux commente :

*[I]t is doubtful that there could be review of 'serious errors of fact' without the review process leading to an effective de novo review by the appellate mechanism. There is obviously a significant risk that this could become a Pandora's Box for both parties to the proceedings at the tribunal level: either party could submit a voluminous factual record reintroducing existing facts or introducing new facts to buttress its case that the tribunal had made 'serious' errors*²³²⁹.

Les suggestions émises dans le Document de Discussion, *Discussion Paper : Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, publié par le Secrétariat du CIRDI, 22 October 2004 (« **Document de Discussion de 2004** ») sont restées au stade des discussions. Le CIRDI a admis qu'un mécanisme d'appel pourrait avoir pour conséquence de fragmenter le régime CIRDI et d'entraîner une opportunité pour les parties de retarder l'exécution de la sentence arbitrale, qui ne serait donc plus finale²³³⁰. Les partisans de la création d'un mécanisme d'appel ont néanmoins noté qu'il est « *desirable for the parties to have the authority to appoint the appeal tribunal*

²³²⁵ Voir Article 17.6 du DSU.

²³²⁶ Secrétariat du CIRDI, Document de discussion, *Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 October 2004 (« **CIRDI 2004 Document de Discussion** »).

²³²⁷ CIRDI 2004 Document de Discussion, Annexe, § 7.

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ GANTZ (David), « An Appellate Mechanism for review of arbitral decisions in investor-State disputes: prospects and challenges », *supra* note 761, p. 58.

²³³⁰ CIRDI 2004 Document de Discussion, § 21.

members, subject to restrictions considering the nationality of the parties and the tribunal members and the workload of the tribunal members »²³³¹.

623. Il convient de signaler que contrairement à ce que l'on pourrait penser, un mécanisme de révision de la sentence est déjà en place. En effet, un tel mécanisme existe au sein du CIRDI permettant l'annulation de la sentence. La Convention de New York prévoit aussi des motifs d'annulation de la sentence, souvent repris à l'identique dans les différentes législations nationales. Ces différents mécanismes, bien que devant être perfectionnés, permettent l'allocation d'un pouvoir correctif des sentences arbitrales rendues.

b. La procédure d'appel

624. L'arbitrage d'investissement est souvent critiqué pour son manque de cohérence et de prévisibilité²³³². À cet égard, l'innovation majeure de la Cour d'investissement est l'introduction d'un mécanisme d'appel. Certains commentateurs décrivent cette dernière comme servant de remède aux problèmes d'incohérences et permettant d'assurer plus d'indépendance et d'impartialité comparé au système arbitral actuel²³³³.

625. Il existe un délai strict dans lequel les parties peuvent interjeter appel, ce délai étant de 90 jours à compter de la délivrance de la sentence²³³⁴. La procédure d'appel quant à elle ne peut normalement excéder 180 jours à partir de la notification d'appel de la décision. Cependant, ce délai peut être allongé à 270 jours maximum²³³⁵. La Cour d'appel a pour mandat de rendre une décision finale qui viendra se substituer dans son ensemble à celle rendue par le tribunal de première instance²³³⁶. En effet, l'article 29(4) du TTIP dispose que « *[i]f the appeal is well founded, the Appeal Tribunal shall modify or reverse the legal findings and conclusions in the provisional award in whole or in part. Its decision shall specify precisely how it has modified or*

²³³¹ PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 453.

²³³² SCHREUER (Christoph), « The Future of Investment Arbitration », *supra* note 326, p. 801 (« *Discrepancies and contradictions in the practice of investment tribunals have become a matter of concern.* »).

²³³³ SCHILL (Stephan), « Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way forward », *International Centre for Trade and Sustainable Development* (« **ICTSD** »), juillet 2015, p. 8.

²³³⁴ Article 8.28(9)(a) du CETA ; Article 3.54(1) de l'EVIPA ; Article 29(1) du TTIP.

²³³⁵ Article 3.54(5) de l'EVIPA ; Article 29(3) du TTIP.

²³³⁶ Articles 8.28(2) et 8.28(9) du CETA ; Article 3.54(4) de l'EVIPA ; Article 29(2) du TTIP.

reversed the relevant findings and conclusions of the Tribunal ». Néanmoins, les traités ne sont pas clairs sur les circonstances permettant de renvoyer l'affaire devant le tribunal de première instance.

626. L'EVIPA donne la possibilité à la Cour d'appel de référer de nouveau l'affaire au tribunal de première instance afin que celui-ci élude un point sur lequel la Cour d'appel se trouve en difficulté et ne parvient pas à « *apply its own legal findings and conclusions to such facts and render a final decision on the matter* »²³³⁷. Une telle disposition ne figure pas au sein du TTIP. Le CETA se différencie des deux autres traités en ce qu'il prévoit une période de 90 jours entre le prononcé de la décision d'appel et le moment où celle-ci devient définitive. En effet, durant cette période, la Cour d'appel peut renvoyer l'affaire au tribunal de première instance²³³⁸. À l'inverse, si la Cour d'appel rejette l'appel, la sentence du tribunal devient exécutoire²³³⁹.

627. L'introduction d'un mécanisme d'appel aura-t-elle des conséquences sur l'exécution des sentences en vertu de la Convention CIRDI ou de la Convention de New York ? Cette question reste débattue. Comme cela a été mentionné par les États-Unis et les États signataires du CAFTA il y a plus d'une décennie, l'une des préoccupations centrales concernant le développement réussi d'un mécanisme d'appel est « *the relationship of review by an appellate body or similar mechanism to existing domestic laws and international law on the enforcement of arbitral awards* »²³⁴⁰. Il convient alors de se demander si l'introduction d'un tel mécanisme aura un impact sur la procédure prévue par la Convention CIRDI. Cette question fait l'objet de débats au regard de l'article 53(1) de cette Convention, cet article prévoyant que la sentence rendue « *ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention* ». Au moment où le CIRDI a considéré la création d'un mécanisme d'appel à l'encontre de ses décisions, il a été reconnu qu'une modification de la Convention CIRDI serait sûrement nécessaire²³⁴¹. Comme l'a admis le Secrétariat du CIRDI, il serait irréaliste de modifier le Règlement, compte tenu de

²³³⁷ Article 3.54(4) de l'EVIPA.

²³³⁸ Article 8.28(9)(c)(iii) du CETA.

²³³⁹ Article 8.29(c)(i) du CETA ; Article 3.55(2) de l'EVIPA ; Article 29(2) du TTIP.

²³⁴⁰ CAFTA, Annexe 10-F(1)(f).

²³⁴¹ CIRDI 2004 Document de Discussion, Annexe § 2.

la vaste participation étatique à la Convention CIRDI²³⁴². A l'heure actuelle, la Convention CIRDI établit un mécanisme d'annulation de la sentence rendue conformément aux règles de procédure. Cela signifie qu'aucune révision en dehors du mécanisme prévu par la Convention CIRDI n'est autorisée. Ainsi, l'introduction d'une Cour d'appel saisie de recours à l'encontre d'une « *sentence CIRDI* » semble incompatible avec la Convention.

2. Garanties / Caution des frais de recours

628. L'EVIPA prévoit que le tribunal se réserve le droit d'exiger du défendeur une provision pour les coûts de la procédure si des « *motifs justifiés* » lui permettent de douter de la solvabilité du demandeur²³⁴³. Si cette demande n'est pas honorée par le demandeur dans un délai de 30 jours ou tout autre délai fixé par le tribunal, ce dernier se réserve le droit de suspendre la procédure ou d'y mettre fin²³⁴⁴.

629. En appel, le requérant est dans l'obligation de prévoir une provision permettant de couvrir les frais soulevés par le litige, ce montant devant être « *raisonnable* » et déterminé par la Cour d'appel²³⁴⁵. Si l'appelant n'obtient pas gain de cause, la somme faisant office de provision pourra être utilisée pour couvrir une partie de la somme qu'il doit payer à la partie gagnante, ce qui réduit la nécessité de passer par une phase d'exécution de la sentence²³⁴⁶. Dans la pratique antérieure, afin de préserver l'accès à l'arbitrage CIRDI, les tribunaux avaient pour habitude de fixer un seuil élevé d'exigences permettant l'octroi d'une provision²³⁴⁷. Toutefois, le CETA ne mentionne pas la possibilité d'octroi de provision sur les coûts mais laisse au « *Joint Committee* » le soin de résoudre tout ce qui concerne les frais de la procédure d'appel²³⁴⁸.

²³⁴² *Idem.* § 3.

²³⁴³ Article 3.48(1) de l'EVIPA.

²³⁴⁴ Article 3.48(2) de l'EVIPA.

²³⁴⁵ Article 3.54(6) de l'EVIPA.

²³⁴⁶ MANGAN (Mark), « The EU Succeeds in Establishing a Permanent Investment Court in Its Trade Treaties with Canada and Vietnam », *Mealey's International Arbitration Report*, mai 2016.

²³⁴⁷ SHARMA (Umika), « Third Party Funding in Investment Arbitration: Time to Change Double Standards Employed for Awarding security for Costs? », *Kluwer Arbitration Blog*, 29 juil. 2018.

²³⁴⁸ Article 8.28(7)(e) du CETA : « *Le Comité mixte de l'AECEG adopte dans les moindres délais une décision réglant les questions de nature administrative et organisationnelle suivantes concernant le fonctionnement du Tribunal d'appel :.... dispositions concernant les coûts liés aux appels* ».

630. Les statistiques démontrent que l'État défendeur l'emporte plus souvent que les investisseurs²³⁴⁹. De fait, il apparaît plus probable que l'appelant sera le demandeur investisseur. Cette provision pourrait affecter les investisseurs en les dissuadant d'interjeter appel, ce qui est favorable à l'État défendeur au litige. La provision sur les coûts de la procédure constituera probablement une obligation contraignante à l'égard des plus petits investisseurs souhaitant interjeter appel d'une décision pouvant impliquer des montants très importants. La même remarque peut être faite à l'égard des États en voie de développement contraints par les aspects budgétaires.

III. LES DÉFAUTS DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : LACUNES ET CONTESTATIONS DU SYSTÈME DE L'ICS

631. La Cour d'investissement ne contient pas d'aspects problématiques seulement sur la question de la nomination des juges. En effet, elle présente d'autres défauts plus ou moins importants qu'il convient d'approfondir. L'UE promet que la Cour d'investissement permettra de réduire les coûts des procédures, qui seront plus prévisibles et rapides. A ce propos, elle souligne que le système des coûts sera plus équitable car « *leur montant dépendra du niveau de développement respectif des parties* »²³⁵⁰. Selon la Commission, la plus grande prévisibilité des décisions permettrait aussi de réduire les coûts²³⁵¹. D'autres raisons comme l'absence de la désignation d'arbitres, la suppression des demandes de récusation ou l'absence d'intérêt qu'auraient les juges à rallonger les procédures, sont énoncées pour justifier la réduction des coûts²³⁵². La prévisibilité et le fait que les juges ne soient pas rémunérés par les parties favorisent aussi la rapidité des procédures. Il convient d'analyser ces arguments en répondant à deux questions : d'une part, la Cour d'investissement permettra-t-elle vraiment d'assurer le rendu de sentences prévisibles

²³⁴⁹ BERNARDINI (Piero), « The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis », *supra* note 2004, p. 814 (« *the most recent statistics of ICSID administered cases for 2016 record that awards upholding investors' claims total 29.1% of the total number of cases for the period while awards dismissing claims on the merit or declining jurisdiction total 34.4% for the same period, the remaining cases (36%) having been discontinued for various reasons* ») ; WOODS (Louise), « Fit for Purpose? The EU's Investment Court System », *Kluwer Arbitration Blog*, 23 mars 2016.

²³⁵⁰ Assemblée générale, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, CNUCED, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, Groupe de Travail III, 37ème session, 24 janvier 2019, § 33.

²³⁵¹ *Idem.* § 42.

²³⁵² *Idem.* §§ 52-56.

et cohérentes (A) et, d'autre part, pourra-t-elle réduire de manière concrète le coût et le temps de procédure (B) ?

A. La Cour d'investissement permettra-t-elle d'assurer le rendu de sentences prévisibles et cohérentes ?

632. L'une des raisons ayant mené à la création d'un tribunal permanent doté d'un mécanisme d'appel est d'assurer la prévisibilité et la cohérence des décisions, éléments faisant l'objet de vives critiques du système actuel d'arbitrage d'investissement. La Cour d'appel se voit octroyer la possibilité de revoir et/ou de ratifier la décision du tribunal de première instance afin d'assurer la cohérence des sentences rendues. Cependant, il n'y a aucune garantie qu'une Cour d'investissement permanente permette l'obtention de résultats cohérents et prévisibles. Il convient de noter que cette apparence d'inconstance entre les décisions rendues par les différents tribunaux arbitraux est justifiée par l'utilisation de langages variés et la multiplicité d'AII en vigueur menant les uns et les autres à être confrontés à des cas d'espèces différents. Le CETA et le TTIP proposent la mise en place d'un tribunal permanent comprend 15 juges et chaque tribunal ou groupe de juges devra être composé de trois juges sélectionnés aléatoirement conformément à un système de rotation. Cela veut dire qu'il pourrait y avoir au total 125 groupes de trois juges. Ces juges auront tous un parcours universitaire et professionnel différent ainsi que leurs propres opinions, parfois très différentes, sur des points de droit ou des faits similaires. Il y a une chance pour que ce tribunal de première instance rende des décisions incohérentes les unes des autres et la question se pose de savoir si l'introduction d'un mécanisme d'appel reste pertinente. Dans le système domestique, toutes les décisions ne peuvent pas être soumises à la Cour Suprême. Il convient effectivement de signaler que le système judiciaire national peut rendre des décisions incohérentes, même dans les États considérés comme ayant un système judiciaire avancé et fiable. Tel qu'a pu le noter le Juge Stephen M. Schwebel :

Even in the relatively centralized, hierarchical judicial systems of a State, conflicts among courts are frequent. In the United States, to take the example at hand, conflicts between state courts are common. Even in federal courts, conflicts are substantial. There are

*conflicts among Circuit Courts of Appeal that persist for years unsettled by a judgment of the Supreme Court*²³⁵³.

En dépit du fait que le système américain applique le concept de *stare decisis*, ou doctrine du précédent, il existe toujours une certaine disparité entre les décisions rendues. La proposition de l'UE quant à elle reste peu explicite sur l'application de la doctrine du précédent. Aucun des traités étudiés en l'espèce ne mentionne l'obligation pour l'ICS d'obéir à cette doctrine en suivant ce qui a pu être décidé antérieurement. Les critiques à l'égard du manque de prévisibilité concernent un système sans mécanisme de précédent. On ne sait pas comment le tribunal décidera sur la base de faits, ni s'il estimera opportun le recours à une procédure contentieuse ou une procédure négociée²³⁵⁴. Les juges de la Cour d'investissement ne sont pas légalement tenus de se référer à des décisions antécédentes. Les décisions du tribunal ne seront donc obligatoires qu'à l'égard des parties au litige. De plus, il faut se pencher une nouvelle fois sur la composition de la Cour d'appel. Dans le CETA et le TTIP, la Cour d'appel est composée de six juges, et il est possible de se retrouver face à 8 potentielles divisions composées de 3 juges nommés aléatoirement. Bien que les sentences de la Cour soient publiques, celle-ci ne présente pas de garanties de suivi d'une ligne de conduite prédéterminée permettant d'obtenir une consistance avérée dans les décisions comme souhaité par la Commission Européenne.

633. L'UE continue de négocier l'instauration de l'ICS dans les ALE en cours, le dernier accord ayant été conclu avec le Mexique le 28 avril 2020. Il existe par conséquent un risque que les différentes Cours d'investissement existantes rendent des décisions divergentes sur des points similaires. Cela est évidemment en contradiction avec la volonté d'assurer la cohérence, l'harmonie et la prévisibilité des décisions. La Cour d'appel figurant dans les différents accords bilatéraux de l'UE pourrait interpréter de façon différente certains points du litige, tel que le droit des États de règlementer, ce qui aboutirait à des décisions contradictoires. Si une Cour permanente venait à voir le jour, des différences d'approches sur des points de droit identiques ou sur des dispositions similaires de traités sont à prévoir. Certains commentateurs ont

²³⁵³ SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, pp. 8-9.

²³⁵⁴ ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 416.

exprimé des appréhensions concernant la création d'une Cour d'appel spécifiquement dédiée à la résolution des litiges portant sur le traité d'investissement. Ils redoutent que cela ait pour conséquence d'affaiblir la cohérence du droit international des investissements et de créer une trop forte influence de l'UE sur les États signataires de ces traités. Le Professeur Céline Lévesque note :

[T]he existence of an Appeal Tribunal for each agreement has the potential to undermine the attainment of more consistency in International Investment Law as a whole. It would also seem to present particular problems for the EU, as different Appeal Tribunals could diverge on key interpretation issues. One could imagine that the EU would nominate the same members to different Tribunals in order to promote consistency. However, this would be unfair to other Treaty Parties as it would give the European members undue influence, may affect the members' independence and other Treaty Parties may be unwilling to consent to the appointment of certain members appointed by the EU to one Tribunal to their own Appeal Tribunal²³⁵⁵.

De plus, la Commission a elle-même reconnu que l'ICS soulève d'autres difficultés, notamment en ce qui concerne la prévisibilité et la cohérence des décisions entre les différents accords européens²³⁵⁶. Dans un rapport publié en 2017, la Commission a constaté que « *the same or very similar substantive rules across agreements will continue to be interpreted by different bodies without any incentive to be informed by previous decisions. In these cases, the risk of disparate interpretation of the same or very similar substantive rules remains* »²³⁵⁷. Autrement dit, après des études effectuées par l'UE, celle-ci admet les défauts du système de la Cour d'Investissement, en particulier les risques d'imprévisibilité et d'incohérences. Ces études menées après l'adoption du traité témoignent de la précipitation de l'UE dans sa décision de

²³⁵⁵ LEVESQUE (Celine), « The European Union Commission Proposal for the Creation of an 'Investment Court System': The Q and A that the Commission Won't Be Issuing », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 avril 2016 ; SCHWIEDER (Robert), « TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55, issue 1, 2016, p. 194 (« *commentators concerned about consistency may take issue with the proposal's lack of either an explicit or implicit commitment to a precedent doctrine.* »).

²³⁵⁶ Impact assessment, p. 11.

²³⁵⁷ *Idem.* p. 16.

remplacer le système actuel avec l'ICS sans une analyse approfondie des solutions concrètes qu'apporterait cette nouvelle Cour.

634. Ce corps de règles propre à l'ICS est susceptible d'engendrer une pratique totalement différente de celle de l'arbitrage d'investissement *ad hoc* et aura pour conséquence de faire émerger des pratiques dissemblables et de créer des effets perturbateurs plutôt que de créer un corps de règles de droit uniforme ou harmonieux en matière d'investissement. Ainsi, le problème demeure concernant l'incohérence et l'imprévisibilité des décisions. De plus, le climat politique entourant la désignation des juges pourrait mener à de sévères critiques, notamment si l'UE décidait par exemple de nommer les mêmes juges pour différentes Cours d'investissement.

635. Enfin, on peut s'interroger sur la nature opportune de la création d'une Cour d'appel à échelle multilatérale. Le Juge Schwebel a pointé du doigt le fait que le TCE n'opte pas pour un tel mécanisme²³⁵⁸. Notons que le CIRDI a été confronté à des difficultés au moment des discussions sur l'incorporation d'un mécanisme d'appel et l'OCDE n'a jamais réussi à trouver d'accord²³⁵⁹.

B. L'ICS réduit-elle le temps et les coûts des procédures ?

636. L'une des aspirations principales de l'ICS est de faire de la procédure de règlement des différends un mécanisme efficace. La procédure devant cette Cour d'appel est supposée durer environ deux ans et demi, à moins que le tribunal de première instance ou la Cour d'appel ne s'octroient un délai supplémentaire (dans le CETA le tribunal de première instance doit rendre sa décision dans un délai de 18 ou 24 mois et la Cour d'appel dans un délai allant de 6 à 9 mois bien que ce traité n'explique pas la longueur de la procédure d'appel)²³⁶⁰. La Commission Européenne a dans un mémo soulevé le fait que la Cour d'investissement permettra d'avoir une procédure dite « *cost effective and faster investment dispute resolution system* »²³⁶¹ grâce à des délais de procédure et des motifs d'appel bien définis. La Commission estime qu'une procédure de RDIE dure actuellement entre cinq et six ans et peut

²³⁵⁸ SCHWEBEL (Stephen), « In defense of Bilateral Investment Treaties », *supra* note 70, p. 9.

²³⁵⁹ *Ibid.*

²³⁶⁰ Article 8.39(7) du CETA ; Articles 3.53(6) et 3.54(5) de l'EVIPA ; Articles 28(6) et 29(3) du TTIP.

²³⁶¹ Commission, Fiche technique, « Why the New EU Proposal for an Investment Court System in TTIP is Beneficial to Both States and Investors », Bruxelles, 12 novembre 2015.

parfois être encore plus longue²³⁶². Le CIRDI estime qu'une procédure d'arbitrage d'investissement dure en moyenne trois ans et sept mois²³⁶³, sans prendre en compte le recours à l'annulation qui prend environ 1,75 ans²³⁶⁴. De son côté, un cabinet d'avocat a réalisé une étude portant sur 324 litiges d'investissement pour lesquels la procédure arbitrale durerait en moyenne 4 ans²³⁶⁵.

637. La durée de la procédure proposée par l'UE est extrêmement ambitieuse étant donné la quantité de pièces qu'implique souvent un litige d'investissement. De plus, les États hôtes sont parfois défendeurs dans plusieurs litiges en même temps. Cet agenda prévu par l'UE ne prend pas en compte la procédure de règlement amiable du litige (délai indéterminé), la consultation préalable (60 jours au moins), l'avis portant détermination du défendeur (60 jours au moins également), le délai entre la fin de la procédure et le prononcé de la sentence du tribunal de première instance ainsi que le délai avant de pouvoir interjeter appel (90 jours), ce dernier n'étant pas défini par le CETA²³⁶⁶. Un délai supplémentaire peut surgir dans le cas où la Cour d'appel réfère une nouvelle fois le cas au tribunal de première instance (90 jours). Également, l'EVIPA et le TTIP prévoient qu'une fois que la Cour d'appel rend sa décision, dans l'hypothèse où celle-ci modifie ou renverse la décision du tribunal de première instance, ce dernier a le devoir de modifier sa décision afin que celle-ci reflète celle de l'organe d'appel et ce dans un délai de 90 jours. Cette nouvelle sentence deviendra définitive au bout de 90 jours²³⁶⁷. En conséquence, la procédure totale durera au mieux 3 ans et demi si le tribunal de première instance rend sa sentence sans s'accorder de délai supplémentaire, ce qui est relativement peu probable.

638. Certains avancent que l'existence d'un mécanisme d'appel aura pour conséquence de rallonger les délais et les coûts à cause de l'opportunité offerte par le

²³⁶² *Idem*.

²³⁶³ Cette estimation est basée sur des affaires conclues entre le 1er janvier 2015 et le 20 juin 2017, Secrétariat du CIRDI, 2018, § 3.

²³⁶⁴ HESTERMEYER (Holger) et DE LUCA (Anna), « Duration of ISDS Proceedings », *EJIL: Talk!*, 3 avril 2019.

²³⁶⁵ HODGSON (Matthew) et CAMPBELL (Alastair), « Investment Treaty Arbitration: Cost, Duration and Size of Claims All Show Steady Increase », *Allen & Overy Publication*, 14 décembre 2017 (la durée moyenne a augmenté depuis l'étude de 2012, désormais elle est de 3 ans et 8 mois).

²³⁶⁶ Article 3.54(1) de l'EVIPA ; Article 29(1) du TTIP.

²³⁶⁷ Voir Article 3.55(4) de l'EVIPA (« *The revised provisional award will become final 90 days after its issuance.* ») ; Article 28(6) du TTIP.

mécanisme d'appel²³⁶⁸. Un autre facteur qui renforce l'affirmation selon laquelle la procédure de l'ICS sera moins rapide est celui de l'incertitude de la méthode de révision de la sentence qui sera adoptée par la Cour d'appel. A cet égard, l'appel peut être fondé sur une erreur manifeste sur les faits. Si la Cour d'appel opte pour une approche *de novo* et enjoint par voie d'assignation les témoins à témoigner de nouveau, cela aura pour conséquence d'allonger significativement la procédure. Ainsi, l'appel risque de rendre la procédure particulièrement lourde, coûteuse, fastidieuse et longue. De plus, le tribunal de première instance est susceptible d'allonger le temps dédié au rendu de la sentence. C'est pourquoi, il n'est pas réellement possible d'évaluer au préalable la durée de la procédure. À cet égard, le Professeur Emmanuel Gaillard a commenté : « *the current proposals that suggest, in some bilateral relations, a conciliation followed by two levels of jurisdiction would increase the social cost of the system without avoiding any potential inconsistencies. Ultimately, it is the States that will suffer after the convictions* »²³⁶⁹.

639. La Commission affirme que les juges de la Cour d'investissement seront rémunérés par les États sur une base journalière. La rémunération ne fera donc pas l'objet d'une négociation entre les parties²³⁷⁰. Même si le système des rémunérations fixes existe déjà au sein de forums de RDIE tel que le CIRDI²³⁷¹, la rémunération allouée aux arbitres dans le cadre des mécanismes *ad hoc* est négociée préalablement par les parties au litige. Malgré ces différentes observations, certains commentateurs affirment que l'ICS aura pour effet de réduire le coût et la durée des procédures. Le Professeur Joerg Risse a d'ailleurs comparé la Cour d'investissement au ITLOS en charge de 1,5 d'affaires par an malgré un budget annuel de 18,8 millions d'euros et un total de 24 litiges résolus depuis sa création. Le coût moyen de chacune de ces procédures s'élève à 20 millions d'euros²³⁷². Le Juge Charles Brower a également

²³⁶⁸ VAN DE HEL-KOEDOOT (Mirjam) et DUTILH (Nauta), « The Proposed New Investment Court System for TTIP: The Right Way Forward? », *EFILA*, 14 octobre 2015.

²³⁶⁹ GAILLARD (Emmanuel), « The European Commission proposes some solutions that will merely lengthen procedures and raise costs », *Leader's League*, 26 avril 2016.

²³⁷⁰ Commission, Fiche technique, « Why the New EU Proposal for an Investment Court System in TTIP is Beneficial to Both States and Investors », *supra* note 2260.

²³⁷¹ Le CIRDI limite la rémunération des arbitres au montant de 3 000 dollars par jour plus dépenses. Voir CIRDI Honoraires des conciliateurs, arbitres, membres de Comités de constatation des faits et membres de Comités *ad hoc*, Barème des frais du CIRDI, en vigueur depuis le 1 janvier 2017.

²³⁷² RISSE (Joerg), « A New 'Investment Court System' — Reasonable Proposal or Non-starter? », *GAR*, 25 septembre 2015.

pointé du doigt les coûts significatifs des procédures au sein des Cours internationales. Pendant ces 10 premières années d'existence, la Cour pénale internationale a coûté 900 millions de dollars aux 100 États parties ; le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui n'a pourtant été actif que deux ans, a représenté une dépense de 301 millions de dollars²³⁷³. De manière analogue, le coût du tribunal pénal international pour le Rwanda s'est élevé à 257 millions de dollars pour une existence d'une durée similaire²³⁷⁴.

640. De leur côté, les procédures d'arbitrage d'investissement entraînent des frais généraux très faibles. Le tribunal d'investissement, par contre, aurait besoin d'un financement permanent pour couvrir la masse salariale de son corps d'arbitres, les ressources humaines, les installations physiques, ainsi que l'entretien de la structure du tribunal. En ce sens, il convient de noter que dans une étude d'impact réalisée en 2017, la Commission a établi les coûts engendrés par le système de l'ICS qui pèseront sur l'UE et les membres contractants. Dans cette étude d'impact visant à promouvoir la création d'une Cour multilatérale pour les investissements, la Commission a estimé que chaque ICS, s'il est actif avec un cas devant le tribunal de première instance et un cas devant la Cour d'appel, coûterait environ 800 000 euros par partie contractante par année²³⁷⁵. Ces calculs sont basés sur les coûts engendrés par la provision allouée aux juges permanents et ceux à temps partiel, ainsi que par la rémunération journalière de ces derniers lorsqu'ils examineront une affaire²³⁷⁶. De plus, dans certains accords économiques tel que l'EVIPA, l'UE a accepté de prendre davantage en charge les coûts liés à l'ICS, et cette prise en charge dépendra du niveau de développement de la partie contractante à l'accord en question²³⁷⁷. L'UE s'attend donc à ce que la multiplication des ICS engendre des difficultés concernant notamment la gestion de l'administration et des ressources humaines nécessaires et aura pour conséquence l'augmentation des coûts de fonctionnement de l'ICS au-delà de ce qui a pu être initialement estimé²³⁷⁸.

²³⁷³ ROSS (Alison), « 'Fake News' – Brower Blasts Investment Court Proposal », *GAR*, 1 mars 2008.

²³⁷⁴ *Idem*.

²³⁷⁵ Impact Assessment, p. 16.

²³⁷⁶ *Ibid*.

²³⁷⁷ *Ibid*.

²³⁷⁸ *Idem*. p. 17.

641. En matière de coûts liés à l'arbitrage d'investissement, les observateurs indiquent que les principales dépenses sont les coûts liés aux parties (party cost), soit tout ce qui concerne les frais d'avocats, d'experts, de témoins et non pas les coûts liés au fonctionnement du tribunal tels que les frais de fonctionnement institutionnels²³⁷⁹. Les différentes études réalisées sur les coûts de la procédure révèlent que la moyenne des frais des parties par affaire s'élève à 4,4 millions de dollars US pour le demandeur et 4,5 millions de dollars pour le défendeur²³⁸⁰. Le coût moyen des frais du tribunal par dossier s'élève en moyenne à 750 000 de dollars US²³⁸¹. Il n'y a aucune raison de croire que les investisseurs ou les États transigeront sur la qualité de leur représentant et que par conséquent les coûts liés aux parties pourraient être réduits grâce à l'utilisation du mécanisme de la Cour d'investissement. Ce raisonnement, ainsi que la propre analyse d'impact de l'UE sur le coût du maintien de chaque ICS, mène à la conclusion qu'une Cour augmenterait de façon significative les coûts de règlement des différends entre investisseurs et États.

SECTION 2. ÉVALUATION DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : PROMESSES TENUES ?

642. La Cour d'investissement a pour objectif de répondre aux principaux problèmes actuels du système RDIE. En effet, elle vise à mettre en place un système permanent, entre autres, plus efficace et fiable. L'UE dans sa proposition met en avant les différents avantages que l'institution d'une Cour d'Investissement aurait. Cependant, il convient désormais d'évaluer l'effet concret et la réalité de ces déclarations. Dans ce cadre, la désignation des membres du tribunal de la Cour d'investissement et les critiques à cet égard seront examinées en premier lieu (I). En deuxième partie, il sera fait état des obstacles à l'exécution (II). Une décision rendue par la Cour d'investissement peut-elle être reconnue et exécutée en vertu de la Convention CIRDI ou celle de New York ?

²³⁷⁹ HODGSON (Matthew), « Costs in Investment Treaty Arbitration: A Case for Reform », *TDM*, vol. 11, issue 1, janvier 2014, p. 1.

²³⁸⁰ *Ibid.* (Cette étude examine les décisions rendues publiques jusqu'au 31 décembre 2012).

²³⁸¹ *Ibid.*

I. LA DÉSIGNATION DES MEMBRES DU TRIBUNAL DE LA COUR D'INVESTISSEMENT

643. Le processus de désignation des membres du tribunal de la Cour a pour objectif de répondre à certaines critiques du système RDIE et notamment celle relative au risque de partialité des arbitres nommés par les parties au litige. Si ce mode de désignation répond en effet à ces critiques, il comporte plusieurs écueils liés au mode de désignation retenu. Il convient ainsi d'étudier dans un premier temps l'impact de la désignation des juges sur la nature de la Cour d'investissement (A) et enfin d'observer les risques inhérents à ce nouveau système, c'est-à-dire la question de l'impartialité et de la politisation qui entoure la désignation des membres du tribunal (B).

A. L'impact de la désignation des juges sur la nature de la Cour d'investissement

644. La spécificité de la Cour d'investissement concernant la nomination des arbitres et l'autonomie des parties (1) amène à remettre en cause et à s'interroger sur la nature même de la Cour d'Investissement (2).

1. L'autonomie des parties

645. L'une des pierres angulaires de RDIE est la possibilité pour les parties prenantes de choisir les arbitres²³⁸². Ce principe est consacré dans beaucoup de TBI et également dans la Convention CIRDI²³⁸³. Le Professeur Christoph Schreuer a d'ailleurs écrit que l'une des « *distinctive feature of investment arbitration is its ad hoc nature: each tribunal is specifically constituted for the particular dispute. The parties to the dispute play a major role in the composition of tribunals. This goes considerably beyond the*

²³⁸² BORN (Gary), *International Arbitration: Cases and Materials*, Kluwer, 2014, p. 670 (« *One of the characteristic features of international arbitration is that there is no standing or pre-established 'court' or tribunal to which disputes generally may be submitted. That is particularly true in international commercial arbitration, but it is also true in investment and inter-state arbitrations* »).

²³⁸³ Plus précisément, l'article 37 de la Convention CIRDI prévoit que : « (1) *Le Tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36 ; (2) (a) Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties. ; (b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties. »*

appointment of an ad hoc judge. »²³⁸⁴ De plus, le Juge Charles Brower et le Professeur Stephan Schill ont soutenu que :

*the legitimacy of investment-dispute arbitration rests, to a large extent, on the fact that the parties to the proceedings can participate in the appointment of the arbitrators. This ensures that the decision-making process is not perceived as something wholly extraneous to the parties, but instead as a legitimate mode of resolving disputes. Participation in the appointment of those who decide disputes is particularly important when states are involved in international dispute settlement*²³⁸⁵.

La possibilité pour les parties de nommer leurs arbitres est un point fondamental. En effet, le rapport de la 50^{ème} session de la CNUDCI indique que « *l'élément le plus important pour qualifier une procédure d'arbitrage est le fait que le recours à cette procédure se fonde sur un accord entre l'État et l'investisseur. Ce consentement vaut généralement aussi acceptation de la méthode de sélection des arbitres prévue dans l'instrument applicable.* »²³⁸⁶ L'existence d'un tribunal composé de juges permanents en contradiction avec la possibilité pour les parties de choisir leurs arbitres est souvent considérée comme l'élément permettant de différencier l'arbitrage de la justice étatique²³⁸⁷.

646. Les Conventions internationales, les lois domestiques ainsi que les cours étatiques ont confirmé le principe selon lequel les parties disposent d'une grande autonomie dans la désignation des arbitres, se traduisant par la prérogative de choisir ensemble ou séparément les arbitres et de s'accorder sur leur mode de sélection.²³⁸⁸

Par exemple, en Suisse, la principale caractéristique de l'arbitrage « *is that it involves*

²³⁸⁴ SCHREUER (Christoph), « Investment Arbitration », *supra* note 10, p. 297.

²³⁸⁵ BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *supra* note 291, p. 494.

²³⁸⁶ CNUDCI, Note du Secrétariat, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États, Cinquantième session (Vienne, 3-21 juillet 2017), A/CN.9/917, 20 avril 2017, p. 8.

²³⁸⁷ Voir AMERASINGHE (Chittaranjan), *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 1445, p. 20 (« *[a]rbitration is resorted to by mutual consent of the states parties to a specific dispute where such parties retain considerable control over the process, particularly through the power of appointing arbitrators of their own choice. By contrast, judicial settlement relies upon pre-constituted international courts or tribunal, the composition of which is not in principle subject to control by the parties to the dispute.* »).

²³⁸⁸ BORN (Gary), *International Commercial Arbitration, Vol. II*, Kluwer Law International, 2014, p. 1638.

submitting the dispute to individuals chosen, directly or indirectly, by the parties. »²³⁸⁹

En France, la Cour de Cassation a décidé dans la célèbre affaire *Dutco* que « *le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; [on] ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige.* »²³⁹⁰ Aux États-Unis, la *District Court of Massachusetts* a reconnu le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres en indiquant que « *[w]here arbitrators are not appointed by a neutral party, such as the AAA, both parties must have an equal right to participate in the appointment process* »²³⁹¹ et ajoutant que « *[t]he right to appoint the panel is almost never given to one side* »²³⁹². L'ICS donne uniquement aux États contractants le droit de désigner les juges, et ils contrôlent également la rémunération de ces derniers ce qui peut être perçu comme un déséquilibre entre les pouvoirs de l'État hôte et ceux de l'investisseur. Tel que pointé par le Professeur Yves Nouvel : « *Cette dissymétrie est de nature à soulever des difficultés, le juge français pouvant l'analyser comme un obstacle à l'existence même d'un arbitrage.* »²³⁹³ En réalité, l'ICS pourrait involontairement créer un système de sélection des arbitres moins juste et équilibré que le système actuel, étant donné que seuls les États contractants sont impliqués dans la sélection des juges.

647. Avec l'ICS, la privation du droit de désigner les arbitres ne concerne pas seulement l'investisseur demandeur mais également l'État hôte²³⁹⁴. De cette façon l'établissement du tribunal permanent est davantage calqué sur le système de justice

²³⁸⁹ SAVAGE (John) et GAILLARD (Emmanuel) (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, p. 20 (citant DUTOIT (Bernard), KNOEPFLER (François), LALIVE (Pierre), MERCIER (Pierre), *Le Contrat International - L'Arbitrage International*, Répertoire de Droit International Privé Suisse, vol. 1, 1982, p. 241).

²³⁹⁰ *Ibid.*

²³⁹¹ *Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, U.S., District Court of Massachusetts, Décision du 26 janvier 1998, 995 F. Supp. 190, p. 208.

²³⁹² *Idem.* citant « Mandatory Arbitration », *Harvard Law Review*, vol. 109, p. 1686 (soutenant que l'équité exige que les employeurs et les employés participent de manière égale au processus de sélection de l'arbitre.) ; SILVER (Carole), « Models of Quality for Third Parties in Alternative Dispute Resolution », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 12, no. 1, 1996, p. 53 (les parties doivent toujours avoir une relation égale avec le tiers chargé de la prise de décision).

²³⁹³ NOUVEL (Yves), « Le CETA (selon l'acronyme anglais) a été signé le 30 octobre 2016. Quelle est sa singularité dans le droit international des investissements ? », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2616.

²³⁹⁴ HEPPNER (Sonja), « A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission », *Irish Journal of European Law*, vol. 19, issue 1, 2016, p. 60 (« *The quasi-tenure of Party-appointed arbitrators under [ICS], while meant to mirror the tenure of judges in national court systems, also takes away the power of the disputing parties to appoint their own adjudicators ... This also takes away the power of the respondent government to appoint their own arbitrator and agree with the claimant investor on the presiding arbitrator on a case-by-case basis.* »)

étatique que sur celui de l'arbitrage. Si un investisseur canadien décide de poursuivre l'État allemand, le litige pourrait être entendu par un juge de nationalité polonaise. En ne permettant pas à l'État souverain de désigner l'arbitre de son choix, la possibilité de nommer les arbitres est totalement extraite du système de la Cour d'investissement. À travers cet exemple, l'Allemagne perdra en effet la possibilité de l'autonomie de désignation du juge et le pouvoir d'intervenir dans la procédure. Dans le système actuel, si l'Allemagne est impliquée dans un arbitrage CIRDI ou CNUDCI, l'arbitre est choisi par un ministre sous la tutelle du chancelier contrôlé par le parlement, lui-même élu par le corps électoral²³⁹⁵. Sur ce point, il faut signaler que même le Statut de la Cour internationale de Justice permet à un État partie à un litige devant la Cour n'étant pas représenté par un juge de sa nationalité, de désigner un juge *ad hoc* afin de le représenter dans l'affaire en question²³⁹⁶. Avec le système de l'ICS, les parties privées et l'État défendeur n'ont aucun pouvoir dans la désignation des membres du tribunal et sont donc privées de la possibilité de prendre part à la composition de la Cour. La privation de l'autonomie des parties dans la nomination de chaque arbitre, une caractéristique fondamentale de l'arbitrage, apparaît comme un facteur qui rendrait l'ICS plus « *judiciaire* » par nature. En effet, certains commentateurs ont énoncé que le défaut d'autonomie des parties aura pour conséquence d'emporter la qualification du jugement comme une décision de justice et non pas comme une *sentence arbitrale*. Pourtant, il est nécessaire de pouvoir la qualifier de sentence arbitrale pour les besoins de la reconnaissance et de l'exécution prévue par la Convention de New York²³⁹⁷.

648. En établissant ce système de tribunal permanent composé de juges pré désignés, l'ICS abolit le principe d'autonomie des parties et retire de la procédure l'élément fondamental du droit de l'arbitrage. Bien qu'il soit évident que l'ICS ne fait guère partie du système juridique étatique, certaines interrogations subsistent sur sa

²³⁹⁵ STEVEN (Sarah), « GAR Live Lookback from 29 June 2017: Frankfurt – Is the EU's Investment Court Proposal Fit for Purpose? », *GAR*, 31 mai 2018, p. 6 (transcription du commentaire par S. Kobrack lors du panel : « *Today, if Germany appoints an arbitrator in a normal ICSID or UNCITRAL arbitration, that person is appointed by a ministry which serves under a chancellor that was elected by parliament, which itself was elected by the electorate. Now the five judges will be determined in the back rooms of Brussels under a national ratio: 'well you got this seat, maybe you got this seat'* »).

²³⁹⁶ Article 31(3) du Statut de la CIJ, 26 juin 1945, 33 UNTS 99.

²³⁹⁷ PANTALEO (Luca), « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *CLEER Paper Series 2016/2*, 13 mai 2016, pp. 85-87 (soulignant que l'absence d'autonomie des parties dans le système de l'ICS est susceptible de transformer les décisions de l'ICS en des décisions judiciaires plutôt que des sentences arbitrales conformément à l'article I de la Convention de New York).

qualification. Si la Cour d'investissement a pour objectif d'être perçue comme un mécanisme « *d'arbitrage* », nécessaire pour l'exécution des décisions qu'elle rendra, sa structure nécessite l'inclusion d'éléments dits « *privés* »²³⁹⁸. L'élément nettement distinctif est la méthode de désignation des juges : les juges sont nommés par les États parties au traité, pour une durée déterminée et pour un nombre aléatoire de litiges, alors que les arbitres sont désignés par les parties au litige pour un cas spécifique²³⁹⁹. Ainsi, la nature de la décision rendue par la Cour pourrait être débattue au moment de la phase d'exécution de ses décisions.

649. Plutôt que d'établir une Cour permanente composée de juges titulaires, une meilleure solution aurait été de mettre en place une liste préétablie d'arbitres parmi lesquels les deux parties au litige, investisseur et État hôte, pourraient choisir la personne en charge de connaître l'affaire. Ce système de liste pré-établie aurait vocation à permettre une qualification plus aisée de la Cour d'investissement comme « *forum arbitral* ». Cela permettrait également de satisfaire la volonté des parties souhaitant désigner les arbitres en charge de connaître leur litige. Une autre approche serait de permettre à une autorité indépendante telle que le CIRDI, la CCI ou la CPA de désigner elle-même chaque tribunal pour chaque litige²⁴⁰⁰. Ces deux mécanismes permettraient l'inclusion du pouvoir des parties de nommer leurs arbitres tout en répondant aux inquiétudes concernant l'indépendance et la qualité de ces derniers. Cela permettrait également de renforcer la légitimité de l'ICS, « *forum arbitral* » susceptible de voir ses décisions soumises à la Convention de New York.

2. La nature judiciaire de la Cour d'investissement

650. La question cruciale est de savoir si le fait que les membres du tribunal soient permanents, ne permettant pas *de facto* aux parties de nommer les arbitres, entraîne la qualification de ce nouveau forum de « *cour internationale* » ou bien de « *tribunal*

²³⁹⁸ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 37.

²³⁹⁹ Voir MERRILLS (J.G.), *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 4th ed., 2005, p. 91 (« *Judicial settlement involves the reference of a dispute to an International Court or some other standing tribunal, such as the European Court of Human Rights. Arbitration, in contrast, requires the parties themselves to set up the machinery to handle a dispute, or series of disputes, between them.* ») ; BREKOULAKIS (Stavros), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making », *supra* note 1175, pp. 573-579.

²⁴⁰⁰ Voir Article 20.5 modèle TBI néerlandais 2019.

arbitral ». Afin d'étudier ce point, il conviendra de se demander si la nomination des arbitres par les parties constitue un élément essentiel de l'arbitrage. Cette question n'est pas simple et la difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas de définition universelle de l'arbitrage²⁴⁰¹. Il est néanmoins possible d'identifier certaines caractéristiques que l'on retrouve dans différentes définitions et qui nous permettent de distinguer l'arbitrage d'autres mécanismes de résolution des litiges²⁴⁰² : il s'agit (i) d'un mécanisme de résolution des litiges ; (ii) basé sur la volonté des parties ; (iii) ce mécanisme est privé, la personne en charge de résoudre le litige n'est ni un juge étatique ni partie à une entité publique ; (iv) la décision rendue par le tribunal arbitral est finale et oblige les parties. Également, la nature consensuelle de ce mécanisme permet d'affirmer que (v) les parties doivent prendre part à la sélection des arbitres. En ce qui concerne la définition d'une Cour internationale, celle-ci est une forme de cour permettant le règlement judiciaire. Le Professeur J.G. Merrills fournit la définition suivante : « *Judicial settlement involves the reference of a dispute to the International Court or some other standing tribunal, such as the European Court of Human Rights. Arbitration, in contrast, requires the parties themselves to set up the machinery to handle a dispute, or series of disputes, between them.* »²⁴⁰³ Pour déterminer la nature de l'ICS, il est donc nécessaire d'analyser sa structure, ses caractéristiques et les étapes procédurales de celle-ci.

651. Il est acquis que l'arbitrage est un mode alternatif de résolution des litiges de nature privée, consensuelle, se basant sur la volonté des parties²⁴⁰⁴. Il s'agit d'un procédé non obligatoire, les parties sont libres de choisir ou de se mettre d'accord sur

²⁴⁰¹ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et RIGOZZI (Antonio), *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press 3rd ed., 2015, p. 6, § 1.16.

²⁴⁰² Voir e.g. BORN (Gary), *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2nd ed., 2014, p. 2 (« *arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording each party an opportunity to present its case.* ») ; SAVAGE (John) et GAILLARD (Emmanuel), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 9 (« *In France, arbitration is traditionally defined along the following lines: Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons—the arbitrator or arbitrators—who derive their powers from a private agreement, not from the authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement.* »).

²⁴⁰³ Voir MERRILLS (J.G.), *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 4th ed., 2005, p. 91.

²⁴⁰⁴ BLACKABY (Nigel), PARTASIDES (Constantin) with REDFERN (Alan) et HUNTER (Martin) (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, supra note 1107, p. 2.

le ou les arbitres qui seront en charge de connaître l'affaire, ce principe constituant l'un des piliers de la procédure arbitrale²⁴⁰⁵. Bien qu'il existe des points communs entre l'arbitrage et la procédure devant le juge étatique, ces deux mécanismes de résolution des litiges sont significativement différents. En effet, la possibilité dont disposent les parties de choisir directement ou indirectement les arbitres distingue l'arbitrage de la procédure devant le juge étatique²⁴⁰⁶. Tel que décrit par le Professeur et Juge C.F. Amerasinghe :

[a]rbitration is resorted to by mutual consent of the states parties to a specific dispute where such parties retain considerable control over the process, particularly through the power of appointing arbitrators of their own choice. By contrast, judicial settlement relies upon pre-constituted international courts or tribunal, the composition of which is not in principle subject to control by the parties to the dispute²⁴⁰⁷.

Un tribunal arbitral ne peut être qualifié de « décideur gouvernemental »²⁴⁰⁸ ni d'« émanation de l'État »²⁴⁰⁹. Le Dr. Ousmane Diallo souligne d'ailleurs la nature privée de l'arbitrage et la possibilité de choisir ses arbitres dans le cadre de ce mécanisme :

L'arbitrage repose, en effet, sur la volonté des parties qui, pour le règlement de leurs litiges, recourent à ce mode de justice privée. Au-delà de la nature des parties (simples particuliers ou États) ou de la fonction de l'arbitre (qui peut être un magistrat professionnel) le caractère privé de l'institution tient surtout au fait que le recours à l'arbitrage procède d'un choix individuel, none d'une contrainte étatique, non d'une fonction

²⁴⁰⁵ BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, Vol I: International Commercial Agreements, Wolters Kluwer, 2nd ed., 2014, p. 75.

²⁴⁰⁶ Voir BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Kluwer Law International, 2014, p. 1639 (« *One of the characteristic features of international arbitration is that there is no standing or pre-established 'court' or tribunal to which disputes generally may be submitted. [...] Rather, for most arbitral proceedings, a tribunal must be separately constituted on a case-by-case basis by the parties (or otherwise).* »).

²⁴⁰⁷ AMERASINGHE (Chittaranjan), *Jurisdiction of International Tribunals*, supra note 1445, pp. 19-20.

²⁴⁰⁸ BORN (Gary), *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 4th ed., 2013, p. 2.

²⁴⁰⁹ JARROSSON (Charles), « La notion d'arbitrage », *LGDJ*, 1987, p. 103 (« *l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de rendre sa sentence exécutoire. Il n'a pas l'imperium ... Le juge a la juridiction et l'imperium, l'arbitre ne dispose que de la juridiction.* »).

*officielle. Tant son organisation que dans son fonctionnement, l'arbitrage international reste, en principe, autonome : il ne s'insère dans l'ordonnement juridique ni d'un Etat ni d'une organisation internationale*²⁴¹⁰.

L'un des attributs du système d'arbitrage d'investissement actuel est l'autonomie des parties. Les parties disposent d'une grande liberté dans le choix des arbitres. Ainsi, l'investisseur demandeur et l'État hôte désignent directement ou indirectement leurs arbitres. La désignation des arbitres constitue « *probably one of the single most important during an arbitration [and] it is not surprising that the right to appoint one's own arbitrator is regularly mentioned as one of the greatest advantage of arbitration* »²⁴¹¹. Le retrait complet de cet élément impacte nécessairement la caractérisation de la procédure de la Cour d'investissement ainsi que la reconnaissance et l'exécution de ses décisions.

B. L'impartialité et la politisation de la désignation des membres du tribunal

652. Étant donné que l'autonomie des parties a été abandonnée, il convient d'explorer la sélection des membres du tribunal. Se pose ainsi la question de l'impartialité et de la politisation de la composition des membres du tribunal par les États contractants. Si l'abolition de l'autonomie des parties a su répondre à certaines inquiétudes concernant les arbitres, le nouveau processus d'élection amène de nouvelles interrogations. Celles-ci concernent d'une part le risque de politisation entourant la désignation des membres du tribunal (1) et celui de partialité en faveur des États (2).

1. Politisation entourant la désignation des membres du tribunal

653. En abolissant le principe d'autonomie des parties, la Cour d'investissement a répondu à l'une des critiques récurrentes concernant le RDIE. Plus particulièrement, le manque d'objectivité et la possibilité pour les parties d'exercer une forte influence sur la procédure arbitrale sont des critiques régulières à l'égard du RDIE²⁴¹². Le

²⁴¹⁰ DIALLO (Ousmane) et JACQUET (Jean-Michel), « Le consentement des parties à l'arbitrage international », *Graduate Institute Publications*, 2010, p. 3.

²⁴¹¹ KROLL (Stephan), « Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases », *Kluwer Arbitration Blog*, 15 octobre 2010.

²⁴¹² Voir PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117, pp. 339-355 (Ce dernier lance le débat selon lequel les arbitres nommés par les parties ne sont pas dignes de confiance et soutient l'idée selon laquelle il convient de prohiber cette pratique ou du moins imposer la nomination des arbitres par une seule entité).

problème posé par cette Cour quasi judiciaire est le processus d'élection des membres du tribunal, puisque ce dernier laisse place à une certaine influence politique dans le règlement des litiges d'investissement et que cela nuit à la volonté de dépolitiser le mécanisme d'arbitrage d'investissement, vocation fondatrice du système. Année après année, les critiques concernant la désignation des arbitres ont proliféré, certains qualifiant le système de RDIE comme étant ni transparent ni politiquement neutre. Il a d'ailleurs été dit que « *[o]vert politicization of international nomination is seen as a concern in relation to several international courts* »²⁴¹³. En 2010, les participants à la *Brandeis Institute for International Judges* ont débattu sur le sujet de la procédure d'élection et de réélection au sein des Cours internationales. De ce débat en ressort la remarque suivante :

*Elections that take place within the UN system were particularly criticized, both for the lack of transparency in how judicial candidates are nominated, and for 'horse trading' at election time. This term refers to the promises and counter promises made among states to support one another candidates for high-profile posts, including judicial positions at the ICJ, ITLOS, ICTY, and ICTR. It was noted that the qualifications of a candidate was just one factor that come into play. When the ICC was established, the Assembly of State Parties valiantly tried to keep its judicial elections from following the model UN courts, but it was not successful*²⁴¹⁴.

Ces préoccupations sont surtout pertinentes dans le contexte des litiges d'investissement dans lesquels les États susceptibles d'être partie à un litige auront l'avantage de la sélection des juges. Le CETA, l'EVIPA et le TTIP ont confié cette sélection des membres du tribunal à un Comité spécial établi par le traité²⁴¹⁵. Plus précisément, le CETA se réfère à un Joint Committee, le « *Committee* », et l'EVIPA à un « *Trade Committee* ». Le Comité du CETA est composé du Ministre canadien du Commerce International, celui de l'EVIPA est composé du Ministre vietnamien des

²⁴¹³ MACKENZIE (Ruth), MALLESON (Kate) *et al.*, *Selecting International Judges: Principles, Process and Politics*, Oxford University Press, 2010, p. 144.

²⁴¹⁴ *Brandeis Institute for International Judges, Towards an International Rule of Law*, The International Center for Ethics, Justice, and Public Life, Brandeis University, 2010, p. 37.

²⁴¹⁵ Articles 8.27(2) et 8.28(3) du CETA ; Articles 3.38(2) et 3.39(3) de l'EVIPA ; Articles 9(2) et 10(3) du TTIP.

investissements et du Commissaire au commerce de l'UE²⁴¹⁶, qui dans les deux cas décideront mutuellement de la sélection des juges. L'UE n'a pas donné d'indication sur la composition de son Comité. Bien que les détails procéduraux concernant le fonctionnement de ces Comités restent à préciser, la composition de la Cour d'investissement semble faire l'objet de négociations « *politisées* » plutôt que d'une désignation entièrement libre par chaque État signataire²⁴¹⁷.

654. Le risque présent de politisation de la nomination des membres de l'ICS ne peut être ignoré. En effet, en examinant la procédure de désignation des juges du CETA, il convient de noter que 5 juges seront sélectionnés par les 28 États membres de l'UE et 5 membres par le Canada. Certains États, par exemple les Pays-Bas, soutiennent l'ICS tandis que d'autres, notamment certains États est-européens y sont plutôt défavorables. De manière analogue, les dix provinces canadiennes allant du Québec à British Columbia auront la possibilité de désigner cinq juges. Ces derniers devront être communément nommés par l'UE et le Canada. Il convient de s'interroger sur le défi que représente la sélection de ces juges ainsi que sur les ententes politiques pouvant en résulter comme cela semble être le cas dans d'autres Cours internationales. Bien qu'ayant la volonté d'assurer l'indépendance de ses membres, un faible nombre de Cours internationales sont parvenues à limiter strictement le rôle des gouvernements étatiques dans la nomination ou l'élection des juges²⁴¹⁸.

655. Encore plus frappant que la sélection unilatérale des juges par les États signataires, l'influence des États se fait ressentir lors de la procédure de renouvellement de mandat qui se fait par consentement mutuel de ces derniers. Certains commentateurs ont mis en lumière que si une influence inappropriée s'imisce parfois dans le processus d'élection des juges, ce problème est encore plus aigu dans le cadre d'une réélection²⁴¹⁹. Après tout, il est possible de s'attendre à ce

²⁴¹⁶ Article 4.1 de l'EVIPA.

²⁴¹⁷ SCHWIEDER (Robert), « TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication », *supra* note 2355, pp. 203-204 (portant sur le risque que le Comité soit en faveur des intérêts des États au détriment des investisseurs).

²⁴¹⁸ MACKENZIE (Ruth), MALLESON (Kate) *et al.*, *Selecting International Judges: Principles, Process and Politics*, *supra* note 2413, p. 147.

²⁴¹⁹ *Brandeis Institute for International Judges, Towards an International Rule of Law*, *supra* note 2414, p. 37 ; voir également SCHWIEDER (Robert), « TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication », *supra* note 2355, p. 205 (« *First-term ICS*

que les membres du tribunal et de la Cour d'appel agissent en conformité avec les attentes du Comité en charge de la désignation des juges dans l'unique but d'assurer le renouvellement de leur mandat. En effet, la reconduite du mandat des juges nommés « *could compromise Judges' actual or perceived independence as they may be consciously or subconsciously influenced by their desire to obtain support of states for their re-election, and, as one judge described it, to 'write an opinion to the outside world.'* »²⁴²⁰ Au sein de la *Brandeis Institute for International Judges*, un groupe de seize juges membres de différentes Cours internationales s'est réuni et l'un d'eux a émis la remarque selon laquelle au sein de sa Cour les juges sont nommés pour un mandat de quatre ans renouvelables, la conséquence étant que : « *Even the most honest and honourable of my colleagues feel pressure to tone down their decisions; even hardworking, ethical people feel that they need to be careful when elections are coming* ». ²⁴²¹ La possibilité pour les États de nommer les juges membres de la Cour d'investissement peut avoir pour résultat de favoriser l'État hôte et de créer un déséquilibre entre les parties au litige. Cela est particulièrement vrai lorsque les membres du tribunal disposent de la possibilité de voir leur mandat reconduit. Il est difficile de concevoir qu'un État consentira au renouvellement du mandat d'un membre du tribunal ayant rendu des décisions à l'encontre de celui-ci. Une façon de régler ce problème serait de ne pas autoriser le renouvellement des mandats. Par exemple, la Cour Pénale Internationale, afin d'éviter toute critique sur un possible manque de confiance et d'objectivité des juges, institue un mandat de neuf ans non renouvelable²⁴²², ce qui est une décision judicieuse au regard de l'attention portée à cette Cour et à son développement²⁴²³. Pour préserver la procédure de désignation des

judges, on the other hand, might be more susceptible to undue pressure from host countries if focused on securing a second term »).

²⁴²⁰ MACKENZIE (Ruth), MALLESON (Kate) *et al.*, *Selecting International Judges: Principles, Process and Politics*, *supra* note 2413, pp. 120-121.

²⁴²¹ *Brandeis Institute for International Judges, Towards an International Rule of Law*, *supra* note 2414, p. 37.

²⁴²² Article 36(9)(c) du Statut de Rome (les juges de l'ICS élus en 2003 avaient des mandats différents de trois, six ou neuf ans. Ceux disposant d'un mandat de trois ans étaient autorisés à se représenter aux élections. Cependant les juges de l'ICS sont désormais élus pour un unique mandat de neuf ans.).

²⁴²³ De plus, depuis l'entrée en vigueur du Protocole 14, la Cour européenne des Droits de l'Homme (« CEDH »), est passée d'un mandat de six ans renouvelables à un mandat de neuf ans non renouvelables. Voir Conseil de l'Europe, rapport explicatif sur le protocole 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 13.V.2004, Conseil de l'Europe, Recueil de traités, No. 194, (amendant le système de contrôle de la Convention),

juges de la Cour d'investissement, ces derniers ne devraient pouvoir effectuer qu'un unique mandat.

2. Le risque de partialité en faveur des États

656. Le fait que les membres du tribunal de première instance et de la Cour d'appel soient désignés par les États, renouvelés par accord mutuel des États signataires et uniquement rémunérés par les États, est susceptible d'instaurer un risque de subjectivité en faveur de l'État ou à minima de susciter une impression de « *favoritisme* »²⁴²⁴. Certains commentateurs ont critiqué l'existence d'un panel permanent de juges indiquant que cela aura pour effet de créer un « *pro-state bias as a result of appointment through Contracting States only and of particular incompatibility provisions in favour of States in spite of general impartiality rules* »²⁴²⁵. D'autres ont cité une disposition figurant au sein des différents traités établissant l'ICS indiquant que « *Il est entendu que le fait qu'une personne reçoive une rémunération d'un gouvernement ne suffit pas en soi à l'empêcher d'exercer les fonctions de membre du Tribunal* »²⁴²⁶ et ont soulevé que celle-ci est néanmoins problématique. Les membres du tribunal et de la Cour d'appel devraient être selon eux

§ 50 (« *The judges' terms of office have been changed and increased to nine years. Judges may not, however, be re-elected. These changes are intended to reinforce their independence and impartiality* »).

²⁴²⁴ Voir ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court », *supra* note 826, p. 422 (« *However, it is not clear whether the appointment of judges by States would free the decision making process from political influences and would assure that the judges will not consider, when making the decision, that they are a creation of States.* ») ; REINISCH (August), « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 19, issue 4, 2016, p. 777 (« *Moreover, concern has been voiced that the entire new ICS will entail a pro-state bias as a result of appointments through Contracting States only* ») ; SCHREUER (Christoph), « The Future of Investment Arbitration », *supra* note 326, pp. 801-802 (« *the selection of judges would pose a formidable problem ... the selection would be in the hands of Contracting States, there is a danger that bench, at least initially, would have a disposition in favour of State interest at the cost of investor interests.* »).

²⁴²⁵ REINISCH (August), « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *idem*, p.777 ; voir également VAN HARTEN (Gus), « Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, vol. 12, issue 4, no. 16, 2016, p. 1 (« *Too many flawed elements of ISDS remain – including elements that give rise to unacceptable appearances of bias among ICS 'judges'.* »).

²⁴²⁶ Article 8.30(1) note de bas de page n° 10 du CETA ; voir également Article 11(1) note de bas de page n° 6 du TTIP (« *For greater certainty, this does not imply that persons who are government officials or receive an income from the government, but who are otherwise independent from the government are ineligible.* ») ; Article 3.40(1) note de bas de page n° 1 de l'EVIPA (« *For greater certainty, the fact that a person receives an income from the government, or was formerly employed by the government, or has family relationship with a person who receives an income from the government, does not in itself render that person ineligible.* »).

choisis parmi des personnes dont l'indépendance ne fait aucun doute. Un agent de l'État ou une personne affiliée au gouvernement recevant une gratification par ce même gouvernement, est par conséquent affilié à l'État et ne devrait pas être considéré comme étant indépendant. Cette disposition contraste avec le Code de Conduite stipulant que chaque membre de la Cour doit être indépendant et impartial et pouvant s'affranchir de tout soupçon de conflit d'intérêts, direct ou indirect. Cela contrevient aux exigences à l'égard des membres de l'Organe d'appel de l'OMC devant n'avoir « aucune attache avec une administration nationale »²⁴²⁷. L'ancien Juge et Président de la CIJ, Stephen M. Schwebel, décrit l'ICS comme créant un risque de subjectivité au profit de l'État hôte²⁴²⁸. En conséquence, il est probable que la Cour d'investissement se penche sur cette problématique soulevée à l'égard du système *ad hoc* d'arbitrage d'investissement.

II. LES OBSTACLES À L'EXÉCUTION

657. Dans le but d'assurer la légitimité de la Cour d'investissement, il est important que les décisions rendues par cette Cour puissent être reconnues et exécutées non seulement par les États membres mais aussi par des États tiers. L'efficacité de l'ICS dépend de la volonté des États tiers à reconnaître les décisions rendues par la Cour d'investissement. En l'espèce, il est nécessaire de s'interroger sur les conventions concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences de la Cour d'investissement. L'ICS se réfère au Règlement d'arbitrage CIRDI, au Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, au Règlement d'arbitrage CNUDCI ou à toute autre réglementation choisie par les parties. Cependant, l'ICS contient également des éléments propres à la justice étatique tels que la permanence des juges ou l'existence d'un mécanisme d'appel. La réponse à la question de savoir si la Cour d'investissement est un organe quasi judiciaire ou une Cour permanente d'arbitrage est complexe et fera l'objet de la présente analyse.

658. En vertu du TTIP et de l'EVIPA le « *[f]inal awards issued ... by the Tribunal shall be binding between the disputing parties and shall not be subject to appeal,*

²⁴²⁷ Article 17(3) du Mémorandum d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, Accords du Cycle d'Uruguay, Annexe 2, 15 avril 1994, (ci-après « DSU »).

²⁴²⁸ ROSS (Alison), « Schwebel Criticises EU Act of 'Appeasement' », *supra* note 1988, p. 1.

review, set aside, annulment or any other remedy. »²⁴²⁹ Le CETA dispose qu' « *une sentence rendue en vertu de la présente section est obligatoire pour les parties au différend et en ce qui concerne l'affaire jugée* »²⁴³⁰. De plus, chaque partie contractante s'engage à reconnaître la sentence comme « *une sentence définitive* » et « *enforce the pecuniary obligation within its territory as if it were a final judgement of a court in that Party.* »²⁴³¹ Afin d'assurer leur plein effet sur les territoires d'autres États, la Cour d'investissement se fonde sur le mécanisme d'exécution du CIRDI figurant à l'article 54 de la Convention ainsi que sur la procédure de reconnaissance et d'exécution établie dans la Convention de New York. L'une ou l'autre des conventions sera utilisée en fonction des règles d'arbitrage choisies par les parties. L'ICS fait preuve de volontés ambivalentes : d'une part, il cherche à abandonner l'arbitrage, mais d'autre part, comme l'a noté un commentateur : « *the proposal 'clocks arbitration in its judicial robe.'* »²⁴³² L'applicabilité des décisions de la Cour d'investissement dans les États tiers remet directement en question la légitimité ou la faisabilité juridique de l'ensemble du système. À cette fin, il peut s'interroger sur la possibilité d'exécuter une sentence de la Cour d'investissement en vertu de la Convention CIRDI (A) ou de la Convention de New York (B).

A. Obstacles à l'exécution en vertu de la Convention CIRDI

659. Au milieu du 20^e siècle, l'objectif de l'arène de l'investissement était de dépolitiser le règlement des différends – c'était l'un des mantras d'Aron Broches, Conseiller Général de la Banque Mondiale lors de la création de la Convention du CIRDI²⁴³³. Face aux difficultés du règlement des différends relatifs aux investissements, la dépolitisation vantée par M. Broches et M. Shihata signifiait qu'un décideur neutre pouvait trancher l'affaire, plutôt qu'un juge ancré dans les politiques de l'État hôte. En ce sens, la Convention CIRDI prévoit un régime d'arbitrage

²⁴²⁹ Article 3.54(1) de l'EVIPA (« *Final awards issued pursuant to this Section: (a) shall be binding between the disputing parties and in respect of that particular case; and (b) shall not be subject to appeal, review, set aside, annulment or any other remedy.* ») ; Article 30(1) du TTIP.

²⁴³⁰ Article 8.41(1) du CETA.

²⁴³¹ Article 8.28(9)(d) du CETA ; Article 3.57(2) de l'EVIPA IPA ; Article 30(2) du TTIP.

²⁴³² PETERSON (Luke), « Europe's Latest TTIP Investment Proposal Clocks Arbitration in Judicial Robe, Tightens Ethical Screws (Further), and Thinks Seriously about Small Claims », *IA Reporter*, 17 novembre 2015.

²⁴³³ World Bank Executive Directors' Report of the ICSID Convention, § 13, reproduit dans 4 ILM 524 (1965).

spécifique pour les litiges d'investissement soumis à la Convention par des arbitres choisis par les parties²⁴³⁴.

660. Lorsqu'une convention d'arbitrage ou une sentence arbitrale est soumise à la Convention CIRDI, elle est sujette à un régime outrepassant les dispositions d'autres traités, incluant celles de la Convention de New York²⁴³⁵. En effet, en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI, les sentences sont définitives et insusceptibles d'appel²⁴³⁶. La procédure de révision des sentences CIRDI est basée sur des motifs exhaustifs et elle est autonome²⁴³⁷. Les sentences sont automatiquement finales dans le but d'assurer l'efficacité de la procédure en matière de temps et de coûts²⁴³⁸. L'article 54²⁴³⁹ de la Convention CIRDI est régulièrement décrit comme la disposition sur l'exécution des sentences arbitrales ayant la plus grande portée²⁴⁴⁰. La première phrase de cet article est la suivante :

Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État.

Afin de donner force obligatoire à cet article, les États membres de la Convention CIRDI doivent rendre la sentence en question « *dans le cadre de* » la Convention CIRDI.

²⁴³⁴ Voir article 37.2 de la Convention CIRDI.

²⁴³⁵ BORN (Gary), *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, *supra* note 2408, p. 141.

²⁴³⁶ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 300.

²⁴³⁷ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Article 53, § 2, *supra* note 81.

²⁴³⁸ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 300.

²⁴³⁹ L'article 54 de la Convention CIRDI dispose : « *Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État* ».

²⁴⁴⁰ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 300 ; voir SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, Article 54, § 3, *supra* note 81 (« *This enforcement provision is a distinctive feature of the ICSID Convention. Most other instruments governing international dispute settlement do not cover enforcement but leave this issue to domestic laws or applicable treaties. These domestic laws or treaties typically provide for some review of arbitral awards at the enforcement stage.* »).

661. Les trois traités étudiés prévoient que « *Il est entendu que ... une sentence définitive ... est considérée comme une sentence au sens du chapitre IV, section 6, de la Convention du CIRDI* »²⁴⁴¹. Pour autant que cette disposition ait pour but de faciliter l'exécution des sentences, il est possible de douter de la force légale de celle-ci à l'égard des États tiers. Le système de la Cour d'investissement considère la Convention CIRDI comme une option parmi d'autres. Cependant, l'arbitrage CIRDI n'est pas « *un simple corps de règles pour la résolution des litiges* » mais constitue une forme d'arbitrage prévu au sein d'un traité établissant des obligations non seulement à l'égard de l'État partie à l'arbitrage mais aussi à l'égard de tous les États membres de la Convention²⁴⁴². Au sein du système de la Cour d'investissement, l'UE semble réduire la portée de la Convention CIRDI. Effectivement, l'ICS ne valide que certaines obligations découlant de la Convention. L'ICS remplace le mécanisme d'arbitrage CIRDI : (1) par une Cour permanente à deux degrés, (2) composée de juges nommés pour un mandat déterminé, (3) avec un mécanisme d'appel et (4) dispense donc le comité ad hoc du CIRDI. Même si les parties signataires d'ALE avec l'UE pourraient décider de passer un accord sur la modification de la Convention CIRDI conformément à l'article 41(1)²⁴⁴³ de la CVDT, une telle modification sera inapplicable aux États tiers.

662. En droit des traités, le principe est que les modifications apportées à un traité n'ont pas d'effet à l'égard d'une partie qui n'y a pas consenti. Cela est valable dans le cadre de la Convention CIRDI. Le principe est bien établi : « *Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement.* »²⁴⁴⁴ Ainsi les États tiers, membres de cette Convention ne seront pas tenus par l'article 8.41 du CETA,

²⁴⁴¹ Article 8.41(6) du CETA ; Article 3.57(8) de l'EVIPA ; Article 30(6) du TTIP.

²⁴⁴² CALAMITA (N. Jansen), « The (In)compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, issue 4, 2017, p. 29.

²⁴⁴³ L'article 41(1) de la CVDT dispose : Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

- (a) si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité, ou
- (b) si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :
 - (i) ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et
 - (ii) ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

²⁴⁴⁴ Article 34 de la CVDT.

l'article 3.57 de l'EVIPA ou de l'article 30 du TTIP prévoyant l'exécution des sentences rendues par l'ICS. Le modèle de l'ICS tel qu'il existe actuellement ne permet pas d'assurer l'exécution de ces sentences en vertu de la Convention CIRDI. Cela est dû à l'éloignement des dispositions de l'ICS vis-à-vis de la substance de la Convention CIRDI²⁴⁴⁵. Certains observateurs ont relevé par exemple que : « *outcome of ICS proceedings would not have to be enforced by them as ICSID awards.* »²⁴⁴⁶ Partant, les cours d'États tiers, membres de la Convention CIRDI, peuvent en toute légitimité se poser la question de savoir s'il est possible d'exécuter une sentence en vertu de la Convention CIRDI alors que cette sentence a été rendue conformément à un mécanisme très différent de celui prévu par la Convention CIRDI.

663. La question fondamentale est de savoir si la Cour d'appel de la Cour d'investissement rendra une « *sentence CIRDI* » exécutoire, malgré l'interdiction faite à l'article 53 de la Convention CIRDI²⁴⁴⁷ de recourir à un mécanisme d'appel. En effet, le mécanisme de révision prévu par le CIRDI constitue une procédure autonome et exclusive, tel que cela figure dans les écrits du Comité en charge de la révision²⁴⁴⁸.

²⁴⁴⁵ Voir REINISCH (August), « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *supra* note 2424, p. 782 (« *Therefore, third states, parties to the ICSID Convention, which do not participate in the inter se agreement would not be affected by such modification with the consequence that they would not be under an obligation to enforce the ensuing (modified) awards under the ICSID Convention rules. ... In order to lead to an enforcement obligation in third states, the EU and its partners would have to conclude specific recognition and enforcement agreements with them.* »).

²⁴⁴⁶ *Ibid.* (relevant que l'UE ainsi que d'autres parties contractantes pourraient (inter se) modifier la Convention CIRDI, « *however, such an inter se modification of the ICSID Convention would not affect other ICSID Contracting States with the particular disadvantage that the outcome of ICS proceedings would not have to be enforced by them as ICSID awards.* ») ; HAPP (Richard) et WUSCHKA (Sebastian), « From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma », *supra* note 274, p. 123 (« *Leaving aside the question of whether the ICS' modifications to the ICSID Convention could be valid inter-se agreements between the parties to the ICS under Article 41 (1) VCLT, (any effect on third parties is precluded.* ») ; PANTALEO (Luca), « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *supra* note 2395, p. 9 (« *In the context of ICSID, for example, such a decision would not qualify as an ICSID award.* »).

²⁴⁴⁷ L'article 53 de la Convention CIRDI dispose : « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.* ».

²⁴⁴⁸ SCHREUER (Christoph) et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, Article 53, § 18, *supra* note 81.

Certains praticiens soulèvent le problème de la compatibilité du mécanisme de la Cour d'investissement avec la procédure d'exécution prévue par le CIRDI :

Il semble donc qu'il y ait une contradiction entre le caractère obligatoire des sentences consacré aux articles 53 et 54 de la convention de Washington et la possibilité d'un appel qui peut conduire à la remise en cause de la décision qui en est l'objet et interdit aux États de traiter les sentences comme 'un jugement définitif d'un tribunal' fonctionnant sur leurs territoires. Il existe donc une incompatibilité, ce qui revient à s'interroger sur la faisabilité de ce mécanisme²⁴⁴⁹.

Selon le Professeur Yves Nouvel, si le règlement d'arbitrage de la Convention CIRDI doit être choisi devant l'ICS, la qualification de « *sentence CIRDI* » selon la Convention CIRDI constitue une tentative de modification d'un traité multilatéral entre l'UE et l'État contractant²⁴⁵⁰. Néanmoins les parties signataires des ALE avec l'UE sont susceptibles de soulever l'application de l'article 41 de la CVDT permettant un accord *inter se* ayant pour but de modifier les dispositions de la Convention CIRDI. Ces modifications ne seront applicables qu'entre elles. En vertu de la CVDT, un tel amendement : (a) *ne doit pas être prohibé* par la Convention, (b) ne doit pas affecter la jouissance des droits et obligations incombant aux autres États membres de cette Convention et (c) ne doit pas être *incompatible avec l'objet et le but* de ladite Convention pris dans son ensemble²⁴⁵¹. Le recours à un tel accord pour détourner le fond de la Convention n'est pas convaincant. En effet, l'article 41(1)(a) de la CVDT dispose que cet amendement *inter se* est possible si le traité prévoit qu'une telle modification puisse être opérée, en d'autres termes « *if 'contracting out' was contemplated in the treaty* »²⁴⁵². Il paraît pourtant assez clair que cette modification *inter se* de l'article 53 n'est pas permise. En effet, l'article 53 dispose clairement que la sentence *ne peut faire* l'objet d'un appel. La modification de la substance de cet article semble impossible. Le Professeur Christoph Schreuer, expert en matière de

²⁴⁴⁹ DE NANTEUIL (Arnaud), « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *supra* note 690, p. 10.

²⁴⁵⁰ NOUVEL (Yves), « La réforme du système de nomination des arbitres au CIRDI », organisée par Conventions et qui s'est tenue au Ministère des affaires étrangères à Paris le 13 octobre 2015.

²⁴⁵¹ Article 41(1)(b) de la CVDT.

²⁴⁵² International Law Commission, Ébauche commentée des articles sur le droit des traités, *Yearbook of International Law Commission*, vol. II, 1966, p. 235.

procédure CIRDI, a confirmé que les parties au litige ne peuvent mettre en place un mécanisme d'appel car la Convention CIRDI ne le permet pas. Ce dernier affirme que : « *Art. 53 is not open to modification by the parties (see also Art. 43, para. 3). Therefore, the parties may not agree on appeals procedures beyond those provided by the Convention* »²⁴⁵³. De surcroît, selon le Professeur Nouvel, l'article 37(2) de la Convention CIRDI relatif aux arbitres devrait être modifié²⁴⁵⁴. Cependant, une telle modification *inter se* contreviendrait également à l'objet et au but de la Convention CIRDI, car son but est d'établir un forum neutre et dépolitisé pour le règlement des différends relatifs aux investissements et la liberté des parties de désigner leur arbitre fait partie de cet objectif. De plus, il faut également noter que les États membres aux ALE de l'UE ne sont pas tous parties à la Convention CIRDI. C'est le cas de la Pologne et de l'UE elle-même. Par conséquent, il semble impraticable pour l'UE d'opter pour une modification *inter se* de la Convention CIRDI afin d'y introduire un mécanisme d'appel ou d'éliminer la liberté de choix des arbitres par les parties. Un État tiers ne sera donc pas dans l'obligation d'exécuter une sentence rendue par la Cour d'appel en vertu du régime de l'exécution prévu par le CIRDI.

664. Malgré ces observations, certains affirment qu'un amendement de la Convention CIRDI serait le bienvenu afin de permettre aux sentences rendues par la Cour d'investissement d'être qualifiées de « *sentence CIRDI* » et de bénéficier du régime de la Convention²⁴⁵⁵. Néanmoins, il faut considérer qu'un amendement de la Convention CIRDI nécessite le consentement de tous les États membres à cette Convention. Cela n'a jamais eu lieu et semble être une procédure très ambitieuse au regard du nombre d'États membres.

B. Les incertitudes pesant sur l'exécution en vertu de la Convention de New York

665. La communauté internationale s'est toujours efforcée d'établir des mécanismes pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales. La Convention de New York et

²⁴⁵³ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention : A Commentary*, Article 53, § 18, *supra* note 81.

²⁴⁵⁴ NOUVEL (Yves), « La réforme du système de nomination des arbitres au CIRDI », *supra* note 2450.

²⁴⁵⁵ REINISCH (August), « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *supra* note 2424, p. 782.

plusieurs systèmes nationaux ont abandonné le système des « *double exequatur* »²⁴⁵⁶ et l'a remplacé par les motifs limités d'annulation de la procédure²⁴⁵⁷. D'ailleurs, l'UE fait valoir que les décisions rendues par la Cour d'investissement seront considérées comme des « *sentences arbitrales* » malgré la divergence de leurs caractéristiques avec l'arbitrage typique. La position de l'UE est que son mécanisme est considéré comme « *'permanent arbitral body' and hence enforceable, provided of course that the disputing parties had given their consent, which by definition they would have done.* »²⁴⁵⁸ Cependant, le simple fait que l'UE qualifie le tribunal d'investissement d'organe arbitral permanent rendant des « *sentences* » ne soumet pas nécessairement la décision du ICS à la Convention de New York dans les États non contractants. Autrement, les décisions de la CIJ ou les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme seraient également potentiellement exécutoires en vertu de la Convention de New York²⁴⁵⁹.

1. L'objectif de la Convention de New York : le tribunal arbitral permanent

666. La Convention de New York permet la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales « *rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales.* »²⁴⁶⁰ L'exécution sur le territoire d'un État partie ne semble pas soulever de difficultés au regard des obligations imposées au sein

²⁴⁵⁶ Ce mécanisme était particulièrement contraignant pour les parties car elles devaient demander deux fois la reconnaissance de la validité d'une sentence arbitrale. D'abord, la sentence devait être reconnue au lieu de son émission et ensuite au lieu où la mesure d'exécution est demandée. Voir *e.g.* Convention pour la Reconnaissance et L'Exécution des Sentences Arbitrales Étrangères, Genève, 26 septembre 1927, Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. 92, p. 301, article 1 : « *une sentence arbitrale ... sera reconnue et l'exécution de cette sentence sera accordée, conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, lorsque cette sentence aura été rendue dans un territoire relevant ... il sera nécessaire, en outre : que la sentence soit devenue définitive dans le pays où elle a été rendue, en ce sens qu'elle ne sera pas considérée comme telle si elle est susceptible d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation (dans les pays où ces procédures existent), ou s'il est prouvé qu'une procédure tendant à contester la validité de la sentence est en cours* ».

²⁴⁵⁷ Article V de la Convention de New York.

²⁴⁵⁸ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add. 1, Groupe de Travail III, Trente septième session (New York, 1-5 avril 2019), § 32.

²⁴⁵⁹ GALINDO (Alvaro) *et al.*, « The New York Convention's Concept of Arbitration and the Enforcement of the Multilateral Investment Court Decisions », in GOMEZ (Katia) et LOPEZ-RODRIGUEZ (Anna) (eds.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law International, 2019, pp. 460-61.

²⁴⁶⁰ Article I(1) de la Convention de New York.

des ALE de l'UE. Cependant, lorsqu'une partie non contractante à l'ICS souhaite reconnaître une sentence de la Cour d'investissement en vertu de la Convention de New York, elle vérifie que les conditions « *objectives* » prévues par cette Convention sont respectées²⁴⁶¹. À ce stade, la sentence « *shall not be subject to appeal, review, set aside, annulment or any other remedy* »²⁴⁶².

667. Pour que la Convention de New York soit applicable, il faut que la sentence rendue par la Cour puisse être qualifiée de « *sentence arbitrale* » au regard de l'article I(1) de ladite Convention²⁴⁶³. Selon le Professeur Albert Van den Berg, « *[t]he New York Convention itself does not give a definition of what must be understood by an arbitral award.* »²⁴⁶⁴ Cependant l'article I(2) dispose qu'on entend par « *sentences arbitrales* » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues « *par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises* ». La Convention de New York ne définit pas le terme « *organes d'arbitrage permanents* ». Une clarification sur le sens de l'article I(2) semble s'imposer :

It was the Czechoslovakian delegate that proposed Article I(2). The debate then focused on adding the phrase "to which parties have voluntarily submitted". Awards rendered by permanent arbitral bodies would only fall under the Convention if those bodies were not really court of justice – exercising compulsory jurisdiction – irrespective of whether they were called arbitral bodies or not. If a dispute came to a permanent arbitration court on the basis of mandatory law, then

²⁴⁶¹ Article 8.41(5) du CETA ; Article 3.57(7) de l'EVIPA ; Article 30(5) du TTIP.

²⁴⁶² Article 3.57(1)(b) de l'EVIPA ; Article 30(1) du TTIP. Cependant l'article 8.41 du CETA laisse paraître la possibilité pour une partie de remettre en question une sentence rendue par l'ICS devant les juridictions étatiques (« *Une partie au différend peut demander l'exécution d'une sentence définitive : (b) dans le cas d'une sentence définitive rendue conformément au Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou à toutes autres règles applicables en vertu de l'article 8.23.2d), uniquement si l'une ou l'autre des situations suivantes s'applique: i) 90 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et aucune des parties au différend n'a engagé de procédure de rescision ou d'annulation de la sentence.* »).

²⁴⁶³ L'article I(1) de la Convention de New York dispose : « *La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentence nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.* ».

²⁴⁶⁴ VAN DEN BERG (Albert), *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer International Law, 1981, p. 44.

the proceedings were not arbitral but judicial in nature. The delegates agreed that the test was whether the submission was voluntary and a consequence of real freedom of contract: the autonomy of the will. The Belgian representative proposed the insertion of the word 'voluntarily' – an addition that was regarded superfluous by the other delegates – and it was ultimately not included for want of necessity²⁴⁶⁵.

Les rédacteurs de la Convention de New York ont tenté d'écarter de son champ d'application les sentences rendues par les différentes Cours d'arbitrage permanentes et les soi-disant cours étatiques du bloc soviétique après la deuxième guerre mondiale. En vertu de la Convention de New York, un tribunal étatique a le pouvoir de refuser l'exécution d'une sentence arbitrale sur la base de l'ordre public. L'article V(2) de la Convention dispose que : « *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.* »

668. La Convention de New York ne définit pas « *organe d'arbitrage permanent* » et il convient de noter que ces organes permanents d'arbitrage sont peu communs. L'organe permanent d'arbitrage le plus connu est le Tribunal irano-américain des réclamations²⁴⁶⁶, établi en 1981 par l'Iran et les États-Unis afin de résoudre certains litiges entre les nationaux de l'un et de l'autre pays ainsi que des litiges entre les deux pays eux-mêmes²⁴⁶⁷. Cependant, ce Tribunal n'est pas comparable au système de la Cour d'investissement. En effet, ce Tribunal a été créé dans le but de régler les litiges en lien avec la crise de Téhéran et la prise d'otages de l'ambassade américaine en 1979. La Cour mise en place ne nécessitait aucune structure permanente. En effet, l'association du barreau américain (« **ABA** ») décrit le tribunal irano-américain comme différent du mécanisme de l'ICS en particulier en ce qui concerne la phase d'exécution des sentences. Un rapport de l'ABA dispose : « *We are not of the view*

²⁴⁶⁵ PAULSSON (Marike), *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016, p. 121.

²⁴⁶⁶ PANTALEO (Luca), « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *supra* note 2395, pp. 86-87.

²⁴⁶⁷ Déclaration du gouvernement algérien concernant la résolution des litiges entre les États-Unis d'Amérique et la République islamique d'Iran (Déclaration pour la résolution des litiges), 19 janvier 1981, 20 ILM 230 (1981).

that the example of the Iran-U.S. Claims Tribunal can be relied upon to establish enforceability [of ICS awards] unless more clarity in the treaty were to be forthcoming. »²⁴⁶⁸ Si la partie gagnante était un national américain, ce dernier avait la possibilité d'exécuter la sentence à l'encontre de l'Iran et d'obtenir réparation grâce à un fonds de garantie²⁴⁶⁹. Si la partie gagnante était iranienne, dans ce cas il fallait procéder à une procédure d'exécution devant les tribunaux étatiques américains²⁴⁷⁰. Les tribunaux américains ont qualifié le Tribunal irano-américain pour les réclamations de « *permanent arbitral body* », en conformité avec l'article I(2) de la Convention et les sentences ont pu recevoir force exécutoire²⁴⁷¹. D'autre part, la Cour Suprême anglaise dans le litige opposant Dallal à Bank Mellat a refusé d'appliquer la Convention de New York au motif qu'il n'y avait pas de Convention d'arbitrage valide au regard du droit néerlandais. Cependant, elle donna force exécutoire à la sentence en se basant sur le principe de courtoisie internationale²⁴⁷². Un avocat néerlandais a fait remarquer que « *the Tribunal is in essence a special international Court constituted by an international treaty under the law of nations, whose high duties do not suffer control by any national authority.* »²⁴⁷³ Bien que l'article I de l'Accord sur la résolution des réclamations (« **Claims Settlement Agreement** ») se réfère au « *binding third-party arbitration* », l'avocat néerlandais en question soulève que « *there is no objection to calling it 'arbitration', as long as it is understood that it is not private arbitration in the sense of article 620 of the Dutch Code of Civil Procedure.* »²⁴⁷⁴ La nature du Tribunal irano-américain a fait l'objet de vifs débats²⁴⁷⁵

²⁴⁶⁸ American Bar Association, « Investment Treaty Working Group: Task Force Report on the Investment Court System Proposal », *American Bar Association Section on International Law*, 14 octobre 2016, p. 106.

²⁴⁶⁹ SEIFI (Jamal), « State Responsibility for Failure to Enforce Iran-United States Claims Tribunal Awards by the Respective National Courts - International Character and Non-Reviewability of the Awards Reconfirmed », *Journal of International Arbitration*, vol. 16, issue 3, 1999, p. 6.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

²⁴⁷¹ *Ministère de la défense de la République islamique d'Iran c. Gould Inc. et al.*, U.S. District Court (Central District of California), Jugement du 14 janvier 1988, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, p. 763 *et seq.*, VAN DEN BERG (Albert) (ed.), 1989), *Gould Inc., Gould Marketing c. Hoffman Export Corporation, Gould International Inc. c. le Ministère de la défense de la République islamique d'Iran*, U.S. Court of Appeals (9th Cir.), jugement du 23 octobre 1989, 887 F.2d 1357.

²⁴⁷² *Dallal c. Bank Mellat*, UK Queen Bench Division, Jugement, 27 juin 1985, 1986 QB 441.

²⁴⁷³ HARDENBERG (L), « The Awards of the Iran-US Claims Tribunal », *International Business Lawyer*, vol. 12, issue 9, 1984, p. 339.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ CARON (David), « The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution », *American Journal of International Law*, vol. 84,

et certains aspects de cette Cour restent discutés. Notons que les sentences rendues par ce tribunal ont parfois été remises en question mais le fait que les parties n'avaient pas le droit de nommer leurs arbitres (résultant alors à une inégalité des parties dans la composition du Tribunal) n'a jamais été soulevée²⁴⁷⁶. Il n'existe donc pas réellement de précédents concernant les difficultés d'exécution d'une sentence rendue par un organe d'arbitrage permanent.

2. La violation du principe d'égalité

669. Un investisseur succombant aura en principe la possibilité de remettre en question la possible exécution de la sentence en vertu du « *déséquilibre* » entre les parties au litige dans la constitution du tribunal. Cela viole en effet le principe d'égalité des parties, principe affirmé dans un certain nombre de juridictions. Certains commentateurs ont affirmé que cet argument ne pouvait prospérer car l'investisseur est supposé avoir renoncé à se prévaloir d'un tel argument en soumettant volontairement son litige au mécanisme de règlement des différends²⁴⁷⁷. Cependant, certains tribunaux étatiques seraient susceptibles d'adopter la position selon laquelle il s'agit là d'une violation de l'ordre public tel que prévu par l'article V(2) de la Convention de New York. Rappelons que seul l'État a le pouvoir de déterminer la procédure, de nommer les membres du tribunal et de fixer les modalités de paiement et les frais de procédure. Certains tribunaux étatiques ont fait face à des revendications liées au fait qu'une seule partie au litige disposait d'un pouvoir dans le processus de désignation du tribunal. Tel qu'évoqué précédemment, le principe d'égalité est protégé par la Cour de Cassation française en vertu de l'ordre public²⁴⁷⁸. En France, il est possible de demander l'annulation d'une sentence sur le fondement de l'ordre public

issue 1, p. 107 (notant que « *One Dutch commentator has concluded that its [ie the Iran US Claims Tribunal] proceedings are not 'arbitration' as understood under Dutch law.* »).

²⁴⁷⁶ POTESTÀ (Michele), « Investment Arbitration, Challenges and Prospects for The Establishment of a Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement? », in KLAUSEGGER (Christian), KLEIN (Peter) *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, vol. 2018, p. 165.

²⁴⁷⁷ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 62, note de bas de page n° 318.

²⁴⁷⁸ *Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH c. Dutco Consortium Constr. Co.*, Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1992, n° 89-18.708, Bull. 1992 I N° 2 p. 2 (« *Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public et on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige.* »).

en vertu de l'article 1520 du Code de procédure civile²⁴⁷⁹, lorsque *le principe d'égalité des parties* dans la composition du tribunal n'a pas été respecté. On peut alors imaginer qu'une Cour étatique, saisie en vue d'exécuter une sentence arbitrale prononcée en vertu de l'un des ALE européen, adoptant la même position que la Cour de Cassation française, puisse refuser l'exécution de la sentence en vertu du déséquilibre des parties dans la constitution du Tribunal et donc ne pas donner force exécutoire à cette sentence.

670. Une sentence rendue dans le cadre d'un mécanisme similaire à celui de l'ICS a soulevé des difficultés lors de la phase d'exécution. Cette sentence avait été rendue par le TAS. Dans une décision du Tribunal fédéral suisse, *Elmar Gundel c. Fédération Equestre Internationale*²⁴⁸⁰ les juges décident que le TAS ne peut être considéré comme une institution arbitrale indépendante capable de rendre des sentences arbitrales exécutoires car le Comité internationale (« CIO ») partie au litige finançait et disposait d'un pouvoir de contrôle sur le TAS. Ainsi, les pouvoirs judiciaire et exécutif étaient en l'espèce confondus, ce qui a donné lieu à une remise en question de l'indépendance du TAS. Cette décision a entraîné une refonte de la structure, de l'organisation et du financement du TAS²⁴⁸¹. Il faut remarquer qu'une des différences majeures avec l'ICS réside dans le fait que les sportifs n'ont pas d'autre choix que d'aller devant le TAS pour la résolution des litiges relatifs au domaine du sport, alors que dans les ALE, les investisseurs ont le choix et peuvent porter leur litige devant les tribunaux étatiques (bien que cette option ne soit pas très attractive).

3. Caractéristiques distinguant l'arbitrage et le règlement judiciaire en droit international

671. Une sentence rendue par la Cour d'investissement pourra également faire l'objet de la critique selon laquelle il ne s'agit pas d'une sentence arbitrale mais d'une décision rendue par un organe judiciaire d'une Cour internationale et donc inexécutable en vertu

²⁴⁷⁹ L'article 1520 du Code de Procédure civile français dispose que : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si : 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.* ».

²⁴⁸⁰ *G. c. Fédération Equestre Internationale et le tribunal arbitral du sport* (« TAS »), 1993 ; Arrêt Du Tribunal Fédéral Suisse, 1st Civil Division, 15 mars 1993.

²⁴⁸¹ MCLAREN (Richard), « The Court of Arbitration for Sports », in NAFZIGER (James) *et al.* (eds.), *Handbook on International Sports Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 33.

de la Convention de New York²⁴⁸². Bien qu'un investisseur puisse soumettre la procédure à la Convention CIRDI, au Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI ou au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de nombreux aspects de cette procédure laissent à penser que la Cour d'investissement est un organe quasi judiciaire. En effet, dans le *Concept Paper*, la Commission décrit la Cour d'investissement comme étant une Cour « *like other international judicial institutions* »²⁴⁸³. Dans le rapport *Trade for All*, la Commission décrit le nouveau régime comme « *a public Investment Court System composed of a Tribunal of first instance and an Appeal Tribunal operating like traditional courts* »²⁴⁸⁴. La Cour d'investissement est décrite par la Commission comme ayant le pouvoir de nommer « *des juges hautement qualifiés* », comparables aux « *membres des juridictions internationales permanentes, telles que la Cour internationale de justice et l'organe d'appel de l'OMC* »²⁴⁸⁵. Le Parlement européen clarifie ce point en précisant que l'ICS consistera en « *publicly appointed, independent professional judges* » se trouvant au sein d'un « *appellate mechanism, where consistency of judicial decisions is ensured* »²⁴⁸⁶. Il faut savoir que l'UE, y compris la Commission et le Parlement, considère elle-même l'ICS comme un organe judiciaire permanent, plus proche des tribunaux internationaux tels que la Cour internationale de justice. De toute évidence, une fois que la Commissaire Malmström a condamné le système existant de RDIE, il est devenu « *l'acronyme le plus toxique en Europe* »²⁴⁸⁷, évoquant un manque de confiance fondamental et généralisé - au moins dans l'UE il serait très difficile, voire politiquement impossible, de revenir à ce système, quelles que soient les pressions exercées par un État, le barreau d'arbitrage et d'autres entités similaires.

²⁴⁸² NAPPERT (Sophie), 2015 EFILA Inaugural Lecture, « Escaping from Freedom? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism », 26 novembre 2015, p. 8 (« *A valid argument can be made that, as the process currently contemplated is not arbitration, the decisions rendered by the Tribunal are not arbitration awards – no matter what label is put on them – and therefore not covered by the New York Convention.* »).

²⁴⁸³ Concept Paper, p. 9.

²⁴⁸⁴ Commission, « Trade for All - Towards a More Responsible Trade and Investment Policy », Rapport, Publications Office of the European Union, Union européenne, Luxembourg, 2015, p. 21.

²⁴⁸⁵ *Ibid.*

²⁴⁸⁶ Parlement européen, Résolution de 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne sur les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) (2014/2228(INI)).

²⁴⁸⁷ AMES (Paul), « ISDS: The Most Toxic Acronym in Europe », *supra* note 261.

672. Du même avis que la Commission Européenne, certains commentateurs ont décrit la Cour d'investissement comme étant un organe qualifié de « *court-like body* » ou « *semi-permanent judicial body* »²⁴⁸⁸. L'existence d'une structure permanente composée de juges permanents est en contradiction avec la possibilité pour les parties de choisir leurs arbitres et c'est cela qui est souvent considéré comme l'élément permettant de différencier l'arbitrage de la justice étatique²⁴⁸⁹. Les commentateurs juridiques ont pointé du doigt le défaut d'autonomie des parties faisant de l'arbitrage ICS un mécanisme qu'il est difficile de faire passer pour un arbitrage auprès de certains États tiers²⁴⁹⁰. Le Professeur Gary Born définit l'arbitrage international comme « *un processus par lequel les parties soumettent consciemment un différend à un décideur non gouvernemental, choisi par ou pour elles, pour rendre un règlement contraignant de ce différend conformément à un processus juridique offrant aux parties la possibilité d'être entendues* »²⁴⁹¹. Le droit des parties au litige de désigner le tribunal étant une caractéristique importante de l'arbitrage, il serait difficile de considérer l'ICS comme un arbitrage. Cette idée est renforcée avec l'absence de la base *ad hoc* au cas par cas des procédures d'arbitrage typiques. Selon le Professeur Born, l'arbitrage diffère d'un tribunal en ce que « *that there is no standing or pre-established 'court' or tribunal to which disputes generally may be submitted.* »²⁴⁹². D'autre part, une cour internationale quant à elle est définie par *Black's Law Dictionary* comme étant « *une*

²⁴⁸⁸ Voir e.g. LAVRANOS (Niko), « Profiting from Anti-ISDS Propaganda », *supra* note 271 (décrit l'ICS comme étant une « *hybrid semi-permanent court like body* ») ; ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 11 (« *The innovative proposal of the European Commission marks a clear rupture with the classic system of ISDS which commonly relies on treaty-based arbitrations and abandons altogether the use of arbitral tribunals in favour of semi-permanent quasi-judicial bodies.* ») ; YANG (Hyo Eun), « The EU's Investment Court System and Prospects for a New Multilateral Investment Dispute Settlement System », *Korea Institute for International Economic Policy*, 12 octobre 2017, p. 45 (ICS « *presents a domestic and international court-like dispute settlement system* »).

²⁴⁸⁹ Voir AMERASINGHE (Chittaranjan), *Jurisdiction of International Tribunals*, *supra* note 1445, pp. 19-20.

²⁴⁹⁰ PANTALEO (Luca), « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *supra* note 2397, pp. 85-87 ; TITI (Catherine), « The European Union's Proposal for an International Investment Court », in *EU, Investment Treaties, and Investment Treaty Arbitration - Current Developments and Challenges*, TDM, vol. 14, issue 1, 2017, p. 27 (note que la procédure d'exéquatur d'une sentence rendue par l'ICS est dépendante des dispositions de l'accord, accord auquel les tierces parties ne sont pas obligées).

²⁴⁹¹ BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, *supra* note 1624, p. 50 (traduction) (« *arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, chosen by or for them, to render a binding resolution of that dispute in accordance with adjudicatory procedures affording the parties an opportunity to be heard* »).

²⁴⁹² BORN (Gary), *International Commercial Arbitration*, *supra* note 1624, p. 1639.

instance avec autorité jurisprudentielle créée par un traité ou par une organisation internationale qui entend et pose un jugement selon le droit international »²⁴⁹³.

673. Étant donné que la composition de l'ICS est présélectionnée sur la base de membres permanents à durée déterminée, sans que le demandeur ou le défendeur n'aient leur mot à dire sur la composition, et que les États défendeurs exercent une influence sur le processus d'élection, il serait difficile de considérer l'ICS comme un arbitrage. Cette idée est renforcée par l'incapacité des parties à nommer (directement ou indirectement) l'arbitre de leur choix, caractéristique de l'arbitrage, et l'absence du format cas par cas d'un arbitrage caractéristique. Par conséquent, le manque d'autonomie des parties dans le système de l'ICS est susceptible de mener à la qualification de décision judiciaire plutôt que de sentence arbitrale suivant l'article I de la Convention de New York.

4. L'impact de la soustraction à l'Article V de la Convention de New York

674. En outre, les États tiers pourraient considérer que l'appel offert par l'ICS empêche la reconnaissance de cette sentence en vertu de la Convention de New York. Cette dernière prévoit que les sentences arbitrales sont finales et ne peuvent être annulées qu'en vertu d'un nombre limité de motifs explicités dans la Convention²⁴⁹⁴. La Cour d'appel peut revoir, modifier et même renverser la sentence sur des fondements larges incluant l'erreur sur les faits et ou sur le droit ; cette disposition ajoute donc à la procédure un examen complémentaire des décisions rendues par le tribunal de première instance. La permanence de cette Cour composée de juges permanents nommés par les États signataires de la Convention, le manque d'autonomie des parties, l'inégalité de ces dernières dans la constitution du tribunal ainsi que la possibilité d'interjeter appel de la décision de première instance font naître un doute sérieux sur la nature arbitrale de l'ICS d'autant plus que l'UE elle-même la qualifie de « *Cour* »²⁴⁹⁵. Ces éléments permettent à un État tiers d'exclure l'application de la

²⁴⁹³ GARNER (Bryan), *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, 2014, p. 433 (traduction).

²⁴⁹⁴ Voir les articles III et V de la Convention de New York ; voir NAPPERT (Sophie), « Escaping from Freedom? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism », *The 2015 EFILA Inaugural Lecture*, Bruxelles, 26 novembre 2015, p. 12 (exprime l'idée selon laquelle « [t]he proposed appeal mechanism is not consonant with arbitration as contemplated by the [New York Convention], and Article 30 [of the TTIP] cannot unilaterally change that fact. »).

²⁴⁹⁵ POTESÀ (Michele), « Investment Arbitration, Challenges and Prospects for The Establishment of a Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement? », *supra* note 2476, pp. 163-164 (« *If the*

Convention de New York et donc de mettre en danger l'efficacité de l'exécution des sentences rendues par la Cour d'investissement.

675. Les ALE pris par l'UE imposent aux tribunaux étatiques des États membres de renoncer à la possibilité d'annuler les sentences rendues, ce qui crée un certain nombre d'incertitudes. En effet, les dispositions concernant la Cour d'investissement ne permettent pas la remise en question d'une sentence rendue par cette dernière par un tribunal étatique, les sentences sont finales et « *shall not be subject to appeal, review, set aside, annulment or any other remedy* »²⁴⁹⁶. Les États non parties à ces accords ne sont pas tenus par cette disposition et ont la possibilité d'appliquer leur droit national en matière d'arbitrage ainsi que la Convention de New York. Il faut alors se demander si les parties au litige peuvent renoncer elles-mêmes à l'application de l'article V de la Convention de New York ou si les ALE européens fournissent un principe de renonciation effectif à l'application de telles dispositions. L'article V(1) de la Convention de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution des sentences peuvent être refusées « *sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée.* » Cette disposition suggère que les parties sont libres de s'abstenir de soulever l'article V(1). Néanmoins ce même article stipule que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence peuvent être refusées si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve que le litige n'est pas arbitral ou que l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public. Cela implique que les tribunaux étatiques peuvent soulever les motifs de l'article V (2) à leur gré, bien que les parties se soient mises d'accord sur une renonciation à l'article V de la Convention. Par ailleurs, il n'existe pas d'interprétation uniforme sur

composition of the ITI were to rely on a number of tenured members nominated by States, a claimant investor would, unlike in investor-State arbitration, have no say on the ITI's composition, while the respondent State would have some influence during the members' election process. If one were to follow notions of arbitration that place prominence on the disputing parties' right to (directly or indirectly) appoint the tribunal as a characteristic feature of arbitration, it would be difficult to consider the ITI as arbitration. This conclusion would be reinforced by the fact that the ITI would also lack the case-by-case format typical of arbitration. »).

²⁴⁹⁶ Article 3.57(1)(b) de l'EVIPA ; Article 30 du TTIP. Cependant, l'article 8.41 du CETA laisse paraître la possibilité d'une remise en question d'une sentence par un tribunal étatique. (« *Une partie au différend peut demander l'exécution d'une sentence définitive : dans le cas d'une sentence définitive rendue conformément au Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou à toutes autres règles applicables en vertu de l'article 8.23.2 d), uniquement si l'une ou l'autre des situations suivantes s'applique : i) 90 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et aucune des parties au différend n'a engagé de procédure de révision ou d'annulation de la sentence* »).

l'application de la Convention de New York et la possibilité de renoncer à certaines de ses dispositions²⁴⁹⁷. Par conséquent, il semble peu probable que la disposition contenue dans les ALE de l'UE puisse avoir force de renonciation dans le cadre de toutes les procédures d'exécution intentées à l'égard des décisions rendues dans le contexte de ces traités. Chaque tribunal étatique aura le pouvoir d'émettre ses propres opinions sur la question de la renonciation aux motifs d'annulation d'une sentence et ce, conformément à sa loi étatique.

676. Si les décisions de la Cour d'investissement ne sont pas considérées comme de nature arbitrale à cause de ses aspects fortement calqués sur un tribunal judiciaire, les chances pour que ses sentences puissent être exécutées de façon efficace sont faibles. Contrairement aux sentences arbitrales, il n'existe pas de régime international uniforme permettant l'exécution des jugements rendus par une Cour internationale.²⁴⁹⁸ Une décision internationale sera exécutoire en vertu des règles spécifiques prévues par l'ICS, ce qui veut dire que les États non parties à l'ICS ne seront pas dans l'obligation de reconnaître et de donner force exécutoire à de telles décisions. Ainsi, on peut légitimement se demander s'il ne conviendrait pas de créer un instrument permettant la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les Cours d'investissement. Si l'on se penche sur les récentes Conventions comme la Convention de Maurice ou celle de la Haye, il semble compliqué d'imaginer le succès d'un instrument portant sur la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par les Cours d'investissement.

CONCLUSION

677. La proposition d'établir des Cours d'investissement constitue une tentative de l'UE d'inclure le mécanisme de résolution des différends investisseurs-États dans son champ d'action politique, tout en tentant de remédier aux critiques soulevées à l'égard du système de RDIE actuel. Il convient également de noter que l'UE tente de répondre à la vague de protestations anti-RDIE sans consulter tous les acteurs impliqués dans le domaine, entre autres les experts juridiques. La Commission Européenne s'est

²⁴⁹⁷ CALAMITA (N. Jansen), « The (In)compatibility of Appellate Mechanisms with Existing Instruments of the Investment Treaty Regime », *supra* note 2442, p. 37.

²⁴⁹⁸ POTESTÀ (Michele), « Investment Arbitration, Challenges and Prospects for The Establishment of a Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement? », *supra* note 2476, p. 159.

précipitée dans la création d'un nouveau système ambitieux mais sans préalablement procéder à une analyse de fond sur les complexités légales de ce système.

678. L'ICS est un projet ambitieux, qui contient un certain nombre d'innovations souhaitables. C'est le cas notamment de l'allocation des coûts et la transparence. Toutefois, les critiques de ce nouveau système se demandent si une telle réforme est nécessaire, pensant qu'il faudrait plutôt opter pour des changements moins drastiques du système actuel en procédant par exemple à une institutionnalisation du système *ad hoc* d'arbitrage d'investissement. L'ICS a pour objectif précis d'institutionnaliser les litiges entre investisseurs et États. Ce nouveau dispositif tente de judiciaireiser la procédure afin d'éliminer les aspects propres à l'arbitrage privé.

679. La création des Cours d'investissement n'est pas exempte de critiques et soulève un grand nombre d'incertitudes légales. La principale difficulté réside dans la question de savoir si une Cour d'investissement est un « *tribunal arbitral* » étant donné l'impossibilité pour les parties de nommer les arbitres, le déséquilibre dans les pouvoirs alloués à chacune d'elles dans la constitution du tribunal ainsi que la nature judiciaire de la Cour composée de juges permanents et d'un organe d'appel. L'ICS écarte certains aspects propres à l'arbitrage pour n'en garder que son plus grand avantage : la procédure facilitée de reconnaissance et d'exécution des sentences. Cependant, le doute pesant sur la possible non-exécution des sentences par les États tiers affaiblit la légitimité et l'efficacité de l'ICS. Tel que cela a été démontré, la procédure d'exécution des sentences rendues pas les Cours d'investissement, hors États parties, est susceptible de faire face à un nombre d'obstacles important.

680. Par ailleurs, la composition de la Cour semble également poser problème. Les qualifications attendues et les restrictions imposées aux juges membres auront pour effet d'amenuiser le nombre de candidats potentiels, en mettant notamment de côté les praticiens conseils dans les litiges d'investissement. Ce processus de sélection aura pour conséquence de politiser la nomination des juges en faveur de praticiens connus pour être pro-États hôtes. Cela contrarie l'une des aspirations de cette Cour, qui est de créer un forum indépendant et impartial. En ce qui concerne les juges, la composition des Cours d'investissement cherche à s'émarger des critiques habituelles à l'égard des arbitres. Mais au regard du processus de nomination, de la possibilité pour ces derniers

de voir leur mandat renouvelé, des liens possibles avec certains gouvernements et des qualifications attendues, le doute persiste. De plus, l'établissement d'un mécanisme d'appel est plutôt mal conçu car les motifs susceptibles de fonder l'appel ne sont pas clairement définis. Cela ne semble pouvoir mener qu'à l'allongement de la longueur des procédures et des coûts engendrés par cette dernière. En outre, il n'existe aucune garantie selon laquelle l'ICS parviendra à générer une cohérence et une prévisibilité des décisions rendues. La croissance exponentielle des traités bilatéraux conclus par l'UE contenant une Cour aboutira à l'existence de nombreuses interprétations différentes sur des points de droit ou de faits similaires. Cela risque d'aboutir à des tensions entre les décisions rendues dans le cadre d'une procédure CIRDI et le système d'arbitrage d'investissement actuel. Cela contrevient à l'ambition de créer un droit international de l'investissement cohérent et harmonisé. Il existe des interrogations sur la capacité de l'ICS à remédier aux inconvénients et critiques du système actuel de RDIE, et il me paraît donc regrettable que cette Cour n'ait pas fait l'objet d'analyses approfondies par l'UE.

TITRE 2. LA RÉFORME DU SYSTÈME DE RDIE VISANT LE MAINTIEN À TRAVERS L'AMÉLIORATION

681. Ces dernières années, les universitaires se sont engagés dans des débats animés afin de déterminer s'il convient de conserver, d'abandonner ou de réformer le RDIE²⁴⁹⁹. Dans son article de 2018 intitulé « *Rethinking ISDS* », le Professeur George Kahle III a posé la question de savoir « *whether [ISDS] is so broken that it cannot be fixed without tearing it down and starting over* »²⁵⁰⁰. Le Professeur Sornarajah, un éminent critique du système existant, a plaidé pour la nécessité de « *recommencer à zéro en matière de droit international des investissements* »²⁵⁰¹. Selon lui, « *faire table rase du passé semble être la seule voie possible* »²⁵⁰². Certains ont suggéré que les investisseurs abandonnent complètement le règlement des différends internationaux et aient exclusivement recours aux tribunaux nationaux²⁵⁰³. Le Professeur Stephan Schill

²⁴⁹⁹ Voir e.g. CAMPBELL (Christian), NAPPERT (Sophie) et NOTTAGE (Luke), « Assessing Treaty-based Investor-State Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform? », *TDM*, vol. 11, issue 1, janvier 2014 ; BUTLER (Nicolette), « In Search of a Model for the Reform of International Investment Dispute Resolution: an Analysis of Existing International and Regional Dispute Settlement Mechanisms », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014 ; BROWER (Charles N.) et STEPHAN (Schill), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law », *supra* note 291 ; CONSTAIN (Silvia), « ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood », *supra* note 289, pp. 344-350 ; GARCIA (Luiz), « Making Impossible Investor-State Reform Possible », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 424-436 ; TORAL (Mehmet) et SCHULTZ (Thomas), « 'History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration Will Survive the 'New Revolution' », in WAIBEL (Michael) et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 577-602 ; SAULINO (James) et KALLMER (Josh), « The Emperor has no Clothes: A Critique of the Debate Over Reform of the ISDS System », *supra* note 1054, pp. 560-566 ; SCHILL (Stephan), « The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 621-652 ; PELLET (Alain), « Annulment *Faute de Mieux* - Is There a Need for an Appeals Facility? », in CALAMITA (N. Jansen), EARNEST (David) et BURGSTALLER (Markus) (dir.), *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, Investment Treaty Law Current Issues IV, British Institute of international and Comparative Law, 2013, pp. 255-274.

²⁵⁰⁰ KAHLE III (George), « Rethinking ISDS », *TDM*, vol. 15, issue 5, octobre 2018, p. 6.

²⁵⁰¹ MUTHUCUMARASWAMY (Sornarajah), « Starting Anew in International Investment Law », *Columbia FDI Perspectives*, Perspectives on topical Foreign Direct Investment Issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, no. 74, 16 juillet 2012.

²⁵⁰² MUTHUCUMARASWAMY (Sornarajah), *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 408.

²⁵⁰³ Voir e.g. Group of the Progressive Alliance of Socialists and Democrats in the European Parliament, S&D Position Paper on Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in Ongoing Trade Negotiations, 4 mars 2015, p. 3 (« *In agreements with countries that have fully functioning legal systems and in which no risks of political interferences in the judiciary or denial of justice have been identified, ISDS is not mandatory.* »).

et le Professeur Geraldo Vidigal soutiennent que « *there is no need to start from scratch in order to develop concrete proposals for ISDS reform.* »²⁵⁰⁴ La CNUCED suggère que les objections « *pourraient être résolues en améliorant les procédures de règlement des différends* »²⁵⁰⁵, en « *réformant le règlement des différends relatifs aux investissements* » et en révisant la procédure d'arbitrage du CIRDI²⁵⁰⁶.

682. En examinant une réforme ou un rééquilibrage du droit international de l'investissement et du système du RDIE, il faut toutefois faire la distinction entre le fond, c'est-à-dire le droit international des investissements, et la procédure. De nombreux États ont tendance à percevoir les problèmes du système existant comme relativement modérés en suggérant, par exemple, que les préoccupations soulevées ne relèvent que de pures perceptions plutôt que de la réalité. Ainsi, le Chili a imploré le groupe de travail de la CNUDCI de remplir son mandat « *sur la base de faits et non de perceptions* »²⁵⁰⁷, en avançant que les préoccupations relatives aux décisions incohérentes sont une conséquence naturelle et positive de la nature bilatérale des traités d'investissement²⁵⁰⁸. De plus, la Russie a fait valoir que « *l'objectif d'UNICTRAL est d'améliorer le droit commercial international, et non de travailler avec l'opinion publique* »²⁵⁰⁹ et que la capacité des parties à conclure des accords particuliers est « *un avantage du système et non un inconvénient.* » Les États proposant une réforme progressive de l'arbitrage entre investisseurs et États ne nient pas ses lacunes : ils affirment seulement que les avantages l'emportent sur les inconvénients. Les deux principaux partisans de la réforme progressive sont le Japon et les États-Unis. Comme l'a souligné Stephan Schill, « *[s]everal states (including the United States and*

²⁵⁰⁴ SCHILL (Stephan) et VIDIGAL (Geraldo), « Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis », in BAETENS (Freya) et BISMUTH (Régis) (eds.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, issue 3, Brill Nijhoff, 2019, p. 316.

²⁵⁰⁵ UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2005, p. 53.

²⁵⁰⁶ Voir Propositions d'amendement des règlements du CIRDI, Document de travail n°4, vol. 2, février 2020.

²⁵⁰⁷ Les enregistrements des sessions du groupe de travail de la CNUDCI étant disponibles sans transcription, une compilation des citations pertinentes, y compris celles utilisées dans cet essai, peut être consultée à partir de : ROBERTS (Anthea) et BOURAOU (Zeineb), « UNCITRAL and ISDS Reforms: What are States' Concerns ? », *EJIL: TALK!*, 5 juin 2018.

²⁵⁰⁸ *Idem.*

²⁵⁰⁹ Intervention de la Fédération de Russie lors de la 35ème session du Groupe de travail III (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) 23-27 avril 2018, New York, Enregistrements audio du 26 avril 2018, 15h.

Japan) favour reforming investor-state arbitration incrementally instead of creating a permanent court, as exemplified by the Agreement for Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP). »²⁵¹⁰

683. Pour certains pays, les réformes progressistes et systémiques ne suffiront jamais à redresser les problèmes inhérents au système - un changement de paradigme serait nécessaire. Le Brésil et l’Afrique du Sud, notamment, rejettent la légitimité et l’utilité des actions directes des investisseurs étrangers contre les États, qu’elles soient recevables par des tribunaux d’arbitrage ou des cours étatiques. Le Brésil a déclaré ne jamais avoir ratifié de traités d’investissement en raison de ses inquiétudes vis-à-vis de l’arbitrage investisseur-État, qui impose notamment une « *discrimination against national investors who do not have the chance to resort to international arbitration and must tackle any issues within the domestic courts.* »²⁵¹¹ De même, l’Afrique du Sud a décrié les coûts exorbitants que représentent les procédures arbitrales et a noté que « *[d]omestic investors cannot initiate an ISDS dispute [as this] is a privilege for foreign investors only, which raises the question of equal access to justice.* »²⁵¹² Pourtant, si le processus de réforme consistant à se centrer sur le problème a été déclenché, il est néanmoins limité à un point précis, le mandat du GT III de la CNUDCI se limitant aux règles de procédure et non aux questions de fond sous-jacentes aux

²⁵¹⁰ SCHILL (Stephan) et VIDIGAL (Geraldo), « Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis », *supra* note 2504, p. 320. Il convient de noter que peu d’universitaires considèrent que les réformateurs systématiques favorisent le tribunal d’investissement et le mécanisme d’appel, tandis que les progressistes considèrent que l’ISDS n’est pas sérieusement défectueux et ne favorisent qu’une réforme incrémentale ; voir aussi ROBERTS (Anthea), « Incremental, Systematic, and Paradigm Reform of Investor-State Arbitration », *American Society of International Law*, vol. 112, issue 3, p. 410 (« *1. Incrementalists view the criticisms of the current system as overblown and argue that investor-state arbitration remains the best option available. Hence, they favor retaining the existing dispute resolution system but instituting modest reforms that would redress specific concerns. 2. Systemic reformers see merit in retaining investors’ ability to file claims directly on the international level, but view investor-state arbitration as a seriously flawed system for dealing with such claims. They champion more significant, systemic reforms, such as replacing investor-state arbitration with a multilateral investment court and an appellate body.* »).

²⁵¹¹ Intervention du Brésil à la 34^{ème} session, Groupe de travail III (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) 27 novembre - 1^{er} décembre 2017, Vienne, Enregistrements audio du 28 novembre 2017, 15h.

²⁵¹² Intervention de l’Afrique du Sud à la 34^{ème} session, Groupe de travail III (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) 27 novembre - 1^{er} décembre 2017, Vienne, Enregistrements audio du 28 novembre 2017, 17h.

traités d'investissement. Cependant, les problèmes fondamentaux du système ne peuvent être résolus sans une réforme des règles substantielles²⁵¹³.

684. Ce titre fournira une analyse approfondie des implications de certaines propositions de réformes structurelles procédurales (Chapitre 1) et substantielles (Chapitre 2) devant être entreprises avant la mise en œuvre de toute réforme. Le système du RDIE constitue une composante essentielle du commerce et des investissements internationaux. Par conséquent, les changements apportés au système sont porteurs d'effets de grande portée devant être évalués de manière systématique et toute réforme procédurale doit être bien ciblée plutôt que de devoir procéder à une refonte drastique du système. C'est donc l'évolution et non la révolution qui en substance devrait être l'approche adoptée pour toute réforme du RDIE.

²⁵¹³ Voir ROBERTS (Anthea) et ST. JOHN (Taylor), « UNCITRAL and ISDS Reforms: Agenda-Widening and Paradigm-Shifting », *EJIL: Talk!*, 20 septembre 2019.

CHAPITRE 1. UNE RÉFORME CIBLÉE DU RDIE

685. Alors que certains États et universitaires plaident pour l'éradication du système du RDIE, d'autres préfèrent une réforme de l'arbitrage d'investissement par le biais de changements ou d'améliorations *incrémentielles*, c'est-à-dire une réforme évitant la fondation d'un nouveau système. En effet, la plupart des propositions de réformes alternatives, telles que résumées par la CNUCED dans une note récente sur les AII, sont modérées et visent des changements progressifs en fixant et/ou en ajoutant de nouveaux éléments au mécanisme existant²⁵¹⁴. En outre, elles s'articulent principalement autour de la réforme de l'institution du RDIE, plutôt que de présenter des propositions sur le fond des relations entre investisseurs et États. Cette situation est prévisible dans la mesure où il est difficile de fournir une base normative solide permettant l'élaboration de normes de fond concrètes et universellement acceptables en matière de relations entre investisseurs et États, étant donné les opinions souvent divergentes sur les limites appropriées à apporter à la conduite des affaires par les gouvernements.

686. Ce chapitre aborde les propositions de réforme principalement liées au résultat de la procédure d'arbitrage et, en particulier, à l'incohérence des décisions arbitrales, au manque de prévisibilité et aux outils limités permettant de garantir l'exactitude des décisions arbitrales. En vue de déterminer quelle est la réforme idéale, le présent chapitre constitue un aperçu des modèles de réforme permettant d'atteindre l'objectif d'une jurisprudence plus cohérente. Ces modèles peuvent être divisés en deux sous-groupes, d'une part les instruments de réforme en amont de la sentence (Section 1), d'autre part, les instruments de réforme spécifiquement adaptés aux besoins du contrôle a posteriori ou du mécanisme d'appel (Section 2). La présentation et l'analyse de ces différents modèles de réforme permettront de comprendre en profondeur les concepts qui les sous-tendent et de les évaluer. En comparant les différentes approches et en les mettant en balance les unes avec les autres, la voie la plus prometteuse et préférable pour résoudre le problème de l'incohérence présumée de l'arbitrage d'investissement sera finalement déterminée.

²⁵¹⁴ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: a Stocktaking*, IIA Issues Note, Issue 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3, mars 2019, p. 5 (les propositions visent notamment à améliorer la procédure d'arbitrage, à limiter l'accès des investisseurs et à introduire une procédure d'appel).

SECTION 1. RÉFORME PRÉALABLE AU PRONONCÉ DE LA SENTENCE

687. Avant qu'une décision arbitrale ne soit rendue, il existe certaines mesures destinées à atténuer le risque d'incohérence des sentences, à savoir le système de décision préjudicielle (I) et l'examen préalable de la sentence (II). Les avantages et les inconvénients de ces propositions sont examinés ci-dessous.

I. LE SYSTÈME DE RENVOI PRÉJUDICIEL

688. Un système de renvoi préjudiciel comme action préventive est apparu comme une solution aux problèmes de cohérence et d'uniformité²⁵¹⁵, plutôt que de « *repair[ing] the damage after it has occurred* »²⁵¹⁶. Le GT III de la CNUDCI a depuis lors considéré le renvoi préjudiciel comme une proposition de réforme par laquelle « *arbitral tribunals should be allowed to refer any question concerning the application and interpretation of a legal matter to a specific body.* »²⁵¹⁷ En effet, la proposition n'est pas nouvelle et l'utilisation d'un mécanisme de décision préjudicielle dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, par lequel un tribunal d'investissement demande à un organe permanent de rendre une décision préjudicielle sur une question de droit des investissements non résolue, a déjà fait l'objet d'une étude²⁵¹⁸. Cette

²⁵¹⁵ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence*, *supra* note 689, p. 379.

²⁵¹⁶ SCHREUER (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », *supra* note 676, p. 400.

²⁵¹⁷ Note du Secrétariat, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE): constances et questions connexes, trente-sixième session, Vienne, 29 octobre - 2 novembre 2018, Nations Unies, A/CN.9/WG.III/WP.150, p. 17 ; voir aussi Note du Secrétariat, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Vienne, 29 octobre - 2 novembre 2018, Nations Unies, A/CN.9/WG.III/WP.149, p. 9 (« *Un système permettant l'examen préalable des sentences arbitrales pourrait aussi être envisagé. L'examen des sentences est prévu par le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Ce système a été souvent décrit comme utile en ce sens qu'il est censé améliorer la qualité et, par conséquent, le caractère exécutoire des sentences. On pourrait concevoir un système similaire pour assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE* »).

²⁵¹⁸ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences? », in GAILLARD (Emmanuel) et BANIFATEMI (Yas) (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing Inc., 2004, p. 221 (« *Another possible solution may be to introduce a consultative mechanism at the level of the arbitration proceedings. Any ICSID tribunal could request guidance about legal issues from a permanent consultative body ... If properly designed, such a mechanism would ensure consistency, without the drawbacks of a full-fledge appellate procedure.* ») ; KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, Section V.D.4.a (examinant, dans le contexte d'une future cour multilatérale d'investissement, de la possible création d'un panel autorisé à renvoyer certaines questions soit à un organe séparé établi à cette fin, soit à une chambre spéciale de la cour multilatérale d'investissement). Voir généralement KAUFMANN-

section présente le système conçu de manière abstraite (A) ainsi que les avantages et les défis de cette proposition de réforme (B).

A. La proposition de réforme : entre nouveauté, continuité et emprunts

689. Le système de décision préjudicielle vise à éliminer les divergences résultant du fait que le système du RDIE se compose d'« *un grand nombre de tribunaux différemment composés* »²⁵¹⁹. L'idée a été introduite pour la première fois par le Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler qui a observé :

*Another possible solution may be to introduce a consultative mechanism at the level of the arbitration proceedings. Any ICSID tribunal could request guidance about legal issues from a permanent consultative body ... If properly designed, such a mechanism would ensure consistency, without the drawbacks of a full-fledge appellate procedure*²⁵²⁰.

Les professeurs Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà ont défini la procédure préjudicielle comme une demande de renvoi par laquelle une juridiction « *refers a decision on a specific issue arising in pending proceedings to another court, normally seeking the interpretation of a legal norm from the other court.* »²⁵²¹ La procédure est généralement suspendue en attendant la décision de la seconde juridiction, qui lie généralement le tribunal requérant. Ce tribunal intégrera ensuite le contenu de la décision dans sa propre décision. Plus précisément, les tribunaux arbitraux seraient investis d'un droit et d'un devoir de « *suspend proceedings and request a ruling [on a question of law] from a body established for that purpose.* »²⁵²² Une question

KOHLER (Gabrielle), « In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal », *TDM*, vol. 2, issue 5, novembre 2005, p. 8 ; KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », The 2006 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, vol. 23, issue 3, 2007, p. 378 ; SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 23 ; SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, pp. 207-212 ; DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689.

²⁵¹⁹ SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *idem*, p. 208.

²⁵²⁰ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences? », *supra* note 2518, p. 221.

²⁵²¹ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESITÀ (Michele), *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, European Yearbook of International Economic Law - Special Issue, Springer International Publishing, 2020, p. 97, § 202.

²⁵²² SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 24.

présentant un enjeu immédiat comprend des questions juridiques fondamentales, nouvelles ou déjà litigieuses²⁵²³. Selon le Professeur Schreuer, une demande de décision préjudicielle précéderait une procédure intérimaire dans le cas où :

*[A] tribunal is faced with a fundamental issue of investment treaty application, a situation where it wants to depart from a decision by a previous tribunal or where there are conflicting previous decisions*²⁵²⁴.

Les professeurs Stephan Schill et Geraldo Vidigal ont également fait remarquer que ces demandes peuvent porter sur des normes procédurales communes telles que la transparence, la participation de tiers, l'administration de la preuve, ainsi que sur l'interprétation de normes substantielles²⁵²⁵.

690. La raison derrière la proposition d'un système de renvoi préjudiciel s'inspire fortement du succès²⁵²⁶ de la CJUE²⁵²⁷. Le modèle de la CJUE et les enseignements tirés des mécanismes de renvoi préjudiciel existants sont utiles pour comprendre comment le système de renvoi préjudiciel pourrait être adapté au RDIE. Le mécanisme de renvoi préjudiciel de l'UE est contenu dans le TFUE et prévoit que la CJEU rendra des décisions préjudicielles à la demande d'une juridiction nationale²⁵²⁸. Ce modèle a servi d'inspiration pour l'introduction proposée du mécanisme dans le cadre du

²⁵²³ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 380.

²⁵²⁴ SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, pp. 24-25 ; SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 211.

²⁵²⁵ SCHILL (Stephan) et VIDIGAL (Geraldo), « Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis », *supra* note 2504, p. 335.

²⁵²⁶ VIRZO (Roberto), « The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, issue 2, 2011, p. 285.

²⁵²⁷ REINISCH (August), « The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions », in WAIBEL (Michael) et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality*, *supra* note 326, p. 119.

²⁵²⁸ L'Article 267(a) du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne dispose que : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : 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. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.* ».

RDIE²⁵²⁹. Au cours de sa procédure, c'est-à-dire avant de prendre une décision (et potentiellement commettre une erreur), une juridiction nationale d'un État membre de l'UE peut ou doit demander à la CJUE de se prononcer sur des questions d'interprétation du droit de l'UE²⁵³⁰. Selon les termes de la CJUE :

L'obligation de saisine instituée par l'article 234, troisième alinéa, CE [désormais article 267 TFUE] s'inscrit dans le cadre de la coopération instituée en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres, entre les juridictions nationales, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire, et la Cour [CJUE]²⁵³¹.

Lorsqu'elle est saisie d'une demande de décision préjudicielle par une juridiction nationale, la CJUE n'applique pas le droit et se contente de l'interpréter²⁵³². Selon la CJUE, ce mécanisme « vise ainsi à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit communautaire »²⁵³³. Le Professeur Nicolette Butler a décrit le système de manière succincte :

The domestic courts of EU member states may call upon the ECJ to clarify the interpretation of a point of EU law in order that the state may ascertain whether some aspect of domestic legislation is in compliance with EU obligations (preliminary reference). The decision rendered by the ECJ is a binding interpretation of the law, to which the state must adhere. The decision also binds other member states in the event that the same issue arises²⁵³⁴.

²⁵²⁹ SCHILL (Stephan) et VIDIGAL (Geraldo), « Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis », *supra* note 2504, p. 334.

²⁵³⁰ Article 267 du TFUE (ancien article 234 du Traité instituant la Communauté européenne)

²⁵³¹ Voir CJCE, *Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën*, C-495/03, EU:C:2005:552, Arrêt, 15 septembre 2015, point 38.

²⁵³² CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 195.

²⁵³³ CJCE, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstell für Getreide und Futtermittel*, C-166-73, EU:C:1974:3, Arrêt, 16 janvier 1974, p. 38 ; voir aussi VIRZO (Roberto), « The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals », *supra* note 2526, p. 310.

²⁵³⁴ BUTLER (Nicolette), « In Search of a Model for the Reform of International Investment Dispute Resolution: an Analysis of Existing International and Regional Dispute Settlement Mechanisms », *supra* note 2499, p. 24 ; voir aussi SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 210 (« *The parties to the original proceedings as well as Community organs have the opportunity to submit observations in these proceedings. There is also a hearing. The preliminary ruling is rendered in the form of a judgement. The decision binds the domestic court that requested the ruling as well as any courts which may have to decide the same case in appeal.*

La procédure de renvoi préjudiciel de l'UE comporte également une certaine souplesse. Si la question juridique posée a été examinée dans un arrêt rendu précédemment, une procédure simplifiée est mise en place. En principe, l'avocat général renvoie les parties à cet arrêt et l'affaire n'est pas portée devant la CJUE²⁵³⁵. Cet instrument sert principalement à garantir la cohérence et l'uniformité du droit de l'UE et a été reconnu comme un modèle potentiel pour d'autres domaines du droit international²⁵³⁶. Par exemple, des universitaires et des praticiens, y compris des présidents de la CIJ, ont proposé que les cours et tribunaux internationaux spécialisés aient la possibilité de procéder à de tels « renvois » à la CIJ en ce qui concerne les questions de droit international public général²⁵³⁷.

691. En effet, le succès extraordinaire de la procédure de renvoi préjudiciel au sein de l'UE a conduit à l'adoption, dans des accords ultérieurs visant à l'intégration économique régionale, d'un système de renvoi préjudiciel ou d'une juridiction consultative des tribunaux nationaux à une juridiction internationale désignée, comme c'est le cas au sein de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (« CEDEAO »), le Système d'Intégration Centraméricain (« SICA »), la Communauté caribéenne (« CARICOM »), la Communauté de développement d'Afrique australe (« CDA »), l'accord de coopération intergouvernementale entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg (« Benelux »), la Communauté d'Afrique de l'Est (« EAC »), le Marché commun de l'Afrique orientale et australe

Preliminary rulings also have a strong impact on national courts in other cases dealing with the same or similar questions. »).

²⁵³⁵ BUTLER (Nicolette), « In Search of a Model for the Reform of International Investment Dispute Resolution: an Analysis of Existing International and Regional Dispute Settlement Mechanisms », *supra* note 2499, p. 25.

²⁵³⁶ REINISCH (August), « The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions », *supra* note 2527, p. 119.

²⁵³⁷ *Ibid.* Voir aussi e.g. Déclaration du Président de la Cour internationale de Justice, M. le Juge Gilbert Guillaume, compte-rendu analytique de la 17e séance de la Sixième Commission à la 55e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, New York, 27 octobre 2000, A/C.6/55/SR/17, pp. 2-5 (« *en vue de réduire les risques d'interprétations contradictoires du droit international, à encourager les autres juridictions internationales à demander à la CIJ des avis sur les points douteux et importants du droit international général soulevés dans les affaires dont elles sont saisies* » ; « *Des procédures analogues [dont procédure de la question préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne] pourraient être utilisées en droit international général* »). En réalité, ces suggestions ne sont pas totalement nouvelles. La Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce, adoptée en 1948, prévoyait déjà, dans son article 96, la possibilité de demander à la CIJ des avis consultatifs sur diverses questions concernant la future Organisation internationale du commerce.

(« **COMESA** »), l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (« **UEMOA** ») et la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (« **CEEAC** »).

692. Un mécanisme de ce type nécessiterait l'établissement d'un organe central et permanent qui serait autorisé à rendre des décisions préjudicielles. La manière dont un système de renvoi préjudiciel peut être adapté aux fins du RDIE a été examinée par certains auteurs qui, dans l'ensemble, ont tenté d'adapter le système de l'UE aux besoins du RDIE. Cette adaptation est rendue possible par les similitudes entre les deux systèmes, bien qu'il faille également tenir compte des différences²⁵³⁸. La conception du Professeur Christoph Schreuer implique la création d'un *organe central et permanent* habilité à rendre des décisions préjudicielles²⁵³⁹. Le Professeur Roberto Virzo, qui a étudié les différents systèmes de renvoi préjudiciel envisagés dans les traités d'intégration régionale, a observé qu'il est « *important that such systems delegate one international body to rule on the uniform interpretation and application of the relevant law.* »²⁵⁴⁰ L'avantage d'un tel dispositif résiderait dans le fait de ne pas altérer la *base structurelle* du système de RDIE actuel, tout en améliorant de manière significative la cohérence et l'harmonisation dudit système²⁵⁴¹. En outre, il est avancé que le caractère permanent de l'organe qui rend les décisions préjudicielles permettrait d'obtenir des interprétations cohérentes²⁵⁴². D'autre part, le Professeur Katharina Diel-Gligor a suggéré que l'objectif devrait être d'établir un organe unique et semi-permanent composé d'experts juridiques hautement qualifiés et habilité à statuer sur les questions qui se posent dans le cadre de tout type de différend en matière

²⁵³⁸ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 196 (« *First, the mechanism has public international law roots. It operates for the purpose of achieving uniform interpretations of the international treaties that form the European Union. However, correctness of interpretations is of equal importance to the ECJ. ... Second, the mechanism distinguishes between voluntary and mandatory questions to the ECJ, depending on the existence of a further legal remedy against a decision. Due to the finality of investment arbitration, such remedy is not existent. ... Third, in investment arbitration, tribunals, not courts would formulate interpretive questions.* »).

²⁵³⁹ SCHREUER (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », *supra* note 676, p. 400 ; SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 211.

²⁵⁴⁰ VIRZO (Roberto), « The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals », *supra* note 2526, p. 309 (ces observations ont été formulées après étude des systèmes de renvoi préjudiciel de la CEDEAO, Système d'intégration centraméricain SICA, CARICOM, CDAA, Benelux, EAC, COMESA, UEMOA, Communauté andine CAN, UE).

²⁵⁴¹ *Ibid.*

²⁵⁴² CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 197.

d'investissement, quel que soit le régime choisi par les parties²⁵⁴³. Dans la mesure où le CIRDI traite le plus grand nombre de litiges en matière de droit des investissements, cette auteure a également proposé que le système soit introduit dans le cadre du CIRDI, sans qu'il soit nécessaire de modifier l'article 53 de la Convention du CIRDI, mais que le mécanisme soit accessible aux arbitrages d'investissement relevant d'autres régimes, tels que la SCC, la CCI ou les arbitrages *ad hoc*, afin d'éviter une nouvelle fragmentation du droit international²⁵⁴⁴. Certains auteurs ont suggéré que ce système pourrait être introduit comme un amendement au Règlement d'arbitrage du CIRDI²⁵⁴⁵. La création d'un tel système éviterait la nécessité d'un amendement formel de la Convention CIRDI et pourrait être considérée comme une mesure nécessaire à la mise en œuvre de la Convention CIRDI au sens de son article 6(3)²⁵⁴⁶. Il a également été suggéré une approche en deux étapes consistant à combiner l'effet d'*opt-in* de l'article 6(3) de la Convention CIRDI avec le concept d'*opt-out* de l'article 6(1)(c)²⁵⁴⁷ qui garantirait une modification complète et efficace du Règlement d'arbitrage CIRDI²⁵⁴⁸. Ce système pourrait être introduit sous forme d'un amendement au règlement d'arbitrage du CIRDI²⁵⁴⁹ par le Conseil administratif du CIRDI. Par exemple, il est possible de concevoir que le Chapitre 5 intitulé « *Procédures particulières* » soit modifié afin d'y inclure les décisions préliminaires. Une autre possibilité serait d'introduire un système de décisions préliminaires, par lequel les tribunaux du CIRDI pourraient demander l'avis d'un organe permanent tel que le Comité des décisions préliminaires sur des questions juridiques relatives à une procédure en cours. L'objectif principal est d'accroître la cohérence de la jurisprudence du CIRDI en ce qui concerne l'interprétation du droit des

²⁵⁴³ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, supra note 689, pp. 380-381.

²⁵⁴⁴ *Ibid.*

²⁵⁴⁵ CASTRO DE FIGUEIREDO (Roberto), « Fragmentation and Harmonization in the ICSID Decision-Making Process », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 545.

²⁵⁴⁶ Article 6(3) de la Convention CIRDI dispose que « *Le Conseil administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en oeuvre des dispositions de la présente Convention.* »

²⁵⁴⁷ Article 6(1)(c) de la Convention CIRDI (« *adopte les règlements de procédure relatifs aux instances de conciliation et d'arbitrage* »).

²⁵⁴⁸ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, supra note 689, p. 407.

²⁵⁴⁹ CASTRO DE FIGUEIREDO (Roberto), « Fragmentation and Harmonization in the ICSID Decision-Making Process », *idem*, p. 545.

investissements sans modifier la lettre de l'article 53(1) de la Convention du CIRDI²⁵⁵⁰. Ce système est bien connu des juristes européens²⁵⁵¹ ; toutefois, la question de savoir si une obligation de renvoi, même pour les tribunaux CIRDI, serait comparable, au sens large, au concept européen de mécanisme de renvoi préjudiciel, est encore sujette à débat²⁵⁵².

B. La décision préjudicielle : opportunités et défis

693. La popularité d'un tel système peut s'expliquer par son ambition de générer progressivement une norme constante et une harmonisation du droit de l'investissement. Cet objectif serait atteint sans restreindre la compétence décisionnelle sur l'aspect factuel des affaires des tribunaux arbitraux²⁵⁵³. L'intérêt supposé de cette proposition est encore renforcé par la séparation claire des fonctions de l'organe chargé de l'interprétation d'une disposition conventionnelle avec celles du tribunal chargé de son application ultérieure au cas d'espèce. Ainsi, la décision préjudicielle a l'avantage d'être « *more economical and effective to address [the damage] preventively before it even occurs* »²⁵⁵⁴.

694. Ces avantages sont mieux perçus en comparaison avec d'autres alternatives visant à rechercher la cohérence comme l'instauration d'un mécanisme d'appel ou

²⁵⁵⁰ Article 53(1) de la Convention CIRDI dispose que « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.* » ; voir KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences? », *supra* note 2518, p. 221 ; SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, pp. 207-212.

²⁵⁵¹ Au cours de sa procédure, c'est-à-dire avant de rendre sa décision, une juridiction nationale d'un État membre de l'UE pourra ou devra demander à la CJUE de se prononcer sur des questions d'interprétation du droit européen ; voir article 267 du TFUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités ... Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour* ».

²⁵⁵² Voir DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 431.

²⁵⁵³ SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 222 ; SCHREUER (Christoph), « Revising the System of Review for Investment Awards », *British Institute of International and Comparative Law*, 2009, p. 6.

²⁵⁵⁴ SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 24.

d'un tribunal d'investissement. En effet, le Professeur Christoph Schreuer a estimé que la réalisation de la cohérence au moyen d'un tribunal d'investissement permanent serait improbable²⁵⁵⁵. Contrairement à l'appel, la formulation d'une demande d'interprétation aurait lieu au cours de l'arbitrage et non après. A cet égard, le caractère définitif resterait intact²⁵⁵⁶ et cela permettrait d'éviter l'obstacle de l'interdiction de l'appel prévue par l'article 53(1) du CIRDI²⁵⁵⁷. Par conséquent l'intégration du renvoi préjudiciel en matière de droit des investissements est aisée à mettre en œuvre et augmente les chances d'amélioration du système²⁵⁵⁸. Plus important encore, ce système s'attaque à la cause et non aux conséquences des défauts d'interprétation. Les décisions préjudicielles fonctionnent donc sur une base beaucoup plus coopérative que les systèmes de révision tels que l'appel ou la mise en place d'une cour permanente.

²⁵⁵⁵ SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 208. Voir aussi GHAREMANI (Shiva) et PRANDZHEV (Ivan), « Multilateral Investment Court: A Realistic Approach to Achieve Coherence and Consistency in International Investment Law? », *EFILA Blog*, 14 mars 2017 (« *The focus on the debate on the word 'court' makes us forget that, in the past, different and more effective solutions had been proposed to address the issue of incoherence. Such is the mechanism of 'preliminary ruling' which would allow arbitral tribunals to avoid divergent interpretations ex-ante rather than engaging in a complex and cumbersome appellate procedure.* »).

²⁵⁵⁶ SCHREUER (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », *supra* note 676, p. 401 ; SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 25 ; voir aussi GHAREMANI (Shiva) et PRANDZHEV (Ivan), « Multilateral Investment Court: A Realistic Approach to Achieve Coherence and Consistency in International Investment Law? », *supra* note 2555, p. 66 (« *The introduction of a mechanism providing for preliminary rulings, however, would be fully compatible with this provision and would leave the principle of finality of arbitral awards untouched.* ») ; CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 196.

²⁵⁵⁷ Article 53(1) de la Convention CIRDI dispose « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.* » ; voir aussi SCHREUER (Christoph), « The Future of Investment Arbitration », *supra* note 326, p. 801 ; CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *idem.* p. 196 (« *Lastly, the implementation of preliminary rulings also appears easier to realize than appellate review. In the context of ICSID, Article 53 ICSID-Convention could remain as it currently stands. What would be necessary is an amendment of the ICSID Rules of Arbitration that could be conducted by the ICSID Administrative Council.* »).

²⁵⁵⁸ SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 208 ; DIEHL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 383 (« *In contrast to the reform proposal suggesting the establishment of an appellate body, a pr system would neither subject ICSID awards 'to any appeal,' nor would it conflict with any of the remedies foreseen for the ICSID post award phase. Consequently, it would harmonise with the principle of finality anchored in ICSID Convention Art. 53 and could be created without any changes to the Centre's basic legal framework. Rather, its implementation could take place either by means of an additional protocol to the ICSID Convention or through changes or supplements to the ICSID Arbitration Rules by decision of the ICSID Administrative Council* ») ; CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *idem.* p. 199.

Un organe permanent de ce type chargé de rendre des décisions préjudicielles serait moins ambitieux qu'une cour permanente pour le règlement des différends en matière d'investissement car il ne bouleverserait pas la structure actuelle de l'arbitrage d'investissement, qui consiste en une multitude de tribunaux individuels. Les auteurs soutiennent que, si son utilisation est concluante, il pourrait garantir une forte harmonisation sans priver les tribunaux de leur compétence fondamentale de statuer sur les affaires qui leur sont soumises²⁵⁵⁹. Par ailleurs, le Professeur Giovanni Zarra affirme que les décisions préjudicielles permettraient d'éviter les incohérences sans affecter la durée des procédures²⁵⁶⁰.

695. La majorité des arbitrages d'investissement sont administrés sous le régime du CIRDI²⁵⁶¹, et de ce fait, le CIRDI constituerait un point de départ logique à l'élaboration d'un programme de réforme ciblé et efficace, capable de traiter les principales causes du prétendu problème d'incohérence. Cette institution ne devrait pas être laissée dans sa conception actuelle dans l'espoir que les développements juridiques futurs produiront des effets autocorrectifs. Dans le cadre du CIRDI, le recours aux décisions préjudicielles peut être introduit sur la base de l'article 6(3) de la Convention CIRDI²⁵⁶². Outre la cohérence, l'un des principaux avantages d'un système de décisions préjudicielles serait qu'il favorise la discipline interprétative au

²⁵⁵⁹ SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », *supra* note 2518, p. 211 ; voir aussi DIEHL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 380 (l'avantage de la décision préjudicielle serait que « *the ICSID regime could be expected to undergo a comprehensive and substantial harmonisation in the adjudication of investment disputes. This would be achieved without curtailing the factual decision-making competence of the arbitral tribunals and without any interference with fundamental systemic policies.* »).

²⁵⁶⁰ ZARRA (Giovanni), « The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? », *supra* note 700, p. 180, § 114.

²⁵⁶¹ CIRDI, *Rapport annuel du CIRDI 2019*, 2019, p. iii (« Depuis l'enregistrement de la première affaire auprès du CIRDI en 1972, la majorité de tous les différends connus relatifs à des investissements internationaux ont été administrés par le CIRDI. ») ; CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2020-1, 2020, p. 10 (graphique montrant que la majorité des affaires sont administrées par le Secrétariat du CIRDI dans le cadre du régime CIRDI).

²⁵⁶² Article 6(3) de la Convention CIRDI (« Le Conseil administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en oeuvre des dispositions de la présente Convention. ») ; voir aussi DIEHL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 385 (« As was the case with the proposal to establish an ICSID appellate mechanism, such a protocol-like treaty could be drafted by the Secretariat and would then need to be adopted by the Administrative Council pursuant to ICSID Convention Art. 6 (3) ... The considerable advantage of this mode of implementation is that it operates on the level of primary law and hence does not run the danger of being criticised for illegitimately amending the latter by the back door »).

sein du RDIE²⁵⁶³ puisqu'il traite de la cause et non seulement des symptômes des incohérences interprétatives²⁵⁶⁴. De même, étant donné que les arbitres sont en mesure d'exercer un certain contrôle sur l'étendue de la participation des tiers, les frictions possibles entre un « système en deux étapes » sont limitées tout en préservant la compétence du tribunal arbitral²⁵⁶⁵. Une autre raison de préférer un système de décision préjudicielle est son efficacité. Bien que le RDIE tend à devenir moins efficace s'agissant des délais et des coûts²⁵⁶⁶, le système de renvoi préjudiciel devrait être plus efficace qu'un mécanisme d'appel²⁵⁶⁷. Cela dit, certains chercheurs ont observé que le défaut du système de renvoi préjudiciel réside dans l'impossibilité pour les juridictions nationales d'y recourir, tout simplement parce qu'elles n'appliqueront pas uniquement le droit international lorsqu'elles seront saisies du litige²⁵⁶⁸. Dans l'ensemble, les partisans du système de renvoi préjudiciel estiment que ses avantages l'emportent largement sur les inconvénients d'une efficacité réduite ou sur le risque de détérioration du système par l'implication de tiers extérieurs au mécanisme arbitral. En effet, cette solution semble équilibrer les intérêts concurrents que sont la justesse de l'interprétation et le caractère définitif de la sentence²⁵⁶⁹.

696. La mise en place d'un système de renvoi préjudiciel n'est cependant pas sans poser des problèmes, qui devront être résolus avant que cette option ne soit praticable.

²⁵⁶³ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, supra note 1010, p. 195 (« *A powerful suggestion for improving the current process of treaty interpretation has been ... with regards to greater consistency. However, interpretive discipline may similarly benefit.* »).

²⁵⁶⁴ *Idem.* p. 199.

²⁵⁶⁵ *Idem.* p. 196.

²⁵⁶⁶ *Idem.* p. 199.

²⁵⁶⁷ *Idem.* p. 196.

²⁵⁶⁸ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, supra note 2521, § 204 (« *Or, put differently, assuming a dispute arising out of an IIA is brought before a national court, could that court refer an unsettled question of interpretation of that IIA to an international dispute settlement body? In accordance with the preliminary ruling logic, the international body from which the ruling is requested would not dispose of the dispute pending before the national forum. It would merely authoritatively determine a discrete issue of international investment law to assist the domestic court in resolving the dispute. At the same time, that practice would work toward the 'uniformization' of international investment law ... While in theory conceivable, the transposition of this model in the investment law setting at issue appears difficult, if only because the governing law before the domestic court would not necessarily be international law. Indeed, as was seen above, in certain legal systems, domestic courts cannot apply IIAs directly as a result of constitutional limitations. Hence, in such a situation, a preliminary ruling mechanism would serve no purpose.* »).

²⁵⁶⁹ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, supra note 689, p. 387.

Parmi les questions d'importance centrale figure celle de savoir si l'on peut imposer au tribunal arbitral l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel²⁵⁷⁰. Il a été observé qu'une telle règle priverait les arbitres de leur compétence en matière d'interprétation des traités, ce qui porterait gravement atteinte à leur pouvoir²⁵⁷¹. Maximilian Clasmeier, avocat spécialisé en arbitrage, a exprimé sa préférence pour un système plus volontaire qui favorise la coopération entre les parties sans déroger au principe de l'autonomie des parties²⁵⁷². D'autre part, un système de renvoi préjudiciel volontaire favoriserait la fragmentation du régime de RDIE. En étudiant la pratique des décisions préjudicielles devant les tribunaux internationaux établis dans le cadre de traités d'intégration régionale, le Professeur Roberto Virzo a fait remarquer que la cause de l'interprétation uniforme est mieux servie par la mise en place d'une obligation de solliciter une décision préjudicielle, assortie de sanctions en cas de violation de cette obligation²⁵⁷³. Le Professeur Katharina Diel-Gligor semble adopter une approche plus modérée en préconisant des « *specification of situations which demand a compulsory submission of questions* » pour la réussite du système²⁵⁷⁴. Cependant, à ce jour, aucune proposition concernant cette problématique n'a été formulée, ni même concernant les conséquences d'une violation d'une telle obligation potentielle.

697. Pour que le système fonctionne et puisque l'objectif principal est d'atteindre la constance, il devrait y avoir une obligation de soumettre les questions d'interprétation recevables à moins qu'une exemption ne soit satisfaite. Si l'on se base sur le modèle de l'UE, ces exemptions seraient : (1) l'*acte clair* qui signifie que la réponse objective à une demande d'interprétation est d' « *une évidence telle qu'elle ne laisse place à*

²⁵⁷⁰ SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 25.

²⁵⁷¹ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 197.

²⁵⁷² *Ibid.*

²⁵⁷³ VIRZO (Roberto), « The Preliminary Ruling Procedures at International Regional Courts and Tribunals », *supra* note 2526, p. 308 (« *By envisaging sanctions for breach of the obligation to seek a preliminary ruling from respectively the UEMOA Court of Justice and the CEMAC Court of Justice, article 14 of the First Protocol to the Treaty of Dakar and article 19 of the Treaty of Libreville are, compared to the other provisions examined in this work, those which in absolute terms are best suited to guaranteeing the uniform interpretation in the Member States of a given regional organisation for economic legal integration of the law of that same organisation.* »).

²⁵⁷⁴ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 402.

aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »²⁵⁷⁵ et (2) l'*acte éclairé* conçu par la CJUE dans les affaires *Da Costa* and *CILFIT*, exemption en vertu de laquelle les juridictions nationales ne sont pas tenues de saisir la CJUE d'une question pour obtenir une orientation interprétative lorsqu'elle est matériellement identique à une question qui a déjà été tranchée dans une décision préjudicielle antérieure²⁵⁷⁶. Le mécanisme de l'UE peut être considéré comme comparable à celui du RDIE en ce qu'il repose sur le droit international public. Il opère dans le but de parvenir à des interprétations uniformes des traités de l'Union Européenne²⁵⁷⁷.

698. Le système de renvoi préjudiciel de l'article 267 du TFUE a été conçu pour assurer le respect du droit européen par les juridictions nationales²⁵⁷⁸. Les États membres de l'UE se sont engagés par la voie de traités internationaux. Les décisions préjudicielles de la CJUE garantissent donc que les systèmes judiciaires agissent conformément aux dispositions des traités de l'UE. Par conséquent, de telles décisions lient directement les tribunaux nationaux des États membres de l'UE afin de garantir le strict respect de leurs obligations conventionnelles. En matière d'arbitrage d'investissement, cependant, la situation est différente. Contrairement au modèle européen, le système du droit des investissements, si l'on peut parler de « *système* », n'est pas composé d'un seul droit unifié comme le droit européen. Il s'agit d'un

²⁵⁷⁵ CJUE, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, C-283/81, EU:C:1982:335, Arrêt, 6 octobre 1982, point 16 ; voir aussi BROBERG (Morten) et FENGER (Niels), *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2nd ed., 2010, pp. 235-255.

²⁵⁷⁶ CJUE, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise*, Affaires jointes 28 à 30-62, ECLI:EU:C:1963:6, Arrêt, 27 mars 1963, point 76 (« *il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue* ») ; *CILFIT*, p. 3429, points 13-14 (« *qu'il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue. Le même effet, ... peut résulter d'une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige* ») ; CJUE, *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c. Evora BV*, C-337/95, Arrêt, 4 novembre 1997, p. I-6045, point 29 (« *Il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue. A fortiori, il en est ainsi également quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans le cadre de la même affaire* ») ; voir aussi BROBERG (Morten) et FENGER (Niels), *Preliminary References to the European Court of Justice*, *idem*. pp. 233-234.

²⁵⁷⁷ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, *supra* note 1010, p. 195.

²⁵⁷⁸ *Idem*. p. 198.

système comprenant plus de 3 000 AII et on peut se demander comment un système de renvoi préjudiciel parviendrait à la cohérence dans des circonstances où il supposerait l'interprétation des différentes dispositions de divers TBI négociés chacun dans le cadre de contextes distincts²⁵⁷⁹. La procédure de renvoi préjudiciel dans l'UE est couronnée de succès car elle est fondée sur l'interprétation d'un ensemble uniforme de règles de droit applicables aux États membres de l'UE. En outre, les tribunaux arbitraux ne sont pas partis aux traités d'investissement. Leur compétence découle de la convention d'arbitrage conclue entre les parties. On pourrait imaginer que l'interprétation du terme « *expropriation* » dans une disposition particulière d'un TBI spécifique ne soit obligatoire que dans le cadre de ce TBI plutôt que de constituer une interprétation générale du terme « *expropriation* ». Dans ce cas, la réalité serait qu'en pratique, le système de décision préjudicielle ne serait bénéfique que dans les cas où une disposition d'un TBI ou d'un AII est souvent invoquée, comme dans la série d'affaires contre l'Argentine découlant de la crise financière où l'argument de la nécessité de l'article XI du TBI 1991 entre les États-Unis et l'Argentine a été soulevé²⁵⁸⁰. Cependant, aucun auteur n'a soulevé la question de savoir ce qui se produirait dans le cas où un organe permanent interpréterait un traité de manière erronée. Que se passerait-il alors si les États contractants publiaient une déclaration interprétative commune ? Cette décision préjudicielle pourrait-elle être annulée ? L'organe permanent devrait-il être composé de membres des États contractants qui seraient plus à même de comprendre et d'interpréter l'intention des parties ? Que se passerait-il si, par exemple, le panel rendait une décision préliminaire qui interpréterait l'exception de nécessité de la même manière que dans la sentence *CMS c. Argentine*, et la ligne subséquente qui a été fortement critiquée par le Comité *ad hoc* d'annulation

²⁵⁷⁹ APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 107, 2013, p. 25 (« *States have negotiated treaties. These same states expect tribunals to give effect to the words of the treaty when they are interpreted as these words were carefully negotiated.* »).

²⁵⁸⁰ Voir e.g. *Enron Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/3, Sentence, 22 mai 2007 ; *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/02/16, Sentence, 28 septembre 2007 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008 ; *LG&E c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 ; *CMS Gaz Transmission Company c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/8, Sentence, 12 mai 2005.

sur le fondement de l'erreur manifeste de droit ?²⁵⁸¹ Quelle serait la conséquence d'un désaccord entre le Comité d'annulation et le panel qui a rendu la décision préjudicielle ? Compte tenu de la souplesse de l'arbitrage, même en l'absence d'hierarchie des tribunaux ou de *stare decisis*, l'accumulation d'une série cohérente de décisions génère une attraction normative pour les interprètes ultérieurs qui suivent les décisions passées sur les questions de droit établies²⁵⁸².

699. La question de savoir si ces décisions lieraient le tribunal ou si elles ne constitueraient que des recommandations est légitime²⁵⁸³. Afin d'assurer la constance, les décisions préjudicielles devraient lier les tribunaux²⁵⁸⁴. Si les décisions préjudicielles sont contraignantes, la liberté d'un tribunal arbitral, nommé par les parties, serait alors restreinte. Par conséquent, les effets des décisions préjudicielles contraignantes doivent être évalués en tenant compte de la compétence des arbitres d'investissement. En outre, à supposer qu'un litige découlant d'un traité d'investissement soit porté devant une juridiction nationale, cette juridiction pourrait-elle soumettre une question non résolue d'interprétation de ce traité d'investissement à un organe international de règlement des différends ? Bien qu'en théorie concevable, la transposition de ce modèle dans le cadre du droit des investissements semble difficilement réalisable si le droit applicable devant la juridiction nationale n'est pas seulement limité au droit international²⁵⁸⁵. En effet, comme il a été vu ci-dessus, dans certains systèmes juridiques, les tribunaux nationaux ne peuvent pas appliquer

²⁵⁸¹ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/8, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de la République argentine, 25 septembre 2007, §§ 132-135 (« *the Tribunal gave an erroneous interpretation to Article XI. In fact, it did not examine whether the conditions laid down by Article XI were fulfilled and whether, as a consequence, the measures taken by Argentina were capable of constituting, even prima facie, a breach of the BIT. If the Committee was acting as a court of appeal, it would have to reconsider the Award on this ground* »).

²⁵⁸² ALSCHNER (Wolfgang), « Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die », in BAETENS (Freya) et BISMUTH (Régis) (eds.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, issue 3, Brill Nijhoff, 2019, p. 352.

²⁵⁸³ SCHREUER (Christoph), « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation In Investment Arbitration », *supra* note 966, p. 25.

²⁵⁸⁴ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, *supra* note 689, p. 402.

²⁵⁸⁵ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Investor-State Dispute Settlement and National Courts », *European Yearbook of International Economic Law - Special Issue: Investor-State Dispute Settlement and National Courts - Current Framework and Reform Options*, Springer Open, 2020, p. 98.

directement les AII en raison de limitations constitutionnelles. Il résulte que dans une telle situation un mécanisme de décision préjudicielle ne serait d'aucune utilité.

700. La composition de l'organe chargé de rendre la décision préjudicielle devrait également être détaillée²⁵⁸⁶. Des coûts supplémentaires à supporter par les parties au litige dans le processus décisionnel sont probables. Par ailleurs, l'établissement d'un mécanisme de renvoi préjudiciel concernant les questions d'interprétation de la Convention CIRDI pourrait soulever des interrogations sur la question de savoir si les États contractants non impliqués dans le litige en question auraient le droit d'intervenir dans la procédure. Bien qu'en théorie concevable, la transposition de ce modèle dans le cadre du droit des investissements en cause semble compliquée. Ceci pourrait être difficilement réalisable et dépendrait de la volonté des États. A l'heure actuelle, cette option n'est pas susceptible de voir le jour à court ou moyen terme.

II. L'EXAMEN PRÉALABLE DES SENTENCES

701. Pour parvenir à une plus grande constance, une solution envisageable est la mise en place d'un examen préalable de la sentence arbitrale avant que celle-ci ne soit officiellement communiquée aux parties. A cet égard, la plupart des règlements d'arbitrage ne prévoient pas de réexamen de la sentence avant qu'elle ne devienne définitive. La plupart des mécanismes de révision existants ont lieu une fois que la sentence est définitive par le biais de la procédure d'annulation du CIRDI ou de l'annulation de la sentence par les tribunaux nationaux²⁵⁸⁷. Ce modèle est décrit comme permettant d' « *assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE.* »²⁵⁸⁸

²⁵⁸⁶ DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence. A preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, supra note 689, p. 413 (« *Given the considerable and far-reaching legal, political, and economic significance of the decisions to be taken by the members of such a Panel of Experts in the course of proceedings, it seems appropriate to raise the overall level of qualification in comparison to the 'ordinary' members of the Panel of Arbitrators, who may be appointed to arbitral tribunals and annulment committees. Only leading and recognised authorities with broad knowledge and expertise in the fields of international investment law and public international law in general should be admitted to fill such a position. Such a scrutiny for the said qualifications should be conducted by the ICSID Secretariat on the basis of objective and transparent standards to be set up and published by the latter.* »).

²⁵⁸⁷ YANNACA-SMALL (Katia), « *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement* », *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/01, 2006, p. 14.

²⁵⁸⁸ Note du Secrétaire, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-sixième session, Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018, A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 août 2018, p. 18.

702. Dans le contexte du GT III, lors de l'examen des réformes potentielles visant à traiter les questions relatives à l'uniformité, la cohérence, la prévisibilité et la justesse des sentences rendues par les tribunaux RDIE, l'une des propositions de réforme du Secrétariat est la mise en place d'un système permettant un examen préalable des sentences²⁵⁸⁹. Citant le mécanisme existant d'examen des sentences prévu par le règlement de la CCI, le Secrétariat a noté qu'un tel système pourrait être conçu « *pour assurer la constance, éviter les erreurs juridiques et assurer la qualité des sentences rendues par les tribunaux de RDIE.* »²⁵⁹⁰ En outre, le Secrétariat a déclaré qu'un mécanisme ou un organe chargé de l'examen des sentences faciliterait la qualité, la cohérence et le contrôle de l'exactitude des sentences ainsi que leur caractère exécutoire et qu'il pourrait être intégré à toute proposition de réforme, à l'exception de la proposition relative aux tribunaux internationaux d'investissement²⁵⁹¹. Lors de la discussion sur l'introduction d'un mécanisme d'appel, le Secrétariat a indiqué que le GT III pourrait envisager un examen préalable des sentences comme l'une des alternatives ou le complément d'un mécanisme d'appel²⁵⁹². Le GT III a noté que la pratique de l'examen des sentences par les institutions arbitrales constitue « *un moyen d'assurer la rectitude des sentences sans sacrifier l'efficacité de la procédure* »²⁵⁹³. En outre, au cours de l'une des sessions du GT III, des opinions ont été exprimées sur le fait qu'un mécanisme de contrôle avant le prononcé d'une sentence pourrait être un outil efficace pour atteindre la même finalité que le mécanisme d'appel, à savoir amélioration de l'exactitude et la cohérence des sentences arbitrales²⁵⁹⁴. En particulier, en raison des inconvénients que présente un mécanisme d'appel, tels que la lourdeur

²⁵⁸⁹ *Idem.* p. 16.

²⁵⁹⁰ *Ibid.*

²⁵⁹¹ *Ibid.*

²⁵⁹² Assemblée générale, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs États (RDIE), Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, note du Secrétariat, groupe de travail III (réforme sur le règlement des différends Investisseur État) 38ème session, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 Novembre 2019, p. 11.

²⁵⁹³ CNUDCI, Rapport du Groupe de Travail III, (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de la trente-sixième session, Vienne, 29 octobre - 2 novembre 2018, A/CN.9/964, 6 novembre 2018, p. 10 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de Travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de la reprise de la trente-huitième session, Vienne, 20-24 janvier 2020, A/CN.9/1004/Add.1, 28 janvier 2020, p. 6, § 19.

et le coût de la procédure, le GT III a décidé d'examiner de plus près la proposition consistant à examiner les sentences avant leur prononcé²⁵⁹⁵.

703. Le Groupe consultatif de l'Institut de droit international (« **Le Groupe Consultatif** ») a également examiné l'opportunité et la faisabilité d'un examen préalable des sentences en tant que proposition de réforme du RDIE en vue de résoudre les problématiques de constance et de cohérence identifiées par le GT III²⁵⁹⁶. Après avoir examiné diverses propositions de réforme avancées par le GT III, comme un mécanisme d'appel ou un examen après le rendu de la sentence, le Groupe Consultatif a décidé de « *support the continued examination of one option – the idea of the pre-award review* » car elle constitue une solution possible et pratique²⁵⁹⁷. Au cours de son examen, le Groupe Consultatif a noté le succès du système d'examen préalable des sentences tel que conduit par la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI ainsi que son utilisation par d'autres institutions dont le Centre d'Arbitrage International de Singapour (« **SIAC** ») et la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (« **CIETAC** »)²⁵⁹⁸. Le Groupe Consultatif a également formulé des commentaires sur les caractéristiques souhaitables d'un tel système. En particulier, il a noté qu'il serait utile que l'examen préalable des sentences soit assuré par un organe réduit et souple composé de personnes expérimentées chargé de procéder à un examen de procédure et de fond associé à certaines conditions de transparence²⁵⁹⁹. Néanmoins, le Groupe Consultatif a identifié certains défis, parmi lesquels le risque de saturation de l'organe chargé de l'examen et la nécessité de déterminer la portée de celui-ci²⁶⁰⁰. Malgré certains obstacles, le Groupe Consultatif a recommandé un examen plus approfondi de cette proposition de réforme par le GT III, notamment concernant sa viabilité et sa praticabilité²⁶⁰¹.

704. Au cours des discussions menées par le GT III, le gouvernement du Maroc a présenté une soumission dans laquelle il a proposé d'établir une procédure d'examen

²⁵⁹⁵ *Idem.* p. 10.

²⁵⁹⁶ IILC Washington, DC Advisory Group, « Coherence and Consistency – Is Reform Desirable? », 25 mars 2019.

²⁵⁹⁷ *Idem.* p. 1.

²⁵⁹⁸ *Idem.* p. 5.

²⁵⁹⁹ *Idem.* pp. 5-6.

²⁶⁰⁰ *Idem.* p. 6

²⁶⁰¹ *Ibid.*

préalable des sentences arbitrales, similaire à celle utilisée par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI²⁶⁰². Le gouvernement du Maroc a fait valoir qu'un mécanisme de contrôle préalable permettrait de « *s'assurer que la sentence respecte toutes les formalités, traite toutes les demandes et énonce les motifs sur lesquels elle se fonde* » et de « *permettra aux parties au différend de soumettre des commentaires écrits au tribunal d'arbitrage sur tous les aspects concernant la sentence avant qu'elle ne devienne définitive* »²⁶⁰³. Le mécanisme suggéré d'examen préalable des sentences serait effectué dans un court laps de temps par un organe indépendant de l'une des organisations arbitrales existantes, comme le CIRDI ou la CPA²⁶⁰⁴.

705. En ce qui concerne l'examen des sentences, il existe deux hypothèses : (1) l'examen entre tiers, soit un réexamen par les parties comme le prévoient les accords d'investissement et (2) l'examen par un organe constitué par les institutions arbitrales. La deuxième hypothèse sera développée dans cette section. En ce qui concerne la pratique actuelle des États en matière d'arbitrage d'investissement, une forme de contrôle des sentences antérieures existe dans le modèle de TBI 2012 des États-Unis²⁶⁰⁵ et a été reproduite dans le CAFTA²⁶⁰⁶, l'ALE entre les États-Unis et le Chili de 2003²⁶⁰⁷, l'ALE entre les États-Unis et le Maroc de 2004²⁶⁰⁸, le TBI États-Unis-Rwanda de 2008²⁶⁰⁹ et le TBI États-Unis-Uruguay²⁶¹⁰. Le modèle d'accord bilatéral d'investissement des États-Unis et les accords de libre-échange mentionnés précédemment prévoient une procédure selon laquelle l'une ou l'autre des parties au différend peut commenter la sentence avant qu'elle ne devienne définitive, le tribunal devant prendre en compte ces commentaires dans l'optique de revoir éventuellement la sentence. Le modèle de TBI des États-Unis prévoit la procédure de révision suivant :

In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before

²⁶⁰² Note du Secrétariat, *Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par le Gouvernement du Maroc*, Groupe de Travail III, trente-septième session, A/CN.9/WG.III/WP.161, 4 mars 2019, p. 4.

²⁶⁰³ *Idem.* p. 5.

²⁶⁰⁴ *Ibid.*

²⁶⁰⁵ Article 28(9)(a) du modèle de TBI de 2012 des États-Unis.

²⁶⁰⁶ Article 10.20(9)(a) de l'ALEAC de 2004.

²⁶⁰⁷ Article 10.19(9)(a) de l'ALE États-Unis-Chili de 2003.

²⁶⁰⁸ Article 10.19(9)(a) de l'ALE États-Unis-Maroc de 2004.

²⁶⁰⁹ Article 28(9) du TBI États-Unis-Rwanda de 2008.

²⁶¹⁰ Article 28(9)(a) du TBI États-Unis-Uruguay de 2005.

issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period²⁶¹¹.

Cette formule prévoit que les parties au litige fournissent des commentaires qui seront pris en considération. Pourtant, il existe peu d'informations sur l'utilisation de cet outil dans la pratique. Alors que la possibilité d'introduire un examen préalable des sentences est discutée par le GT III et généralement écartée dans la pratique des États, un tel système est déjà mis en œuvre par diverses institutions arbitrales telles que la CCI et la SIAC.

A. Les mécanismes existants de contrôle des sentences arbitrales

706. L'examen (c'est-à-dire la révision) et l'approbation des projets de sentences par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI (la « **Cour** ») est une caractéristique fondamentale de l'arbitrage CCI, qui le distingue de toutes les autres réglementations majeures en matière d'arbitrage international. L'article 34 du Règlement d'arbitrage 2020 de la CCI énonce les règles relatives à l'examen préalable de la sentence par la Cour :

Avant de signer toute sentence, le tribunal d'arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour.

En d'autres termes, la Cour peut : (1) exiger du tribunal arbitral qu'il apporte certaines modifications de forme à la sentence (par exemple, des erreurs typographiques, l'absence de traduction de citations dans la langue de l'arbitrage) ; et (2) suggérer certaines modifications sur des points de fond (par exemple, lorsque le raisonnement

²⁶¹¹ Article 28(9)(a) du Modèle américain de TBI révisé en 2012

du tribunal arbitral n'est pas suffisamment clair voire inexistant)²⁶¹². Inutile de souligner que la frontière entre les points de forme et de fond est particulièrement mince²⁶¹³.

707. Le processus est le suivant : le tribunal envoie le projet de sentence au conseil chargé de l'affaire au Secrétariat de l'institution, sans en envoyer une copie aux parties. Le conseil et son équipe examinent le projet de sentence, et notent les modifications suggérées sur la forme et le fond sous la forme d'un agenda, qui est examiné par le Secrétaire général adjoint, le Conseiller général, puis finalisé. L'agenda finalisé, ainsi que le projet de sentence, seront ensuite soumis au Comité qui se réunit chaque semaine²⁶¹⁴. Le Comité est composé de trois membres de la Cour, deux membres ordinaires et un vice-président. La session plénière se tient une fois par mois pour examiner les sentences impliquant des États parties, les sentences assorties d'opinions dissidentes et les demandes de récusation d'arbitres²⁶¹⁵.

708. Étant donné que les projets de sentences sont examinés par des comités tenus quatre fois par semaine par seulement trois membres de la Cour, l'examen est limité et n'englobe pas un examen du bien-fondé ou de la substance de la sentence car l'examen ne devrait pas affecter « *la liberté de décision du tribunal arbitral* ». S'il existe des questions de fond, la Cour ne peut qu'attirer l'attention du tribunal sur ces points, sans pour autant avoir le pouvoir d'ordonner au tribunal d'apporter des modifications substantielles.

709. En pratique, la Cour n'examine donc pas le fond et ne contrôle généralement pas la substance même de la décision, mais s'assure que le tribunal a motivé et rendu une décision sur toutes les problématiques énumérées dans son mandat. Par exemple, la Cour vérifiera que la décision du tribunal est fondée sur les arguments des parties en exposant les moyens de celles-ci et en y faisant référence, ou encore que le tribunal a apporté une motivation comme dans le cas de la décision sur les frais. Avec le mécanisme d'examen des sentences de la CCI, la Cour ne cherche pas à atteindre une

²⁶¹² GRIERSON (Jacob) et VAN HOOFT (Annet), *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, p. 212.

²⁶¹³ *Ibid.*

²⁶¹⁴ Voir SCHWARTZ (Eric) et DERAIS (Yves), *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2005, pp. 23 et 314.

²⁶¹⁵ *Ibid.*

quelconque forme de cohérence. Lors de l'examen des sentences, la Cour prend en compte, dans la mesure du possible, les exigences du droit impératif du siège de l'arbitrage (par exemple, si le siège interdit l'octroi d'intérêts, l'allocation de frais d'arbitrage ou exige que tous les membres du tribunal signent chaque page de la sentence ou signent physiquement la sentence au siège). L'objectif de l'examen est de tirer le meilleur parti des connaissances et de l'expertise des membres de la Cour pour s'assurer de la qualité de la sentence et de son caractère exécutoire dans la juridiction concernée. L'inconvénient de la procédure de contrôle de la CCI est toutefois le délai supplémentaire de la procédure, ainsi que les coûts administratifs additionnels²⁶¹⁶.

710. Le SIAC a également introduit un système d'examen de la sentence avant sa notification aux parties dans son règlement d'arbitrage adopté en 2007, présent dans tous les règlements d'arbitrage ultérieurs publiés par le SIAC²⁶¹⁷. L'introduction du système d'examen des sentences a été inspirée par l'examen de celles de la CCI, ce qui permet au SIAC d'exercer un contrôle sur la qualité de la sentence de la même manière que la CCI²⁶¹⁸. La Règle 32.3 du dernier Règlement d'arbitrage de la SIAC en vigueur depuis le 1er août 2016, énonce la procédure d'examen préalable obligatoire confiée au greffier de la Cour de la SIAC (le « **Gref** ») :

Before making any Award, the Tribunal shall submit such Award in draft form to the Registrar. Unless the Registrar extends the period of time or unless otherwise agreed by the parties, the Tribunal shall submit the draft Award to the Registrar not later than 45 days from the date on which the Tribunal declares the proceedings closed. The Registrar may, as soon as practicable, suggest modifications as to the form of the Award and, without affecting the Tribunal's liberty to decide the dispute, draw the Tribunal's attention to points of substance. No Award shall be made by the Tribunal until it has been approved by the Registrar as to its form²⁶¹⁹.

²⁶¹⁶ GRIERSON (Jacob) et VAN HOOFT (Annet), *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, supra note 2612, p. 212.

²⁶¹⁷ CHOONG (John), MANGAN (Mark) et LINGARD (Nicholas), *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2018, p. 259, §14.14.

²⁶¹⁸ MCILWRATH (Michael) et SAVAGE (John), *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, p. 50 ; CHOONG (John), MANGAN (Mark) et LINGARD (Nicholas), *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*, supra note 2617, p. 259, §14.14.

²⁶¹⁹ Règle 32.3 du Règlement d'arbitrage SIAC en vigueur depuis le 1 août 2016.

En vertu de cette disposition, le projet de sentence doit être soumis au Greffe par le tribunal arbitral dans les 45 jours suivant la clôture de la procédure arbitrale, comme le prévoit l'article 32.1 du Règlement d'arbitrage de la SIAC, à moins qu'un délai supplémentaire n'ait été accordé par le Greffe ou convenu entre les parties. Le Greffe, assisté de conseils et de conseillers associés au Secrétariat de la SIAC, est tenu d'examiner tous les projets de sentences arbitrales avant qu'ils ne soient communiqués aux parties²⁶²⁰. Le Greffe a le droit d'approuver la sentence, de proposer des modifications de forme, de signaler des erreurs ou des ambiguïtés ou d'attirer l'attention du tribunal sur des points de fond à examiner et peut répéter ce processus jusqu'à ce qu'il estime que la sentence puisse être rendue aux parties²⁶²¹. Les avantages d'un tel système de contrôle préalable des sentences sont les suivants : (i) garantir un haut niveau de qualité des sentences du SIAC et le respect des règles du SIAC, (ii) faciliter l'exécution de la sentence, et (iii) réduire les délais et les coûts²⁶²². Comme dans le système de la CCI, la procédure de contrôle ne garantit pas la cohérence des sentences et ne corrige pas les erreurs de droit.

B. Une cohérence assurée ?

711. En examinant les modèles de la CCI et de la SIAC, il est évident qu'ils ne sont pas conçus pour assurer la cohérence ou l'exactitude juridique des sentences. L'examen des projets de sentences par la Cour a un double objectif. Le premier est d'identifier les éventuels défauts de forme, tandis que le second est d'attirer l'attention des arbitres sur des points de fond²⁶²³. Si la Cour peut le faire sur les questions de fond, le tribunal arbitral est libre de ne pas tenir compte des éléments que la Cour peut lui signaler sur le fond²⁶²⁴. Ainsi, une sentence est approuvée uniquement « *quant à sa forme* » et non sur le fond.

712. En effet, les membres de la Cour de la CCI et de la SIAC appelés à examiner les sentences proviennent de divers milieux juridiques et ne sont donc pas nécessairement

²⁶²⁰ CHOONG (John), MANGAN (Mark) et LINGARD (Nicholas), *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*, *supra* note 2617, p. 259, §14.14.

²⁶²¹ *Idem.* p. 260, §14.18.

²⁶²² *Idem.* p. 259, §14.14.

²⁶²³ Voir SCHWARTZ (Eric) et DERAIS (Yves), *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, *supra* note 2614, p. 313.

²⁶²⁴ *Ibid.*

en mesure d'examiner l'exactitude juridique des sentences rendues en vertu de lois dont ils ne sont pas forcément familiers²⁶²⁵. Depuis 2020, ce mécanisme a été amélioré car des questionnaires sont envoyés aux membres de la Cour concernant leur spécialité juridique, qu'il s'agisse de *common law*, de droit civil, de droit européen et/ou de droit islamique. Cela dit, l'objectif du processus de contrôle de la CCI et de la SIAC est de s'assurer que les sentences soient de qualité, d'en garantir l'exécution et de prévenir, dans la mesure du possible, leur annulation.

713. En se fondant sur cette proposition, il est difficile d'imaginer comment ce modèle pourrait être adapté au RDIE en vue de garantir la constance et l'exactitude juridique sans que le processus d'examen ne s'apparente à un mécanisme d'appel avant que la sentence ne soit rendue. Si l'objectif est d'assurer « *la constance* » et d'éviter les « *erreurs juridiques* », un organe de contrôle du RDIE agirait en fait comme un second tribunal et aurait un pouvoir plus large que celui de la Cour de la CCI pour modifier les projets de décisions afin de les rendre conformes aux précédents, plutôt que de respecter la liberté du tribunal dans son processus décisionnel. En substance, l'examen pourrait entraîner une réécriture de la sentence, ce qui irait à l'encontre du principe d'autonomie et de la liberté de décision du tribunal dans des circonstances où les parties ont choisi les arbitres pour trancher leur litige. Dans le contexte du RDIE, si l'objectif est d'assurer l'exactitude et la cohérence juridiques, le processus d'examen préalable peut être contesté parce qu'il interfère indûment avec la liberté de décision des arbitres, viole la confidentialité de leurs délibérations et prive les parties d'une procédure régulière, étant donné qu'elles ne sont pas incluses dans les échanges entre le panel d'examen et le tribunal concernant les projets de sentences.

SECTION 2. RÉFORME APRÈS LE PRONONCÉ DE LA SENTENCE : L'INTRODUCTION D'UN TRIBUNAL D'APPEL

714. Le système du RDIE est créé de manière *ad hoc* dans le but de résoudre un différend découlant d'un traité d'investissement spécifique. Par conséquent, les tribunaux arbitraux sont susceptibles de rendre des décisions divergentes sur des questions qui, au départ, semblent similaires. Tel qu'abordé au Chapitre 2 du Titre I,

²⁶²⁵ Le Secrétariat de la CCI a publié la liste des membres de la Cour de la CCI nommés le 1er juillet 2021 ; le PDG et le Secrétariat du SIAC y compris le Greffier et le Greffier adjoint, ont été nommés en octobre et novembre 2021.

Partie II, ces résultats divergents sont souvent attribuables à des différences factuelles significatives ou à des dispositions conventionnelles distinctes. Cependant dans certains cas, notamment dans la série d'affaires concernant l'Argentine, des tribunaux distincts sont parvenus à des résultats contradictoires qui ne peuvent être expliqués par des différences factuelles ou juridiques. En conséquence, certains universitaires et États ont jugé nécessaire de préconiser la cohérence, l'exactitude et la prévisibilité de la jurisprudence du RDIE, en particulier du CIRDI, par l'introduction d'un mécanisme d'appel²⁶²⁶.

715. La proposition la plus âprement débattue pour atténuer le problème d'incohérence vise l'adoption d'une approche corrective plutôt que préventive, et plaide pour une modification fondamentale de la structure du RDIE et du système d'examen du CIRDI. Elle prévoit la création d'un organe d'appel dont les principales fonctions seraient d'assurer l'exactitude de la procédure et du fond de la jurisprudence du CIRDI en révisant les sentences et en corrigeant celles qui seraient entachées d'erreurs de fait ou de droit²⁶²⁷. Cette section examinera les propositions relatives au

²⁶²⁶ Voir *e.g.* PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 452 ; KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *UCLA Journal of International and Foreign Affairs*, vol. 10, no. 1, 2005, p. 197 ; KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », *supra* note 673, p. 147 (« *Consistency is a reality and a necessary objective at the same time.* »).

²⁶²⁷ Pour un aperçu général sur la proposition de réforme de la procédure d'appel, voir *e.g.* ANDELIC (Kristina), « Why ICSID Doesn't Need an Appellate Procedure, and What to Do Instead », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System – Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 496-505 ; BANIFATEMI (Yas), « Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable? », in ECHANDI (Robert) et SAUVÉ (Pierre) (eds.), *Prospects In International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, p. 219 ; BOTTINI (Gabriel), « Reform of the Investor-State Arbitration Regime: The Appeal Proposal », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System – Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 455-473 ; GANTZ (David), « An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges », *supra* note 761 ; KNULL (William) et RUBINS (Noah), « Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option? », *The American Review of International Arbitration*, vol. 11, issue 4, 2000, pp. 531-565 ; LAIRD (Ian) et ASKEW (Rebecca), « Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System », *supra* note 928, pp. 285-302 ; LEE (Jaemin), « Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes: Expected Benefits and Remaining Tasks », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System – Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 474-495 ; PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, pp. 443-454 ; QURESHI (Asif), « An Appellate System in International Investment Arbitration? », in MUCHLINSKI (Peter) *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 1154-1170 ; SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.

mécanisme d'appel (I) et identifiera les mérites et les principaux défis d'un tel système (II).

I. L'INTRODUCTION D'UN MÉCANISME D'APPEL

716. Cette section explorera ce qui est désigné comme la contradiction entre la finalité (*i.e.* le souhait de voir le mécanisme de règlement des différends fournir une réponse définitive au problème) et l'exactitude (*i.e.* le souhait de voir le mécanisme de règlement des différends fournir la réponse exacte) (A) ainsi que les réformes proposées pour le mécanisme d'appel et la question de savoir si le RDIE est adapté à un mécanisme d'appel (B).

A. La tension entre le caractère définitif et l'exactitude

717. Le caractère définitif d'une sentence arbitrale que l'on définira ici comme le principe de finalité est un principe selon lequel les sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage international ne peuvent faire l'objet d'un appel sur le fond²⁶²⁸. La finalité signifie que « *the decision of the tribunal is the final word on the facts and law of the case before it* »²⁶²⁹. Il s'agit d'une caractéristique importante de l'arbitrage, car il est entendu que la décision du tribunal constitue le point final relatif à l'affaire dont ce dernier est saisi²⁶³⁰. Le principal avantage est de garantir la prévisibilité, l'efficacité et les coûts associés à la procédure et implique de sacrifier le mécanisme de révision habituelle propre aux litiges devant les tribunaux nationaux. L'absence de mécanisme d'appel dans l'arbitrage et le caractère définitif de l'arbitrage sont souvent salués comme l'un des avantages les plus attrayants de la procédure d'arbitrage²⁶³¹. En d'autres termes, l'objectif de justesse cède le pas à celui de finalité. Les sentences sont définitives et contraignantes, sous réserve du recours effectué par une partie, devant les tribunaux nationaux du lieu de l'arbitrage, visant à faire annuler la sentence en

²⁶²⁸ A l'exception de la Section 69 de la *English Arbitration Act 1996*. Un « *review on the merits* » (examen sur le fond) concerne les erreurs de droit de ou de fait sur le fond. Il ne doit pas être confondu avec la notion de « *judicial review* » (contrôle juridictionnel), qui fait généralement référence à un contrôle des erreurs de procédure ou de compétence.

²⁶²⁹ LAID (Ian) et ASKEW (Rebecca), « *Finality Versus Consistency: Does Investor-Arbitration Need an Appellate System?* », *supra* note 928, p. 290.

²⁶³⁰ CATE (Irene), « *International Arbitration and the Ends of Appellate Review* », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 44, no. 4, 2012, p. 1110 (« *The virtual absence of substantive review is one of the most striking features of the arbitration process.* »).

²⁶³¹ ZAMIR (Noam) et SEGAL (Peretz), « *Appeal in International Arbitration - an Efficient and Affordable Arbitral Appeal Mechanism* », *Arbitration International*, vol. 35, issue 1, 2019, p. 79.

vertu de motifs limités²⁶³², généralement liés à des irrégularités de compétence ou de procédure²⁶³³, ou, dans certains cas, sur le fondement d'une violation de l'ordre public²⁶³⁴.

718. En limitant ce contrôle à des motifs spécifiques, les tribunaux étatiques conservent un niveau minimum de contrôle sur l'intégrité procédurale et juridictionnelle des arbitrages internationaux relevant de leur compétence²⁶³⁵, les tribunaux peuvent également exercer un certain niveau de contrôle au stade de l'exécution lorsqu'ils examinent s'il existe des motifs justifiant le refus du caractère exécutoire de la sentence²⁶³⁶. Le fait de ne pas permettre aux sentences de faire l'objet d'un appel sur le fond favorise le caractère définitif de la décision tout en veillant à ce que les tribunaux étatiques de contrôle ne se transforment pas en juridiction d'appel. Certains ont fait valoir qu'une atteinte à cette caractéristique « *would strike at the heart of the very concept of the arbitral process* ». ²⁶³⁷ L'accent mis sur le caractère définitif des sentences contribue à leur exécution rapide et efficace. En effet, de nombreux TBI prévoient expressément que les sentences arbitrales sont « *définitives et obligatoires* »

²⁶³² Voir article 34 de la Loi type de la CNUDCI ; Sections 9-11 de la Federal Arbitration Act (« FAA ») ; Article 24 du Singapore International Arbitration Act ; Section 8 du l'Australa International Arbitration Act 1974 ; Article 70 de la loi sur l'arbitrage de la République Populaire de Chine ; Article 190(2)(e) de la Loi fédérale suisse sur le Droit International Privé (LDIP) ; Article 1065(1) du Code de procédure civile des Pays-Bas (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) ; Article 595(1) du Code de procédure civile autrichien (Zivilprozeßordnung) ; Article 1717(4) du Code judiciaire belge (Gerechtelijk wetboek, tel qu'amendé en 1999) ; Article 1502(1) du Code de procédure civile français ; Section 1059 du Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*).

²⁶³³ Tels que la nullité de la convention d'arbitrage, le refus de la possibilité d'être entendu, le cas où le tribunal arbitral a « *excedé ses pouvoirs* », le non-respect des procédures arbitrales convenues par les parties et la « *inarbitrabilité* » du litige : article 34(2)(a) de la Loi type de la CNUDCI.

²⁶³⁴ Article V(2)(b) de la Convention de New York.

²⁶³⁵ Seul un nombre limité de juridictions permet aux parties de renoncer à leur droit à l'examen judiciaire des sentences arbitrales internationales, généralement lorsqu'aucune des parties ne bénéficie d'un lien avec cet État (autre que le siège de l'arbitrage) : voir Article 192(1) de la LDIP ; Article 1717(4) du Code judiciaire belge ; Article 51 de la Loi suédoise sur l'arbitrage ; Article 1522 du Code de procédure civile français.

²⁶³⁶ Article V de la Convention de New York.

²⁶³⁷ MAYER (Pierre), « Seeking the Middle Ground of Court Control: A Reply to I.N. Duncan Wallace », *Arbitration International*, vol. 7, issue 4, 1991, pp. 311-318.

pour les parties²⁶³⁸, et certains vont jusqu'à interdire expressément les appels²⁶³⁹. Néanmoins, le problème perçu découlant des décisions incohérentes et divergentes en matière d'arbitrage d'investissement a donné l'idée d'établir un système d'appel pour la révision des décisions rendues par les tribunaux arbitraux constitués pour le règlement des différends en matière d'investissement²⁶⁴⁰.

719. Dans le contexte du droit commercial international, l'appel est un recours plus courant. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, par exemple à l'article 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (« **Mémoire d'accord** »), prévoit l'existence d'une structure d'appel. De même, en 2004, le Protocole d'Olivos a introduit une Cour permanente de révision dans le cadre du règlement des différends du MERCOSUR.²⁶⁴¹ En outre, le règlement d'arbitrage du *Grain and Free Trade Association* (« **GAFTA** ») prévoit largement la révision des sentences arbitrales par voie d'appel²⁶⁴². Les appels en matière d'arbitrage sportif administrés par la Chambre d'appel du TAS dérogent radicalement au principe de finalité en prévoyant une procédure d'appel interne *de novo*, mais n'en demeure pas moins une institution de règlement des litiges internationaux jouissant d'une très bonne réputation²⁶⁴³. Les statuts et règlements de l'Association internationale du coton (« **ACI** ») prévoient aussi des recours techniques et en matière de qualité, ces dispositions étant obligatoires par nature car les parties ne

²⁶³⁸ Voir l'Accord entre le Royaume du Maroc et le Japon pour la promotion et la protection des investissements, Article 16(14), 8 janvier 2020 ; l'article 3 de l'Accord sur le commerce des services et des investissements entre la République d'Arménie et la République de Singapour, Chapitre 3, article 3. 21(2), 1er octobre 2019 ; Accord entre Singapour et le Myanmar pour la promotion et la protection des investissements, article 18(2), 24 septembre 2019 ; Accord entre le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la Chine et les Émirats arabes unis concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, article 8(7), 16 juin 2019 ; Accord entre l'Ouzbékistan et la Corée pour la promotion et la protection réciproque des investissements, article 11(7)(c), 19 avril 2019.

²⁶³⁹ Traité entre l'Allemagne et Trinité-et-Tobago concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements signé le 8 septembre 2006, Article 13(4) prévoit que : « *The award shall be binding on both parties and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the said instruments [the ICSID Convention, the ICC Rules or the UNCITRAL Rules]* » ; voir aussi Article 21 de l'Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre la Colombie et les Émirats arabes unis signé le 12 novembre 2017 ; Article 10 de l'Accord entre l'Arménie et les Émirats arabes unis signé le 22 juillet 2016.

²⁶⁴⁰ Voir e.g. PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 443.

²⁶⁴¹ Article 17, Section 1 du Protocole d'Olivos.

²⁶⁴² Article 10 et suivants du Règlement d'arbitrage n° 125 du GAFTA.

²⁶⁴³ MAVROMATI (Despina) et REEB (Mathieu), *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials*, Kluwer Law International, 2015, pp. 503-534.

peuvent s'y soustraire²⁶⁴⁴. Ces exemples montrent que la finalité n'est pas nécessairement une qualité universellement souhaitée dans l'arbitrage international. Le recours à la révision au stade de l'appel dans l'arbitrage, bien que rare, existe toujours. Dans ces cas, la recherche d'une décision correcte l'emporte sur tout souhait de rapidité et de finalité²⁶⁴⁵. Cela a également été décrit comme « *une tension entre les deux objectifs concurrents de finalité et de justesse* »²⁶⁴⁶. L'un est le principe de finalité, l'autre le principe de justesse. Le caractère définitif est conçu pour servir l'objectif d'efficacité ainsi que le règlement rapide et économique des litiges. Néanmoins, il ne faut pas ignorer que les règlements d'arbitrage qui prévoient un examen en appel ont tendance à être relatifs aux domaines de l'industrie ou au commerce de marchandises et, à une plus grande échelle, aux différends commerciaux internationaux, en particulier l'OMC. L'exactitude constitue un objectif nécessitant du temps et des efforts et peut impliquer plusieurs niveaux de contrôle, un phénomène bien connu dans les procédures judiciaires nationales²⁶⁴⁷.

720. Certains critiques de l'arbitrage d'investissement accordent plus de valeur à l'exactitude et à la cohérence qu'au caractère définitif. L'un d'eux a noté que « *commentators have argued that consistency and correctness should outweigh the need for finality.* »²⁶⁴⁸ D'autres experts juridiques notent que « *an appeals mechanism is meant to improve accuracy.* »²⁶⁴⁹ La correction d'erreurs est censée protéger les parties au différend des décisions erronées et permet de préserver l'intégrité du RDIE.

²⁶⁴⁴ Articles 312 et 352 des Règles et Règlements de l'Association Internationale du Coton.

²⁶⁴⁵ PLATT (Rowan), « Appeal of Appeal Mechanisms in International Arbitration: Fairness over Finality », *The Journal of International Arbitration*, vol. 30, no. 5, 2013, p. 534.

²⁶⁴⁶ PARK (William), « Why Courts Review Arbitral Awards », in BRINER (Robert) *et al.* (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21 Century - Liber Amicorum for Karl-Heinz Boeckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, 2001 ; voir aussi ABEDIAN (Hossein), « Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration: A Case for an Efficiency System of Judicial Review », *Journal of International Arbitration*, vol. 28, no. 6, 2011, pp. 553 et 589 ; MANDELBAUM (Stefan), « The Measure of Finality: A Dialectical Analysis of Legitimacy Concerns in International Investment Arbitration », *UCLA Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9, no. 1, 2020, p. 16.

²⁶⁴⁷ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, p. 903.

²⁶⁴⁸ CLAPHAM (Jason), « Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is There a Need for Reform », *supra* note 956, p. 438 ; voir aussi SMITH (Christopher), « The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism Can Guide Reform of ICSID Procedure », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 41, no. 2, 2013, p. 568 (the « *problem [with finality] is the almost universal lack of a genuine appellate process that would allow parties to appeal awards resulting from the faulty legal reasoning of tribunals.* »).

²⁶⁴⁹ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *TDM*, vol. 17, issue 2, 2020, p. 6.

Selon le Professeur Susan Franck, la correction des *erreurs juridiques* dans des cas spécifiques « *could restore faith in the system, promote consistency, provide predictability, and reduce the risk of inconsistent decisions to make the system sustainable and legitimate in the long term.* »²⁶⁵⁰ Certains avancent que l'incohérence conduit à la fragmentation du régime du droit des investissements. Il est également avancé que « *fragmentation is not only a threat to the rule of international law, it is above all a threat to the search for certainty and predictability by investors and host states.* »²⁶⁵¹. De plus, les commentateurs notent que « *it is evident that the available grounds for overturning an investment arbitration award, under both the ICSID regime and the UNCITRAL regime, do not create a solution to the consistency problem* »²⁶⁵².

721. Par ailleurs, plusieurs universitaires et praticiens ont préconisé la création d'un tribunal d'appel pour examiner et corriger les sentences d'investissement.²⁶⁵³ Pour ces universitaires, la justesse de la sentence prime sur le caractère définitif de cette dernière. Dès lors, la force motrice derrière un mécanisme d'appel semble être une interprétation cohérente et constante des termes substantiels des traités d'investissement. Compte tenu de la tension entre le caractère définitif, la cohérence et l'exactitude, il convient de se demander si la justice est assurée lorsqu'il existe une deuxième opinion sur les points de fait et de droit que soulèvent un arbitrage. L'exactitude et la cohérence sont-elles en conflit avec les avantages de la finalité ?

²⁶⁵⁰ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1607.

²⁶⁵¹ NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 575.

²⁶⁵² *Idem.* p. 572.

²⁶⁵³ Voir *e.g.* NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: is an Appeals Court Needed ? », *supra* note 690, p. 576 ; KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *supra* note 2626, p. 197 ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1607 ; PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, pp. 452-454 ; JAMIE (Margie-Lys), « An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration: Redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism », *Spain Arbitration Review*, vol. 2014, issue 21, 2014, p. 95 (« *we argue that it is time for redefining the ISDS system and for creating an appellate body that would have competence under treaty-based ISDS* »).

B. Proposition de réforme du mécanisme d'appel

722. La création d'un mécanisme d'appel fait l'objet de débats depuis 25 ans²⁶⁵⁴. Dans le cadre de son mandat, le GT III de la CNUDCI a décidé de considérer un mécanisme d'appel comme option de réforme²⁶⁵⁵. La discussion actuelle au sein du GT III démontre qu'un certain nombre de délégués se préoccupent de l'uniformité, de la cohérence, de la prévisibilité et de la justesse des sentences arbitrales.

723. L'hypothèse sous-jacente à la proposition de créer un mécanisme d'appel est qu'il favoriserait la cohérence et l'exactitude de la jurisprudence en matière d'arbitrage d'investissement²⁶⁵⁶. En outre, il est avancé que « *an appellate mechanism will be able to facilitate and foster 'rule of law' in international investment arbitration by accumulating and spreading consistent jurisprudence in the international community* »²⁶⁵⁷. D'autre part, certains universitaires sont d'avis que « *the likelihood of an appellate mechanism being created within the contours of the current network of international economic law treaties remains very low* »²⁶⁵⁸. Cette section examinera

²⁶⁵⁴ Voir « The Special Issue on NUS Centre for International Law Collection of Articles on an Appellate Body in ISDS », *ICSID Review*, vol. 32, no. 32, 2017. Pour le contexte historique, voir BROWN (Chester), « Supervision, Control, and Appellate Jurisdiction: The Experience of the International Court », *ICSID Review*, vol. 32, no. 3, pp. 595-610.

²⁶⁵⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de Travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-huitième session, Vienne, 14 - 18 octobre 2019, A/CN.9/1004, 23 octobre 2019, § 24, p. 6.

²⁶⁵⁶ CNUDCI, Rapport du Groupe de Travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-huitième session, Vienne, 20 - 24 janvier 2020, A/CN.9/1004, 28 janvier 2020, § 18, p. 5 (« *il a été souligné que les mécanismes existants de révision des sentences arbitrales étaient trop limités, et que la création d'un mécanisme d'appel viserait à accroître la rectitude, l'uniformité, la prévisibilité et la cohérence des décisions prises dans le cadre du RDIE, et donc la légitimité du système* ») ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1607 (« *an appellate body could restore faith in the system, promote consistency, provide predictability, and reduce the risk of inconsistent decisions to make the system sustainable and legitimate in the long term* ») ; SCHREUER (Christoph) et DE LA BENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *supra* note 2649, p. 5 (« *Two considerations dominate the debate about the creation of an appeals mechanism: consistency and accuracy. The assumption is that a system of appeals would promote the harmonious interpretation of the law and would help avoid contradictory decisions thereby promoting predictability and stability* ») ; KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *supra* note 2626, p. 201,

²⁶⁵⁷ LEE (Jaemin), « Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes - Expected Benefits and Remaining Tasks », *supra* note 2627, p. 477.

²⁶⁵⁸ APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *supra* note 2579, p. 25 ; voir aussi BANIFATEMI (Yas), « Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable? », *supra* note 2627, p. 219 (« *The establishment of an appellate body is an option advocated by some but mistrusted or even flatly dismissed by others.* »).

et analysera diverses propositions de réforme en vue d'un mécanisme d'appel, y compris une réforme du système CIRDI (1), une structure d'appel instaurée traitée par traité (2) ainsi qu'un organe d'appel permanent (3).

1. Proposition dans le cadre du système du CIRDI

724. Albert Van den Berg a suggéré que : « *If an appeal mechanism is to be established, it seems that the ICSID Convention is the preferred legal platform for building the mechanism, mainly because it is a treaty dedicated to investment arbitration and does not involve supervision and interference by national courts in enforcement and setting aside* »²⁶⁵⁹. Au cours de la négociation de la Convention de CIRDI, il a été envisagé d'établir un mécanisme de révision des sentences arbitrales²⁶⁶⁰. En effet, lors des négociations de l'article 52 de la Convention, il a été suggéré d'y inclure les erreurs manifestes dans l'application du droit substantiel et les dérogations graves aux principes de justice naturelle comme motifs d'annulation²⁶⁶¹. Toutefois, ces propositions ont été rejetées lors d'un vote²⁶⁶².

725. Conformément à une préférence générale pour la finalité plutôt que la justesse des décisions internationales, la solution adoptée par l'article 52 de la Convention CIRDI est précisément celle d'un processus de révision limité. De plus, en vertu de l'article 53 de la Convention CIRDI, les sentences CIRDI ne peuvent faire l'objet d'aucun autre recours que ceux prévus par la Convention elle-même. Cette disposition reflète le caractère dit autonome et exhaustif du système d'examen du CIRDI. C'est pourquoi, la possibilité d'un examen des sentences CIRDI par les tribunaux nationaux ou autres forums internationaux est exclue. Le seul recours possible pour annuler une sentence CIRDI est la procédure d'annulation prévue à l'article 52 et confiée à un

²⁶⁵⁹ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, 2019, p. 188.

²⁶⁶⁰ REISMAN (Michael), « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration », *Duke Law Journal*, vol. 1989, issue 4, 1989, p. 751 ; BROCHES (Aron), « Observations on the Finality of ICSID Awards », *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, issue 2, 1991, pp. 324-327.

²⁶⁶¹ ICSID, *History of the ICSID Convention*, Vol. II, Part I, 1968, p. 340.

²⁶⁶² *Idem.* pp. 340, 423, 847-854 (discussions sur les expansions de l'annulation pour y inclure les « *serious errors in the application of substantive law* »).

Comité d'annulation *ad hoc*. Comme le fait remarquer le Professeur Christoph Schreuer :

*The desire to see a dispute settled is regarded as more important than the substantive correctness of the decision. Annulment is the preferred solution to balance these two objectives. It is designed to provide emergency relief for egregious violations of a few basic principles while preserving the finality of the decision in most respects*²⁶⁶³.

Le Comité d'annulation ne peut annuler une sentence que sur la base d'un ou plusieurs des cinq motifs énoncés à l'article 52(1)²⁶⁶⁴. Ces motifs n'exigent pas l'analyse de l'exactitude de la décision quant au fond (1), mais sur la composition du tribunal (2) ; le respect du champ d'action du tribunal (*i.e.* la compétence ou le droit applicable) (3) ; la question de savoir si le tribunal était confronté à la corruption (4) ; la régularité de la procédure (5).

726. Plus important encore est le fait que l'article 53 de la Convention CIRDI exclut expressément tout appel en déclarant qu'une sentence « *ne peut être l'objet d'aucun appel* ». ²⁶⁶⁵ L'article 53 distingue l'*appel*, c'est-à-dire le réexamen par un autre organe du processus décisionnel du fond de la sentence, pouvant aboutir à son annulation ou à sa réformation, et « *toute autre voie de recours* »²⁶⁶⁶. Si l'exclusion de l'appel est absolue, l'exclusion des autres voies de recours fait l'objet d'une exception en faveur des trois mécanismes de recours prévus par la Convention elle-même. Ainsi, l'examen

²⁶⁶³ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, p. 903. Le caractère essentiel de la confirmation de la sentence rendue, c'est-à-dire la garantie du caractère définitif de la sentence, a également été souligné par MAYER (Pierre), « To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual Findings of an Arbitral Tribunal? », in GAILLARD (Emmanuel) et BANIFATEMI (Yas) (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, pp. 243 et 248.

²⁶⁶⁴ Article 52(1) de la Convention CIRDI dispose que : « *Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs.* ».

²⁶⁶⁵ BROCHES (Aron), « Observations on the Finality of ICSID Awards », *supra* note 2660, pp. 321-322.

²⁶⁶⁶ *Idem.* p. 322.

par le Comité *ad hoc* du bienfondé en droit ou en fait est exclu²⁶⁶⁷. Tel que noté par le Comité *ad hoc* dans la décision d'annulation dans l'affaire *Lucchetti* :

*However, even if the reasons in the Award were wrong, this would not justify annulment of the Award, because it is not within the province of an ad hoc committee to review a tribunal's finding that it lacked jurisdiction. Lucchetti's request for annulment is in reality an appeal against the Tribunal's decision that it did not have jurisdiction racione temporis under Article 2 of the BIT. Appeals are not permitted, and the Committee may not review the Tribunal's findings of fact and law*²⁶⁶⁸.

En d'autres termes, l'examen de la sentence au stade de l'annulation porte sur la régularité du processus décisionnel plutôt que sur la justesse du fond de la sentence²⁶⁶⁹. Cela reflète l'intention des pères fondateurs du CIRDI de créer un mécanisme d'annulation dont la portée est limitée à des circonstances exceptionnelles²⁶⁷⁰.

727. Néanmoins, au milieu des années 1980, le Comité *ad hoc* a procédé à des examens de fond dans les affaires *Klöckner I*²⁶⁷¹ ainsi que *Amco I*²⁶⁷², et constituent ce que l'on appelle la « première génération des recours en annulation »²⁶⁷³. Les

²⁶⁶⁷ Voir *e.g.* CARON (David), « Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, 1992, pp. 21 et 24 ; VAN HOUTTE (Hans), « Article 52 of the Washington Convention – A Brief Introduction », in GAILLARD (Emmanuel) et BANDIFATEMI (Yas) (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, pp. 11-12.

²⁶⁶⁸ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. et Indalsa Perú, S.A. c. Pérou* (anciennement *Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Perú, S.A. c. Pérou*), CIRDI aff. n° ARB/03/4, Décision sur l'annulation, 5 septembre 2007, § 57.

²⁶⁶⁹ *CDC Group plc c. Seychelles*, CIRDI aff. n° ARB/02/14, Décision sur l'annulation, 29 juin 2005, § 34 (« *As the ordinary meaning of the terms of Article 52(1) indicates, the ICSID annulment procedure is concerned with determining whether the underlying procedure was fundamentally fair: Article 52(1) looks not to the merits of the underlying dispute as such, but rather is concerned with the fundamental integrity of the tribunal, whether basic procedural guarantees were largely observed, whether the Tribunal exceeded the bounds of the parties' consent, and whether the Tribunal's reasoning is both coherent and displayed.* ») ; voir aussi FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1547 (« *An annulment proceeding is not an appeal of the legal merits, rather, the ad hoc committee examines the procedural propriety of the award.* »).

²⁶⁷⁰ SCHREUER (Christoph), « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings », in GAILLARD (Emmanuel) et BANDIFATEMI (Yas) (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, 2004, pp. 17 et 42.

²⁶⁷¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, CIRDI aff. n° ARB/81/2, Décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 3 mai 1985, §§ 95, *et suivants*.

²⁶⁷² *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, CIRDI aff. n° ARB/81/1, Décision de la Commission *ad hoc* sur la demande d'annulation du 16 mai 1986, § 509, *et suivants*.

²⁶⁷³ SCHREUER (Christoph), « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings », *supra* note 2670, pp. 17 et 22.

premiers comités d'annulation ont semblé avoir une vision tendue des pouvoirs qui leur ont été conférés par l'article 52, et ont interprété de façon libérale des notions telles que l'*excès de pouvoir manifeste*²⁶⁷⁴ ou le *défaut de motivation*²⁶⁷⁵. Tout en proclamant ne pas être un organe d'appel, les comités ont, dans les premières affaires *Klöckner I*²⁶⁷⁶ et *Amco I*²⁶⁷⁷ effectivement procédé à une révision au fond de la sentence arbitrale initiale. Ces comités *ad hoc* ont été largement critiqués pour ne pas avoir respecté la distinction entre annulation et appel conformément à la Convention CIRDI²⁶⁷⁸. Les affaires dites de seconde génération, *Klöckner II*,²⁶⁷⁹ *Amco II*,²⁶⁸⁰ *MINE c. Guinée*²⁶⁸¹, - les deux dernières présidées par le grand-père de l'auteur, le Dr. Sompong Sucharitkul, avec notamment le Secrétaire général du CIRDI, Aron Broches, en qualité de membre du Comité - ont adopté une approche plus restrictive, maintenant la distinction entre l'annulation et les différentes formes de révision substantielle. Comme l'a déclaré le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco II* « *[i]t is incumbent upon Ad Hoc Committees to resist the temptation to rectify incorrect*

²⁶⁷⁴ Article 52(1)(b) de la Convention CIRDI.

²⁶⁷⁵ Article 52(1)(a) de la Convention CIRDI.

²⁶⁷⁶ *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, CIRDI aff. n° ARB/81/1, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 16 mai 1986, Sentence dans une procédure resoumise du 5 juin 1990, Décision sur les décisions complémentaires et les rectifications du 17 octobre 1990 et Décision sur les demandes d'annulation de la sentence de 1990 et de la sentence complémentaire de 1990 du 17 décembre 1992 (Président du tribunal : Dr. Sompong Sucharitkul ; Membres du tribunal : Arghyrios A. Fatouros et Dietrich Schindler).

²⁶⁷⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, CIRDI aff. n° ARB/81/2, Deuxième décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 17 mai 1990.

²⁶⁷⁷ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée*, CIRDI aff. n° ARB/84/4, Décision du Comité d'annulation *ad hoc*, 22 décembre 1989 (Président du tribunal : Dr. Sompong Sucharitkul ; Membres du tribunal : Aron Broches et Keba Mbaye).

²⁶⁷⁸ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, pp. 627-628.

²⁶⁷⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, CIRDI aff. n° ARB/81/2, Deuxième décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 17 mai 1990. (Président du tribunal : Pierre Lalive ; Membres du tribunal : Ahmed El-Kosheri, Ignaz Seidl-Hohenveldern).

²⁶⁸⁰ *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, CIRDI aff. n° ARB/81/1, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 16 mai 1986, Sentence dans une procédure resoumise du 5 juin 1990, Décision sur les décisions complémentaires et les rectifications du 17 octobre 1990 et Décision sur les demandes d'annulation de la sentence de 1990 et de la sentence complémentaire de 1990 du 17 décembre 1992 (Président du tribunal : Dr. Sompong Sucharitkul ; Membres du tribunal : Arghyrios A. Fatouros et Dietrich Schindler).

²⁶⁸¹ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée*, CIRDI aff. n° ARB/84/4, Décision du Comité d'annulation *ad hoc*, 22 décembre 1989 (Président du tribunal : Dr. Sompong Sucharitkul ; Membres du tribunal : Aron Broches et Keba Mbaye).

decisions or to annul unjust awards »²⁶⁸². A cet égard, les craintes annonçant le « *Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration* »²⁶⁸³ ne se sont pas concrétisées, les Comités *ad hoc* ultérieurs ayant respecté le caractère limité et exceptionnel de la procédure d'annulation²⁶⁸⁴, même si certains auteurs invitent encore les Comités *ad hoc* à statuer dans le cadre de leurs compétences²⁶⁸⁵. Conséquemment, il convient de souligner que le « *ICSID experiment seem[ed] back on track* »²⁶⁸⁶.

728. Les résultats divergents dans les arbitrages *Lauder/CME*²⁶⁸⁷ en 2003 ont renforcé l'idée de créer un mécanisme d'appel en matière d'arbitrage d'investissement, une solution qui faisait déjà l'objet d'intenses discussions à l'époque²⁶⁸⁸. En 2004, le Secrétariat du CIRDI a affirmé que bien que « *[s]ignificant inconsistencies have not to date been a general feature of the jurisprudence of ICSID* », il reconnaissait néanmoins que « *there clearly is scope for inconsistencies to develop* »²⁶⁸⁹. La création d'un mécanisme d'appel a été décrite dans le CIRDI 2004 Document de Discussion comme étant « *desirable to ensure coherence and consistency in case law generated in ICSID and other investor-to-State arbitration under investment treaties* »²⁶⁹⁰. Le rapport affirme également que la mise en place de divers mécanismes de recours dans le cadre de chaque traité concerné irait à l'encontre des objectifs de cohérence et de constance²⁶⁹¹. Par conséquent, l'efficacité et l'économie, ainsi que la cohérence et la

²⁶⁸² *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, CIRDI aff. n° ARB/81/1, Décision sur les demandes d'annulation de la sentence de 1990 et de la sentence complémentaire de 1990 du 17 décembre 1992, § 1.18.

²⁶⁸³ REISMAN (Michael), « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration », *supra* note 2660, p. 739 *et seq.*

²⁶⁸⁴ SCHREUER (Christoph) *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, *supra* note 81, p. 903.

²⁶⁸⁵ PELLET (Alain), « Annulment *Faute de Mieux* - Is There a Need for an Appeals Facility? », *supra* note 2499, pp. 266-274.

²⁶⁸⁶ REISMAN (Michael), « Control Mechanisms in International Dispute Resolution », *United States-Mexico Law Journal*, vol. 2, 1994, p. 133.

²⁶⁸⁷ *CME Czech Republic B.V. c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 14 mars 2003 ; *Ronald S. Lauder c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001.

²⁶⁸⁸ REINISCH (August), « The Issues Raised by Parallel Proceedings and Possible Solutions », *supra* note 2527, p. 118 ; CLAPHAM (Jason), « Finality of Investor-State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is There a Need for Reform », *supra* note 956, p. 445 ; voir aussi GANTZ (David), « An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges », *supra* note 761, p. 74 (qui fait référence aux conclusions contradictoires tirées des affaires *Lauder* et *SGS* et conclut : « *A well-structured and staffed appellate mechanism could improve the jurisprudence in investment related arbitration by increasing consistency and annulling the occasional wrong decision.* ») ; PELLET (Alain), « Annulment *Faute de Mieux* - Is There a Need for an Appeals Facility? », *supra* note 2499, pp. 255-256.

²⁶⁸⁹ CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 15, §§ 21-22.

²⁶⁹⁰ *Idem.* p. 4, § 6.

²⁶⁹¹ *Idem.* p. 15, § 23.

constance, pourraient être mieux servies si le CIRDI offrait un seul mécanisme d'appel plutôt que de multiples voies de recours²⁶⁹².

729. Afin d'éviter la nécessité d'un amendement de la Convention qui exigerait le consentement et la ratification unanime de tous les États parties au CIRDI, l'organe d'appel serait établi en vertu d'un ensemble de règles de procédure d'appel du CIRDI adoptées par le Conseil administratif du CIRDI²⁶⁹³. Dans ce cas, l'application de ce corpus serait facultative et un traité d'investissement ou tout autre traité pourrait prévoir « *that awards, made in cases covered by the treaty, would be subject to review in accordance with the ICSID Appeals Facility Rules* »²⁶⁹⁴. La proposition envisageait un comité d'appel composé de 15 membres de nationalités différentes, constitué par le Conseil administratif du CIRDI sur proposition du Secrétaire général²⁶⁹⁵ comprenant des « *persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international investment and investment treaties* »²⁶⁹⁶. Les membres du comité seraient nommés pour un mandat de trois ou six ans. Les tribunaux composés de trois membres seraient nommés par le Secrétaire Général après consultation des parties²⁶⁹⁷. En ce qui concerne la portée de l'appel, la proposition prévoit que le comité d'appel serait habilité à confirmer, modifier ou annuler la sentence et l'annuler tout ou en partie sur l'un des fondements de l'article 52 de la Convention du CIRDI²⁶⁹⁸. En principe, la sentence du comité d'appel serait définitive pour les parties, sauf si le litige n'était pas résolu, auquel cas les parties auraient le droit de le soumettre à un nouveau tribunal arbitral « *to be constituted and operate under the same rules as the first arbitral* », à moins que le tribunal d'appel ne le confie au tribunal arbitral initial²⁶⁹⁹.

730. Un Rapport concernant cette proposition a été mis à la disposition du public et les parties prenantes ont été invitées à émettre des commentaires. Ce processus consultatif a démontré que de nombreuses parties doutaient de la pertinence de cette

²⁶⁹² *Ibid.*

²⁶⁹³ *Idem.* p. 1, § 1; voir aussi KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *supra* note 2626, p. 185.

²⁶⁹⁴ CIRDI 2004 Document de Discussion, Annexe « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », p. 1, § 1.

²⁶⁹⁵ *Idem.* Annexe « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », p. 3, § 5.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*

²⁶⁹⁷ *Idem.* p. 4, § 6.

²⁶⁹⁸ *Idem.* p. 5, § 9.

²⁶⁹⁹ *Idem.* pp. 5-6, § 9.

proposition et que la plupart considéraient ce mécanisme au mieux comme précoce²⁷⁰⁰. Un an plus tard, le Secrétariat a conclu que le soutien était insuffisant pour que cette initiative puisse aboutir. Plus précisément, en mai 2005, le Secrétariat a annoncé qu'« *il serait, à ce stade prématuré d'essayer d'établir un tel mécanisme, compte tenu, notamment, des problèmes techniques et politiques soulevés* »²⁷⁰¹. Le CIRDI 2004 Document de Discussion quant à l'établissement d'un mécanisme d'appel du CIRDI soulève certains problèmes, notamment le fait qu'un tel comité puisse entraîner la fragmentation des régimes d'arbitrage du CIRDI et porter atteinte au caractère définitif des sentences, tout en causant des retards dans leur exécution²⁷⁰². Alors que la mise en place d'un mécanisme d'appel était considérée comme prématurée en 2005, il a été noté que le Secrétariat « *continue to study such issues to assist member countries when and if it is decided to proceed towards the establishment of an ICSID appeal mechanism.* »²⁷⁰³ Un examen de l'arbitrage CIRDI, des intérêts de ses États contractants et des investisseurs que beaucoup de ces États représentent indique qu'une telle décision n'est pas surprenante²⁷⁰⁴. Les investisseurs apprécient le haut degré de finalité que le processus d'arbitrage actuel du CIRDI offre aux parties. Le caractère définitif des sentences est garanti en partie par l'interdiction faite par le CIRDI de procéder à un réexamen au fond des sentences. Le potentiel d'inexactitude des sentences arbitrales dans cette situation est évident. Néanmoins, l'efficacité continue du CIRDI en tant que système de protection des droits des investisseurs incite les États contractants, en particulier les États exportateurs de capitaux, à protéger le caractère définitif des sentences du CIRDI.

731. Depuis lors, un temps considérable s'est écoulé, d'autres procédures CIRDI ont été engagées et de nouvelles affaires ont été jugées. Les auteurs ont alors réexaminé la

²⁷⁰⁰ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, p. 21, § 41.

²⁷⁰¹ CIRDI, « Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations », Document de Travail, 12 mai 2005, p. 4, § 4.

²⁷⁰² CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 15, § 21.

²⁷⁰³ CIRDI, « Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations », Document de Travail, 12 mai 2005, p. 4, § 4.

²⁷⁰⁴ WALSH (Thomas), « Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality? », *supra* note 955, p. 444.

question de savoir si le système du CIRDI avait effectivement besoin d'une instance d'appel²⁷⁰⁵. À cette question, le Professeur Eun Young Park a répondu que :

*Considering that the main objective of establishing an appellate review system is to promote consistency, accuracy and predictability of ICSID jurisprudence, it would be necessary to establish a fixed body or roster of members to serve in the appellate review body*²⁷⁰⁶.

Étant donné qu'un amendement de la Convention elle-même nécessite une ratification unanime des 156 États contractants à la Convention du CIRDI²⁷⁰⁷, il a été suggéré que cet appel soit effectué par le biais du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI²⁷⁰⁸, comme proposé par le Rapport de 2004. Dans le cas des sentences du mécanisme additionnel, les propositions seraient moins compliquées car il n'existe pas d'équivalent à l'article 53. Néanmoins, l'article 52(4) du Règlement du Mécanisme supplémentaire (Annexe C)²⁷⁰⁹ déclare que les sentences ne sont « *pas susceptible d'appel et [ont] force obligatoire pour les parties* ». Bien que cela ne constitue pas une exclusion explicite de l'appel, cela montre que le Règlement du Mécanisme supplémentaire envisage un système d'arbitrage à un seul niveau. Pour permettre un système d'appel complet, le Règlement devrait donc être modifié. Contrairement à la Convention, cela pourrait toutefois être accompli par une décision à la majorité simple du Conseil administratif du CIRDI - et c'est d'ailleurs ainsi que le Mécanisme supplémentaire a été créé²⁷¹⁰. En d'autres termes, la modification du Règlement du

²⁷⁰⁵ Voir e.g. TSATSOS (Aristidis), « ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal? », *TDM*, vol. 6, issue 1, 2009, p. 2 ; PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, pp. 452-455 ; SMITH (Christopher), « The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism Can Guide Reform of ICSID Procedure », *supra* note 2648, p. 569 ; JOUBIN-BRET (Anna), « Why We Need a Global Appellate Mechanism for International Investment Law », *Columbia FDI Perspective: Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues*, no. 146, 2015, p. 2.

²⁷⁰⁶ PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 452.

²⁷⁰⁷ Article 66(1) de la Convention CIRDI ; ANTONIETTI (Aurélia), « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, issue 2, 2006, p. 428 (« *Amendments to the ICSID Convention require unanimous ratification by all Contracting States.* ») ; CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 2, § 3 ; CIRDI, Liste Des États Contractants Et Signataires De La Convention (au 3 septembre 2021), CIRDI/3.

²⁷⁰⁸ CIRDI 2004 Document de Discussion, Annexe « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », p. 2, § 3.

²⁷⁰⁹ Article 52(4) de l'Annexe C (Règlement d'arbitrage) du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI tel qu'adopté en 2006.

²⁷¹⁰ Article 6(1)(c) de la Convention CIRDI et Article 7(1) du Règlement Administratif et Financier du CIRDI ; CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 2, § 3 ; ANTONIETTI (Aurélia), « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules », *supra* note 2707, p. 428 (« *In 1978, the Administrative Council adopted a set of Additional Facility Rules under which*

Mécanisme supplémentaire du CIRDI peut se faire à la majorité simple des membres du Conseil administratif du CIRDI, qui se compose d'un représentant de chaque État membre de la Convention du CIRDI²⁷¹¹.

732. Néanmoins, le caractère définitif des sentences du CIRDI est essentiel à l'objectif du CIRDI de pouvoir agir comme un forum neutre offrant un recours effectif aux investisseurs²⁷¹². L'interdiction de faire appel prévue par la Convention, et donc l'accent mis sur le caractère définitif de la décision, rendent difficile l'adoption d'un amendement permettant un réexamen au fond des sentences. Comme l'ont noté les commentateurs, « *[i]ts compatibility, or lack thereof, with the currently prevailing system of ICSID arbitration remains a strong obstacle to its implementation* »²⁷¹³. Les États contractants et les investisseurs qu'ils représentent doivent reconnaître qu'il est absolument nécessaire d'améliorer l'exactitude des sentences si l'on veut que le contrôle au fond soit admis.

2. Un tribunal d'appel spécifique à chaque Traité

733. Selon le Professeur Albert Van den Berg, sur plus de 3 300 AII, seulement moins de 2 % contiennent des dispositions relatives à un mécanisme d'appel²⁷¹⁴. Les traces d'un mécanisme d'appel examinée par le CIRDI peuvent encore être observées dans un certain nombre de TBI américains, y compris le modèle de TBI des États-Unis de 2004, qui prévoit des discussions futures sur la création d'un « *organe d'appel ou d'un mécanisme similaire* » pour l'arbitrage d'investissement²⁷¹⁵. En effet en 2002, les

the ICSID Secretariat is authorized to administer certain types of proceedings between States and foreign nationals that fall outside the scope of the ICSID Convention »).

²⁷¹¹ Article 7(1) du Règlement Administratif et Financier du CIRDI ; ANTONIETTI (Aurélia), « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules », *idem*. p. 428 (« *When the adoption of an amendment to the Additional Facility Rules is concerned, the resolution has to be passed by a simple majority vote* »).

²⁷¹² WALSH (Thomas), « Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality? », *supra* note 955, p. 445.

²⁷¹³ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *TDM*, vol. 17, issue 2, 2020, p. 1.

²⁷¹⁴ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, pp. 156-157.

²⁷¹⁵ Voir Annexe D du Modèle de TBI des États-Unis disposant que « *Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Art. 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.* ».

États-Unis ont adopté une loi sur la promotion du commerce (le « **US Trade Act** »)²⁷¹⁶, imposant de négocier la mise en place d'un mécanisme d'appel relatif aux litiges dans le cadre des accords de libre-échange²⁷¹⁷. Dans la pratique conventionnelle américaine ultérieure, il est fait référence de manière récurrente aux clauses de « *rendez-vous* » (clauses qui engagent les parties à un accord pour envisager et parvenir à la mise en place d'un mécanisme d'appel à l'avenir). Le modèle TBI américain de 2004 prévoyait la possibilité d'établir un mécanisme de recours multilatéral et bilatéral. L'article 28(10) prévoit que si un accord multilatéral distinct entre en vigueur entre les parties, « *the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards* ». L'annexe D prévoit en outre que les parties au TBI examineront l'opportunité d'établir un mécanisme d'appel bilatéral dans un délai de trois ans après son entrée en vigueur. Le TBI États-Unis-Uruguay de 2005²⁷¹⁸, le TBI de 2008 entre les États-Unis et le Rwanda²⁷¹⁹, l'ALE entre les États-Unis et le Chili de 2003²⁷²⁰, et l'ALE entre le Maroc et les États-Unis²⁷²¹ reprennent l'article 28(10) et l'annexe D du modèle de TBI américain sous une formulation quasi identique.

734. Par ailleurs, le CAFTA prévoyait que la Commission de libre-échange avait pour mission de créer un groupe de négociation chargé de préparer un projet d'amendement à l'accord visant à établir un organe d'appel ou un mécanisme similaire²⁷²². Une fois que le CAFTA entrerait en vigueur, celui-ci entraînerait, après une période de quatre-vingt-dix jours, un processus de négociation sur une période d'un an visant à aboutir à une sorte d'accord prévoyant la mise en place d'un mécanisme d'appel, applicable aux sept membres du CAFTA dans l'année qui suit²⁷²³. Il est entré en vigueur le 1er janvier 2009, mais depuis lors, une telle initiative n'a pas vu le jour. Même si un tel effort

²⁷¹⁶ Voir le « Trade Act » de 2002, P.I., No. 107-210, 116 Stat. 933. L'objectif de négociation discuté se situe au titre XXI de la division B du « Trade Act » de 2002, connu sous le nom de « Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002 », qui a été codifié aux sections 3801 et suivantes du 19 U.S.C.

²⁷¹⁷ La Section 3802(b)(3)(G)(iv) du Trade Act 2002 des États-Unis dispose que : « *[The principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are ... to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by ... providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of trade agreements* ».

²⁷¹⁸ Article 28(10) du TBI États-Unis-Uruguay de 2005.

²⁷¹⁹ Article 28(10) du TBI États-Unis-Rwanda de 2008.

²⁷²⁰ Article 10.19(10) de l'ALE États-Unis-Chili de 2003.

²⁷²¹ Article 10.19(10) de l'ALE États-Unis-Maroc de 2004.

²⁷²² Annexe 10-F de l'ALEAC signée le 28 mai 2004.

²⁷²³ *Idem*. Les sept partenaires sont les États-Unis, le Costa Rica, la République Dominicaine, le Salvador, le Guatemala, l'Honduras et le Nicaragua.

avait été entrepris, la mise en œuvre effective d'un tel mécanisme d'appel risquait d'être difficile. Dans l'hypothèse où le groupe de négociation CAFTA produit effectivement un projet d'amendement, la nature controversée du mécanisme d'appel et la sensibilité politique des États peuvent rendre très problématique l'adoption d'un amendement à un traité²⁷²⁴. Il ressort que le défi que pose la réflexion sur le fonctionnement d'un organe d'appel est simplement qu'aucune structure de ce type en matière de droit des investissements n'a été créée. Il a été suggéré qu'étant donné que les États-Unis ont remporté la totalité de leurs affaires dans le cadre de l'ALENA, ces derniers sont maintenant enclins à préférer le caractère définitif des sentences et n'ont pas vraiment intérêt à compromettre le caractère définitif des sentences par un contrôle de fond des sentences²⁷²⁵. Comme l'a noté l'auteur Barry Appleton, « *Despite the legislative capacity, there was no appetite for such [appellate] process* »²⁷²⁶. Notamment, le modèle révisé de TBI des États-Unis de 2012 a supprimé l'exigence posée par l'annexe D visant à envisager la mise en place d'un mécanisme d'appel. Le modèle de TBI de 2012 prévoit simplement que, dans le cas où un mécanisme d'appel est mis en place dans le cadre d'autres dispositions institutionnelles, « *the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism.* »²⁷²⁷ Cela est conforme à la position des États-Unis concernant le tribunal d'appel proposé par l'UE dans le cadre du TTIP. Le représentant américain pour le commerce a déclaré « *[i]t's not obvious to me why you would want to give companies a second bite of the apple.* »²⁷²⁸ Ce refus des États-Unis quant à la mise en place d'un système d'appel s'explique par le fait que « *The United States is strongly opposed to appellate body members deviating from their appropriate role by restricting the rights or expanding trade agreement obligations ... The United States will not support any individual with a record of restricting trade agreement rights or expanding trade*

²⁷²⁴ GANTZ (David), « An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges », *supra* note 761, pp. 41-42.

²⁷²⁵ WALSH (Thomas), « Substantive Review of ICSID Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality », *supra* note 955, p. 446.

²⁷²⁶ APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *supra* note 2579, p. 23.

²⁷²⁷ Article 29(10) du Modèle de TBI des États-Unis 2012.

²⁷²⁸ « The U.S. is Sceptical of the European Commission's ISDS Proposal », *ISDS Blog, Stockholm Chamber of Commerce*, 13 novembre 2015.

agreement obligations »²⁷²⁹. Par conséquent, il semble que les États-Unis seraient en passe de revenir sur leur position concernant la création d'un mécanisme d'appel.

735. Les traités conclus par d'autres pays, comme le Canada, l'Australie et la Chine, contiennent des déclarations d'intention similaires aux AII américains en faveur de la mise en place de mécanismes de recours²⁷³⁰. Par exemple, l'ALE Canada-Corée du Sud de 2014 comporte la disposition suivante à l'Annexe 8-E : *Possibilité d'un mécanisme d'appel bilatéral* :

*Dans les trois années suivant la date d'entrée en vigueur du présent accord, les Parties se penchent sur la question de savoir s'il y a lieu d'établir un organe d'appel bilatéral ou un mécanisme similaire pour examiner les sentences rendues en application de l'article 8.42 relativement aux arbitrages commencés après qu'elles ont établi l'organe d'appel ou le mécanisme similaire*²⁷³¹.

Dans toutes ces dispositions, les États contractants se sont simplement engagés à examiner l'opportunité de créer ou de rejoindre un mécanisme d'appel bilatéral ou multilatéral destiné à l'examen des sentences arbitrales entre investisseurs et États²⁷³². Le CPTPP n'impose pas l'établissement d'un dispositif d'appel mais prévoit que si un tel mécanisme est constitué, les sentences rendues dans le cadre du CPTPP lui seront soumises²⁷³³. Jusqu'à présent, ces dispositions sont restées lettre morte puisque aucune mesure n'a été prise en vue de la création d'organes d'appel dans le cadre de l'un de ces accords.

²⁷²⁹ SARVARIAN (Armane) et FONTANELLI (Filippo), « The USA and Re-Appointment at the WTO: A 'Legitimacy Crisis' ? », *EJIL Talk!*, 27 mai 2016.

²⁷³⁰ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism ? », *supra* note 1519, p. 22. Selon le CIRDI, « [b]y mid-2005, as many as 20 countries may have signed treaties with provisions on an appeal mechanism for awards rendered in investor-to-State arbitrations under the treaties. », CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 14 ; Article 9(23) de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et la Chine, tel qu'adopté en 2015 ; Annex 8-E de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Corée tel qu'adopté en 2014 ; Article 9(11) de l'Accord entre la Hongrie et le Kirghizistan pour la promotion et la protection réciproque des investissements, tel que signé en 2020 ; Article 29 du Traité bilatéral d'investissement entre le Kirghizistan et l'Inde, tel que adopté en 2019.

²⁷³¹ Annexe 8-E de l'ALE Canada-Corée du Sud de 2014.

²⁷³² *Idem*.

²⁷³³ Article 9.23(11) du of Chapitre 3 du CPTPP.

736. Les dispositions relatives à un mécanisme d'appel ou la négociation d'un tel mécanisme dans les traités entraînerait probablement une fragmentation accrue des sentences arbitrales en matière d'investissement²⁷³⁴ et ne constituerait pas un modèle approprié²⁷³⁵. Puisqu'il est presque certain que le nombre de traités d'investissement ne cessera d'augmenter, un tel processus d'appel produirait un écosystème progressivement de plus en plus fragmenté. Dans un tel contexte, plusieurs défis potentiels pourraient survenir. Le Professeur Susan Franck critique l'approche dite traité par traité adoptée par les États-Unis²⁷³⁶. Elle note que considérer « *treaties in isolation is an inappropriate method for resolving rights that implicate other investment treaties.* »²⁷³⁷ Dans ce système, chaque mécanisme varierait sans aucun doute d'un traité à un autre, ce qui entraînerait des décisions juridiques divergentes. Les opposants à cette approche font valoir que si l'objectif est un effort global d'harmonisation et de clarification des normes du droit international des investissements, « *[s]imilar provisions of related investment treaties should be analyzed and applied in similar ways* »²⁷³⁸. Par ailleurs, puisque chaque organe d'appel fonctionnerait différemment, la portée, la norme d'examen et la fiabilité de chaque institution varieraient inévitablement. Étant donné que le renforcement de la cohérence et de l'uniformité et, partant, de la prévisibilité, sont les principaux objectifs de l'établissement d'un mécanisme d'appel, une approche traitée par traité serait inefficace.

3. Un organe d'appel permanent

737. Un certain nombre d'auteurs ont préconisé la création d'un tribunal d'appel permanent²⁷³⁹. Après avoir examiné diverses propositions de mécanismes d'appel, le

²⁷³⁴ CIRDI 2004 Document de Discussion, pp. 15-16, § 23.

²⁷³⁵ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1608 (Dans le contexte de la proposition de réforme d'appels de l'ALENA, la suggestion est : « *serves a laudable objective, it would marginally enhance legitimacy.* »).

²⁷³⁶ *Idem.* p. 1524.

²⁷³⁷ *Idem.* p. 1618.

²⁷³⁸ *Idem.* p. 1619.

²⁷³⁹ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal », *supra* note 2518, p. 5 (« *Indeed, it has been suggested that appellate panels should be constituted by nationals of the states involved. This would be contrary to the fundamental purpose of the Washington Convention and, if these suggestions were to materialize, ICSID should refrain from setting up such a single facility.* ») ; FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 280,

Professeur Susan Franck a constaté que la « *suggestion of establishing a permanent appellate body merits more consideration.* »²⁷⁴⁰ Comme souligné par les professeurs Christoph Schreuer et Andrea de la Brena « *the standardization of jurisprudence will work only if there is a central appeals body overseeing all or most decision-makers in ISDS.* »²⁷⁴¹ En effet, le fait d’avoir un certain nombre d’organes de recours dans le cadre de différents TBI fonctionnant en parallèle pourrait conduire à des décisions divergentes. Par conséquent, il est suggéré que l’uniformité de l’interprétation nécessite un organe central bénéficiant d’une adhésion importante, voire universelle²⁷⁴².

738. Plusieurs propositions ont été formulées, dont une initiative s’inspirant de la Convention de Maurice ou du Règlement de transparence, selon lesquelles les parties au traité peuvent décider d’ « *opt-in* » ou d’ « *opt-out* »²⁷⁴³. Les professeurs Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà ont étudié la possibilité de créer un mécanisme d’appel permanent destiné aux procédures d’arbitrage entre investisseurs et États par le biais d’un système d’ « *opt-in* » basé sur le mécanisme de la Convention de Maurice²⁷⁴⁴. Cette proposition maintiendrait la plupart des caractéristiques de l’arbitrage d’investissement tout en y ajoutant un mécanisme d’appel à titre de réforme progressive²⁷⁴⁵. L’entité proposée est décrite comme « *potentially competent to serve as appellate tribunal for investor-State arbitral awards across all States’ IIAs* »²⁷⁴⁶. Un tel mécanisme d’appel impliquerait d’exclure toute possibilité d’annulation telle

p. 1524 (« *this Article proposes the establishment of an independent, permanent appellate body with the authority to review awards rendered under a variety of investment treaties.* »).

²⁷⁴⁰ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », *idem.* 1609.

²⁷⁴¹ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *supra* note 2649, p. 5.

²⁷⁴² KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, pp. 20-21, §§ 36-38 ; BOTTINI (Gabriel), « Reform of the Investor-State Arbitration Regime: the Appeal Proposal », *supra* note 2627, p. 472 ; JAMIE (Margie-Lys), « An appellate body in Treaty-Based Investment Arbitration : Redefining the Investor-State Dispute Settlement Mechanism », *Spain Arbitration Review*, vol. 2014, issue 21, 2014, p. 100.

²⁷⁴³ JOUBIN-BRET (Anna), « Why We Need a Global Appellate Mechanism for International Investment Law », *supra* note 2705, p. 1.

²⁷⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519, pp. 75-93.

²⁷⁴⁵ *Idem.*, pp. 48-51, §§ 126-137.

²⁷⁴⁶ *Idem.* p. 96, § 283.

que prévue à l'article 52 de la Convention CIRDI²⁷⁴⁷. De plus, la création d'un tel dispositif impliquerait de traiter un certain nombre de questions, parmi lesquelles les motifs d'appel ou l'éventuelle nature contraignante de la décision d'appel²⁷⁴⁸. Selon cette proposition, les membres du tribunal d'appel pourraient être nommés par une institution ou par le président de cet organe²⁷⁴⁹. Deux caractéristiques essentielles des instances permanentes sont l'« *occupation à plein temps* » des arbitres et la possibilité pour ces arbitres d'échanger de façon répétée, ce qui offre l'avantage évident de renforcer la cohérence et l'uniformité²⁷⁵⁰.

739. Selon une telle proposition, la création d'un organe d'appel permettrait de statuer sur toutes les questions relatives aux traités d'investissement, que la procédure initiale ait été menée ou non devant le CIRDI²⁷⁵¹. Cette approche serait difficile car, outre le fait que le consentement de tous les États membres pour modifier la Convention CIRDI est requis, il faudrait également un consentement distinct pour que les sentences rendues par toutes les autres institutions soient soumises à un contrôle par la nouvelle instance d'appel.

740. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, tel qu'établi par le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (« **Mémoire d'accord** ») annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (« **Accord sur l'OMC** »), a souvent été cité comme un exemple de modèle de règlement des différends efficace qui répondrait également aux exigences de l'arbitrage d'investissement²⁷⁵². La compétence de l'organe d'appel de l'OMC est limitée aux questions de droit traitées dans les rapports des groupes spéciaux et aux interprétations juridiques de ces derniers - les questions de fait quant

²⁷⁴⁷ *Idem.* pp. 71-72, §§ 196-198.

²⁷⁴⁸ *Idem.* pp. 72-73, § 201.

²⁷⁴⁹ *Idem.* p. 73, § 203.

²⁷⁵⁰ FELDMAN (Mark), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *ICSID Review*, vol. 32, issue 3, 2017, p. 534.

²⁷⁵¹ FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1524.

²⁷⁵² NILSSON (Anders) et ENGLESON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 576 ; JOUBIN-BRET (Anna), « Why We Need a Global Appellate Mechanism for International Investment Law », *supra* note 2705, p. 1 ; KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *supra* note 2626, p. 209.

à elles ne sont pas examinées²⁷⁵³. Les réactions positives des États utilisateurs du modèle de l'OMC au cours des deux dernières décennies justifient le recours à ce modèle²⁷⁵⁴. Cette proposition n'est pas très judicieuse puisque plusieurs différences entre les deux systèmes rendent la transposition inadéquate²⁷⁵⁵. Premièrement, l'organe de règlement des différends de l'OMC statue sur les différends entre les États membres et non entre des parties privées. Deuxièmement, le système de règlement des différends de l'OMC traite des différends découlant de l'accord de l'OMC et d'un certain nombre d'accords couverts par l'OMC (« **accords couverts** »), tel que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (« **GATT** »), l'Accord général sur le commerce des services (« **AGCS** »), l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« **Accord sur les ADPIC** ») et le Mémoire d'accord²⁷⁵⁶, alors qu'un futur système de RDIE devrait probablement pouvoir s'appliquer à plus de 3 000 AII distincts, comportant différentes parties et règles d'arbitrage dans des types d'affaires très variés²⁷⁵⁷. Troisièmement, le règlement des différends de l'OMC comprend deux organes juridictionnels, les groupes spéciaux et l'organe d'appel, qui ne rendent pas de sentences ou de décisions en matière de dommages et intérêts, mais des conclusions et des recommandations soumises dans un rapport du Conseil général siégeant en tant qu'organe de règlement des différends²⁷⁵⁸. De plus, l'arbitrage d'investissement aboutit à des sentences exécutoires. Par conséquent, la comparaison entre les deux approches n'est pas très utile au débat sur la mise en place d'un mécanisme d'appel dans le cadre du RDIE.

²⁷⁵³ Article 17(6) de l'Annexe 2 « Memorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » de l'Accord sur l'OMC.

²⁷⁵⁴ *Idem*. Voir aussi JOUBIN-BRET (Anna), « Why We Need a Global Appellate Mechanism for International Investment Law », *supra* note 2705, p. 1.

²⁷⁵⁵ HUBER (Mark) et TEREPOSKY (Greg), « The WTO Appellate Body: Viability as a Model for an Investor-State Dispute Settlement Mechanism », *ICSID Review*, vol. 32, no. 3, 2017, pp. 545-594.

²⁷⁵⁶ Article 1(1) de l'Annexe 2 « Memorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » de l'Accord sur l'OMC. Les accords couverts par les mécanismes de règlement des différends de l'OMC sont énumérés à l'annexe 1 de l'Accord sur l'OMC.

²⁷⁵⁷ HUBER (Mark) et TEREPOSKY (Greg), « The WTO Appellate Body: Viability as a Model for an Investor-State Dispute Settlement Appellate Mechanism », *supra* note 2755, p. 584 (« *Whereas the WTO Agreements are a single undertaking, there are in excess of 3,200 individual investment treaties, most of which contain their own arbitration clause* »).

²⁷⁵⁸ Articles 12(7), 17 et 19 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

II. L'ÉVALUATION DE LA PROPOSITION DE MÉCANISME D'APPEL : PRATIQUE OU IMPOSSIBLE ?

741. En l'état actuel des choses, il existe déjà une certaine marge de manœuvre pour le réexamen des sentences d'investissement au moyen du Comité d'annulation du CIRDI et de la Convention de New York. Cependant, tant l'annulation que le contrôle par les tribunaux nationaux ne constituent pas un véritable système d'appel en ce sens qu'ils n'ont pas pour fonction de contrôler la sentence au fond. Un véritable mécanisme d'appel est susceptible de contribuer à l'établissement et au développement d'une jurisprudence importante.

742. Bien que l'idée d'un mécanisme d'appel soit discutée depuis des décennies, il n'existe pas de consensus sur la viabilité d'un tel mécanisme, tant sur la forme et la structure que sur la portée de l'appel. Indépendamment de la question de la pertinence d'une réforme, des obstacles quasi insurmontables à la création d'un tel mécanisme subsistent²⁷⁵⁹. Cette section explorera les défis posés par la création d'un mécanisme d'appel (A) et la question de savoir si le RDIE se prête à la mise en place d'un mécanisme d'appel (B).

A. Les défis liés à la création d'un mécanisme d'appel

743. Lorsque l'on considère la mise en œuvre d'un organe d'appel dans le contexte de près 3 000 traités d'investissement internationaux, le mécanisme suggéré semble difficile à mettre en œuvre en pratique. En effet, il pourrait tout simplement y avoir des obstacles insurmontables à la création d'un organe d'appel en matière de droit international des investissements. Cette section explorera les principaux défis à la création d'un mécanisme d'appel.

1. Structure et composition du tribunal d'appel

744. Un certain nombre de structures pour un mécanisme d'appel ont été proposées, telles qu'un organe permanent, un tribunal constitué pour chaque traité, des tribunaux *ad hoc* similaires au Comité d'annulation du CIRDI, ou une structure prévue par le

²⁷⁵⁹ QURESHI (Asif), « WTO Appeals », in SHEPPARD (Audrey) et WARNER (Hugo) (eds.), *Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is It Time for an International Appellate System?*, TDM, vol. 2, issue 2, 2005, p. 4 (« *Quite apart from the question of whether an appellate mechanism is necessary is the question of implementation. ... The problem of introducing a universal appellate mechanism may be almost insurmountable.* »).

Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, comme envisagé dans par le CIRDI en 2004. Le document de travail du GT III de la CNUDCI examine les différents mécanismes d'appel pouvant être appliqués par les parties au traité, les parties au différend ou par les institutions à savoir : (i) un mécanisme d'appel spécifique au traité, (ii) un mécanisme d'appel *ad hoc*, (iii) un mécanisme d'appel institutionnel²⁷⁶⁰, (iv) un organe d'appel plurilatéral ou multilatéral autonome, complétant le régime d'arbitrage actuel (v) ou un organe d'appel constituant le deuxième niveau d'un tribunal multilatéral d'investissement²⁷⁶¹. Compte tenu de la myriade d'options, chaque modèle a ses propres défis sur le plan de la mise en œuvre.

745. La proposition la plus ambitieuse serait d'introduire un mécanisme d'appel unique et complet, compétent pour examiner les sentences rendues par les tribunaux CIRDI, institution la plus fréquemment utilisée pour résoudre les différends en matière d'investissement²⁷⁶². Pour que cela se réalise, il faudrait que la structure d'appel proposée soit établie dans le cadre des règles mêmes du CIRDI, qu'il s'agisse de la Convention du CIRDI ou du Règlement du Mécanisme supplémentaire, qui interdit actuellement les appels. Étant donné que la modification de la Convention CIRDI nécessite l'approbation, la ratification ou l'acceptation unanime des plus de 150 membres actuels, il est illusoire d'envisager d'incorporer le mécanisme d'appel sous forme d'amendement à la Convention. De plus, une modification *inter se* en vertu de la CVDT, telle que discutée dans le chapitre précédent, n'est pas possible.

746. La seule option serait de modifier le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI comme proposé dans le CIRDI 2004 Document de Discussion. Le Secrétariat du CIRDI avait suggéré la création d'un panel de quinze membres « *recognized authority, with demonstrated expertise in law, international investment and investment treaties* »²⁷⁶³ issus de différentes nationalités, dont trois siègeraient lors

²⁷⁶⁰ CNUDCI Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, A/CN.9/WG.III/WP.---, pp. 17-18, §§ 63-66.

²⁷⁶¹ *Idem.* p. 18, §§ 67-69.

²⁷⁶² Au 31 décembre 2021, selon le navigateur de règlement des différends en matière d'investissement (navigateur RDIE) de la CNUCED, 685 des 1104 affaires ont été ou sont administrées par le CIRDI.

²⁷⁶³ CIRDI 2004 Document de Discussion, Annexe « Possible Features of an ICSID Appeals Facility », p. 3, § 5. Ces critères sont semblables à ceux requis par le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC, Article. 17(3).

de la procédure d'appel. La question qui se pose est celle de la nationalité des membres du panel à savoir si les membres siégeant en appel doivent être des ressortissants des États membres concernés par la procédure afin de comprendre et d'apprécier le contexte et l'objectif des traités en cause. En supposant que le mécanisme d'appel soit établi, le consentement à l'utilisation des règles relatives au mécanisme d'appel et la renonciation à l'utilisation du mécanisme d'annulation seraient vraisemblablement déterminés par les TBI ou les AII sous-jacents²⁷⁶⁴. Les investisseurs peuvent toujours décider de faire valoir leurs demandes par le biais d'autres systèmes qui ne prévoient pas de possibilité d'appel. Étant donné qu'un dispositif d'appel prévu par le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI nécessite un vote à la majorité de ses membres, et qu'il n'y a actuellement aucune indication que les États soutiendront cette proposition à ce stade, cette proposition ne semble guère réalisable dans un futur proche.

747. L'option d'un tribunal permanent unique est plus ambitieuse et difficile à mettre en œuvre²⁷⁶⁵. En outre, la composition du tribunal se révélerait davantage complexe et difficile. Si la proposition préconise une base *opt-in*, cette approche peut également s'avérer difficile, notamment à la lumière de l'expérience de la Convention de Maurice en tant que modèle de réforme du RDIE. Si le modèle de la structure d'appel de l'OMC est adopté, l'expérience montre qu'il a été compliqué sur le plan pratique et politiquement sensible de nommer ses membres²⁷⁶⁶. L'OMC prévoit une liste permanente de sept membres, dont trois siègent à tour de rôle²⁷⁶⁷. Lors de l'élaboration du système, l'Organe d'appel a inclus une section sur la collégialité selon laquelle sa division de trois membres échange des avis avec ses quatre autres membres « *before the division finalizes the appellate report for circulation to the WTO Members* »²⁷⁶⁸.

²⁷⁶⁴ *Idem*. pp. 1-2, §§ 2-3.

²⁷⁶⁵ Voir BOTTINI (Gabriel), « Reform of the Investor-State Arbitration Regime: the Appeal Proposal », *supra* note 2627, p. 467 (« *To be sure, the creation of an appeal mechanism with jurisdiction over investment arbitration awards rendered under all, or most, arbitral rules would be even more difficult to achieve than one that would review, for example, only ICSID awards.* »).

²⁷⁶⁶ LEE (Jaemin), « Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes - Expected Benefits and Remaining Tasks », *supra* note 2627, p. 480.

²⁷⁶⁷ Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Article 17(1).

²⁷⁶⁸ Voir Organe d'appel de l'OMC, Procédures de Travail pour l'examen en Appel, WT/AB/WP/6*, Règle 4(3), 16 août 2010 ; voir aussi STEGER (Debra) et VAN DEN BOSSCHE (Peter), « WTO Dispute Settlement: Emerging Practice and Procedure », *American Society of International Law and Proceedings*, vol. 92, 1998, p. 79.

La pratique de la collégialité signifie que les sept membres de l'Organe d'appel sont présents en personne à Genève « *in the deliberation phase of each appeal to exchange views on the matters at issue in the appeal* »²⁷⁶⁹. Par conséquent, tous les membres participent dans une certaine mesure au processus décisionnel, ce qui renforce la cohérence des décisions. Entre 1995 et 2020, une moyenne d'environ six appels sont introduits chaque année devant l'Organe d'appel de l'OMC²⁷⁷⁰. D'autre part, le nombre de procédures arbitrales entre investisseurs et États engagées est passé à environ 60-80 affaires par an au cours des six dernières années²⁷⁷¹. En supposant que les arbitres du tribunal permanent travaillent à temps plein ou à temps partiel, un argument en faveur d'un tribunal d'appel *permanent* serait que les arbitres choisis pourraient être plus désireux de préserver une certaine jurisprudence²⁷⁷². Cependant, si un tribunal permanent devait examiner toutes les procédures arbitrales entre États et investisseurs, y compris les procédures *ad hoc* de la CNUDCI, le volume potentiel d'affaires pourrait être si important que la cohérence ne serait pas possible. Par ailleurs, les règles concernant la sélection des membres en appel ainsi que la procédure à mettre en place nécessiteraient de longs débats avant la mise en place du nouveau système. Il serait important d'établir des règles claires pour la nomination des membres du mécanisme d'appel afin d'assurer un régime transparent. On peut soutenir que l'approche du tribunal permanent constitue un écart important avec la pratique actuelle en matière d'arbitrage d'investissement et qu'elle nécessite inévitablement des discussions et des négociations plus approfondies.

2. La faisabilité politique

748. Les défis juridiques et pratiques que posent le concept de l'appel sont considérables. Le premier est une question de faisabilité politique dans la mesure où

²⁷⁶⁹ STEGER (Debra) et VAN DEN BOSSCHE (Peter), « WTO Dispute Settlement: Emerging Practice and Procedure », *idem*, p. 79.

²⁷⁷⁰ OMC, « Activités en matière de règlement des différends — quelques chiffres », Graphique No. 4, *Graphique 4: Nombre de procédures engagées, de groupes spéciaux originaux établis et d'appels notifiés dans des procédures initiales* » (présentant les données de 1995 à 2020 ; OMC, Organe d'Appel Rapport Annuel 2019-2020, WT/AB/30, 31 juillet 2020, p. 7 (« *Le présent rapport annuel couvre les procédures achevées en 2019 et au premier semestre 2020. Sur cette période, il a été fait appel de huit rapports de groupes spéciaux concernant sept affaires.* »)).

²⁷⁷¹ En date du 31 décembre 2020, d'après le navigateur RDIE de la CNUCED, il y a eu 68 arbitrages initiés en 2020, 59 en 2019, 85 en 2018, 80 en 2017, 77 en 2016, 86 en 2015 et 59 en 2014.

²⁷⁷² LEE (Jaemin), « Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes - Expected Benefits and Remaining Tasks », *supra* note 2627, p. 481.

une réforme significative du système nécessiterait un large consensus parmi les États. Il est essentiel de parvenir à un consensus entre les parties prenantes quant à la structure et à la nature d'un appel dans le cadre du RDIE, qui, tel que mentionné plus haut, n'est pas susceptible d'émerger de façon évidente. Le degré de consensus requis dépend principalement du type de mécanisme d'appel envisagé. Comme l'a fait remarquer le commentateur Gabriel Bottini :

*Admittedly, designing the structure and composition of an appeal mechanism is not an easy task, not least given the need to consider the interests of several different parties, often with opposing interests, including developed and developing states, host states and investors or other stakeholders such as local communities or interest groups*²⁷⁷³.

A ce stade, il semblerait que les États aient des positions divergentes au niveau multilatéral²⁷⁷⁴ dans les soumissions du GT III de la CNUDCI. Par exemple, bien que la création d'un système d'appel permanent bénéficie d'un fort soutien de la part de certains acteurs, tels que l'UE²⁷⁷⁵ et le Canada²⁷⁷⁶, il n'existe pas de consensus sur la création d'un mécanisme d'appel. La Fédération de Russie s'est inquiétée du financement nécessaire au maintien et au fonctionnement d'un mécanisme d'appel permanent²⁷⁷⁷. D'autre part, la Corée du Sud craint les risques d'une fragmentation croissante du système de règlement des différends²⁷⁷⁸ et la multiplication des procédures si le recours en annulation coexiste avec les procédures d'appel²⁷⁷⁹.

²⁷⁷³ BOTTINI (Gabriel), « Reform of the Investor-State Arbitration Regime: The Appeal Proposal », *supra* note 2627, p. 465.

²⁷⁷⁴ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 161 (« *To date, the first type of provision pertaining to a multilateral agreement establishing an appellate body in the future has remained a dead letter, as no such multilateral agreement has been concluded.* »).

²⁷⁷⁵ Commentaires annotés de l'Union européenne et de ses États membres au Secrétariat de la CNUDCI sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, 19 octobre 2020, p. 21, § 67.

²⁷⁷⁶ Commentaires par le Canada sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, p. 10, § III(c).

²⁷⁷⁷ Commentaires de la Fédération de Russie sur les projets de documents de travail sur le mécanisme d'appel et sur la sélection et la nomination des membres du tribunal dans le règlement des différends entre investisseurs et États élaborés par le Secrétariat de la CNUDCI, p. 6, §12.

²⁷⁷⁸ Commentaires de la République de Corée, sur le mécanisme d'appel et la sélection et la nomination des arbitres, Groupe de travail III: Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, p. 1.

²⁷⁷⁹ *Idem.* p. 2.

749. Avant que la trente-huitième session n'aborde la perspective d'un mécanisme d'appel, de nombreuses propositions soumises par les gouvernements des États en préparation des délibérations du GT III prévoyaient l'établissement d'un mécanisme d'appel sous diverses formes²⁷⁸⁰. Par exemple, l'UE et ses États membres ont suggéré l'introduction d'un organe d'appel qui serait chargé de connaître des appels interjetés par les tribunaux de première instance, les motifs d'appel comprenant les erreurs de droit et, en particulier, les vices de procédure graves ou les erreurs manifestes dans la démonstration des faits, tandis qu'un examen *de novo* des faits devrait être exclu²⁷⁸¹. D'autre part, les gouvernements du Chili, d'Israël et du Japon ont suggéré un mécanisme d'examen en appel spécifiquement prévu par le traité²⁷⁸² et la Chine a suggéré un mécanisme d'appel autonome qui serait « *grounded on international treaties and the clarification of the corresponding procedural, institutional and personnel issues* »²⁷⁸³. Le Secrétariat a publié une note décrivant les principaux enjeux d'un mécanisme d'appel qui devront être examinés par le GT III. Dans le cadre du GT III, la notion de mécanisme d'appel fait référence à diverses options de réformes : « *an ad hoc appeal mechanism, a permanent stand-alone appellate body, or an appeal mechanism as the second tier of a standing court* »²⁷⁸⁴. Parmi ces enjeux figurent : (i) la nature et la portée de l'appel, (ii) les effets de l'appel, (iii) la composition de

²⁷⁸⁰ Note sur la Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019, p. 4, §§14-15 ; Note sur la Communication présentée par le Maroc sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.161, 4 mars 2019, p. 6, § 34 ; Note sur la Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.163, 15 mars 2019, p. 8 ; Note sur la Communication présentée par le Gouvernement chinois sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 juillet 2019, p. 4 ; Note sur la Communication du Gouvernement sud-africain sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, pp. 12-15.

²⁷⁸¹ Note sur la Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019, p. 4, §§ 14-15 (« *Un tribunal d'appel traite les appels concernant les cas traités par le tribunal de première instance.* »).

²⁷⁸² Note sur la Communication des Gouvernements chilien, israélien et japonais sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.163, 15 mars 2019, p. 8.

²⁷⁸³ Note sur la Communication présentée par le Gouvernement chinois sur une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 juillet 2019, p. 4.

²⁷⁸⁴ Projet Initial du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), - Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, A/CN.9/WG.III/WP.---, p. 3, § 3.

l'organe ou des groupes d'appel, (iv) le droit procédural applicable, et (v) les modalités d'exécution²⁷⁸⁵.

3. La norme d'examen

750. Au-delà de la norme d'examen appropriée, de nombreux autres sujets devront être traités : le pouvoir du mécanisme d'appel de confirmer, d'annuler et de renvoyer l'affaire ; les questions relatives au choix de la loi ; l'interaction du processus du mécanisme d'appel avec l'examen des tribunaux nationaux. Même si l'on continue à promouvoir un mécanisme d'appel, de sérieux obstacles pratiques se dresseront sur sa structure et sa mise en œuvre.

751. Le risque de controverses politiques est important, même si la portée de l'examen se limite largement aux questions juridiques de sorte que les décisions des tribunaux arbitraux bénéficient d'une autorité incontestable. Ceux qui ont un intérêt significatif dans la création et le fonctionnement d'un mécanisme d'appel en matière d'investissement - les États, les investisseurs étrangers et les ONG, entre autres - ne seront probablement pas d'accord sur les principales caractéristiques structurelles et procédurales d'un tel mécanisme. Cela ressort déjà des discussions au sein du GT III de la CNUDCI.

752. La norme d'examen sera sans aucun doute un sujet de débat. La question pertinente est de savoir si le processus d'appel se traduira par une décision dite *de novo*, ou simplement par un examen plus ou moins approfondi de la décision précédente. En particulier, le niveau de déférence à accorder au tribunal précédent et la question de savoir si l'organe d'appel sera lié par l'appréciation des faits du tribunal de première instance seront à déterminer. Il convient de noter que CIRDI 2004 Document de Discussion propose ce qui suit :

An award could be challenged pursuant to the Appeals Facility Rules for a clear error of law or on any of the five grounds for annulment of an award set out in Article 52 of the ICSID Convention. A further ground for challenging an award might consist in serious errors of fact; this ground would be narrowly defined to preserve

²⁷⁸⁵ Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 novembre 2019, pp. 3-8.

*appropriate deference to the findings of fact of the
arbitral tribunal*²⁷⁸⁶.

Lors de la reprise de sa trente-huitième session, le GT III a délibéré sur la proposition d'introduire un mécanisme d'appel au sein du RDIE²⁷⁸⁷. Au préalable, il a été noté que l'objectif poursuivi par l'introduction d'un mécanisme d'appel serait d'« *accroître la rectitude, l'uniformité, la prévisibilité et la cohérence des décisions prises dans le cadre du RDIE, et donc la légitimité du système.* »²⁷⁸⁸. Le champ d'application du potentiel mécanisme d'appel ayant été examiné, le groupe de travail a noté que les motifs d'annulation actuels étaient *limités* et a suggéré que des motifs d'appel plus larges devraient être introduits concernant les « *erreurs dans l'interprétation et application du droit* » et « *dans la constatation des faits pertinents* »²⁷⁸⁹. Toutefois, certaines délégations ont exprimé des inquiétudes quant à la possibilité que des motifs d'appel aussi larges conduisent à un examen *de novo* et aient par conséquent un impact négatif sur le coût et la durée de la procédure²⁷⁹⁰. Concernant l'effet d'un mécanisme d'appel, il a été noté qu'il devrait permettre « *confirmer, renverser et modifier la décision du tribunal de première instance et rendre une décision définitive fondée sur les faits dont il serait saisi* »²⁷⁹¹. Sur la base de ces observations, le GT III a accepté d'examiner le mécanisme d'appel comme une option de réforme et a chargé le Secrétariat de rédiger une proposition²⁷⁹².

753. Le Secrétariat du GT III a publié un projet de document de travail concernant l'introduction d'un mécanisme d'appel soulignant les principaux aspects d'un tel mécanisme tels que la portée de l'appel, les décisions pouvant faire l'objet d'un appel, l'effet des appels, le nombre d'affaires pouvant être traitées et l'exécution²⁷⁹³.

²⁷⁸⁶ CIRDI 2004 Document de Discussion, p. 4, § 7.

²⁷⁸⁷ Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de la reprise de sa trente-huitième session, Vienne, 20–24 janvier 2020, A/CN.9/1004/Add.1, 28 janvier 2020.

²⁷⁸⁸ *Idem.* p. 5, § 18.

²⁷⁸⁹ *Idem.* pp. 6-7, §§ 26-28.

²⁷⁹⁰ *Idem.* p. 7, § 29.

²⁷⁹¹ *Idem.* p. 8, § 40.

²⁷⁹² *Idem.* p.10, § 52.

²⁷⁹³ Projet Initial du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), - Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution ; Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Questions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Quarantième session, Vienne (en ligne), 8-12 février 2021, A/CN.9/WG.III/WP.202, 12 novembre 2020.

Premièrement, en ce qui concerne l'étendue du recours, le document de travail considère les erreurs de droit et de fait comme des motifs de recours recevables²⁷⁹⁴. De plus, le document de travail note la possibilité d'admettre les motifs d'annulation, tels qu'établis par la Convention CIRDI et la Convention de New York, comme motifs d'appel. A propos des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours, le projet prévoit que les sentences sur le fond doivent être susceptibles de recours²⁷⁹⁵. D'autres décisions, par exemple celles concernant les objections de procédure (telles que les demandes de récusation) ainsi que les mesures provisoires, devraient être exclues de la procédure d'appel en raison de leur impact sur le coût et la durée du traitement de l'affaire²⁷⁹⁶. En particulier, l'admission de l'appel pour les décisions à prendre en cours de procédure pourrait surcharger l'organe d'appel, sachant que les mesures provisoires peuvent généralement être annulées par le tribunal de première instance²⁷⁹⁷. Concernant les décisions sur la compétence, le document de travail indique que le GT III pourrait admettre qu'elles soient susceptibles d'appel, mais qu'il serait préférable de n'admettre ce type de recours que quand une décision a été rendue sur le fond²⁷⁹⁸. Le projet traite également de l'effet de l'appel et prévoit qu'il suspendrait temporairement la sentence rendue par le tribunal de première instance si certaines conditions en termes de délais (restant à déterminer) sont respectées²⁷⁹⁹. Les décisions de première instance peuvent être confirmées, modifiées ou annulées une fois la procédure d'appel clôturée²⁸⁰⁰. Ces dispositions seront discutées lors de la prochaine session du GT III. Alors que le recours en appel concerne l'exactitude quant au fond, il diffère de la procédure d'annulation qui porte sur la légitimité du processus décisionnel²⁸⁰¹, ce qui affecte donc le caractère définitif de l'arbitrage. Cette opinion est partagée par l'éminent Juge Charles N. Brower qui affirme que l'introduction d'un

²⁷⁹⁴ Projet Initial du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), - Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, p. 3, § 4 et pp. 15-16, § 59.

²⁷⁹⁵ *Idem.* p. 6, § 18 et p. 15, § 59.

²⁷⁹⁶ *Idem.* p. 7, § 19.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*

²⁷⁹⁸ *Idem.* p. 7, §§ 20-22.

²⁷⁹⁹ *Idem.* p. 15, § 59.

²⁸⁰⁰ *Ibid.*

²⁸⁰¹ SCHREUER (Christoph), « From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, no. 2, July 2011, p. 212 ; voir aussi VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 174.

mécanisme d'appel par l'UE menace grandement le caractère définitif des sentences arbitrales en créant la possibilité d'un examen *de novo*²⁸⁰².

754. L'inclusion des erreurs de droit est cohérente avec la discussion précédente et se retrouvera probablement dans toutes les propositions de mécanisme d'appel qui aboutiront. On peut toutefois douter qu'il soit possible d'examiner les erreurs portant sur les faits sans que le processus d'examen ne débouche sur un examen *de novo*. Il existe évidemment un risque important que cela incite les deux parties à la procédure de soumettre un volumineux dossier factuel réintroduisant des faits existants ou introduisant de nouveaux éléments pour étayer son argumentation et plaider l'existence d'erreurs commises par le tribunal. En tant qu'instance d'appel, les membres de cette instance n'auraient pas le même degré de familiarité avec les faits, et il semble donc inapproprié de leur donner le pouvoir de corriger les erreurs factuelles *graves*. Aux yeux de l'auteur, il ne devrait aucunement être possible de remettre en question les conclusions factuelles du tribunal de base, à moins que cela ne se limite à un examen de type « *no evidence* ». C'est-à-dire qu'il n'y a pas de preuve sur un élément particulier nécessaire de la demande. En revanche, donner à un tribunal d'appel le pouvoir d'examiner les erreurs de droit s'inscrit dans le cadre de sa compétence institutionnelle particulière : la production de décisions juridiques cohérentes. En outre, un tel mécanisme d'appel ne devrait pas permettre d'examiner les sentences sur des questions liées à la régularité de la procédure. Ces considérations peuvent et doivent être traitées efficacement au moyen des mécanismes actuellement disponibles dans les Conventions de New York, de Panama et du CIRDI, qui ont une jurisprudence ancienne et bien établie en la matière²⁸⁰³.

755. Une question qui n'a toutefois pas été abordée dans le GT III est celle de la nécessité de prévoir un système au sein du mécanisme d'appel visant à empêcher les appels fantaisistes et infondés. Il pourrait par exemple être utile de rendre discrétionnaire la recevabilité de l'appel, de sorte que le tribunal d'appel ait la

²⁸⁰² BROWER (Charles N.), « Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration? », *supra* note 285, p. 673 (« *It seeks to discard the entire notion of finality behind arbitral awards and set up a de novo review system.* »).

²⁸⁰³ Voir FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1621.

possibilité de décider sur celle-ci, au lieu de s'en remettre entièrement au mécontentement de la partie perdante. Ce processus de vérification pourrait, par exemple, prendre la forme de la Règle 10 de la Cour Suprême des États-Unis, qui prévoit que l'appel n'est pas un droit mais qu'il peut être accordé pour des raisons impérieuses liées à des débats contradictoires sur une question majeure²⁸⁰⁴.

756. Par ailleurs, la proposition d'appel soulève la question de la déférence. Lorsque l'on examine le développement du RDIE, peut-on affirmer avec conviction que, globalement, les sentences rendues jusqu'à présent doivent faire l'objet d'une intervention a posteriori ? Le point de vue de chacun dépend souvent de l'issue de la procédure. La qualité des arbitres et des sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage est extraordinairement élevée²⁸⁰⁵. Cependant, certaines critiques selon lesquelles ces tribunaux n'ont pas été à la hauteur de la tâche ont été formulées, principalement par des ONG et certains gouvernements²⁸⁰⁶. L'examen de ces critiques démontre qu'il s'agit en réalité d'un argument rhétorique de la part de militants et non de critiques étayées et fondées sur la qualité des décisions.

B. Sur le besoin d'un mécanisme d'appel au sein du RDIE

757. Il est essentiel que toute procédure d'appel soit conçue de manière à ne pas compromettre les piliers fondamentaux du RDIE. Les revendications en faveur d'un mécanisme d'appel justifient-elles une telle réforme ? Cette section examine si le RDIE a effectivement besoin d'un mécanisme d'appel et les implications pratiques d'une transformation potentielle aussi radicale.

²⁸⁰⁴ La Règle 10 de la Cour Suprême des États-Unis dispose que « *Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons.* » ; voir aussi FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1620, note de bas de page n° 466.

²⁸⁰⁵ LAIRD (Ian) et ASKEW (Rebecca), « Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System », *supra* note 928, p. 301.

²⁸⁰⁶ VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, *supra* note 289 ; MULLER (Bettina) et OLIVET (Cecilia), *ISDS in Numbers: Impacts of Investment Arbitration against African States*, *supra* note 289 ; DUPRE (Mathilde), « Qu'est-ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États? », *Institut Veblen pour les réformes économiques*, 2019.

1. Inadaptabilité du RDIE à un mécanisme d'appel

758. Un certain nombre de défis doivent être résolus pour qu'un mécanisme d'appel soit justifié et puisse aboutir. Notamment, le droit international des investissements actuel pourrait ne pas être véritablement bien adapté à un mécanisme d'appel. Le système du RDIE, si on peut le qualifier de « *système* », comprend plus de 3 000 accords internationaux d'investissement négociés entre différents États depuis plus de 50 ans. Dans ce contexte, un mécanisme d'appel aurait peu de chances de parvenir à une cohérence générale, car les différents traités contiennent des dispositions diverses dans des langues différentes et doivent être interprétés dans leur propre contexte. Les dispositions des accords internationaux d'investissement ne sont pas homogènes et laissent place à une diversité d'opinions émises par les tribunaux. Comme l'a souligné le Professeur Mark Feldman, « *consistency of treaty interpretation by a standing, permanent appellate body would not guarantee corresponding gains in the accuracy of treaty interpretation.* »²⁸⁰⁷ L'uniformité peut également ne pas être le résultat souhaité puisque les États ont consacré des ressources substantielles à l'élaboration de leurs modèles individuels de TBI précisément parce que « *they did not want their treaties to be read the same way as treaties developed by other States a half-century earlier* »²⁸⁰⁸. Il est difficile d'imaginer comment un organe d'appel, ou plus vraisemblablement plusieurs organes d'appel, pourraient créer un droit uniforme, harmonisé et cohérent dans un contexte où le droit international des investissements est diversifié par nature²⁸⁰⁹. En effet, certaines délégations du GT III ont exprimé leurs inquiétudes quant à l'éventualité d'un mécanisme d'appel qui ne ferait qu'accroître l'incohérence des sentences puisque « *substantive protection standards were found in different sources of law, including investment treaties and domestic investment laws,*

²⁸⁰⁷ FELDMAN (Mark), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *supra* note 2750, p. 530.

²⁸⁰⁸ LEGUM (Bartini), « Appellate Mechanisms for Investment Arbitration: Worth a Second Look for the Trans-Pacific Partnership and the Proposed EU-US FTA? », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 438.

²⁸⁰⁹ Voir e.g. YANNACA-SMALL (Katia), « Is the Arbitration Model for Investment Dispute Resolution Dying? », in *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 10, 2017, p. 62 (« *Given that one of the main complaints about ISDS is the lack of consistency and predictability, how can an investment court and an appeal tribunal, which are not based on a single multilateral agreement, promote consistency beyond the TTIP membership? Doesn't this promote the further fragmentation of the system as a whole?* »).

which resulted in fragmentation », ainsi que la durée et le coût des procédures²⁸¹⁰. Cela contraste avec d'autres structures d'appel de droit international tels que l'Organe d'appel de l'OMC ou la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale. Ces mécanismes concernent des accords multilatéraux, par exemple le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, avec des textes identiques pour tous les États contractants.

759. Un organe d'appel serait le mieux placé pour traiter des problématiques présentant des similitudes substantielles entre les obligations des parties. C'est le cas, par exemple, de l'OMC. Comme l'a souligné le Professeur Asif Qureshi :

*If we take our model from the WTO, are we not presupposing that the investment field and the trade field are the same? Are the two cultures in the two spheres the same? This is not necessarily the case. Totally different considerations apply when it comes to investment. And the international community has accepted a different set of rules in terms of trade*²⁸¹¹.

Un mécanisme d'appel peut convenir lorsqu'il existe une série d'accords de protection des investissements fondés sur le même traité type, ou sur un accord multilatéral tel que le TCE. Dans ces situations, il est possible qu'un organe d'appel puisse être structuré pour permettre ce fonctionnement. Même dans ces cas où il y a suffisamment de similitudes substantielles des traités, il reste de réelles questions sur les aspects pratiques d'un organe d'appel et le risque de créer de multiples organes d'appel. Cela va dans le sens des observations du Professeur Jan Paulsson qui estime que le RDIE ne convient pas aux différends relatifs aux traités d'investissement. Il fait valoir que « *no arbitrator or appellate body can do the legislator's job; some cases fall to be decided under imperfect texts* »²⁸¹². Il estime en outre que « *given the multiplicity of BIT's and other instruments underlying investor protection, the plain fact is that one would have to imagine a plethora of distinct appellate mechanisms- each reflecting the desiderata of its drafters, each responsive to different articulations of substantive*

²⁸¹⁰ Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de la reprise de sa trente-huitième session, Vienne, 20-24 janvier 2020, A/CN.9/1004/Add.1, 28 janvier 2020, pp. 5-6, §§ 21-22.

²⁸¹¹ QURESHI (Asif), « WTO Appeals », *supra* note 2759, p. 55.

²⁸¹² PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, pp. 258-259.

norms. »²⁸¹³ Il découle que le système du RDIE semble être inadapté à la mise en place effective d'un mécanisme d'appel.

2. Les incertitudes quant aux meilleurs résultats et à la plus grande cohérence du tribunal d'appel

760. Les objectifs cités en faveur de la création d'un mécanisme d'appel sont l'exactitude, la cohérence et la prévisibilité de l'interprétation des traités²⁸¹⁴. Cependant, le Professeur David Caron a formulé une question pertinente « *why should we think that a second panel of three arbitrators will yield a better decision than the first panel of three arbitrators?* »²⁸¹⁵ Le Professeur Barry Appleton a ajouté : « *would an appellate mechanism create two classes of arbitrators, with junior and senior arbitrators much like one finds in municipal appeals courts?* »²⁸¹⁶ Dans le même esprit, les professeurs Christoph Schreuer et Andrea de la Brena soulignent que « *the available texts providing for appeals mechanisms seem to envisage the same number of judges with the same qualifications as the member of the original tribunal.* »²⁸¹⁷ Dans ce contexte, on est fondé à se demander d'où est censé provenir le niveau accru de sagesse escompté d'une instance d'appel. La présomption générale est que l'organe de révision possède un degré de rationalité supérieur, soit en raison d'une plus grande expérience, soit du fait d'un plus grand nombre de membres²⁸¹⁸. Alors qu'Anders Nilsson et Oscar Englesson soutiennent que les juges d'appel ont plus d'ancienneté et d'expertise et peuvent donc produire de meilleurs résultats²⁸¹⁹, la réalité est que les

²⁸¹³ *Ibid.*

²⁸¹⁴ Voir PARK (Eun), « Appellate Review for Investor-State Arbitration », *supra* note 710, p. 452 (« *Considering that the main objective of establishing an appellate review system is to promote the consistency, accuracy and predictability of ICSID jurisprudence, it would be necessary to establish a fixed body or roster of members to serve in the appellate review body* ») ; voir aussi FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *supra* note 289, p. 1546 (« *there is no uniform mechanism to correct inconsistent decisions* ») ; QUERESHI (Asif) et KHAN (Shandana), « Implications of an Appellate Body for Investment Disputes from a Developing Country Point of View », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 267 (« *The discourse for an appellate process has been mainly informed by the need to ensure consistency and coherence in international arbitral decisions.* »).

²⁸¹⁵ CARON (David), « Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal », *supra* note 2667, p. 54.

²⁸¹⁶ APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *supra* note 2579, p. 24.

²⁸¹⁷ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *supra* note 2649, p. 6.

²⁸¹⁸ *Ibid.*

²⁸¹⁹ NILSSON (Anders) et ENGLESSION (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 577.

tribunaux arbitraux en matière d'investissement sont généralement composés d'arbitres expérimentés. Comme l'a observé le Professeur Jan Paulsson, « *The appellate body is in fact unlikely to have greater moral authority than the first-level arbitral tribunal.* »²⁸²⁰ En général le niveau des arbitres qui interviennent actuellement dans les arbitrages d'investissement est en effet très élevé et on ne voit pas très bien sur quelle base une « *strate supérieure* » de décideurs, telle qu'elle existe dans les systèmes judiciaires nationaux, pourrait être nommée. On sait également, depuis les affaires controversées *SGS* et *Lauder/CMS*, que des arbitres expérimentés et raisonnables peuvent naturellement avoir des opinions différentes sur les mêmes faits et interprétations. Alors, dans quel vivier les décideurs d'appel doivent-ils être puisés ? Peut-on raisonnablement escompter qu'il est possible d'avoir des garanties qu'ils n'auront pas d'opinions divergentes ? La création d'un mécanisme d'appel menacera également l'autonomie des parties puisqu'un tribunal nouvellement constitué examinera la sentence rendue par les arbitres choisis par les parties²⁸²¹. Dès lors, la proposition soulève des questions quant à l'efficacité globale d'un système à deux niveaux.

761. Il est peu probable qu'un mécanisme d'appel permette d'améliorer la cohérence²⁸²². Le Secrétariat de la CNUDCI a analysé les problèmes d'incohérence dans une note du 28 août 2018 qui dresse une liste illustrative d'exemples d'interprétations divergentes de normes de protection matérielle en matière de compétence et de recevabilité, ainsi qu'en matière procédurale²⁸²³. Une mise en garde s'impose ici car la liste de la CNUDCI peut donner l'impression d'un chaos total dans le système du RDIE.²⁸²⁴ Après un examen plus approfondi, la liste révèle que les

²⁸²⁰ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 258.

²⁸²¹ *Idem.* p. 258 (« *Every annulment decision is a repudiation of the award made by the arbitrators chosen by the parties or in accordance with their agreement* ») et p. 260 (« *An inevitably uneven and very possibly politicized group of decision-makers would have difficulty keeping their mitts off awards—rendered by arbitrators who paradoxically have greater legitimacy than they do, given their method of appointment.* »).

²⁸²² APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *supra* note 2579, p. 26.

²⁸²³ Note du Secrétariat, « Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : constance et questions connexes », A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 août 2018, §§ 14-18.

²⁸²⁴ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 157 ; voir aussi PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 258 (« *The debate should end at this point, with the realization that the problem is much exaggerated* »).

décisions contradictoires des tribunaux arbitraux se limitent en fait à très peu de cas.

Le Professeur Albert Van den Berg a commenté :

*If the measure complained of is the same in two cases, but the standard in the relevant treaties is different, the two cases may be comparable if the treaty standard is similar—although, even here, the danger is that it is an exercise in comparing apples with oranges*²⁸²⁵.

Comme l'illustre la Partie I, Titre 1, du Chapitre 2, l'incidence de l'incohérence a été largement exagérée par les critiques qui ignorent ou négligent le fait que les prétendues décisions inconciliables découlent souvent de faits bien spécifiques ou de traités dissemblables. Selon le Professeur Jan Paulsson, ces détracteurs sont « *unable or unwilling to distinguish ratio from dicta* »²⁸²⁶. Le Professeur Albert Van den Berg note également « *differing interpretations are not the result of some capricious arbitrators; rather, they are due to differing treaty texts* »²⁸²⁷. Les commentateurs ont tendance à s'appuyer sur la crise de l'arbitrage d'investissement et le fameux exemple de l'*Argentine*, mais ces sentences remontent à une décennie et l'ampleur des interprétations divergentes ne correspond pas à celle suggérée par le groupe de travail et les autres critiques²⁸²⁸. Le droit des investissements étant un domaine relativement nouveau et en pleine évolution, toute évaluation devrait être faite sur la base de la jurisprudence récente.

762. Même dans le cas d'un organe central fonctionnant en chambres ou en divisions, il est peu probable que le mécanisme d'appel permette d'atteindre un degré de cohérence suffisant²⁸²⁹. L'expérience des tribunaux fédéraux américains ou de la Cour

²⁸²⁵ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 157.

²⁸²⁶ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 258.

²⁸²⁷ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 157.

²⁸²⁸ Voir *e.g.* GLEASON (Erin), « International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 7, no. 2, 2007, p. 282 ; PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », *supra* note 710, pp. 444-450 ; CATE (Irene), « International Arbitration and the Ends of Appellate Review », *supra* note 2630, pp. 1174-1181 ; Note du Secrétariat, « Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) : constance et questions connexes », A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 août 2018.

²⁸²⁹ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *supra* note 2649, p. 5. Voir aussi CATE (Irene), « International Arbitration and the Ends of Appellate Review », *idem*, pp. 1160-1170 (« *Based on an examination of pertinent aspects of the operation of the lawmaking function in the United States and in other court systems, it appears doubtful that appellate review would be the best way to achieve the envisioned lawmaking goals.* »).

européenne des droits humains appliquant la même législation indique que même les organes judiciaires unitaires qui statuent en composition variable ne sont pas toujours très homogènes²⁸³⁰. Comme évoqué précédemment, la plupart des traités d'investissement sont bilatéraux (ils sont actuellement au nombre de 3 000 environ) et leurs termes sont loin d'être identiques. Étant donné la multiplicité des TBI et des autres instruments qui sous-tendent la protection des investisseurs, il conviendrait d'imaginer une pléthore de divisions ou de chambres d'appel - chacune reflétant l'objet et l'intention des rédacteurs du traité ou répondant à différentes articulations des normes de fond. Si la préoccupation est la divergence d'interprétation des dispositions des AII, il semblerait que la solution serait d'unifier les normes de fond en matière de protection des investissements plutôt que de créer un mécanisme d'appel. Toutefois, cette approche ne figure pas dans le mandat du GT III. Le but du mécanisme d'appel est de réviser des décisions arbitrales spécifiques sur la base de motifs définis. Par conséquent, le rôle du tribunal d'appel n'est pas d'agir en tant que législateur ou de créer un droit des investissements uniforme. Comme l'ont noté les commentateurs :

*The duty of the appointed arbitrator in a specific case is not to create a coherent system of international law or to stabilize international investment law. The arbitrator's task and duty is to decide the case before the tribunal, and only that case*²⁸³¹.

En d'autres termes, aucun arbitre ou organe d'appel ne peut remplacer le législateur. En conséquence, à défaut et jusqu'à ce que tous les États modifient leurs traités d'investissement pour prévoir un droit d'appel non suspensif, seul un sous-ensemble de sentences arbitrales sera susceptible d'être révisé. Par ailleurs le Professeur Mark Feldman met en garde « *For policymakers considering appellate mechanism options should remain aware of the risk of consistent, but inaccurate, treaty interpretation by standing, permanent appellate tribunals.* »²⁸³² Par exemple, que se passerait-il si l'organe d'appel permanent parvenait à une lecture condamnée par beaucoup dans la série d'affaires *CMS*, à savoir que le principe de nécessité en vertu du droit

²⁸³⁰ SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *supra* note 2649, p. 5.

²⁸³¹ NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed », *supra* note 690, p. 568.

²⁸³² FELDMAN (Mark), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *supra* note 2750, p. 530.

international coutumier l'emporte sur la disposition relative aux mesures non exclues ? Il est également suggéré que l'incohérence dans le développement de la jurisprudence du CIRDI traduit un désaccord continu entre les États sur les principes sous-jacents du droit des investissements qui, en réalité, ne peut être résolu par un système d'appel²⁸³³.

763. Il semblerait que les déclarations en faveur d'une plus grande cohérence dans l'arbitrage d'investissement ne perçoivent pas la relation entre une interprétation cohérente et précise des traités²⁸³⁴. En examinant la fameuse saga *CME/Lauder* contre la Tchéquie, certains ont vu dans les décisions des deux tribunaux un exemple illustrant la nécessité d'un organe d'appel. Les faits et le droit sous-jacents aux deux arbitrages étaient quasiment identiques, les principales dissemblances étant que les arbitrages relevaient de traités différents²⁸³⁵ et de dispositions conventionnelles distinctes²⁸³⁶, et qu'ils étaient introduits par des demandeurs spécifiques, bien que liés. Alors que M. Lauder a perdu son arbitrage, CME a gagné contre la Tchéquie. Une instance d'appel aurait-elle changé les choses ? Le droit des investissements aurait-il été plus cohérent si ces deux arbitrages avaient fait l'objet d'un recours ? La réalité est qu'il

²⁸³³ Voir KALB (Johanna), « Creating an ICSID Appellate Body », *supra* note 2626, p. 203 (« *The diversity necessary to achieve credibility in the international community brings a diversity of political perspectives to the arbitral process. The political disagreements between states are therefore introduced into the dispute settlement process in legal terms. Creating an appellate mechanism would not necessarily correct this problem. If these unresolved political conflicts between states are at the source of the incoherence, the appellate body would likely continue to reflect them.* »).

²⁸³⁴ FELDMAN (Mark), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *supra* note 2750, p. 531.

²⁸³⁵ CME Czech Republic B.V a introduit la procédure arbitrale sur le fondement du TBI entre la Tchéquie et les Pays-Bas tandis que Lauder a introduit la procédure arbitrale sur le fondement du TBI entre la Tchéquie et les États-Unis.

²⁸³⁶ Article 5 du TBI entre la Tchéquie et les Pays-Bas de 1991 dispose que « *[n]either Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments* » sauf si l'expropriation est « *taken in the public interest and under due process of law* », « *is carried out non-discriminarily* », et est accompagnée « *just compensation* » tandis que l'article 3 du TBI entre la Tchéquie et les États-Unis de 1991 prévoit que « *1. Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation') except: for public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(2). Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be calculated in a freely usable currency on the basis of the prevailing market rate of exchange at that time; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be freely transferable. 2. A national, or company of either Party that asserts that all or part of its investment has been expropriated shall have a right to prompt review by the appropriate judicial or administrative authorities of the other Party to determine whether any such expropriation has occurred and, if so, whether such expropriation, and any associated compensation, conforms to the principles of international law.* ».

n'existe aucune garantie qu'un tribunal d'appel produise un meilleur résultat. Ce que l'on remarque concernant les affaires *CME* et *Lauder*²⁸³⁷. De surcroît, un système d'appel n'est pas nécessaire dans le cadre de l'arbitrage de traités puisque, avec le temps, les positions sur de nombreuses questions qui font actuellement débats auront naturellement tendance à évoluer et à se stabiliser. En d'autres termes, les décisions prétendument incohérentes elles-mêmes donneront lieu à une approche généralement considérée comme plus préférable qu'une autre, car elle conduira à une convergence et à une jurisprudence constante par la suite.

3. La mise en œuvre pratique

764. Une étude de 2006 portant sur l'attitude des utilisateurs à l'égard de l'arbitrage international, réalisée par la Queen Mary School of International Arbitration²⁸³⁸, a révélé que seulement 9 % des entreprises accueilleraient favorablement la possibilité de faire appel d'une sentence sur le fond²⁸³⁹. Une majorité écrasante des personnes interrogées perçoit la mise en place d'un mécanisme d'appel comme un inconvénient, car il rendrait l'arbitrage plus lourd, semblable à un contentieux, et nierait essentiellement un attribut clé du processus arbitral - le caractère définitif des sentences²⁸⁴⁰. Ces résultats sont corroborés par l'enquête de 2015 dans laquelle 61 % des sondés ont répondu négativement à la question de savoir s'il conviendrait d'instaurer des recours dans l'arbitrage d'investissement²⁸⁴¹. L'enquête 2020 de Queen Mary sur les perceptions du RDIE par les investisseurs fournit des résultats similaires, malgré des réponses mitigées sur l'introduction d'un mécanisme d'appel, « *nine in ten respondents would be opposed to a re-hearing of the tribunal's factual*

²⁸³⁷ *Idem*.

²⁸³⁸ Queen Mary School of International Arbitration, University of London et PriceWaterHouseCoopers Sondage, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, 2006, p. 15 ; voir aussi Queen Mary School of International Arbitration, University of London et PriceWaterHouseCoopers Sondage, *Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards*, 2008 ; Queen Mary School of International Arbitration, University of London et White & Case LLP Sondage d'arbitrage, *Choices in International Arbitration*, 2010 ; Queen Mary School of International Arbitration, University of London et White & Case LLP Sondage d'arbitrage, *Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, 2012.

²⁸³⁹ Queen Mary School of International Arbitration, University of London et PriceWaterHouseCoopers Sondage, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, 2006, p. 15, § 7.2. L'étude a comporté un questionnaire en ligne rempli par 103 participants et 40 entretiens approfondis sur les possibilités d'introduire un appel sur le fond.

²⁸⁴⁰ *Ibid*.

²⁸⁴¹ Queen Mary School of International Arbitration, University of London et White & Case LLP Sondage d'arbitrage: *Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, p. 8.

and legal findings ». Comme le note l'enquête, plusieurs personnes interrogées soulignent l'importance de la finalité pour les investisseurs qui apprécient la possibilité de mettre un terme rapidement à la procédure²⁸⁴². Il faut noter que la création d'un mécanisme d'appel ne privera pas les parties du recours en annulation devant les tribunaux nationaux, créant ainsi deux procédures où les parties devront se défendre.

765. La création d'un mécanisme d'appel n'améliorerait pas nécessairement les procédures arbitrales en raison de l'impact sur la finalité des sentences et *de facto* sur l'efficacité de la procédure²⁸⁴³. Comme indiqué précédemment, le caractère définitif des sentences est une caractéristique importante de l'arbitrage international. Comme l'a souligné le Professeur Christoph Schreuer « *the goal of correctness yields to the goal of finality* »²⁸⁴⁴. Certains sceptiques notent que la mise en place d'une structure d'appel mettrait en péril le caractère définitif des sentences, ou plutôt le caractère définitif de la décision de première instance²⁸⁴⁵. Ce mécanisme s'écarterait en outre des caractéristiques traditionnelles de l'arbitrage en risquant de judiciaireiser ou d'institutionnaliser l'arbitrage d'investissement d'une manière semblable aux procédures judiciaires. Comme relevé par la doctrine :

*The system is not in need of an appellate body. If one accepts an adjudicative system where investment disputes are solved by investment treaty arbitration, one must also accept the inherent consequences of using arbitrators to adjudicate the disputes*²⁸⁴⁶.

L'introduction d'un système d'appel signifie par nature la prolongation du litige ce qui conduit inévitablement à une augmentation des coûts et des frais associés à la

²⁸⁴² Queen Mary School of International Arbitration, University of London et Corporate Counsel International Arbitration Group: *Investors' Perceptions of ISDS*, 2020, p. 20.

²⁸⁴³ Voir *e.g.* (APPLETON) Barry, « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *supra* note 2579, pp. 23-26 (« *This review of the objectives that could be remedied by an appellate body necessitates a more fundamental consideration of the question about whether there really is a problem that needs to be addressed by an appellate body. My answer to this question is no.* »).

²⁸⁴⁴ SCHREUER (Christoph), « From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope », *supra* note 2801, p. 211.

²⁸⁴⁵ TAMS (Christian), « An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure », *TDM*, vol. 4, issue 5, 2007, p. 19.

²⁸⁴⁶ ANDERS (Nilsson) et ENGLESSION (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed? », *supra* note 690, p. 579.

procédure²⁸⁴⁷. En règle générale, l'arbitrage vise l'efficacité et cherche donc à minimiser le temps de la procédure, cela vaut pour l'arbitrage d'investissement²⁸⁴⁸. Les arbitrages deviendront nécessairement plus longs et plus coûteux. Comme le soulève l'enquête récemment publiée par la Queen Mary School of International Arbitration, les personnes interrogées s'inquiètent de ce que « *an appeal mechanism would impact costs and efficiency negatively, as it would open the door to an endless process which would drive up costs and would have a detrimental effect on the efficiency of the ISDS process* »²⁸⁴⁹. En outre, les risques d'une décision défavorable pour le demandeur augmenteront de façon spectaculaire. La question reste donc de savoir si l'on est prêt à sacrifier l'efficacité afin de chercher à rendre le système encore plus cohérent, notamment dans des circonstances où la cohérence ne serait pas garantie.

766. D'autres problèmes d'équité se posent si un appel est introduit. En particulier, la partie perdante pourrait envisager d'interjeter appel afin d'encourager la partie gagnante à négocier un accord transactionnel²⁸⁵⁰. D'autres ont souligné le risque d'abus possibles découlant d'appels visant en fait à décourager certaines parties de s'engager dans une procédure arbitrale puisque cela impliquerait la possibilité de présenter l'affaire une seconde fois. Les petits et moyens demandeurs seraient les premiers touchés par la création d'un mécanisme d'appel qui constituerait de facto un recul sur les progrès accomplis concernant l'accès à l'arbitrage contre les États²⁸⁵¹.

²⁸⁴⁷ ZAMIR (Noam) et SEGAL (Peretz), « Appeal in International Arbitration - an Efficient and Affordable Arbitral Appeal Mechanism », *supra* note 2631, p. 80 (« *There are different advantages for the lack of appeal mechanisms such as efficiency and saving the costs of the appeal proceedings* ») et p. 84 (« *An appeal mechanism arguably prolongs the process by delaying the finality or at least the potential execution of the award. In addition, an appeal mechanism will arguably increase costs by prolonging the proceedings* ») ; ANDERS (Nilsson) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: Is an Appeals Court Needed », *supra* note 2847, p. 577 (« *An appellate body would have a negative influence on the overall speed and efficiency of the proceedings, would undercut the finality of awards, and private parties would be more reluctant to use the dispute settlement system which would ultimately undermine the legitimacy of the system.* »).

²⁸⁴⁸ TAWIL (Guido), « An International Appellate System: Progress or Pitfall? », in SHEPPARD (Audrey) et WARNER (Hugo) (eds.), *Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is It Time for an International Appellate System?*, TDM, vol. 2, issue 2, 2005, p. 69 (« *[I]nvestors require quick decisions as trust is a necessary requirement to be complied for investments to be done.* »).

²⁸⁴⁹ Queen Mary School of International Arbitration, University of London & Corporate Counsel, *International Arbitration Group: Investors' Perceptions of ISDS*, 2020, p. 21.

²⁸⁵⁰ PELLET (Alain), « Annulment *Faute de Mieux* - Is There a Need for an Appeals Facility? », *supra* note 2499, p. 264.

²⁸⁵¹ ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *supra* note 420, p. 36.

L'allongement de la procédure servira les gouvernements et les grandes entreprises disposant de ressources importantes, au détriment des petits investisseurs et des pays en développement. L'une des stratégies en matière de résolution des litiges consiste pour la partie la mieux dotée à poursuivre la procédure jusqu'à ce que la partie dite « faible » soit obligée d'abandonner²⁸⁵². Ainsi, les demandes des petits investisseurs et la défense des pays en développement deviendront beaucoup plus difficiles. Comme l'a relevé un commentateur :

[A]ll things being equal, these financially less privileged countries may end up using the appeal mechanism less frequently or mobilizing less resources in the appellate proceedings than other countries, which may in turn trigger another round of discussions on the fairness of the proceeding in general²⁸⁵³.

Il a été aussi noté qu'au stade de l'annulation le rôle des tribunaux nationaux serait considérablement réduit par l'ajout d'un deuxième niveau de contrôle, malgré leur analyse du caractère exécutoire de la sentence²⁸⁵⁴, à moins que le mécanisme d'appel n'intègre l'annulation²⁸⁵⁵. Afin de minimiser les coûts et les risques, les appels devraient être limités à des motifs juridiques sans laisser la possibilité de réviser ou corriger les conclusions et observations factuelles. Si un appel se limite aux problématiques juridiques traitées par la sentence, la procédure pourra être simplifiée et achevée plus rapidement.

CONCLUSION

767. Le fil conducteur des débats en matière de réforme est l'idée que chaque proposition ou solution possible avancée soulève une série de problèmes et de contre-

²⁸⁵² WÄLDE (Thomas), « Some Implications of an Investment Appeals Facility », *TDM*, vol. 2, issue 1, 2005, pp. 4-5 (« For a well-resourced government facing an under-resourced opponent (typically a smaller, entrepreneurial company with shallow pockets), an important strategy is simply to drain away the claimant's litigation war-chest until it is compelled to give up. Adding an appeal will reinforce the strength of such a litigation-resource based strategy. »).

²⁸⁵³ LEE (Jaemin), « Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes - Expected Benefits and Remaining Tasks », *supra* note 2627, p. 484.

²⁸⁵⁴ KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Investor-State Dispute Settlement and National Courts, Current Framework and Reform Options », *supra* note 2521, p. 93.

²⁸⁵⁵ VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *supra* note 2659, p. 186 (« Drafters of appeal mechanisms attempt to exclude the annulment or setting-aside action regarding the appeal award, reasoning that two rounds of review are sufficient. They believe that setting aside (annulment) can be integrated into the appeal. »).

arguments. De nombreuses réformes suggérées ont le potentiel d'affecter de manière significative d'autres aspects du système, parfois de manière non intentionnelle. Le plus souvent, le concept d'autonomie des parties, élément historiquement essentiel de l'arbitrage, est le premier à être abandonné.

768. La création d'un mécanisme de décision préjudicielle semble problématique et difficile à mettre en place, même si en surface, ce mécanisme semble préserver la structure de base du système actuel, à savoir les tribunaux *ad hoc* et le caractère définitif de la sentence. Les décisions préjudicielles ne contribueraient probablement pas à réduire les interprétations divergentes car le système de droit d'investissement n'est pas basé sur une loi uniforme comme le droit Européen. De plus, il semblerait qu'actuellement cette option ne semble pas réaliste à court ou moyen terme.

769. Si l'efficacité de la procédure d'examen est aujourd'hui largement reconnue dans le contexte de l'arbitrage commercial, il est douteux que la même procédure puisse permettre d'atteindre les objectifs d'amélioration souhaités dans le cadre du RDIE. En effet, cette procédure se concentre sur la forme et la Cour de la CCI ne fait qu'attirer l'attention sur le fond si nécessaire. Le tribunal arbitral n'a alors qu'à intégrer les commentaires de la Cour sur la forme ainsi qu'à apporter des modifications à la lumière de ces commentaires sur les points de fond s'il le considère souhaitable. Par conséquent, il semble y avoir une idée fautive sur le processus d'examen tel que présenté par le GT III. En matière d'arbitrage CCI, le processus d'examen se concentre sur la forme de la sentence, conformément à une liste d'éléments à contrôler qui doit être respectée. La procédure d'examen n'a pas pour but de vérifier les erreurs de droit ou la cohérence des décisions, et une telle procédure pourrait gravement porter atteinte à la liberté des arbitres et se heurter à des difficultés de mise en œuvre.

770. Comme indiqué plus haut, il existe différents mécanismes permettant de contester une sentence arbitrale rendue en matière d'investissement, bien que les motifs d'annulation soient limités et qu'il n'existe pas de mécanisme d'appel permettant un réexamen total du fond de la sentence. Il est évident que les motifs disponibles pour annuler une sentence d'arbitrage d'investissement, tant sous le régime du CIRDI que celui de la CNUDCI, sont limités aux irrégularités de procédure. Selon l'auteur, même si un mécanisme d'appel est créé, il est peu probable

qu'il apporte une solution au prétendu problème de cohérence. Sur la base des éléments disponibles, il semble que les États et les investisseurs, à l'exception de l'UE, continuent de préférer la finalité à la cohérence et à l'exactitude. Néanmoins, les dirigeants qui étudient les options de mécanismes d'appel devraient examiner attentivement tous les intérêts politiques concurrents, qui ne se limitent pas aux objectifs d'efficacité et de finalité de la sentence. Le RDIE reste un système relativement nouveau et les incongruités accidentelles sont de nature à se résoudre d'elles-mêmes. Comme l'a déclaré le professeur Jan Paulsson « *process of natural correction is anything but surprising; it is an expected feature of any maturing system* »²⁸⁵⁶. Même si l'appel pourrait améliorer la prévisibilité de l'interprétation d'une même norme conventionnelle, sa portée serait relativement limitée car la plupart des litiges sont fondés sur des faits et les différends traités ne contiennent pas les mêmes dispositions.

771. Si un mécanisme d'appel doit être établi, il semble que le CIRDI constitue le cadre juridique privilégié, puisque l'institution constitue le point d'extension logique de l'arbitrage d'investissement. En outre, il ne permet pas la supervision et l'interférence des tribunaux nationaux dans les procédures d'exécution et d'annulation. Bien que les discussions au niveau de la CNUDCI montrent qu'une réforme est souhaitable, il apparaît néanmoins que la volonté politique n'est pas encore suffisante pour parvenir à un consensus sur le type de mécanisme d'appel et les règles de procédure à mettre en place. La prudence commande de ne pas s'empressement de transformer prématurément le RDIE d'une manière qui pourrait finalement se révéler négative et destructrice. Selon l'auteur, le problème de l'inconstance aujourd'hui n'est pas suffisamment sérieux pour mériter l'introduction d'un mécanisme d'appel qui ne garantirait pas un meilleur résultat mais qui nécessiterait des complications juridique, de structure, de réalisation et de volonté.

²⁸⁵⁶ PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », *supra* note 702, p. 253.

CHAPITRE 2. LA RÉFORME SUBSTANTIELLE DU RDIE

772. Le GT III, chargé d'examiner la réforme du RDIE, a achevé les deux premières des trois étapes de son mandat - analyse du problème et évaluation de l'opportunité de la réforme. Il a également commencé à examiner les options d'amélioration, bien qu'aucune mesure particulière n'ait été adoptée. Le GT III entend développer toute solution pertinente dans un avenir proche afin de la présenter à la Commission pour examen et approbation²⁸⁵⁷. C'est ici que le RDIE arrive à un carrefour : la décision sur la manière de réaliser une réforme systémique du RDIE. Certains suggèrent une institutionnalisation plus poussée, par exemple en créant une cour multilatérale d'investissement permanent, comme le propose l'UE²⁸⁵⁸, ou un mécanisme d'appel comme le suggèrent la Chine et l'Inde²⁸⁵⁹. D'autres préfèrent des réformes procédurales plus limitées de l'arbitrage entre investisseurs et États, comme le

²⁸⁵⁷ Pour l'étendue du mandat, voir Documents officiels de l'Assemblée Générale, Soixante-douzième session, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international - Cinquantième session (3-21 juillet 2017), A/72/17, 2017, § 264. Pour un aperçu des préoccupations identifiées et des options de réforme pertinentes envisagées par le GT III, voir Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Additif, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), 2019, A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1 et Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1er décembre 2017), A/CN.9/WG.III/WP.142, 30 juillet 2019. Pour un aperçu du projet de plan de travail pour la revue des options de réformes dans les années à venir, voir Note du Secrétariat, Plan de travail pour mettre en œuvre la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) et ressources nécessaires, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Quarantième session (suite) (Vienne (en ligne), 4 et 5 mai 2021), A/CN.9/WG.III/WP.206, 17 mars 2021, pp. 3-5.

²⁸⁵⁸ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-septième session (New York, 1er-5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019 ; voir aussi Conseil de l'Union Européenne, Directives de négociation relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements, Bruxelles, 12981/17 ADD 1, 1 mars 2018.

²⁸⁵⁹ Pour l'Inde, voir texte modèle pour le TBI indien de 2016, Article 29. Pour la Chine, voir ROBERTS (Anthea), « Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration », *American Journal of International Law*, vol. 112, issue 3, 2018, pp. 417 et 422.

souhaitent les États-Unis²⁸⁶⁰ et le Japon²⁸⁶¹ qualifiés de loyalistes²⁸⁶². Leur position est que l'argument en faveur d'une réforme institutionnelle à plus grande échelle n'a pas encore été clairement formulé, ni comment de telles propositions de réforme permettraient de résoudre les problèmes observés plutôt que de conduire à une multitude de difficultés supplémentaires²⁸⁶³. À ce jour, les délibérations entre les États membres sont toujours en cours²⁸⁶⁴.

773. Malgré le succès de l'arbitrage d'investissement, qui constitue un forum efficace et neutre pour le règlement des différends juridiques internationaux entre investisseurs et États hôtes, il existe un sentiment de frustration grandissant. La forte augmentation du nombre d'arbitrages d'investissement au cours de la dernière décennie a suscité de nombreuses inquiétudes concernant le système du RDIE actuel, ce qui a généré moult appels à la réforme. Les préoccupations récurrentes concernent les incohérences de certaines sentences arbitrales, la prise en compte insuffisante par certains tribunaux arbitraux du droit de l'État hôte à réglementer, les accusations de partialité du système en faveur des investisseurs étrangers, le manque de transparence ainsi que les préoccupations concernant le manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

774. Les TBI ont été créés en réponse à l'expropriation d'actifs allemands après la Seconde Guerre mondiale. Les années 1990 représentent la période la plus active en matière de conclusion de TBI. En effet, selon la CNUCED, la plupart des AII conclus avant 2010 ont été négociés dans les années 1990²⁸⁶⁵. Ces TBI et ces AII ne sont plus adaptés à l'économie mondiale actuelle et à ses valeurs changeantes, telles que l'équilibre entre les droits des investisseurs et la marge de manœuvre des États, ainsi

²⁸⁶⁰ CNUCED, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: in Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, Issue 2, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, juin 2013, p. 5, note de bas de page n° 19. Une troisième position, minoritaire, soutenue en particulier par le Brésil, préférerait un système d'État à État. Le Brésil n'a jamais ratifié de traité d'investissement et propose maintenant un modèle différent d'accords de facilitation des investissements.

²⁸⁶¹ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.182, 2 octobre 2019.

²⁸⁶² ROBERTS (Anthea), « The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds », *EJIL: TALK!*, 15 juin 2017.

²⁸⁶³ Voir « In His Own Words: Lighthizer Lets Loose on Business, Hill Opposition to ISDS, Sunset Clause », *World Trade Online*, 19 octobre 2017.

²⁸⁶⁴ Le Groupe de travail III de la CNUDCI a organisé sept sessions sur la problématique de la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États.

²⁸⁶⁵ *Idem*.

que la promotion du développement durable. Le nouveau contexte dans lequel opèrent le RDIE et les lois sur l'investissement a été illustré par la pandémie du COVID-19. C'est notamment en raison de cette idée de guerre sanitaire que certaines politiques publiques ont été adoptées avec des conséquences de grande ampleur puisqu'elles ont touché tous les secteurs et notamment l'économie internationale²⁸⁶⁶. La pandémie de COVID-19 aura probablement des effets durables sur l'élaboration des politiques d'investissement dans le monde entier, notamment une réévaluation par les pays du rôle des AII dans le développement national. Les AII peuvent entrer en jeu dans le cadre de mesures prises par les gouvernements en réponse à la pandémie et pourraient créer des frictions avec les obligations existantes des AII. Les gouvernements pourraient être confrontés à une menace sans précédent de plaintes du RDIE liées au COVID-19²⁸⁶⁷. Des inquiétudes ont déjà été exprimées dans certains pays quant au fait que les mesures d'urgence adoptées dans le contexte de la pandémie pourraient donner lieu à des différends entre investisseurs et États²⁸⁶⁸, et des appels ont été lancés aux gouvernements pour qu'ils suspendent conjointement l'arbitrage du RDIE fondé sur des traités pour toutes les mesures liées à COVID-19²⁸⁶⁹. Par conséquent, les obligations des États envers les investisseurs doivent être réévaluées à la lumière des nouveaux engagements et défis mondiaux.

775. En examinant les réactions contre le RDIE, on constate que les États sont mécontents lorsqu'ils sont traduits devant un tribunal international pour des mesures qu'ils adoptent dans l'intérêt de leur nation. Parfois, il s'agit de dispositions nécessaires à la survie de l'État. Cette thèse soutient que le RDIE est un mécanisme qui fonctionne et que les sentences arbitrales ont montré que le pouvoir réglementaire

²⁸⁶⁶ Voir e.g. FISNE (Audrey), « Macron organise la guerre sanitaire en France », *Courrier international*, 26 mars 2020 ; BOURMAUD (François-Xavier) et BAROTTE (Nicolas), « Macron déclare la 'guerre' au coronavirus », *Le Figaro*, 16 mars 2020.

²⁸⁶⁷ PADDEU (Federica), « COVID-19 and Investment Treaty Claims », *Kluwer Arbitration Blog*, 30 mars 2020 ; NIKIEMA (H. Suzy) et NYAGUTHII (Maina), « The Risk of ISDS Claims Through National Investment Laws », *Institute for Sustainable Development (IISD)*, septembre 2020, p. 1.

²⁸⁶⁸ Voir e.g. SANDERSON (Cosmo), « Peru Warned of Potential ICSID Claims over Covid-19 Measures », *Global Arbitration Review*, 19 avril 2020 ; RANJAN (Prabhash) et ANAND (Pushkar), « Covid-19, India, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS): will India be able to Defend its Public Health Measures? », *Asia Pacific Law Review*, vol. 28, issue no. 1, pp. 225-247.

²⁸⁶⁹ Voir BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie), BREWIN (Sarah) et MAINA (Nyaguthii), « Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID 19: A Call to Action for Governments », *International Institute for Sustainable Development Commentary*, avril 2020 ; RANJAN (Prabhash), « COVID-19 and ISDS Moratorium - An Indiscreet Proposal », *Opinio Juris*, 15 juin 2020.

des États a pris le dessus sur les défis des investisseurs. Néanmoins, ceux qui délibèrent sur la réforme du RDIE doivent se poser la question de savoir s'il s'agit de changer la structure ou de changer le droit. Tout au long de l'histoire, le droit a évolué et s'est adapté au fil du temps. À mesure que les valeurs de la société évoluent, les dispositions de fond des AII doivent-elles aussi s'adapter et évoluer ? Le Professeur Joost Pauwelyn affirme que « *rather than drawbacks, flaws or birth defects that need urgent cure, they may actually be major advantages or positive qualities that one should, to some extent, nurture* »²⁸⁷⁰. Jusqu'à présent, toutes les propositions de réforme structurelle se sont révélées imparfaites à différents égards et leur mise en œuvre soulèvent d'énormes difficultés. Ce dernier chapitre soutiendra que les réformes doivent se faire au niveau des traités (Section 1). En d'autres termes, un changement significatif ne peut intervenir qu'au niveau du fond, plutôt que par des modifications procédurales ou structurelles du système. Compte tenu de l'évolution des valeurs de la société et de l'objectif politique de l'État, le chapitre examinera également ce à quoi devrait ressembler le RDIE de nos jours, ou le RDIE 2.0 (Section 2).

SECTION 1. SITUER LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME AU NIVEAU DES TRAITÉS

776. En l'absence d'un ensemble complet de mesures portant à la fois sur le contenu substantiel des AII et sur le RDIE, toute tentative de réforme risque de n'aboutir qu'à des changements fragmentaires et donner lieu à de nouvelles séries de défis et d'incertitudes²⁸⁷¹. Le fait de mettre l'accent sur les aspects procéduraux du RDIE est insuffisant (I) et une réforme intrinsèque des traités d'investissement qui constituent le cœur de la réaction négative est nécessaire (II).

I. LA CRITIQUE DU RDIE NE PEUT ÊTRE ÉLIMINÉE PAR DES RÉFORMES PROCÉDURALES OU SEULEMENT STRUCTURELLES

777. La réforme du régime du RDIE, menée par le GT III, s'est intégralement concentrée sur les refontes procédurales qui aboutiront à la réforme dont le système a besoin. Cependant, ces innovations constituant la réforme procédurale ne permettront pas de combler les lacunes substantielles du RDIE. Cette section traitera la manière

²⁸⁷⁰ PAUWELYN (Joost), « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Review*, vol. 29, no. 2, 2014, p. 381.

²⁸⁷¹ UNCTAD, *Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*, IIA Issues Note, issue 3, UNCTAD/DIAE/PCB/NF/2019/5, juin 2019, pp. 8-9.

dont le modèle actuel de réforme structurelle conduira à des inconvénients supplémentaires et à une incertitude accrue (A), et se penchera sur les obstacles pouvant se présenter lors de la mise en œuvre de telles réformes structurelles ou procédurales (B).

A. La réforme structurelle ne répond pas aux revendications des critiques mais entraîne davantage de problèmes et d'incertitudes

778. Il existe une scission au sein des États concernant le fait qu'une réforme complète du régime du droit international de l'investissement puisse être essentielle au bon fonctionnement du RDIE²⁸⁷². Cependant, le débat public concernant le RDIE s'est concentré presque exclusivement sur l'aspect procédural, tel que le remplacement des tribunaux investisseur-État par une CMI, et cherche ainsi à s'attaquer aux déficiences systémiques du RDIE²⁸⁷³. Il s'agit notamment des problèmes de transparence, de cohérence des décisions arbitrales, d'absence de mécanisme d'appel et d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

779. A elles seules, les réformes procédurales ne suffisent pas à répondre aux réactions hostiles visant le RDIE. En effet, elles peuvent entraîner de nouvelles complications. Un examen plus approfondi révélerait que les principaux problèmes émanant du RDIE ne sont pas entièrement systémiques - ils sont également la conséquence de déficiences de fond notamment de par le langage et la conception des AII existants. Les propositions de réforme structurelle drastique, telles qu'un système de cour d'investissement, l'établissement d'une CMI ou le mécanisme d'appel, soulèvent des questions complexes et des incertitudes quant à leur interaction avec les Conventions CIRDI et de New York. Comme l'a souligné la Fédération de Russie, « *des solutions radicales telles que la création d'un tribunal international de l'investissement non seulement ne parviendront pas à résoudre les problèmes essentiels du système actuel, mais en créeront de nouveaux.* »²⁸⁷⁴ Il n'existe pas de

²⁸⁷² CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, p. 10 (« *As evident from discussions at UNCTAD's World Investment Forums (WIFA), from the heated public debate taking place in many countries and from various parliamentary hearing processes, including at the regional level, a shared view has emerged on the need for reform of the IIA regime to ensure that it works for all stakeholders* »).

²⁸⁷³ CNUCED, *World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, UNCTAD/WIR/2013, 2013, pp. 111-117.

²⁸⁷⁴ CNUDCI, Note du Secrétariat, Réforme possible du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication de la Russie, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends

solution unique aux prétendus problèmes du RDIE. Toute réforme procédurale doit s'accompagner d'une réforme de fond.

780. Les diverses propositions de réforme structurelle sont susceptibles de conduire à une fragmentation accrue des décisions du RDIE. Comme illustré précédemment, il n'existe aucune garantie que le tribunal de deuxième instance aboutisse à un meilleur résultat ou à un droit des investissements harmonisé et uniforme. Par ailleurs, l'UE elle-même a reconnu que les différentes cours d'investissement bilatérales conduiront à une fragmentation accrue²⁸⁷⁵, surtout si l'on tient compte de l'existence parallèle du régime CIRDI et de l'arbitrage de la CNUDCI ad hoc ainsi que des obstacles potentiels en matière d'exécution et de reconnaissance. Puisqu'il existe des institutions telles que la CPA et le CIRDI, certains États décideront de ne pas signer un instrument multilatéral et d'accéder à un nouveau système créé par cet instrument donnant compétence à la Cour multilatérale d'investissent et à un organe d'appel. Cela pourrait conduire à des décisions contraires rendues par des institutions diverses et impliquant différents arbitres. De plus, l'ajout d'un mécanisme d'appel pourraient de facto créer un système de règlement des différends à trois niveaux, car cela ajouterait une possibilité de recours en annulation, au détriment de l'efficacité et de la rentabilité. Tous ces problèmes soulèvent de questions consistant à savoir si les réformes du système de règlement des différends permettraient de renforcer la confiance des investisseurs et d'avoir un impact favorable sur les IDE.

781. Le mécanisme d'appel pourrait également poser des problèmes d'interaction avec les régimes existants. Comme l'a noté le Secrétariat du CIRDI en 2004, la meilleure façon de remédier à la fragmentation est de créer un mécanisme d'appel

entre investisseurs et États) Trente-huitième session (reprise) (Vienne, 20-24 janvier 2020), A/CN.9/WG.III/WP.188, 30 décembre 2019, p. 5.

²⁸⁷⁵ Commission Européenne, Commission Staff Working Document - Impact Assessment, Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution - Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, Bruxelles, SWD(2017) 302 final, 2017, p. 16 (« *The ICS addresses the issue of a lack of consistency and predictability of case-law in relation to substantive standards contained in a given agreement, given that standards will be interpreted by a permanent body even if in different disputes. However, the same or very similar substantive rules across agreements will continue to be interpreted by different bodies without any incentive to be informed by previous decisions. In these cases, the risk of disparate interpretation of the same or very similar substantive rules remains.* »).

unique²⁸⁷⁶. Il reste à déterminer comment l'organe d'appel existera parallèlement à la procédure d'annulation du CIRDI ou aux régimes d'annulation nationaux. Les États qui ratifieront l'instrument créant l'organe d'appel devront envisager d'abroger ou de limiter les régimes nationaux d'annulation et d'exclure leur applicabilité aux sentences RDIE concernées. Les lois nationales devront être modifiées de manière que l'organe d'appel ait pleine compétence pour examiner les sentences rendues en vertu de l'un des accords d'investissement auxquels l'État est partie. Des questions complexes se posent également quant à l'applicabilité de la Convention de New York et à la manière dont la décision d'appel relèverait de l'article I(2) de la Convention²⁸⁷⁷.

782. De nombreux membres de la communauté d'arbitrage s'opposent à toute institutionnalisation supplémentaire pour diverses raisons²⁸⁷⁸. Certains considèrent que les critiques du RDIE sont fondées sur des faits inexacts ou à des perceptions politisées et s'opposent à l'intrusion de l'État dans ce qu'ils considèrent comme un système fonctionnant de façon globalement satisfaisante²⁸⁷⁹. D'autres craignent que leur réglementation en matière d'arbitrage international ne subisse des dommages, tandis que certains s'inquiètent du fait que les changements apportés au RDIE puissent interférer avec le fonctionnement de l'arbitrage commercial international²⁸⁸⁰. Le Professeur Stephan Schill a mis en garde « *[t]hese concerns should be taken seriously*

²⁸⁷⁶ CIRDI 2004 Document de Discussion, pp. 15-16 (« *It would in this context seem to run counter to the objectives of coherence and consistency for different appeal mechanisms to be set up under each treaty concerned. Efficiency and economy, as well as coherence and consistency, might best be served by ICSID offering a single appeal mechanism as an alternative to multiple mechanisms. It would be on this assumption that the Centre might pursue the creation of such an ICSID Appeals Facility at this stage.* »).

²⁸⁷⁷ Article I(2) de la Convention de New-York prévoit que: « *On entend par 'sentences arbitrales' non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.* »

²⁸⁷⁸ Voir e.g. BROWER (Charles N.) et STEPHAN (Schill), « *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* », *supra* note 291 ; KINNEAR (Meg), « *Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Resolution* », *supra* note 326 ; MEYERS (Daniel), « *In Defense of the International Treaty Arbitration System* », *supra* note 326 ; DEVASHISH (Krishan), « *Thinking About BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis That Never Was* », *supra* note 300.

²⁸⁷⁹ Voir e.g. SCHWEBEL (Stephen), « *In Defense of Bilateral Investment Treaties* », *supra* note 70 ; BROWER (Charles N.) et STEPHAN (Schill), « *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* », *supra* note 291 ; BROWER (Charles N.) et BRANCHARD (Sadie), « *From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': the Case against Re-Statification of Investment Dispute Settlement* », *supra* note 108 ; BROWER (Charles N.), « *Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?* », *supra* note 285.

²⁸⁸⁰ SCHILL (Stephan), « *Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment?* », *Journal of Investment & Trade*, vol. 19, issue 1, 2018, p. 4.

and addressed as part of the current process by seeking the active participation of the international arbitration community. »²⁸⁸¹ En effet, l'appel à la transparence dans le RDIE a déjà fait son chemin dans l'arbitrage commercial international. Par exemple, depuis le 1er janvier 2016, la Cour de l'ICC publie sur son site internet les informations suivantes : (i) le nom des arbitres, (ii) leur nationalité, (iii) leur rôle au sein d'un tribunal, (iv) leur mode de désignation, et (v) si l'arbitrage est en cours ou terminé, dans un souci de transparence accrue²⁸⁸². Depuis le 1er janvier 2020, l'ICC a par ailleurs publié le secteur du litige et les noms des conseils représentant les parties dans l'affaire²⁸⁸³.

783. La réforme des normes de fond semble manquer à l'examen du GT III²⁸⁸⁴. Le mandat du GT III est uniquement limité aux aspects procéduraux du RDIE. Il a été précisé en termes clairs que le « *le mandat donné au Groupe de travail s'attachait aux aspects procéduraux du règlement des litiges plutôt qu'aux dispositions de fond.* »²⁸⁸⁵ Cette exclusion a suscité des critiques de la part de certains États et organisations de la société civile. Ils affirment que les problèmes fondamentaux du système ne peuvent être résolus sans une réforme substantielle des règles sous-jacentes²⁸⁸⁶. En effet, la réforme procédurale ne s'attaque pas à la racine des griefs relatifs au RDIE. Comme l'a présenté de manière impactante le gouvernement sud-africain dans sa soumission au GT III :

La réforme du RDIE devrait être complétée par d'autres réformes visant à répondre aux préoccupations de fond

²⁸⁸¹ *Ibid.*

²⁸⁸² ICC Court, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 1 janvier 2019, p. 7.

²⁸⁸³ *Ibid.*

²⁸⁸⁴ CNUDCI, Note du Secrétariat - Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.166, 30 juillet 2019, pp. 5-14.

²⁸⁸⁵ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1er décembre 2017), A/CN.9/930/Rev.1, 19 décembre 2017, § 20.

²⁸⁸⁶ ROBERTS (Anthea) et ST. JOHN (Taylor), « UNCITRAL and ISDS Reforms: Agenda-Widening and Paradigm-Shifting », *EJIL: Talk!*, 20 septembre 2019 (« *South Africa seeks to widen the agenda, to include reform of substantive standards...Some other states share this concern over the substance-procedure dichotomy. For instance, Indonesia noted in its April 2019 submission that 'Indonesia is of the view that procedural law is inherently substantive and vice versa.'* »).

*découlant des dispositions des traités
d'investissement*²⁸⁸⁷.

Certains États partagent également cette préoccupation quant à l'absence de réforme substantielle à l'ordre du jour du GT III. Dans sa soumission, l'Indonésie a préconisé comme option de réforme de fournir « *dans les dispositions de fond et dans les clauses de RDIE, davantage de garanties afin que les droits et obligations de l'investisseur puissent être pris en compte de manière équitable.* »²⁸⁸⁸ Le Professeur Mohammad Handy a observé « *[t]he common denominator among these critiques and reforms, however, is that they do not question the design of BITs at all* »²⁸⁸⁹. Afin de mettre en œuvre de manière significative la réforme du RDIE, « *the rotten ingredients must be emptied out and the bowl washed out.* »²⁸⁹⁰ Cela implique de recalibrer et réorganiser les AII de première et de deuxième générations. Malheureusement, les discussions entre juristes se concentrent peu sur la conception et la modernisation des traités afin de combler les lacunes, de clarifier les significations et finalement d'éliminer progressivement les traités obsolètes sur le fond pour répondre aux attentes de l'ère moderne.

784. Récemment, des groupes importants comme le Columbia Center for Sustainable Investment (« CCSI ») ont remis en question le travail entrepris par le GT III, arguant que les réformes limitées ont pour effet de verrouiller un « *système brisé* »²⁸⁹¹. Le CCSI souligne que l'omission de certaines questions concernant la substance est

²⁸⁸⁷ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement sud-africain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, p. 6, § 19, pp. 17-18, § 104.

²⁸⁸⁸ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Observations du Gouvernement indonésien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-septième session (New York, 1-5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.156, 9 novembre 2018, p. 2 (« *Le débat sur la réforme proposée de ce dernier dans le cadre de la CNUDCI repose sur une dichotomie fond-procédure. Cette dichotomie, selon l'Indonésie, pourrait en fait contrarier l'objectif d'un véritable mécanisme de RDIE, car il est difficile de distinguer fond et procédure. 2. L'Indonésie est d'avis que le droit procédural touche intrinsèquement au fond et vice versa. Les dispositions de fond et de procédure des accords internationaux d'investissement (AII) sont interdépendantes par nature.*»).

²⁸⁸⁹ HAMDY (Mohammad), « Redesign As Reform: A Critique Of The Design Of Bilateral Investment Treaties », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 51, no. 2, 2020, p. 281.

²⁸⁹⁰ GRENNESS (Esther-Jane), « Let's Have a Souffle Instead: Selective Reform of the Investor-State Dispute Settlement Regime », *University Of Baltimore Journal Of International Law*, vol. 6, no. 1, 2018, pp. 152-153.

²⁸⁹¹ SACHS (Lisa) et JOHNSON (Lise) *et al.*, « The UNCITRAL Working Group III Work Plan: Locking In A Broken System? », *Columbia Center on Sustainable Investment*, 4 mai 2021.

« *particularly striking given the implications they have for sustainable development and the protection of human rights* »²⁸⁹². En effet, « *[s]tates continued to raise substantive concerns, even before WGIII began* »²⁸⁹³. Les réformes procédurales ne font que répondre à une partie des critiques formulées à l'encontre du RDIE, malgré les importantes parties prenantes associées au processus du GT III. De plus, certaines réformes procédurales contiennent des éléments substantiels, et il serait donc peu judicieux de ne traiter que l'aspect procédural. Par exemple, les réformes de procédure relatives aux demandes reconventionnelles devraient également être combinées à des réformes de fond visant à établir des obligations directes et contraignantes pour les investisseurs dans les AII. L'obstruction du droit de réglementer des États a souvent été soulevée par les gouvernements tout au long du processus de réforme du RDIE comme un problème important, mais le GT III a reconnu qu'il ne s'agit pas d'une question procédurale et a donc choisi de ne pas s'engager²⁸⁹⁴.

785. Un tribunal est lié par l'intention des États parties à un AII individuel qui ont négocié le langage spécifique du traité. Il existe des différences dans la formulation des traités. Les différentes propositions de réforme procédurale ou structurelle ne permettront donc pas d'atteindre pleinement l'objectif supposé de cohérence ou d'améliorer l'équilibre entre les États ou entre les États et les investisseurs. Certes, ces risques ne peuvent être traités que partiellement par l'intégration d'un langage plus détaillé et distinctif dans les AII. La structure et la raison d'être du régime du droit des investissements exigent que les normes de protection présentent un certain degré d'« *imprécision* », ce qui laisse aux tribunaux une certaine souplesse pour adapter ces traités à l'évolution des circonstances. Sans réforme de fond, les tribunaux, les juges des Cours multilatérales d'investissement ou les organes d'appel continueront de disposer d'un pouvoir considérable pour interpréter ces dispositions. Cependant, la reformulation de ces normes conventionnelles permettrait de réduire le pouvoir

²⁸⁹² *Idem.*

²⁸⁹³ DUGGAL (Kabir), DIAMOND (Nicholas) et MIR (Sarah), « Procedural versus Substantive Reforms: Is the Work of UNCITRAL WGIII Worth the Wait? », *Kluwer Arbitration Blog*, 27 juin 2021.

²⁸⁹⁴ *Idem.*

discrétionnaire des arbitres et de rationaliser l'exercice de leur pouvoir afin obtenir des résultats plus équitables dans les sentences du RDIE²⁸⁹⁵.

B. La difficulté de mettre en œuvre une réforme structurelle ou procédurale

786. Le GT III dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant aux solutions à mettre en place sous réserve de la prise en compte de l'avis de tous les États²⁸⁹⁶. Les États seront alors libres de choisir s'ils souhaitent adopter l'une ou l'autre des propositions de réforme, et dans quelle mesure²⁸⁹⁷. Il semble que les craintes des États concernant le système RDIE soient assez répandues²⁸⁹⁸. Cependant, il n'existe pas de consensus suffisant entre eux sur l'existence de problèmes communs avec les traités d'investissement sous-jacents²⁸⁹⁹. Par exemple, le Gouvernement indonésien a déclaré que « *[e]xcluding ISDS provisions might not be a wise approach, particularly if the main intention is to attract foreign investment.* »²⁹⁰⁰.

787. Lors des sessions du GT III de la CNUDCI, le groupe de travail a identifié et discuté des inquiétudes concernant le RDIE et il a considéré qu'une réforme était souhaitable à la lumière des préoccupations identifiées²⁹⁰¹. Pourtant, il semble

²⁸⁹⁵ SINGLA (Tania), « A Multilateral Framework For Investment Protection: The Missing Piece In The Puzzle Of ISDS Reform? », *NLUJ Journal of Legal Studies (National Law University Delhi)*, vol. 2, 2020, p. 138.

²⁸⁹⁶ Documents officiels de l'Assemblée Générale, Soixante-douzième session, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international - Cinquantième session (3-21 juillet 2017), A/72/17, § 264 (« *Cette dernière est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat et que toute solution envisagée serait conçue en tenant compte des travaux menés par d'autres organisations internationales, et laisser à chaque État le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la ou les solutions en question.* »).

²⁸⁹⁷ *Ibid.*

²⁸⁹⁸ Voir *e.g.* CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018), A/CN.9/964, 6 novembre 2018.

²⁸⁹⁹ GIORGETTI (Chiara) *et al.*, « Reforming International Investment Arbitration: an Introduction », in GIORGETTI (Chiara) *et al.* (eds.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2019, p. 305.

²⁹⁰⁰ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Observations du Gouvernement indonésien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-septième session (New York, 1-5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.156, 9 novembre 2018, p. 4.

²⁹⁰¹ Pour les délibérations et les décisions à la trente-huitième session, voir CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/1004, 23 octobre 2019 ; à titre d'information, lors de ses trente-quatrième à trente-septième sessions, le Groupe de travail a entrepris des travaux sur la réforme éventuelle du RDIE, sur la base du mandat que lui a confié la Commission lors de sa cinquantième session, en 2017 (voir Documents officiels de l'Assemblée Générale, Soixante-douzième session, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit

également qu'il n'y ait pas de consensus quant aux déficiences du RDIE. Tel que noté de manière frappante par un auteur :

[T]here is widespread consensus among international lawyers, academics, economists, environmentalists, politicians and civil society at large who have been involved in an investment dispute that something is not quite right with the investor-state arbitration mechanism, however, we cannot agree on what the real problem is²⁹⁰².

Les efforts politiques et diplomatiques pour parvenir à un consensus international ont peu de chances de se produire à un moment où les États sont tirés dans des directions différentes. De nombreux États restent indécis dans l'optique afin de pouvoir bénéficier d'une certaine flexibilité et de suffisamment de temps pour examiner les propositions et formuler leurs suggestions²⁹⁰³.

788. Alors que l'UE s'est faite porteuse du remplacement de l'arbitrage d'investissement par la Cour multilatérale d'investissement, d'autres pays ont exprimé leur intérêt pour une réforme procédurale plus progressive. À cet égard, certains États perçoivent le RDIE comme étant défectueux mais accordent la priorité aux options de réforme progressive. Par exemple, la Chine est favorable à un mécanisme d'appel autonome mais ne soutient pas la judiciarisation du RDIE par le biais de la Cour multilatérale d'investissement. De même, l'Empire du Milieu soutient l'autonomie des parties dans l'arbitrage, comme elle l'a indiqué dans sa soumission : « *[p]articipants in investment arbitration (investors, host-country Government officials, lawyers or arbitrators) generally believe that this feature is the core and most attractive feature*

commercial international - Cinquantième session (3-21 juillet 2017), A/72/17, §§ 263 et 264 ; pour les délibérations et les décisions des trente-quatrième à trente-septième sessions, voir CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 27 novembre-1er décembre 2017), A/CN.9/930/Rev.1, 19 décembre 2017, et son addendum, CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-cinquième session (New York, 23-27 avril 2018), A/CN.9/935, 14 mai 2018 ; CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018), A/CN.9/964, 6 novembre 2018 et CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 1er-5 avril 2019), A/CN.9/970, 9 avril 2019.

²⁹⁰² GARCIA (Luis), « Making Impossible Investor-State Reform Possible », *supra* note 2499, pp. 424-425.

²⁹⁰³ ROBERTS (Anthea), « Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration », *American Journal of International Law*, vol. 112, no. 3, 2018, p. 422.

of international arbitration »²⁹⁰⁴. D'autre part, l'Afrique du Sud recommande aux États de considérer la nécessité du RDIE et plaide pour une coopération entre États²⁹⁰⁵. Le Brésil n'étant pas satisfait des accords bilatéraux d'investissement contenant des mécanismes de règlement des différends, il préconise l'adoption du modèle brésilien des accords de coopération et de facilitation de l'investissement du Brésil (« ACFI »), qui prévoit la mise en place d'un canal permanent de dialogue (médiateur) et l'obligation de procéder à une consultation préalable au sein d'un comité mixte avant d'entamer une procédure d'arbitrage²⁹⁰⁶. Le Maroc et la Thaïlande ont souligné que de nombreux pays souffrent d'un manque de connaissances, d'expérience et de capacités institutionnelles pour prévenir les différends en matière d'investissement et plaident donc en faveur du centre consultatif multilatéral²⁹⁰⁷. Plusieurs délégués d'États ont fait des propositions concernant le mécanisme de sélection des arbitres adapté au différend en question. Dans une soumission conjointe, le Chili, Israël, le

²⁹⁰⁴ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par le Gouvernement chinois, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.177, 19 juillet 2019, p. 4.

²⁹⁰⁵ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement sud-africain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, § 47 (« *Coopération d'État à État en matière de prévention des différends – La coopération, plutôt que la confrontation, entre les États présente l'intérêt de permettre un traitement rapide et simple d'une plainte, qui est sans doute préférable à des procédures de RDIE longues et coûteuses.* ») ; voir aussi Article 13.5 de la loi 22 de 2015 sur la protection de l'investissement de l'Afrique du Sud, 15 décembre 2015 (« *The government may consent to [State-to-State] arbitration in respect of investments covered by this Act, subject to the exhaustion of domestic remedies.* »).

²⁹⁰⁶ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement brésilien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.171, 11 juin 2019, p. 10 ; voir aussi Modèle brésilien d'accord de coopération et de facilitation des investissements de 2015.

²⁹⁰⁷ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par le Gouvernement marocain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-septième session (New York, 1er - 5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.161, 4 mars 2019, § 18 (« *En raison de leurs moyens financiers limités et de leur manque de ressources humaines dotées d'une bonne expérience dans le domaine du RDIE, les pays en développement ont besoin d'une assistance en la matière.* ») ; CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement thaïlandais, Groupe de travail III (Règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-septième session (New York, 1er - 5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.162, 8 mars 2019, § 11 (« *Dans de nombreux pays en développement, les organismes publics responsables des questions de RDIE ne disposent pas encore des compétences nécessaires pour repérer les différends latents et, surtout, pour les gérer. En outre, il existe un écart de connaissances entre les juristes publics et les fonctionnaires directement chargés des mesures susceptibles de violer des obligations conventionnelles.* »).

Japon, le Mexique et le Pérou suggèrent que les arbitres doivent avoir des connaissances spécialisées et une expérience probante concernant les sujets spécifiques et techniques, soit par exemple en matière de services financiers²⁹⁰⁸. D'autre part, la délégation turque a proposé que le Secrétariat de la CNUDCI tienne une liste d'arbitres potentiels²⁹⁰⁹. Cette liste donne des informations sur leur charge de travail²⁹¹⁰ ainsi que sur leur disponibilité²⁹¹¹. D'autres options juridictionnelles et non juridictionnelles existent, y compris des mécanismes orientés vers le marché tels que l'assurance contre le risque politique et le contrat. Dans ce contexte, le Secrétariat du CIRDI progresse dans l'examen d'une mise à jour progressive des Règles du CIRDI²⁹¹².

789. Les réformes structurelles telles que la Cour multilatérale d'investissement ou l'organe d'appel permanent soulèvent également la question de l'adhésion tardive des États à ces instruments par rapport aux autres États²⁹¹³. Comme l'a déclaré le Professeur Joost Pauwelyn :

as more centralization can make experimentation and adaptation more difficult. Reformers should therefore

²⁹⁰⁸ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication des Gouvernements chilien, israélien, japonais, mexicain et péruvien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.182, 2 octobre 2019, p. 7 (« *Exigences spéciales de compétence pour les arbitres dans le cas de certaines demandes : Les dispositions de ce type visent à exiger que toute personne nommée en qualité d'arbitre dans un différend particulier possède des compétences spécialisées relatives à l'objet du différend. Ces dispositions tendent à s'appliquer aux différends survenant dans des secteurs hautement réglementés, comme les services financiers, mais ne se limitent pas à ces secteurs.* »).

²⁹⁰⁹ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par le Gouvernement turc, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.174, 11 juillet 2019, p. 2.

²⁹¹⁰ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par le Gouvernement turc, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.174, 11 juillet 2019, p. 2.

²⁹¹¹ *Ibid.*

²⁹¹² CIRDI, Amendment des Règlements du CIRDI, Documents de travail no. 2, vol.1, mars 2019, § 1 (« *ICSID launched the current amendment process in October 2016 and invited Member States to suggest topics that merited consideration. In November 2017, ICSID published a survey on recovery of costs by States, to inform discussion on amendment of rules related to costs. In January 2017, ICSID invited the public to suggest topics for rule amendments.* »).

²⁹¹³ Certains États rejettent entièrement la proposition de cour multilatérale d'investissement. Voir e.g. CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement sud-africain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, p. 12 (« *La proposition présentée par l'UE visant à*

*be careful before injecting major increases of centralization into the system, be it through a multilateral investment treaty, world investment court or ICSID monopoly over arbitrator appointments*²⁹¹⁴.

Une question plus troublante est de savoir ce qu'il se passerait si seuls quelques États signaient des instruments visant à la création de mécanismes tels qu'une cour multilatérale d'investissement, un mécanisme d'appel, un centre consultatif ou de mécanismes de règlement des différends entre États. Ces différents mécanismes pourraient prévoir la possibilité d'opt-in ou d'opt-out tel que c'est le cas avec la Convention de Maurice²⁹¹⁵. Mais comme le démontre l'échec de la Convention de Maurice, si diverses options de réforme sont proposées, il y a un risque que le consensus soit mince et que l'acceptation finale par les États qui ont déjà des opinions divergentes sur le niveau de réforme nécessaire soit trop restreint.

790. En ce qui concerne les propositions de réforme du GT III, il faut également garder à l'esprit que, si elles sont le fruit d'une vision nationaliste excessive des États, les réformes pourraient potentiellement décourager ou avoir un impact négatif sur les aspects positifs du multilatéralisme qui s'est construit au cours des années précédentes. Par conséquent, les réformes structurelles visant à remplacer des institutions telles que la CPA et le CIRDI doivent être examinées attentivement. Un exemple de l'impact négatif que peuvent avoir les réformes structurelles à grande échelle réside dans le régime protectionniste des États-Unis, axé sur son agenda politique, tel que cela a été le cas dans l'expérience récente de l'OMC. Le mécanisme de d'appel prévu par le système de résolution des litiges au sein de l'OMC, souvent considéré comme le « *joyau de la couronne* » de l'organisation, a été confronté à une crise après que le président Trump ait bloqué la reconduction de Seung Wha Chang en 2016 et de Shri

créer un tribunal des investissements ne permet pas de remédier aux inégalités de fond et aux déséquilibres découlant des dispositions des traités d'investissement. En soi, le système de dommages-intérêts, fondé sur de nombreux accords internationaux d'investissement mal rédigés et ambigus qui se prêtent à des interprétations très larges, continuera d'inciter les investisseurs et les cabinets de conseil à engager des procédures qu'ils n'auraient peut-être pas envisagées autrement. »).

²⁹¹⁴ PAUWELYN (Joost), « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *supra* note 2870, p. 416.

²⁹¹⁵ Voir KAUFFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? », *supra* note 1519 ; SCHILL (Stephan), « The Mauritius Convention on Transparency: A Model for Investment Law Reform? », *supra* note 1948.

Baboo Chekitan Servasing en 2018 au niveau de l'Organe d'appel²⁹¹⁶. La décision des États-Unis de bloquer les nouvelles nominations des membres de cet organe d'appel prévu par le système de résolution des litiges au sein de l'OMC s'inscrit dans le droit fil de leurs interventions visant à perturber le fonctionnement de l'organisation. Les États-Unis émettent des réserves sur la manière dont l'organe d'appel a fonctionné et sur la façon dont il mène ses opérations. Ils l'accusent d'outrepasser ses compétences en s'engageant dans des exercices de « *création de lois* » et d'activisme judiciaire, et de tenter d'établir des précédents par ses décisions, bien que celles-ci aient explicitement une valeur contraignante pour les futurs litiges devant l'organe d'appel²⁹¹⁷. Le blocage des membres de l'Organe d'appel de l'OMC par les États-Unis a non seulement créé une crise de légitimité de l'OMC, mais également conduit à un effondrement de son mécanisme d'appel, ce qui pourrait inciter d'autres membres de l'OMC à contourner complètement le système de résolution des litiges²⁹¹⁸.

791. Par ailleurs, l'inclusion de toutes les parties prenantes, publiques et privées, représentant des intérêts commerciaux et non commerciaux dans le processus de délibération des réformes pourrait garantir l'équilibre et créer des résultats qui seront largement acceptés par les États, les investisseurs et les tiers. Cela pourrait se faire par le biais d'un statut d'observateur et de comités de consultation ou de conseil du secteur privé dans le processus de la CNUDCI. En effet, tous ne sont pas favorables à la réforme de la RDIE au niveau du GT III. Le mandat a provoqué une attitude hostile de la part de certains membres de la communauté arbitrale. Par exemple, le Juge Charles N. Brower, arbitre de renom, a identifié la CNUDCI comme étant la plus grande organisation d'arbitrage au monde se plaçant en « *plus gros ennemi* » de l'arbitrage investisseur-état, tout en se demandant : « *[w]hy do these acknowledged leaders of investment dispute arbitration as we know it bring termites into our wooden house of investor state dispute resolution? Why are they putting themselves out there to tear*

²⁹¹⁶ « United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process », *American Journal of International Law*, vol. 113, issue 4, 2019, p. 822 ; RATHORE (Aditya) et BAJPAI (Ashutosh), « The WTO Appellate Body Crisis: How We Got Here and What Lies Ahead? », *Jurist*, 14 avril 2020.

²⁹¹⁷ « United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process », *idem*. p. 822.

²⁹¹⁸ WRAGG (Eleanor), « Slim Chances for the WTO Appellate Body Despite the US Return to Multilateralism », *Global Trade Review*, 3 mars 2021.

*down what made them what they are? »*²⁹¹⁹ Par conséquent, une tâche importante pour un processus inclusif sera également de parvenir à un engagement constructif de la communauté internationale d'arbitrage.

792. Il faut noter que la résolution des différends en matière d'investissement et la promotion des investissements étrangers sont étroitement liés dans l'intérêt commun des investisseurs et des États. Le Professeur Stephan Schill met en garde contre le risque présenté par le processus décisionnel actuellement en cours au sein du GT III de la CNUDCI :

*Certainly, the current process entails many risks. It could be stalemated if no consensus is reached or result in a watered-down or imbalanced system if consensus means either the lowest common denominator or overemphasis of state interests, without taking investor interests duly into account*²⁹²⁰.

Les États, quant à eux, ont de plus en plus d'intérêts tant offensifs que défensifs et ils seront intéressés par la recherche d'un équilibre acceptable tant pour eux que pour les investisseurs. Dans ce contexte, le manque d'équilibre dans le résultat au détriment des investisseurs, que certains craignent, ne doit pas être dramatisé. Les cadres théoriques mis en avant par les soumissions des États et certaines doctrines qui semblent rationaliser ces réformes tentent d'ignorer ou du moins de minimiser leurs effets potentiellement déstabilisants et leur potentiel de réussite. Plus important encore, l'UE et d'autres partisans de la Cour multilatérale d'investissement ou du mécanisme d'appel, semblent ne pas tenir compte des aspects pratiques de la mise en œuvre et de la probabilité qu'un large consensus puisse être atteint pour adhérer à ce régime.

²⁹¹⁹ PELUCACCI (Lindsey), « Hon. Charles N. Brower Delivers Keynote Address at International Arbitration Conference », *Fordham Law News*, 27 novembre 2017.

²⁹²⁰ SCHILL (Stephan), « Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment? », *supra* note 2880, p. 3 (Pour l'étendue du mandat, voir Documents officiels de l'Assemblée Générale, Soixante-douzième session, Supplément n° 17, Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international - Cinquantième session (3-21 juillet 2017), A/72/17, § 264).

II. LES QUESTIONS DE FOND AU CŒUR DE LA RÉACTION CONTRE LE RDIE

793. Les critiques associées au RDIE sont souvent ancrées dans le langage et le texte des AII existants. Cependant, à l'heure actuelle, ni l'UE ni le GT III de la CNUDCI n'ont montré de volonté concrète de modifier le *status quo* en ce qui concerne le fonctionnement des AII. En fait, toute discussion concernant des règles substantielles a été largement absente des délibérations sur la réforme du RDIE. Comme l'a déclaré un commentateur :

*In the context of the backlash against investor-state dispute settlement ('ISDS'), one of the main criticisms is the asymmetric nature of investment treaties, which impose numerous obligations on the States, but do not seem to hold corporations accountable for the social, environmental and economic consequences of their activities*²⁹²¹.

L'auteur Tania Singla soutient que « *effective and lasting reform of ISDS must necessarily involve the substantive reform of existing IIAs* »²⁹²². Le Professeur Olivera Boskovic a estimé qu'« *en l'état actuel du droit positif, ce sont les dispositions substantielles du droit des investissements qui semblent être à l'origine de la difficulté* »²⁹²³. Afin d'améliorer le système du RDIE, les dispositions des traités doivent être plus claires et détaillées, rédigées sur la base d'une analyse juridique approfondie de leurs implications réelles et potentielles. Cette section examinera l'origine des critiques du RDIE provenant d'obligations conventionnelles déséquilibrées nécessitant un recalibrage (A) et d'une rédaction large et vague des traités d'investissement (B).

A. Un recalibrage mandaté par des obligations conventionnelles déséquilibrées

794. Le système contemporain d'arbitrage investisseur-État est caractérisé par des obligations déséquilibrées dans les traités d'investissement (1). Ce déséquilibre

²⁹²¹ FAN (Kun), « Rebalancing the Asymmetric Nature of International Investment Agreements », *Kluwer Arbitration Blog*, 30 avril 2018.

²⁹²² SINGLA (Tania), « A Multilateral Framework for Investment Protection: The Missing Piece in the Puzzle of ISDS Reform? », *supra* note 2895, p. 133.

²⁹²³ BOSKOVIC (Olivera), « L'arbitrage international en matière environnementale », *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 4, avril 2019, dossier 11.

alimente le mouvement en faveur du rééquilibrage des obligations respectives des investisseurs et États (2).

1. L'absence d'équilibre entre les droits et obligations des États hôtes et les investisseurs

795. Inclure des obligations pesant sur les investisseurs en recherchant un équilibre avec les droits et obligations des États et avec les différents intérêts en jeu dans le droit international de l'investissement, sont des exercices et des angles d'analyse utiles pour examiner le droit international d'investissement. Cette proposition est importante dans le cadre du débat actuel sur le droit des investissements, dans lequel les opposants, les partisans et les universitaires ne cessent de revendiquer la manière dont le droit de l'investissement devrait être conçu²⁹²⁴. L'un des objectifs du RDIE communément préconisé par ses défenseurs, est l'équité²⁹²⁵. En ce sens, le RDIE fournit un droit d'accès direct à la justice pour les investisseurs lésés clamant avoir été victime d'un traitement injuste. Comme le tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot c. Canada* a déclaré « [t]he aim of [the North American Free Trade Agreement (NAFTA)] seems to be ... to present to investors the kind of hospitable climate that would insulate them from political risks or incidents of unfair treatment. »²⁹²⁶ De ce point de vue, le RDIE offre un mode alternatif de règlement des différends, neutre et facilement accessible aux investisseurs qui ne peuvent obtenir justice devant des tribunaux nationaux qui ne sont pas systématiquement indépendants²⁹²⁷.

796. D'autre part, les politiciens, les États et les sociétés civiles critiquent le RDIE comme accordant aux investisseurs étrangers des droits supérieurs à ceux des investisseurs nationaux et ce portant directement plainte contre les États²⁹²⁸. Par

²⁹²⁴ DE BRABANDERE (Eric), « (Re)calibration, Standard-Setting and the Shaping of Investment Law and Arbitration », *Boston College Law Review*, vol. 59, no. 8, 2018, p. 2608 ; Voir aussi CHOUDHURY (Barnali), « Exception Provisions as a Gateway to Incorporating Human Rights Issues into International Investment Agreements », *Columbia Journal of International Law*, vol. 49, issue 3, 2011, p. 670 (expliquant l'affirmation selon laquelle « *international investment law should be reconceptualized in order to realize both the economic and social aspects of foreign investment* »).

²⁹²⁵ PUIG (Sergio) et SHAFFER (Gregory), « Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *American Journal of International Law*, vol. 112, issue 3, 2018, p. 369.

²⁹²⁶ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, Sentence sur le fond de la phase 2, ALENA, 10 avril 2001, § 116.

²⁹²⁷ PUIG (Sergio) et SHAFFER (Gregory), « Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *supra* note 2925, p. 369.

²⁹²⁸ PAUWELYN (Joost), « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *supra* note 2870, pp. 379-380 (« *Many critics have argued that [foreign investment law] is out of balance, or biased in favour of private investors* »)

exemple, l’Afrique du Sud a fait valoir que « *ISDS allows foreign investors to bring claims against host governments to an international arbitral tribunal and gives private parties access to the supranational level* »²⁹²⁹. En conséquence, le RDIE serait discriminatoire à l’égard des entreprises opérant localement, et les personnes lésées par les investissements étrangers ne disposent pas de mécanismes clairs pour demander réparation²⁹³⁰. Une autre critique du RDIE déjà évoquée est l’empiètement sur le droit de l’État de réglementer. En outre, on s’inquiète de plus en plus de l’impact négatif que les activités des entreprises étrangères peuvent avoir sur les populations locales et leurs conséquences sur certains droits humains, concernant notamment l’environnement et la santé publique²⁹³¹. La préservation de la marge de manœuvre de l’État ne peut être corrigée par des réformes procédurales ou de simples modifications des règles d’arbitrage. Il convient plutôt de repenser les dispositions des traités afin d’équilibrer la marge d’action de l’État et des droits des investisseurs d’une manière qui soit légitime, transparente et responsable²⁹³².

797. Aujourd’hui, les États ne sont plus aussi facilement catégorisés en États exportateurs ou importateurs de capitaux et souhaitent davantage à la fois attirer les investissements directs étrangers sur leur territoire et protéger leurs investissements et investisseurs à l’étranger²⁹³³. Par conséquent, l’équilibre et le pouvoir de négociation entre les États ont changé. Certains affirment que le droit des investissements constitue « *an out-dated scheme that does not take account of modern, two-way investment flows as part of sophisticated global production chains* »²⁹³⁴. Les disparités de pouvoir entre

the detriment of national policy space or a system of inappropriate private, behind-closed-doors arbitration of what are essentially public interest disputes. »).

²⁹²⁹ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement sud-africain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, p. 3.

²⁹³⁰ *Idem.* p. 3, § 8.

²⁹³¹ DUMBERRY (Patrick) et DUMAS-AUBIN (Gabrielle), « A Few Pragmatic Observations on How BITs should be Modified to Incorporate Human Rights Obligations », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014.

²⁹³² BOOMER (Elizabeth), « Rethinking Rights and Responsibilities in Investor-State Dispute Settlement: Some Model International Investment Agreement Provisions », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journey for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 183.

²⁹³³ MUCHLINSKI (Peter), « Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in the Reform of International Investment Law », in ECHANDI (Roberto) et SAUVÉ (Pierre) (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, p. 438.

²⁹³⁴ PAUWELYN (Joost), « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *supra* note 2870, p. 380. Voir aussi

les pays en développement ou entre les pays développés ont disparu, ou deviennent à minima moins perceptibles. Même les pays qui étaient traditionnellement des États importateurs de capitaux, comme la Chine et l'Inde, sont passés à l'exportation de capitaux vers des pays du monde entier, ce qui leur permet d'acquérir lentement une position de force économique. Dans le cas de l'Inde par exemple, le passage d'une politique de croissance économique protectionniste et conservatrice à l'adoption de politiques libérales et de marché libre a un impact considérable sur les investissements directs étrangers et les exportations de capitaux. Les chiffres relatifs aux IDE sortants de l'Inde, qui n'étaient que de 44 millions de dollars dans les années 1980, sont passés à 700 millions de dollars dans les années 1990, pour atteindre 79 milliards de dollars dans les années 2000²⁹³⁵. La Chine, quant à elle, est passée d'une position de dépendance à l'égard des investissements étrangers à une position d'exportateur régulier de capitaux au fil des ans. Elle est passée de l'image d'un pays « *capital-scarce economy* » à une place forte voire de leader en matière d'exportations de capitaux et d'investissements étrangers sortants, avec une augmentation exponentielle des IDE nets de 258,2 milliards de dollars en 2013²⁹³⁶. De plus, l'ampleur de la croissance économique de la Chine a été ressentie dans le monde entier : les efforts d'investissement direct à l'étranger de la Chine n'atteignent pas moins de 190 pays dans le monde à partir de 2019, et un montant estimé à 120 milliards de dollars est injecté dans ces marchés étrangers par les investisseurs chinois nationaux et les

UNCTAD, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*, UNCTAD/WIR/2011, 2011, p. 100 (« *Twenty of the 54 BITs signed in 2010 were between developing countries and/or transition economies, as were four of the 11 other IIAs, a trend possibly related to developing countries' growing role as outward investors.* ») ; BALDWIN (Richard), *21st Century Regionalism: Filling the Gap Between 21st Century Trade and 20th Century Trade Rules*, Working Paper ERSD-2011-08, WTO Staff, mai 2011, p. 10 (« *More recently, Japan has joined the movement by signing deep Economic Partnership Agreements (EPAs) with the large ASEAN economies. Note, however, that even South-South agreements have deepened in the 21st century.* ») et p. 15 (« *The second unbundling has seen a proliferation of South-South FDI which also benefitted from BIT-disciplines and assurances ... The BIT network is especially dense among the leading East Asian emerging economies: China, Thailand, Indonesia, Malaysia and the Philippines. There is another BIT network among the Andean nations. As far as the old OECD nations are concerned, the flow of new BITs has tapered off significantly, but South-South BITs continue to flourish.* »).

²⁹³⁵ PRADHAN (Jaya Prakash), « *Indian Outward FDI: a Review of Recent Developments* », *Transnational Corporations*, vol. 24, issue 2, 2017, p. 44.

²⁹³⁶ ZHU (Yiping), « *Trade, Capital Flows and External Balance: Is China Unique in Two Hundred Years of Globalisation?* », *Journal of Chinese Economic and Business Studies*, vol. 8, issue 1, 2010, p. 19.

sociétés d'investissement établissant leurs entreprises à l'étranger²⁹³⁷. Alors que les investissements de la Chine sont devenus très importants et en croissance constante, notamment dans les pays d'Afrique et d'Amérique latine, les investissements dudit pays dans les pays développés d'Europe et d'Amérique du Nord n'ont pas la même magnitude dans leur quantum, même s'ils sont loin d'être insignifiants puisqu'ils représentent environ 20 % de son portefeuille d'investissements étrangers.²⁹³⁸ Un exercice d'équilibrage dans certains domaines spécifiques du droit des investissements semble nécessaire.

2. Un exercice nécessaire d'équilibrage

798. Les TBI et les traités multilatéraux d'investissement cherchent à encourager les investissements étrangers directs en offrant une protection juridique aux investisseurs de l'État *d'origine* par rapport aux investissements réalisés dans l'État hôte. Les normes de protection que l'on trouve généralement dans ces instruments comprennent, par exemple, différentes protections contre un traitement arbitraire ou discriminatoire de la part du gouvernement hôte. Les investisseurs peuvent faire respecter ces normes en soumettant des réclamations dans le cadre d'un arbitrage international. Il est perçu que « *les traités bilatéraux de protection des investissements ont été adoptés exclusivement dans l'optique de protection de l'investisseur* » et que leur interprétation par les tribunaux arbitraux a contribué à la création d'un droit international des investissements déséquilibré²⁹³⁹. La structure des AII est considérée comme déséquilibrée car ils « *ne contiennent que des obligations à la charge des États et des droits au profit des investisseurs privés* »²⁹⁴⁰. Le Professeur Fouchard fait référence à ce déséquilibre au détriment de l'État en déclarant que « *c'est l'État qui est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational. Au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de*

²⁹³⁷ HAN (Ping), « Capital Export and Economic Growth - The Case of China », *International Journal of Managerial Studies and Research*, vol. 8, issue 6, 2020, pp. 58-59.

²⁹³⁸ *Idem.* p. 61.

²⁹³⁹ BOSKOVIC (Olivera), « L'arbitrage international en matière environnementale », *supra* note 2923.

²⁹⁴⁰ DUCLERCQ (Caroline), JALLAMION (Carine), MAINGUY (Daniel), BEN HAMIDA (Walid), NGWANZA (Achille), CHAVASSE (Philippe), DE FONTMICHEL (Maximin), HENRY (Marc) et TATTEVIN (Guillaume), « Arbitrage et Partie Faible - Colloque du 9 mai 2016 », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier – février – mars 2017, p. 12.

l'autre côté »²⁹⁴¹. Certains États, comme les Pays-Bas, l'Indonésie et l'Inde, ont reconnu publiquement que nombre de leurs traités d'investissement antérieurs étaient trop vagues et insensibles à l'équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs²⁹⁴². Par conséquent, des appels ont été lancés en faveur d'un réexamen des principes fondamentaux contenus dans les TBI ainsi que de leur conception²⁹⁴³.

799. Les AII sont conçus pour attirer les investissements étrangers nécessaires pour commencer à ouvrir la voie au développement économique d'un pays. En effet, des études ont désormais prouvé les liens entre la conclusion de traités d'investissement et l'attraction des investissements étrangers²⁹⁴⁴. Dans le même temps, les protections des investissements prévues par ces traités peuvent limiter la capacité d'un État hôte à transformer les flux d'investissement en avantages pour le pays²⁹⁴⁵. En particulier, les traités d'investissement peuvent dans certains cas avoir pour conséquence de contrecarrer les efforts d'un État soucieux de réglementer les effets potentiellement excessifs des investissements étrangers dans des domaines tels que la santé publique, la protection des droits de l'homme et l'environnement. La critique la plus directement liée au droit de l'environnement repose sur le fait que le système actuel entraverait de manière illégitime le droit de l'État à légiférer dans l'intérêt public et écologique du pays²⁹⁴⁶. L'actuelle crise sanitaire mondiale du COVID-19 pourrait cimenter davantage la façon dont les gouvernements considèrent les dispositions ou les

²⁹⁴¹ FOUCHARD (Philippe), *Ecrits - Droit de l'arbitrage - Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, 2007, pp. 481-482.

²⁹⁴² BERGE (Tarald) et ALSCHNER (Wolfgang), « Reforming Investment Treaties: Does Treaty Design Matter? », *Investment Treaty News*, 17 octobre 2018. Pour les Pays-Bas, voir VERBEEK (Bart-Jaap) et KNOTTERUS (Roeline), « The 2018 Draft Dutch Model BIT: a Critical Assessment », *Investment Treaty News*, 30 juillet 2018. Pour l'Inde, voir RANJAN (Prabhash), « India's Bilateral Investment Treaty Programme – Past, Present and Future », in SINGH (Kavaljit) et ILGE (Burghard) (eds.), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016. Pour l'Indonésie, voir JAILANI (Abdulkadir), « Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements », *Investment Policy Brief*, no. 1, 2015 ; SINGH (Kavaljit) et ILGE (Burghard) (eds.), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016.

²⁹⁴³ CHEN (Richard), « Bilateral Investment Treaties and Domestic Institutional Reform », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55, no. 3, 2017, p. 549.

²⁹⁴⁴ Voir OCDE, « Foreign Direct Investment For Development: Maximising Benefits, Minimising Costs », *OECD Publications*, 2002, p. 9 (« *Most empirical studies conclude that FDI contributes to both factor productivity and income growth in host countries, beyond what domestic investment normally would trigger.* »).

²⁹⁴⁵ CHOUDHURY (Barnali), « International Investment Law and Noneconomic Issues », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, no. 1, 2020, pp. 3-4.

²⁹⁴⁶ BOSKOVIC (Olivera), « L'arbitrage international en matière environnementale », *supra* note 2923.

interprétations clés des traités. À cet égard, le Professeur Peter Muchlinski suggère que la nouvelle génération d'AII devrait « *seek to balance investor rights and duties, preserve the State's right to regulate in the public interest and to acknowledge the importance of not only economic but also social and environmental goals in their design.* »²⁹⁴⁷ Le Professeur Eric de Brabandere donne plus de détails en déclarant que :

*A balancing exercise denotes a situation in which different elements are equal or in the correct proportion to maintain a sort of equilibrium. Investment law and arbitration-with the exception perhaps of certain elements of arbitral procedure-are not always about creating situations in which all elements, such as investor protection, investor obligation, or even the host State and the foreign investor, are equal*²⁹⁴⁸.

Les AII devraient clarifier davantage le champ d'application du traité et introduire des exceptions générales laissant plus de place à la réglementation par les États hôtes dans des domaines tels que la protection de l'intérêt de l'État (dans la sauvegarde de l'environnement, de la santé publique et des droits de l'homme), la clarification de la portée et de la signification des obligations spécifiques, ainsi que l'inclusion de clauses de responsabilité sociétale des entreprises.

800. Depuis le milieu des années 2000, les décisions relatives au RDIE reconnaissent de plus en plus que l'équité ne doit pas être considérée de manière unilatérale, en se concentrant uniquement sur l'investisseur étranger, et ce en raison de la responsabilité incombant aux États d'équilibrer la protection de l'investissement avec d'autres objectifs fondamentaux²⁹⁴⁹. Il est donc crucial que les AII soient modernisés pour tenir

²⁹⁴⁷ MUCHLINSKI (Peter), « Negotiating New Generation International Investment Agreements », in HINDELANG (Steffen) et KRAJEWSKI (Markus) (eds.), *Shifting Paradigms In International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, p. 41.

²⁹⁴⁸ DE BRABANDERE (Eric), « (Re)calibration, Standard-Setting and the Shaping of Investment Law and Arbitration », *supra* note 2924, p. 2607.

²⁹⁴⁹ Voir SWEET (Alec), YUNSUCK (Michael) et SALTZMAN (Adam), « Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, issue 4, 2017, pp. 16-17 (« *As tribunals from Saluka forward have made clear, investors cannot expect regulatory arrangements to be frozen.* ») ; SWEET (Alec) et GRISEL (Florian), « The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 67, issue 2, p. 190 (« *in the vast majority of awards, tribunals made good faith efforts to take seriously the state's 'right to regulate'* ») ; SPEARS (Suzanne), « The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 13, issue 4, p. 1071 (expliquant que les tribunaux sont de plus en plus engagés dans une « *balancing process* » et sont « *called upon to make value judgments* »).

compte des valeurs qui se dégagent et se développent au sein de la société actuelle. Comme les litiges d'investissement sont souvent initiés en vertu de TBI anciens et dépassés qui ne font parfois que quelques pages, il est essentiel que les dispositions soient redéfinies. Le recalibrage des AII permettra également de rééquilibrer le pouvoir entre les États et les investisseurs, ainsi qu'entre les États exportateurs et importateurs de capitaux. Selon la CNUCED, ce mouvement est déjà à l'œuvre puisque :

[A]longside ISDS-specific reform elements, many of the IIAs reviewed also include important modifications to other treaty components that have implications for ISDS reform. Among others, these are the treaty scope (refined definitions of investment and investor, exclusions of sectors or policy areas from the treaty scope), key substantive rules (e.g. refined provisions on fair and equitable treatment and indirect expropriation) and exceptions (e.g. general public policy exceptions, security exceptions)²⁹⁵⁰.

Conséquemment, on constate qu'un (re)calibrage a eu lieu au cours des dernières années. Ce mouvement constitue un point de départ pour le développement du régime contemporain du droit des investissements et de l'arbitrage, et surtout l'exploration, la compréhension et la visualisation des développements actuels et futurs.

801. Les traités d'investissement et le système d'arbitrage international à travers lequel ils sont généralement appliqués, ont été critiqués comme étant *unilatéraux* et favorisant les intérêts des investisseurs étrangers, ainsi que les États occidentaux *exportateurs de capitaux*, au détriment des intérêts des États hôtes moins développés²⁹⁵¹. Les entreprises des pays développés ont délocalisé leurs activités dans les pays en développement pour accéder à des conditions d'exploitation moins strictes et une main d'œuvre moins chère. Malheureusement, les TBI ne protègent pas contre le phénomène de nivellement par le bas car ils n'imposent pas d'obligations aux investisseurs en matière de responsabilité sociétale des entreprises, de développement

²⁹⁵⁰ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*, IIA Issues Note, Issue 1, mars 2019, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3, p. 2.

²⁹⁵¹ SALACUSE (Jesward), « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *Harvard International Law Journal*, vol. 58, issue 1, 2017, pp. 143, 146.

durable et des droits humains. Pour lutter contre ce phénomène, le Professeur Surya Deva ajoute que :

There must also be a change in the mindset from a 'race to the bottom' to 'races to the top' in injecting human rights into the DNA of businesses and of States' economic policy frameworks. And states should lead from the front in creating a regulatory framework which ensures that all businesses prevent, mitigate and remedy adverse human rights impacts of their global footprint²⁹⁵².

Compte tenu de la reconnaissance de ces problèmes, il y a eu un mouvement visant à rétablir les accords internationaux d'investissement comme un véhicule de promotion du développement durable. Dans le cadre des débats sur la réforme du système actuel, on parle de rééquilibrage du RDIE. Ce faisant, le document se concentre sur la réalisation des objectifs de développement durable, en mettant l'accent sur l'Agenda de 2030 des Nations Unies pour le développement durable²⁹⁵³. Il est souligné que la poursuite de ces objectifs implique « *changes to international investment policymaking, including IIAs. Both substantive rules and rules on dispute settlement need to be oriented towards today's sustainable development imperative, which is the overarching objective of IIA reform.* »²⁹⁵⁴ Il est également vrai, cependant, que le RDIE, de par sa nature même, pourrait ne pas avoir le potentiel d'être parfaitement équilibré ou symétrique. Les États doivent donc trouver un compromis entre l'utilisation des AII pour favoriser un climat d'investissement favorable et la garantie que leur utilisation n'empiète pas sur l'espace politique de protection des objectifs de

²⁹⁵² Déclaration de M. Surya Deva, Président du Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme, Forum des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme de 2017, séance plénière de clôture, 29 novembre 2017.

²⁹⁵³ Nations Unies, Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, A/RES/70/1, 21 octobre 2015, p. 2 (« *tous les êtres humains aient une vie prospère et épanouissante et que le progrès économique, social et technologique se fasse en harmonie avec la nature.* »). Le principe est expliqué plus en détail à la p. 4 : « *Nous aspirons à un monde dans lequel chaque pays jouisse d'une croissance économique soutenue, inclusive et durable, et où le principe d'un travail décent pour tous soit une réalité ... où les modes de consommation et de production et l'utilisation de toutes les ressources naturelles soient durables ... où le développement durable soit favorisé par la démocratie, la bonne gouvernance et l'état de droit ainsi que des conditions favorables, aux niveaux national et international ... où le développement et l'usage des technologies soient respectueux du climat et de la biodiversité et soient résilients ... où l'humanité vive en harmonie avec la nature et où la faune et la flore sauvages et les autres espèces vivantes soient protégées.* ».

²⁹⁵⁴ UNCTAD, *Reforming Investment Dispute: A Stocktaking*, IIA Issues Note, Issue 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3, mars 2019, p. 4.

développement durable. Cela signifie que les AII doivent laisser une marge de manœuvre aux États pour protéger les objectifs de développement. En raison de l'interconnexion entre le développement économique, le bien-être social et l'environnement, les AII doivent permettre aux États de protéger les objectifs de croissance²⁹⁵⁵, les États doivent également veiller à ce que les investisseurs ne puissent pas faire obstacle aux droits sociaux ou aux questions environnementales. En bref, la recherche d'un équilibre entre investissement et développement favoriserait l'intégration du développement durable dans le droit international des investissements²⁹⁵⁶.

802. Au GT III, plusieurs réformes suggérées par les gouvernements concernent spécifiquement la rédaction des AII, notamment l'établissement d'obligations directes et contraignantes pour les investisseurs (qui restent rares dans les AII)²⁹⁵⁷. La réforme du régime d'investissement actuel par l'intégration des questions de développement durable dans le renouvellement des traités d'investissement permettrait « *une meilleure coordination entre les objectifs commerciaux et les objectifs de développement durable* »²⁹⁵⁸. En effet, certains pays, notamment du continent africain, ont déjà pris en compte cette nécessité par la mise en œuvre d'obligations dédiées aux investisseurs directement dans les traités d'investissement. Ces responsabilités comprennent « *l'obligation pour les investisseurs de se conformer à toutes les lois nationales applicables des États hôtes* »²⁹⁵⁹, comme l'intégration progressive de

²⁹⁵⁵ Nations Unies, Résolution n° 64/236 adoptée par l'Assemblée générale le 24 décembre 2009, Mise en œuvre d'Action 21, du Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21 et des textes issus du Sommet mondial pour le développement durable, A/RES/64/236, 31 mars 2010, p. 2.

²⁹⁵⁶ MICHOUUD (Adeline), « L'intégration de la responsabilités sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue Générale de Droit, Pluralisme juridique et cultures juridiques*, vol. 49, no. 2, 2019, p. 405 (« *Quant au prétendu rôle négatif que l'inclusion de clauses relatives aux droits de la personne aurait sur la conclusion de traités d'investissement, nous pouvons opposer l'idée que les investissements doivent être fondés sur des stratégies à long terme ... Par conséquent, lors la signature d'un traité d'investissement, les différentes parties doivent prendre en considération les conséquences qui peuvent découler de l'investissement et des activités économiques connexes.* »).

²⁹⁵⁷ DUGGAL (Kabir), DIAMOND (Nicholas) et MIR (Sarah), « Procedural versus Substantive Reforms: Is the Work of UNCITRAL WGIII Worth the Wait? », *supra* note 2873.

²⁹⁵⁸ MICHOUUD (Adeline), « L'intégration de la Responsabilités Sociale des Entreprises dans les Traités Internationaux d'Investissement : une Question de (Ré)Equilibre », *supra* note 2956, p. 407 (citant CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde, Repères et vue d'ensemble, 2017, pp. 126-127).

²⁹⁵⁹ *Idem.* p. 415 ; Article 13 du Traité de Libre-Echange : Marché commun de l'Afrique orientale et Australie, 8 Décembre 1994.

dispositions relatives au développement durable visant à ce que le comportement des investisseurs soit en adéquation avec les réglementations de l'État hôte et favorise sa relation avec ce dernier²⁹⁶⁰. Le recalibrage a déjà commencé car les investisseurs étrangers se voient imposés de nouvelles obligations, notamment dans les domaines des droits humains, des normes de travail et de la protection de l'environnement. Comme l'a noté le Professeur Walid Ben Hamida, « *certaines traités plus récents d'investissement se réfèrent à des thèmes nouveaux comme l'éthique des entreprises, le respect des droits de l'homme et les normes sociale* »²⁹⁶¹. Le lien entre les droits humains, le droit international de l'investissement et l'arbitrage constitue un champ d'investigation relativement récent qui gagne du terrain tant dans les écrits universitaires qu'au niveau des politiques et des traités. Parallèlement, une attention (relativement) récente est accordée aux investissements étrangers en lien avec les droits humains dans le contexte spécifique du droit international des investissements et de l'arbitrage, ainsi que l'inclusion de dispositions spécifiques à cet effet dans les AII. Ces développements doivent être considérés comme s'inscrivant dans un continuum avec le débat plus global sur la responsabilité sociétale des entreprises, qui se déroule dans un contexte plus étendu que le seul droit de l'investissement. Les accords bilatéraux d'investissement ont connu un changement radical, passant du statut de simples véhicules de promotion des investissements étrangers à grande échelle, à celui d'obligations responsables pour les investisseurs et l'État hôte en matière de croissance durable, de droits de l'homme et de protection du travail. Ce changement a également suscité des appels en faveur de leur remplacement pur et simple. La section suivante se concentre sur les voix qui se cachent derrière cette volonté de remplacer les TBI et examine en profondeur la question du multilatéralisme et du régionalisme.

B. Rédaction vague des traités

803. Le droit international des investissements est important pour protéger non seulement les investisseurs à l'étranger mais aussi les investisseurs étrangers au sein

²⁹⁶⁰ Voir *e.g.* le Code d'investissement panafricain, qui se concentre sur les questions de développement durable dans un cadre général d'investissement.

²⁹⁶¹ BEN HAMIDA (Walid), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, Octobre 2008, doct. 10.

d'un pays, en limitant les activités exécutives, législatives et judiciaires des États hôtes. Ce domaine de droit oblige également les États concernant les obligations imposées par les normes de fond contenues dans les AII. Toutefois, « *more nuanced concerns relate to the perceived vagueness and indeterminacy of some of the standard investors' rights, which, as a consequence, result in an increase in the decision-making power of arbitral tribunals that is difficult for states to control* »²⁹⁶². Par conséquent, alors que le débat public autour du droit international des investissements s'est concentré sur les mécanismes du RDIE, une perception s'est répandue parmi les parties prenantes selon laquelle les traités d'investissement antérieurs étaient rédigés de manière trop étendue²⁹⁶³. Pour réformer le système actuel du RDIE, il est envisageable pour les États d'omettre ou de reformuler certaines dispositions dans leurs futurs traités d'investissement afin d'accroître la clarté et la prévisibilité.

804. En 2017, 95 % des plus de 2 500 traités en vigueur avaient été conclus avant 2010²⁹⁶⁴. La plupart de ces AII ont été négociés dans les années 1990, à une époque où environ trois nouveaux traités étaient conclus par semaine²⁹⁶⁵. Ces traités contiennent généralement des définitions et des dispositions de fond similaires, formulées en termes généraux²⁹⁶⁶. Selon le Professeur Stephan Schill : « *[c]ontrary to this intuitive expectation, however, international investment treaties have, to a significant extent, developed a surprisingly uniform structure, often converging in their wording and endorsing uniform principles of investment protection.* »²⁹⁶⁷ Malgré les opinions selon lesquelles une convergence de jurisprudence se dégage, on ne peut ignorer que les normes contenues dans les AII sont souvent vagues et ambiguës. Leur rédaction peut conduire les tribunaux à interpréter les traités dans un sens qui n'est pas

²⁹⁶² SCHILL (Stephan), « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », *supra* note 1136, p. 403.

²⁹⁶³ BERGE (Tarald) et ALSCHNER (Wolfgang), « La Réforme des Traités d'investissement : La Conception des Traités est-elle Importante? », *Investment Treaty News*, 17 octobre 2018 (« *bon nombre de parties-prenantes ont le sentiment que les premiers traités d'investissement ont été élaboré en des termes trop larges ou flous* »).

²⁹⁶⁴ UNCTAD, *Phase 2 Of IIA Reform: Modernizing The Existing Stock Of Old-Generation Treaties*, IIA Issues Note, Issue 2, UNCTAD/DIAE/PCD/2017/3, juin 2017, p. 3.

²⁹⁶⁵ *Ibid.*

²⁹⁶⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York et Genève, Nations Unies, 2015, p. 140 ; UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, p. 72.

²⁹⁶⁷ SCHILL (Stephan), *The Multilateralization of International Investment Law*, *supra* note 1032, p. 65.

conforme à l'intention des parties contractantes. La formulation des standards de protection en matière de droit international des investissements, telles que l'interdiction des expropriations indirectes sans compensation et l'obligation d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité totales, est si vague qu'elle ne permet pas de créer de cadre normatif défini et intelligible²⁹⁶⁸. Le TJE, par exemple, n'a pas de signification conventionnelle claire et il n'existe pas de définition acceptée qui pourrait être élaborée à partir de la pratique des États. Les professeurs Sergio Puig et Gregory Shaffer ont fait remarquer que le RDIE est confronté aux critiques suivantes « *tribunals interpret vague treaty rules—such as provisions demanding 'fair and equitable treatment' and prohibitions against 'measures tantamount to expropriation'* »²⁹⁶⁹. Conséquemment, des concepts juridiques comme le traitement juste et équitable sont difficiles à circonscrire par les moyens traditionnels d'interprétation, tels que la formulation, le contexte, l'objet et le but²⁹⁷⁰. À cet égard, « *les arbitres ne peuvent pas appliquer des règles (d'autant plus s'il s'agit de règles de soft law ou droit souple) qui ne relèvent pas du traité d'investissement, car ils excéderaient leurs compétences ce qui reviendrait à risquer de voir la sentence arbitrale annulée* »²⁹⁷¹. Les normes contenues dans les traités sont donc inévitablement variables et fluctuantes. En conséquence, les États ont trouvé les résultats des sentences arbitrales insatisfaisantes, les normes de protection étant parfois interprétées de manière très large. Plutôt que de blâmer le système RDIE pour le mécontentement des États à l'égard des sentences rendues contre eux, les États devraient procéder à une analyse approfondie des dispositions à leur encontre. Cela s'apparente au terme américain d'« *autopsie* », où lorsque qu'un candidat perd une élection il convient de déterminer ce qui a fait défaut dans le processus.

805. À la fin de l'année 2016, la quasi-totalité des litiges d'investissement connus et fondés sur des traités avaient été initiés en vertu des traités conclus avant 2010, qui se

²⁹⁶⁸ Voir SCHILL (Stephan), « System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking », *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011, p. 1092.

²⁹⁶⁹ PUIG (Sergio) et SHAFFER (Gregory), « Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *supra* note 2925, p. 366.

²⁹⁷⁰ Voir *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI aff. n° ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004, § 113 ; *Saluka Investments BV c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 17 mars 2006, § 297.

²⁹⁷¹ MICHOU (Adeline), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement: une question de (ré)équilibre », *supra* note 2956, p. 406.

caractérisent généralement par des formulations larges et vagues et comprennent peu d'exceptions ou de garanties²⁹⁷². La formulation trop vague des traités a permis aux investisseurs d'introduire des demandes créatives contre un grand nombre de mesures adoptées par des États hôtes qui vont au cœur de la façon dont une communauté politique entend organiser ses affaires publiques. Comme le note la doctrine « *[w]hen using these treaty scores to look econometrically at whether treaty content actually influences the risk of claims, we find that, at the most general level, differences in treaty design are indeed associated with different risks of investment arbitration claims* »²⁹⁷³. Par exemple, l'Allemagne a dû faire face à une plainte au titre du TCE en rapport avec sa sortie du nucléaire²⁹⁷⁴. Également, Ping An, un conglomérat financier chinois, a contesté le sauvetage des banques par la Belgique pendant la crise financière mondiale de 2008²⁹⁷⁵. En Australie et Uruguay, Philip Morris a contesté la législation sur l'étiquetage des produits du tabac en faisant valoir que les emballages neutres ou les avertissements sanitaires graphiques constituent un traitement injuste équivalent à une expropriation, exigeant ainsi des millions de dollars de dommages et intérêts²⁹⁷⁶. Par conséquent, la formulation vague et large des traités peut expliquer certains des cas controversés qui ont suscité des inquiétudes de la part des critiques et des États.

806. Alors que l'ère du RDIE est confrontée à des défis encore plus redoutables en raison de la pandémie de COVID-19, la nécessité de corriger le déséquilibre du système, en améliorant la rédaction des normes actuelles des traités, devient primordiale. La Section suivante se penche sur l'avenir du RDIE et sur les changements qui permettront d'obtenir un meilleur équilibre, une plus grande uniformité et une pérennité accrue.

²⁹⁷² UNCTAD, *Reform Package for International Investment Regime*, 2018, p. 73.

²⁹⁷³ BERGE (Tarald) et ALSCHNER (Wolfgang), « Reforming Investment Treaties: Does Treaty Design Matter? », *supra* note 2942, p. 5.

²⁹⁷⁴ *Vattenfall AB et autres c. Allemagne*, CIRDI aff. n° ARB/12/12.

²⁹⁷⁵ *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd. c. Belgique*, CIRDI aff. n° ARB/12/29, Sentence, 30 avril 2015.

²⁹⁷⁶ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12, Sentence sur la compétence et admissibilité, 17 décembre 2015 ; *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay* (anciennement *Ftr Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*), CIRDI aff. n° Arb/10/7, Sentence, 8 juillet 2016.

SECTION 2. RDIE 2.0 : L'ENTRÉE DANS UNE NOUVELLE ÈRE

807. À l'origine, les AII ont été conclus dans un contexte historique, économique et social spécifique et répondaient aux besoins et aux défis de l'époque. Plus d'un demi-siècle s'étant écoulé depuis la conclusion du premier accord bilatéral d'investissement, les AII ont évidemment connu une évolution importante. Historiquement, les TBI ont été signés entre des pays développés exportateurs de capitaux et des pays en développement, importateurs de capitaux. Ces négociations étaient dans la plupart des cas basées sur des modèles de traités développés par les pays exportateurs de capitaux²⁹⁷⁷. De nombreux pays, dont l'Allemagne, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, les États-Unis, la France ou le Canada, utilisent des modèles de TBI régulièrement mis à jour et améliorés²⁹⁷⁸. Bien que les modèles de TBI diffèrent à certains égards, et que les TBI effectivement conclus s'en écartent parfois, « *[t]ypically, the agreement was drafted by the developed country and offered to the developing country for signature, with the final agreement reflecting only minor changes from the original draft* »²⁹⁷⁹. Toutefois, le paysage des modèles de TBI est en train de changer et les pays en développement élaborent désormais leurs propres modèles²⁹⁸⁰.

808. Aujourd'hui, les AII sont confrontés à un contexte différent et à de nouveaux défis. Ils doivent donc être adaptés pour répondre aux besoins modernes actuels. La section ci-dessous décortique et analyse les suggestions concernant la rédaction de traités à l'ère de la nouvelle norme associée notamment à des changements dans les priorités des États (A) et s'intéresse au modèle innovant de TBI néerlandais comme exemple d'un modèle innovant de réforme des traités (B).

I. UNE MEILLEURE RÉDACTION DES TRAITÉS

809. Avec l'augmentation du nombre de procédures d'arbitrage dans le domaine des investissements, certains États ont réévalué le rapport coût-bénéfice des

²⁹⁷⁷ DOLZER (Rudolf) et STEVENS (Margrete), *Bilateral Investment Treaties*, *supra* note 18, p. 13.

²⁹⁷⁸ Voir *e.g.* DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, pp. 358-405 ; pour les traités d'investissement français voir JUILLARD (Patrick), « Le réseau français des conventions bilatérales d'investissements: à la recherche d'un droit perdu ? », *Droit et Pratique du Commerce International*, 1987.

²⁹⁷⁹ Voir VANDEVELDE (Kenneth), « A Brief History of International Investment Agreements », *supra* note 27, p. 170.

²⁹⁸⁰ *E.g.* Modèle de TBI de l'Inde de 2016 et Modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe.

traités internationaux d'investissement et s'interrogent sur leurs objectifs et stratégies futures²⁹⁸¹. A cet effet, en 2019, le nombre d'AII résiliés (34) a dépassé le nombre d'AII conclus (22)²⁹⁸². Cela porte le total à 3 284 AII ainsi qu'à 349 résiliations effectives²⁹⁸³. En 2019, sur les 34 résiliations entrées en vigueur, 22 sont intervenues de manière unilatérale²⁹⁸⁴, six résiliations ont été effectuées par consentement, quatre ont été remplacés (par l'entrée en vigueur d'un traité plus récent) et deux ont expiré. La Pologne tient le record dans la dénonciation des traités, avec 17 TBI dénoncés²⁹⁸⁵, suivie par l'Inde, avec sept²⁹⁸⁶. Il résulte que 2019 constitue la deuxième année après 2017 au cours de laquelle le nombre de résiliations d'AII a dépassé le nombre d'AII conclus. La pandémie du COVID-19 à laquelle s'ajoutent les mesures de prévention sont également susceptibles d'entraîner une réévaluation du rôle des AII et de la réalisation des objectifs de développement durable. En effet, les AII peuvent entrer en jeu lorsque des mesures politiques sont prises par les gouvernements pour faire face à la pandémie de COVID-19 et à ses retombées économiques, dans la mesure où ces mesures gouvernementales affectent également les opérations des investisseurs étrangers. Dans ce contexte, l'importance d'une rédaction précise et uniforme des traités et des obligations émanant des AII devient encore plus aigüe. L'une des raisons pour lesquelles les États sont enclins à résilier les AII tient aux normes trop larges et vagues des traités, qui, selon certains, offrent aux investisseurs davantage de

²⁹⁸¹ CNUDCI, Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Observations du Gouvernement indonésien, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-septième session (New York, 1-5 avril 2019), A/CN.9/WG.III/WP.156, 9 novembre 2018, p. 2 (« *En 2014, après avoir enduré plusieurs procédures d'arbitrage d'investissements, l'Indonésie a pris l'importante décision de revoir tous les AII existants.* ») ; UNCTAD, Taking Stock of IIA Reform, No. 1, 2016. (« *Since 2012, at least 110 countries have reviewed their national and/or international investment policies.* ») ; Voir pour exemple : Modèle de TBI de l'Inde de 2015, Modèle de TBI de Colombie de 2017, Accord type du Brésil sur la coopération et la facilitation des investissements de 2013 (« **CFIA** »).

²⁹⁸² UNCTAD, *The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments*, IIA Issues Note, Issue 1, UNCTAD/DIAE/PCD/INF/2020/4, juillet 2020, p. 1.

²⁹⁸³ *Ibid.*

²⁹⁸⁴ *Idem.* p. 2.

²⁹⁸⁵ *Ibid.* ; Centre de politique d'investissement de la CNUCED ; voir aussi ORECKI (Marcin) et ADWOKAT (Kancelaria), « Let the Show Begin: Poland has Commenced the Process of BITs' Termination », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 août 2017 ; « Polish Government Considers Termination of All the Bilateral Investment Treaties – Will This Affect Foreign Investment in Poland? », *Dentons*, 14 mars 2016.

²⁹⁸⁶ UNCTAD, *The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments*, IIA Issues Note, Issue 1, UNCTAD/DIAE/PCD/INF/2020/4, juillet 2020, p. 2 ; Centre de politique d'investissement de la CNUCED ; PEACOCK (Nicholas) et JOSEPH (Nihal), « Mixed Messages to Investors as India Quietly Terminates Bilateral Investment Treaties with 58 Countries », *supra* note 227.

possibilités d'intenter des actions contre des États. Par conséquent, grâce à une rédaction améliorée et concise des traités, le RDIE deviendra plus prévisible et contribuera largement à rétablir la confiance des États dans la conclusion d'AII. La portée d'un tel effort sera encore plus grande à la lumière de la pandémie du COVID-19, les investissements et le commerce étrangers étant encore en train de saisir et de traiter les multiples répercussions de cette dernière.

810. Les différences de formulation des traités peuvent donner lieu à des interprétations et des résultats divergents. Par conséquent, si un traité est rédigé de manière claire, cela réduit la probabilité d'un différend dans son interprétation. Le sous-comité de l'IBA a déclaré que « *the lessons from interpretations of early treaties have already been incorporated by many States into their new treaties, which are, typically, substantially more detailed than first-generation treaties.* »²⁹⁸⁷ La reformulation des AII pour les rendre plus clairs, plus spécifiques et plus uniformes améliorerait probablement la qualité et la cohérence des décisions arbitrales, tout comme la promulgation d'un traité mondial ou d'une loi type qui clarifierait la nature des droits et obligations substantiels créés par le droit international des investissements²⁹⁸⁸. La rédaction raffinée et précise jouerait donc un rôle crucial pour guider les futurs tribunaux et favoriser une plus grande prévisibilité. Il ressort d'une étude que de nombreuses dispositions des AII sont formulées de manière vague et il est donc conseillé aux États de revoir leurs traités de la première génération afin de réviser toute formulation qui pourrait ne pas être claire²⁹⁸⁹. La manière dont les traités sont rédigés, et dont les obligations imposées aux investisseurs et à l'État hôte sont formulées, contribuera donc dans une large mesure à rééquilibrer les traités. Par conséquent, parallèlement à tout élément de réforme du RDIE, les États devraient revoir leurs AII et/ou, lors de la conclusion de futurs traités, prendre en compte le champ d'application du traité, les principales règles de fond ainsi que les potentielles

²⁹⁸⁷ IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Report on Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*, supra note 934, p. 12.

²⁹⁸⁸ Sur les codifications de droit mou (« *soft law* ») et le droit international de l'investissement en général, voir BJORKLUND (Andrea), « Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law », in BJORKLUND (Andrea) et REINISCH (August) (eds.), *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012.

²⁹⁸⁹ UNCTAD, *Interpretation of IIAs: What States Can Do*, IIA Issues Note, No. 3, décembre 2011, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, pp. 8-9.

exceptions. Partant, plutôt que de mettre fin aux traités et de les renégocier, l'auteur préconise de considérer la modification des dispositions d'un traité spécifique par le biais de protocoles, d'échanges ou de notes. L'article 39 de la CVDT dispose qu'un « *[u]n traité peut être amendé par accord entre les parties.* » Inévitablement, les procédures d'amendement applicables dépendent du traité qui fait l'objet de la modification. En effet, un certain nombre d'AII contiennent des procédures d'amendement selon lesquelles les modifications prennent effet à l'issue d'un processus similaire à celui du traité original²⁹⁹⁰. La section ci-dessous présente plusieurs suggestions sur la manière dont les États peuvent améliorer la rédaction des traités, en se concentrant sur des dispositions spécifiques.

A. Préambule : portée des obligations créées par le traité

811. La grande majorité des AII contemporains sont précédés d'un préambule, dans lequel les parties contractantes exposent leurs buts et objectifs de négociation pour la conclusion de l'accord²⁹⁹¹. Les États rédigent souvent le préambule avec peu d'attention car, contrairement aux dispositions de fond, le préambule ne crée pas de droits et d'obligations juridiquement contraignants. Cependant, les tribunaux s'appuient souvent sur le préambule comme une source importante pour identifier les buts et objectifs des traités²⁹⁹². Traditionnellement, les préambules de ces accords bilatéraux d'investissement sont principalement axés sur des objectifs économiques tels que la stimulation des flux d'investissement, l'encouragement de la coopération économique entre les parties contractantes et, en fin de compte, l'accroissement de la prospérité économique des deux parties²⁹⁹³. Dès lors, les objectifs économiques du

²⁹⁹⁰ Article 27 du TBI Géorgie - Japon de 2021 ; Article 16.5 du TBI Hongrie - Kirghizistan de 2020 ; Article 27 du Traité de coopération et de facilitation des investissements Brésil - Inde de 2020 ; Article 14 du TBI Singapour - Qatar de 2018.

²⁹⁹¹ UNCTAD, « Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making », UNCTAD/ITE/IIA/2006/5, 2007, p. 3.

²⁹⁹² *Idem.* Voir aussi *Mera Investment Fund Ltd. c. Serbie*, CIRDI aff. n° ARB/17/2, Décision sur la compétence, 30 novembre 2018, § 121 (« *Due consideration of the preamble to the BIT is relevant to determine the BIT's object and purpose and the scope of the protected investment.* »).

²⁹⁹³ ORTINO (Federico), « Substantive Provisions in IIAs and Future Treaty-Making: Addressing Three Challenges », *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum*, 2015, p. 1.

préambule ont influencé l'analyse de nombreux tribunaux, notamment lors de l'interprétation des définitions des termes « investisseur » et « investissement »²⁹⁹⁴.

812. Les tribunaux ont également tenu compte des préambules pour interpréter la portée des dispositions de fond des traités²⁹⁹⁵. Le tribunal dans l'affaire *SGS c. Philippines*²⁹⁹⁶, s'est appuyé sur le préambule du TBI pour conclure que les ambiguïtés dans l'interprétation de la clause parapluie devaient être interprétées en faveur de l'investisseur étranger²⁹⁹⁷. Le tribunal a noté que :

*The object and purpose of the BIT supports an effective interpretation of Article X(2). The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended 'to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other'. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments*²⁹⁹⁸.

Par conséquent, le tribunal a interprété le traité de manière à lui donner plein effet en se fondant sur l'intention de créer des conditions d'investissement favorables. En effet,

²⁹⁹⁴ Voir e.g. *Tokios Tokeles c. Ukraine*, CIRDI aff. n° ARB/02/18, Sentence sur la compétence, 29 avril 2004, § 31 (« *The preamble expresses the Contracting Parties' intent to 'intensify economic cooperation to the mutual benefit of both States' and 'create and maintain favourable conditions for investment of investors of one State in the territory of the other State.'* *The Tribunal in SGS v. Philippines interpreted nearly identical preambular language in the Philippines-Switzerland BIT as indicative of the treaty's broad scope of investment protection. We concur in that interpretation and find that the object and purpose of the Ukraine-Lithuania BIT is to provide broad protection of investors and their investments.* ») ; *Telefonica SA. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/20, Décision du tribunal sur les exceptions d'incompétence, 25 mai 2006, § 77 (« *This interpretation is supported by the object and purpose of the BIT, which is a Treaty 'concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment.'* *In the Preamble, the Parties declare that they 'intend to establish favorable conditions for the investments carried out by investors of each party in the territory of the other one'. Disregard of the actual treatment of the company representing the investment, by removing it from the BIT's coverage, would therefore require a restrictive interpretation of the BIT's terms contrary to its object and purpose.* »).

²⁹⁹⁵ Voir e.g. *Siemens AG c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/02/8, Sentence sur la compétence, 3 août 2004, § 81 (« *The Tribunal shall be guided by the purpose of the Treaty as expressed in its title and preamble. It is a treaty 'to protect' and 'to promote' investments. The preamble provides that the parties have agreed to the provisions of the Treaty for the purpose of creating favorable conditions for the investments of nationals or companies of one of the two States in the territory of the other State.* ») ; *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, CIRDI aff. n° ARB/02/8, Sentence, 12 octobre 2005, § 52 (« *The object and purpose rule also supports such an interpretation. While it is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified.* »).

²⁹⁹⁶ *SGS Societe Generale c. Philippines*, CIRDI aff. n° ARB/02/6, Décision du tribunal sur les exceptions d'incompétence, 29 janvier 2004.

²⁹⁹⁷ *Idem.* § 116.

²⁹⁹⁸ *Ibid.*

le droit international public met particulièrement l'accent sur l'effectivité des traités, c'est-à-dire sur l'effet d'utilité²⁹⁹⁹. Cette prise en compte des préambules dans l'interprétation des résultats a contribué à donner l'impression aux États hôtes que les tribunaux d'arbitrage étaient injustement partiaux en faveur des investisseurs³⁰⁰⁰. Bien que le langage ne fournisse pas directement un droit, l'incorporation de celui-ci dans un préambule sert un objectif d'interprétation découlant de la CVDT³⁰⁰¹. Ce type de décisions indique que le recours aux objets et aux buts peut être utilisé afin de déterminer l'efficacité d'un traité, en favorisant la protection des investissements sans analyser toute l'étendue du contenu d'un traité. Afin de rééquilibrer les intérêts des États, ces derniers devraient inclure d'autres objectifs dans leur texte. Les tribunaux seraient alors plus enclins à prendre en compte les questions d'intérêt public avec une plus grande attention³⁰⁰².

813. Certaines parties aux traités ont déjà mis à jour le préambule de leurs AII pour préciser que la protection et la promotion des investissements devaient également respecter d'autres objectifs clés de politique publique tels que la santé publique et l'environnement³⁰⁰³. À titre d'exemple, 65 % des TBI conclus entre 2012 et 2014 incluaient des considérations d'ordre public parmi les objectifs du traité dans le préambule, contre 10 % entre 1962 et 2011³⁰⁰⁴. Le texte du préambule des AII et des

²⁹⁹⁹ CIJ, *Interprétation des traités de paix avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Opinion dissidente du Juge J.E. Reed, 18 juillet 1950, Rapports de la CIJ, 1950, p. 231.

³⁰⁰⁰ HACHEZ (Nicholas) et WOUTERS (Jan), « Arbitration & Preservation of Public Interest », in BAETENS (Freya) (ed.), *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, p. 429.

³⁰⁰¹ Article 31 de la CVDT.

³⁰⁰² GIEST (Alison), « Interpreting Public Interest Provisions in International Investment Treaties », *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, 2017, pp. 321, 338.

³⁰⁰³ Préambule du Partenariat transpacifique, 2016 (« *RECOGNISE further their inherent right to adopt, maintain or modify health care systems; ... PROMOTE high levels of environmental protection, including through effective enforcement of environmental laws, and further the aims of sustainable development, including through mutually supportive trade and environmental policies and practices; PROTECT and enforce labour rights, improve working conditions and living standards, strengthen cooperation and the Parties' capacity on labour issues* ») ; Préambule du modèle norvégien de TBI 2015 (« *Desiring to strengthen their economic and investment relations in accordance with the objective of sustainable development in its economic, social and environmental dimensions ...* ») ; Préambule du modèle néerlandais de TBI 2019 (« *Reaffirming their commitment to sustainable development and to enhancing the contribution of international trade and investment to sustainable development; ... Considering that these objectives can be achieved without compromising the right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labor rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential financial reasons.* »).

³⁰⁰⁴ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2016/3, mars 2016, p. 9.

TBI modèles récents met également l'accent sur la responsabilité sociale des entreprises, le développement durable et les droits humains³⁰⁰⁵. Cette approche a été suivie par le CPTPP dont le préambule prévoit que :

[Les Parties réaffirment] l'importance de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, l'identité et la diversité culturelles, la protection et la conservation de l'environnement, l'égalité des sexes, les droits des Autochtones, les droits dans le domaine du travail, le commerce inclusif, le développement durable et le savoir traditionnel, ainsi que l'importance de préserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public

Selon le Professeur Walid Ben Hamida, l'inclusion du développement dans les préambules des traités peut être « utiles pour adapter les règles conventionnelles avec les impératifs de développement »³⁰⁰⁶.

B. Restriction de la définition vague et large des termes « investisseur » et « investissement »

814. Dans les arbitrages relatifs aux traités d'investissement, les tribunaux sont chargés d'interpréter la portée des définitions contenues dans les traités, souvent considérées comme étendues³⁰⁰⁷. En l'absence d'indications précises dans le texte des AII, les tribunaux se sont souvent appuyés sur ce processus analytique pour justifier des résultats différents dans l'interprétation de termes similaires, voire identiques, en particulier pour les définitions des termes « *investissement* » et « *investisseur* ».

³⁰⁰⁵ Préambule de l'accord de partenariat économique global régional (« RCEP ») 2012 (« *RECOGNISING that the three pillars of sustainable development are interdependent and mutually reinforcing, and that economic partnership can play an important role in promoting sustainable development* ») ; Préambule de l'accord global et progressif pour le partenariat transpacifique de 2018 (« *REAFFIRM the importance of promoting corporate social responsibility, cultural identity and diversity, environmental protection and conservation, gender equality, indigenous rights, labour rights, inclusive trade, sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving their right to regulate in the public interest* ») ; Préambule de l'accord de libre-échange Chine-Corée de 2014 (« *MINDFUL that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development and that closer economic partnership can play an important role in promoting sustainable development* »).

³⁰⁰⁶ BEN HAMIDA (Walid), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *supra* note 2961.

³⁰⁰⁷ CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Kluwer Law International, 2017, p. 53.

1. Définition de l'investisseur

815. La question de savoir qui doit être traité comme un investisseur est une question cruciale pour le régime international des investissements dans le cadre de la détermination des droits et des responsabilités d'un investisseur. Le consentement de l'État hôte à la compétence juridictionnelle étant donné par le biais d'un traité, celui-ci ne s'appliquera qu'à un ressortissant d'un État partie à ce traité³⁰⁰⁸. Les traités prévoient un critère d'identification des investisseurs pouvant bénéficier de la protection de ces textes³⁰⁰⁹. Par exemple, l'article 1(7) du TCE définit un investisseur comme une personne physique ayant la « *citoyenneté* » ou la « *nationalité* » d'une partie contractante ou y résidant de manière permanente, conformément à la législation applicable. La définition du TCE est plus vaste que celle de la Convention CIRDI³⁰¹⁰, car elle inclut la résidence permanente dans la définition de l'investisseur. Par ailleurs, la question de la double nationalité soulève également des problèmes complexes quand il s'agit de déterminer la personne qui sera qualifiée d'investisseur en vertu d'un TBI³⁰¹¹. Il existe des cas où l'investisseur a un lien réel avec son deuxième pays mais souhaite profiter de sa double nationalité et investir dans un État partie à un TBI particulier³⁰¹². Par conséquent, la confirmation de la nationalité de l'investisseur est une question clé, notamment pour déterminer la compétence du tribunal.

816. La personne morale ou juridique désigne une entité légalement constituée et, en général, toute entité juridique doit être constituée dans un État contractant pour bénéficier de la protection d'un TBI. Cependant, la question de la nationalité est plus complexe en présence d'une personne morale, en raison de la diversité du

³⁰⁰⁸ DOLZER (Rudolph) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 46.

³⁰⁰⁹ NIKIËMA (Suzy), « Best Practices - Definition of Investor », *International Institute for Sustainable Development Best Practices Series*, 2012, p. 1.

³⁰¹⁰ Article 25(1) de la Convention CIRDI.

³⁰¹¹ SOURAV (Islam), « The Challenges of Defining Investor in International Investment Law », *Indian Journal of Law and Justice*, vol. 9, no. 2, 2018, p. 148.

³⁰¹² On peut toujours investir si l'on a la nationalité effective de l'État partie contractant, même si l'on conserve une autre nationalité. Voir *Eudoro Armando Olguin c. Paraguay*, CIRDI aff. n° ARB/98/5, Sentence, 26 juillet 2001, § 61 (« *What is important in this case in order to determine whether the Claimant has access to the arbitral jurisdiction based on the BIT, is only whether he has Peruvian nationality and if that nationality is effective. There is no doubt on this point. There was no dispute regarding the fact that Mr. Olguin has dual nationality, and that both are effective.* »).

fonctionnement et de la structure des entreprises et des multinationales³⁰¹³. Il n'est pas toujours facile de déterminer la nationalité d'une société en raison de la multiplicité des actionnaires, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, de la localisation du contrôle dans un pays et de l'enregistrement dans d'autres. Cependant, les pratiques antérieures des tribunaux étaient généralement axées sur le critère de l'enregistrement et sur celui du siège plutôt que sur une enquête de fond pour déterminer le contrôle de la société. Dans certains cas, les investisseurs cherchent à obtenir la protection du traité en restructurant leur investissement par le biais de pays tiers³⁰¹⁴. C'est ce qu'on appelle le « *chalandage de traités* » (ou « *treaty shopping* »), autrement dit il s'agit pour les investisseurs étrangers de chercher délibérément à obtenir les avantages d'un AII en réalisant des investissements à l'étranger ou en introduisant des réclamations à partir de pays tiers qui disposent de conditions conventionnelles plus favorables avec l'État hôte visé³⁰¹⁵. L'objectif de ces restructurations est de tirer le meilleur parti d'une clause de règlement des différends contenue dans certains TBI, sous couvert d'une planification stratégique et légitime de la nationalité de l'entreprise. Néanmoins, une telle restructuration n'est en soi ni illégale ni abusive. Comme l'a déclaré le tribunal dans l'affaire *Aguas Del Tunari c. Bolivie*³⁰¹⁶ :

*it is not uncommon in practice and — absent a particular limitation — not illegal to locate one's operation in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment in terms, for example, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT*³⁰¹⁷.

Bien que la demanderesse ait été enregistrée dans l'un des États contractants, elle était effectivement contrôlée par une entité d'un autre pays qui n'était pas l'État partie au

³⁰¹³ SOURAV (Islam), « The Challenges of Defining Investor in International Investment Law », *supra* note 3011, p. 150.

³⁰¹⁴ Voir *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12 ; voir aussi *Mr. Franz Sedelmayer c. Russie*, Jugement du tribunal de la ville de Stockholm, Sentence, 18 décembre 2002 (*Sedelmayer* est la première affaire dans laquelle un tribunal arbitral a interprété la notion d'investisseur de manière à permettre la protection d'un investissement réalisé par l'intermédiaire d'une société constituée dans un État tiers.).

³⁰¹⁵ GUPTA (Vidushi), « Exclusion From Within the Ambit of a Protected Investor, a Fair Price to Pay for the Act of Abusive Treaty Shopping? », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014, p. 9.

³⁰¹⁶ *Aguas Del Tunari c. Bolivie*, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Décision sur l'exception d'incompétence du défendeur, 21 octobre 2005.

³⁰¹⁷ *Idem.* § 330.

TBI³⁰¹⁸. Néanmoins, le tribunal a estimé que la requérante était plus qu'une simple société écran créée dans le but d'obtenir la compétence du tribunal et que la société remplissait la condition de nationalité du TBI³⁰¹⁹. En l'absence d'une disposition conventionnelle interdisant une telle opération, la restructuration d'un investissement dans le seul but de lui conférer une protection supplémentaire contre les différends futurs en vertu d'un mécanisme de RDIE prévu par un traité n'est pas interdite³⁰²⁰. Dès lors, la limitation des demandes d'arbitrage effectuées par le biais d'un mécanisme de *chalandage de traités* est devenue l'une des principales préoccupations en la matière ces dernières années³⁰²¹. En effet, plusieurs États ont exprimé leur intention de réformer leurs AII en vue de combler les lacunes qui permettent et même favorisent le *treaty shopping*³⁰²².

817. Bien que les tribunaux aient tendance à donner plein effet à la définition large de l'investisseur dans les TBI, le langage des TBI et l'intention des parties sont également pris en compte³⁰²³. Il ressort que la rédaction de la définition du terme *investisseur* est particulièrement importante pour limiter l'accès au RDIE. En ce qui concerne les personnes physiques, le TBI doit mettre l'accent sur la nationalité dominante dans le cadre d'une situation de double nationalité afin d'éviter qu'un ressortissant d'une nation tierce puisse introduire une demande. De plus, les États parties doivent accorder davantage d'attention à la rédaction des TBI afin de déterminer s'ils accueillent ou non les ressortissants de pays tiers.

818. Concernant les personnes morales, les traités peuvent stipuler des tests comme le « *incorporation test* » (c'est-à-dire le lieu d'incorporation), le « *seat test* », celui du siège social (c'est-à-dire le pays du siège à partir duquel la société est contrôlée) et le « *control test* » (c'est-à-dire la nationalité de la société sur la base de la nationalité de

³⁰¹⁸ *Idem.* §§ 206-207.

³⁰¹⁹ *Idem.* § 332.

³⁰²⁰ GUPTA (Vidushi), « Exclusion From Within the Ambit of a Protected Investor, a Fair Price to Pay for the Act of Abusive Treaty Shopping? », *supra* note 3015, p. 2.

³⁰²¹ BAUMGARTNER (John), « *Investor Nationality and the Definition of Investment: Policy Options to Limit the Practice of 'Treaty Shopping'* », in CHAISSE (Julien) (ed.), *China-European Union Investment Relationships: Towards a New Leadership in Global Relationship Governance?*, Edward Elgar, 2018, p. 132.

³⁰²² *Ibid.*

³⁰²³ SOURAV (Islam), « The Challenges of Defining Investor in International Investment Law », *supra* note 3011, p. 156.

ceux qui la possèdent ou la contrôlent) ou même une combinaison de ces différents tests³⁰²⁴. L'inclusion dans les AII d'exigences plus substantielles, telles que l'exigence de siège et/ou d'activités commerciales substantielles, est une première étape souhaitable pour les États qui souhaitent freiner la pratique du *treaty shopping*. Alors que seulement 14 % des TBI signés entre 1959 et 2010 contiennent l'exigence d'une activité commerciale substantielle, 45 % des TBI signés entre 2011 et 2017 la comportent³⁰²⁵. Les traités récents ont imposé la condition que la société soit constituée selon la législation en vigueur dans l'État contractant et que le contrôle effectif et le siège soient également situés simultanément sur le même territoire³⁰²⁶. Diverses techniques de rédaction, telles que l'inclusion d'une définition restrictive de l'investisseur et/ou d'une clause de « *denial of benefits* » ou « *clause de refus d'accorder des avantages* », servent à exclure les investisseurs présumés du champ d'application des TBI. Certains traités comportent une clause de refus de protection, en vertu de laquelle l'État partie a le droit de refuser la protection à un investisseur, bien qu'il soit constitué en société dans l'État contractant, s'il est sous le contrôle d'investisseurs d'un pays tiers ou d'investisseurs qui n'ont pas d'activité substantielle dans leur pays de constitution³⁰²⁷.

2. Définition de l'investissement

819. Le terme investissement joue un rôle crucial en matière de droit des investissements puisqu'il détermine l'objet des traités d'investissement. Seuls les investissements « *couverts* » bénéficient des protections offertes par les traités d'investissement, tels que le traitement non discriminatoire, le TJE et l'indemnisation

³⁰²⁴ GUPTA (Vidushi), « Exclusion From Within the Ambit of a Protected Investor, a Fair Price to Pay for the Act of Abusive Treaty Shopping? », *supra* note 3015, p. 10.

³⁰²⁵ BAUMGARTNER (John), « *Investor Nationality and the Definition of Investment: Policy Options to Limit the Practice of 'Treaty Shopping'* », *supra* note 3021, p. 141.

³⁰²⁶ Article 2.1 du modèle norvégien de TBI 2015 ; Article 1.5 du modèle indien de TBI 2015 ; Article 1(b) du modèle néerlandais de TBI 2019.

³⁰²⁷ GUPTA (Vidushi), « Exclusion From Within the Ambit of a Protected Investor, a Fair Price to Pay for the Act of Abusive Treaty Shopping? », *supra* note 3015, p. 18 ; voir *e.g.* Article 10.12 du CAFTA, Article 17 du TCE, Article 17 du modèle de TBI des États-Unis. Dans les hypothèses où le texte du traité n'est pas favorable à une tentative d'exclure la protection du traité, la défense de « *l'abus de procédure* » peut être nécessaire pour convaincre un tribunal de refuser aux investisseurs présumés l'accès au mécanisme RDIE. Voir *e.g. Mobil Corporation Venezuela Holdings BV and ors c. Venezuela*, CIRDI aff. n° ARB/07/27, Décision sur la compétence, 10 juin 2010 ; *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12, Sentence sur la compétence et l'admissibilité, 17 décembre 2015.

en cas d'expropriation. Par ailleurs, la définition du terme « *investissement* » détermine la compétence, à savoir la compétence *ratione materiae*, pour le règlement des différends dans le cadre de la Convention CIRDI et/ou d'autres traités d'investissement³⁰²⁸.

820. Les traités d'investissement antérieurs ont tendance à utiliser une définition dite « *ouverte* » du terme investissement³⁰²⁹, définir la portée de la protection matérielle par des listes (exhaustives ou non) basées sur les actifs ou par une définition basée sur l'entreprise³⁰³⁰. En général, ces catégories comprennent les biens meubles et immeubles, les participations dans des sociétés, les droits contractuels, les droits de propriété intellectuelle et les concessions commerciales³⁰³¹. Si ces définitions larges contribuent à attirer les investissements étrangers, elles peuvent également exposer les États à des obligations et des risques indésirables, comme le montre la pratique arbitrale³⁰³². Le tribunal dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*³⁰³³, n'a pas jugé nécessaire qu'un investissement de nature purement financière doive également être lié à une entreprise ou à une opération économique spécifique se déroulant sur le territoire de l'État hôte³⁰³⁴. Elle a conclu que les obligations souveraines constituent des investissements protégés car « *it would be contrary to the BIT's wording and aim to attach a further condition to the protection of financial investment instruments* »³⁰³⁵. Ce type d'interprétation large peut conduire à des résultats surprenants. En particulier, la définition vague de l'investissement, qui détermine la compétence du tribunal, peut

³⁰²⁸ SHAN (Wenhua) et WANG (Lu), « The Definition of 'Investment': Recent Developments and Lingering Issues », in KALICKI (Jean) et RAOUF (Mohamed) (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 20, Kluwer Law International, 2019, p. 169.

³⁰²⁹ Voir e.g. Article 8(1) du TBI Allemagne-Pakistan de 1959 : « (a) *The term 'investment' shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term 'investment' shall also include the returns derived from and ploughed back into such 'investment'.* (b) *Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as 'investment'.* » ; voir aussi Article 1 du TBI entre le Royaume-Uni et Singapour de 1975 et Article 1(a) du TBI entre la Chine et la Pologne de 1988.

³⁰³⁰ E.g. Article 1139 de l'ALENA ; Article 1 du TBI Canada-Chine de 2012 ; article 1 du TBI Canada-Moldavie de 2018.

³⁰³¹ SHAN (Wenhua) et WANG (Lu), « The Definition of 'Investment': Recent Developments and Lingering Issues », *supra* note 3028, p. 171.

³⁰³² *Idem.* p. 170.

³⁰³³ *Abaclat and Others c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/07/5.

³⁰³⁴ *Abaclat and Others c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/07/5, Décision sur la compétence, 4 août 2011, § 387.

³⁰³⁵ *Idem.* § 375.

également couvrir des transactions économiques non envisagées par les parties et exposer les États à des responsabilités inattendues³⁰³⁶.

821. La Convention CIRDI ne définit pas le terme *investissement*³⁰³⁷. En effet, la question de l'investissement qui figure à l'article 25 de la Convention CIRDI n'est ni définie par la jurisprudence ni par la doctrine³⁰³⁸. Les tribunaux CIRDI ont généralement adopté deux approches. Dans la première approche, un certain nombre de tribunaux ont considéré que le terme investissement devait être interprété « *largement* » et ce en l'absence de toute limitation du terme au sein du traité ou convention³⁰³⁹. La seconde approche est un test en cinq points connu sous le nom de « test *Salini* »³⁰⁴⁰, qui a été adopté dans plusieurs affaires³⁰⁴¹. Une transaction est

³⁰³⁶ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, p. 42.

³⁰³⁷ Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965, § 27 (« *No attempt was made to define the term 'investment' given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4)).* »).

³⁰³⁸ Voir généralement, DOLZER (Rudolph), « The Notion of Investment in Recent Practice », in CHARNOVITZ (Steve), STEGER (Deborah) et VAN DEN BOSSCHE (Peter) (eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, 2005, p. 275 (« *At this moment, the diversity of reasoning of the tribunals makes it difficult to predict the direction of future jurisprudence.* »).

³⁰³⁹ DEVASHISH (Krishan), « A Notion of ICSID Investment », *TDM*, vol. 6, issue 1, 2009, p. 6 ; voir également *Fedax N.V. c. Vénézuéla*, CIRDI aff. n° ARB/96/3, Décision sur la compétence, 11 juillet 1997, §§ 18-43 ; *Tradex Hellas S.A. c. Albanie*, CIRDI aff. n° ARB/94/2, Sentence, 29 avril 1999, §§ 86-90, 103-131 ; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c. Slovaquie*, CIRDI aff. n° Arb/97/4, Décision du tribunal sur les exceptions d'incompétence, 24 mai 1999 ; *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, et Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, CIRDI aff. n° ARB/02/5, Décision sur la compétence, 4 juin 2004, §§ 66-105 ; *Continental Casualty Company c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/9, Décision sur la compétence, 22 février 2006, §§ 70 *et seq.* et en particulier 81 ; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/3, Décision sur la compétence, 14 janvier 2004, §§ 42 *et seq.* et en particulier 70 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, CIRDI aff. n° ARB/02/6, Décision sur la compétence, 29 janvier 2004, §§ 99-112 et en particulier § 103.

³⁰⁴⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc*, CIRDI aff. n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, 23 juillet 2001, §§ 37-58.

³⁰⁴¹ *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte*, CIRDI aff. n° ARB/03/11, Sentence sur la compétence, 6 août 2004, §§ 29-30, 41-63 ; *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. Algérie*, CIRDI aff. n° ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, §§ II:3-28 ; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c. Égypte*, CIRDI aff. n° ARB/04/13, Décision sur la compétence, 16 juin 2006, §§ 90-106 ; *Mr. Patrick Mitchell c. Congo*, CIRDI aff. n° ARB/99/7, Décision sur la demande d'annulation de la sentence, 1 novembre 2006, §§ 23-41 ; *Helnan International Hotels A/S c. Égypte*, CIRDI aff. n° ARB/05/19, Décision du tribunal sur les exceptions d'incompétence, 17 octobre 2006, § 77 ; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, CIRDI aff. n° ARB/05/07, Décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires, 21 mars 2007, §§ 98-100 ; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, CIRDI aff. n° ARB/05/10, Sentence sur la compétence, 17 mai 2007, §§ 43-148.

considérée comme un investissement si elle remplit les critères énoncés par le test *Salini*.

822. Les éléments constitutifs de l'*investissement* doivent être clarifiés et ce terme doit faire l'objet d'une définition de ses aspects fondamentaux, tels que la contribution, la durée et le risque. Toutefois, ces aspects fondamentaux ne doivent pas faire l'objet de plus amples qualificatifs par des termes comme contribution « *substantielle* » ou rendement « *régulier* » ou l'imposition de toute exigence extratextuelle telle que la légalité, la bonne foi ou la contribution au développement de l'État hôte. Cela coïncide avec la définition ordinaire du terme investissement, en son sens ordinaire, le terme « *investissement* » se définit comme l'affectation de certains actifs selon un plan en vue d'obtenir certains avantages³⁰⁴². Dans l'*Oxford English Dictionary*, le terme « *investissement* » est défini comme l'acte d'investir de l'argent dans un projet et le terme « *investir* » est défini comme, par exemple, le fait d'acheter une propriété, des actions dans une société, dans l'espoir de réaliser un bénéfice. Par conséquent, trois éléments peuvent être identifiés dans cette définition : (1) la contribution (engagement de certains actifs) ; (2) une certaine durée (exécution du plan) ; (3) le risque (l'incertitude d'obtenir certains bénéfices). Le succès du « *test Salini* » réside dans le fait qu'il a étayé le sens ordinaire du terme « *investissement* » au sens de l'article 25(1) de la Convention CIRDI. Mais son échec à être communément accepté est précisément dû à l'imposition d'un élément extratextuel, à savoir la contribution au développement de l'État hôte, dans la liste des éléments constitutifs³⁰⁴³.

823. Afin de remédier à l'absence de définition dans la Convention CIRDI et à la définition étendue de l'investissement dans les AII plus anciens, les États ont adopté diverses approches dans les AII récents, à savoir l'adoption des éléments énumérés ci-dessus en y ajoutant la contribution au développement durable dans certains cas³⁰⁴⁴. Par exemple, le CETA et l'accord bilatéral Brésil-Inde de 2020 prévoient tous deux l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits,

³⁰⁴² DEMIRKOL (Berk), « The Notion of Investment in International Investment Law », *Turkish Commercial Law Review*, vol. 1, no. 1, 2015, p. 49.

³⁰⁴³ SHAN (Wenhua) et WANG (Lu), « The Definition of 'Investment': Recent Developments and Lingering Issues », *supra* note 3026, p. 193.

³⁰⁴⁴ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 12.

l'acceptation du risque et une certaine durée³⁰⁴⁵. Également à titre d'exemple figure la nécessité de contribuer au développement durable ou économique de l'État hôte qui est incluse dans la définition de l'investissement couvert dans le TBI Burkina Faso-Turquie de 2019³⁰⁴⁶ et dans le TBI Maroc-Nigeria de 2016³⁰⁴⁷. Certains États excluent expressément certains types d'actifs de la définition des investissements couverts, comme c'est le cas dans le TBI Brésil-Maroc de 2019³⁰⁴⁸. Certains AII récents ont exclu les types d'actifs suivants de la définition des investissements couverts : (i) les investissements de portefeuille³⁰⁴⁹, (ii) la dette émise par une partie ou les prêts accordés à une partie³⁰⁵⁰ et (iii) toute ordonnance ou jugement rendu dans le cadre d'une action judiciaire ou administrative³⁰⁵¹. Dans certains cas, les États ont décidé d'inclure une exigence de légalité dans la définition des investissements couverts, obligeant les investisseurs étrangers à se conformer aux lois et règlements de l'État hôte³⁰⁵². Enfin, certains États ont opté pour une définition plus ciblée, fondée sur l'entreprise, offrant une protection uniquement aux entreprises détenues ou contrôlées par l'investisseur, les actifs de l'entreprise étant toujours protégés par le traité³⁰⁵³. Le modèle de TBI indien de 2016 a substitué une définition de l'investissement fondée sur les actifs à celle fondée sur les entreprises, selon laquelle un investisseur doit être une entité juridique constituée en société conformément au droit national et ce afin de pouvoir bénéficier d'un investissement protégé³⁰⁵⁴. Cette approche a notamment été adoptée dans le TBI Brésil-Inde de 2020³⁰⁵⁵, et dans le TBI Congo-Maroc de 2018³⁰⁵⁶. Elle va à l'encontre de la démarche traditionnelle qui veut qu'un investissement soit considéré comme un apport de capitaux sans qu'il soit nécessaire de constituer une société nationale.

³⁰⁴⁵ Article 8.1 du CETA et Article 2.4 du TBI Brésil-Inde de 2020.

³⁰⁴⁶ Article 1.1 du TBI Burkina Faso-Turquie de 2019.

³⁰⁴⁷ Article 1 du TBI Maroc-Nigeria de 2016.

³⁰⁴⁸ Article 1.2.2 du TBI Brésil-Maroc de 2019.

³⁰⁴⁹ Article 2.4.1(iv) du TBI Brésil-Inde de 2020 ; Article 1.2.2(b) du TBI Brésil-Maroc de 2019.

³⁰⁵⁰ Article 1 du TBI Maroc-Nigeria de 2016.

³⁰⁵¹ Article 3.1, note de bas de page n° 10, de l'accord Arménie-Singapour de 2019 sur le commerce des services et des investissements.

³⁰⁵² Voir Article 1 du TBI Myanmar-Singapour de 2019.

³⁰⁵³ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 12.

³⁰⁵⁴ Article 1.6 du modèle indien de TBI de 2016.

³⁰⁵⁵ Article 2.4 du TBI Brésil-Inde de 2020.

³⁰⁵⁶ Article 1.1 du TBI Congo-Maroc de 2018.

C. Obligations de fond et considérations relatives à la mise en balance

824. Traditionnellement, les traités d'investissement étaient des documents courts qui énonçaient des obligations substantielles convenues par les États en termes généraux, et contenaient rarement des précisions voire des exceptions sur la couverture du traité³⁰⁵⁷. Parmi les questions pertinentes que les États doivent prendre en considération lors de la rédaction d'un traité, il convient de citer la possibilité pour un investisseur de restructurer un investissement afin de tirer parti des TBI. La clause de la nation la plus favorisée peut-elle être étendue à la disposition sur le règlement des différends ? Les attentes légitimes sont-elles protégées par la norme minimale de traitement ? Un investisseur peut-il déterminer la date d'évaluation en présence d'une expropriation illégale ? Ces questions doivent être soigneusement examinées par les États lorsque ces derniers réforment leurs AII.

1. Obligations de l'État envers les investisseurs

825. Il n'est pas aisé de formuler des recommandations quant aux obligations des États en raison des objectifs de négociation de chaque État, qu'ils soient économiques, politiques ou stratégiques. Lors de l'élaboration des axes de négociation, un État pourrait rechercher des définitions relativement expansives de la non-discrimination, du TJE et de l'expropriation. D'autre part, dans la mesure où les groupes de la société civile ont une incidence sur les objectifs de négociation de certains États, les AII peuvent contenir des exceptions relatives à la protection des intérêts publics dans les domaines de la santé, la sécurité, l'environnement et les droits des travailleurs. Un pays qui a récemment connu une crise financière peut vouloir conserver la possibilité d'imposer des contrôles de capitaux et donc hésiter à accorder aux investisseurs le droit de transférer librement des fonds vers et à partir de ce pays. De même, un gouvernement qui a été fréquemment impliqué dans des procédures de RDIE peut vouloir inclure des dispositions limitant autant que possible les options de règlement des différends offertes aux entreprises étrangères, notamment en imposant l'épuisement des recours nationaux avant de pouvoir recourir à l'arbitrage international. Il ressort que les évolutions du droit international des investissements

³⁰⁵⁷ IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, *Report on Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*, *supra* note 934, p. 12.

« semblent concentrées dans les instruments interétatiques conclus au cours des dernières années »³⁰⁵⁸. Par conséquent et malgré les différences, des tendances dans les modifications des obligations substantielles peuvent être observées.

a. Traitement juste et équitable

826. La norme de TJE est la norme la plus fréquemment invoquée par les investisseurs dans les différends en matière d'investissement. La plupart des demandes d'arbitrage qui aboutissent en RDIE sont fondées sur une violation de la norme de TJE, souvent en raison de leur rédaction vague et large.³⁰⁵⁹ L'objectif de la clause de TJE est de combler les lacunes que peuvent laisser les normes plus spécifiques, afin d'aboutir au niveau de protection des investisseurs prévu par les traités.³⁰⁶⁰ Le Professeur Stephan Schill a souligné que « *fair and equitable treatment can be understood as embodying the rule of law as a standard that the legal systems of host states have to embrace in their treatment of foreign investors.* »³⁰⁶¹ Comme pour les autres clauses types des traités d'investissement, il n'existe toutefois pas de formulation unique de la norme de TJE. En effet, les variations dans ce domaine sont assez significatives. Plus précisément, le TJE peut prendre la forme d'une norme conventionnelle non qualifiée³⁰⁶², les traités peuvent aussi inclure une référence au droit international non écrit, par exemple le droit international coutumier, le droit international général et les principes du droit international³⁰⁶³. Par exemple, l'article 4 du modèle de traité français

³⁰⁵⁸ CAZALA (Julien), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2017, p. 82.

³⁰⁵⁹ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, supra note 80, p. 130.

³⁰⁶⁰ DOLZER (Rudolf) et STEVENS (Margrete), *Bilateral Investment Treaties*, supra note 18, p. 58.

³⁰⁶¹ SCHILL (Stephan), « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparable Public Law », in SCHILL (Stephan), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 151.

³⁰⁶² Article 3(2) du TBI Australie-Uruguay de 2002 ; article 3(1) du TBI Pays-Bas-Tchéquie de 1992 ; Article 3(1) du TBI Pays-Bas-Argentine de 1994 (prévoyant que l'État « *shall ensure fair and equitable treatment [to investments] on its territory* »).

³⁰⁶³ LEVASHOVA (Yulia), *The Right of States to Regulate in International Investment Law: the Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, supra note 443, pp. 48-49.

de 2006³⁰⁶⁴ et l'article 2.2 du modèle de traité allemand de 2008³⁰⁶⁵ se limitent dans leur rédaction à définir la norme par référence aux principes du droit international, sans autre précision. La discussion la plus intensive de la norme de TJE a eu lieu dans le contexte de l'article 1105(1) de l'ALENA³⁰⁶⁶ car celui-ci dispose que : « *[e]ach Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.* » Tel qu'évoqué précédemment, cette disposition a fait l'objet d'une interprétation par la CLE selon laquelle l'article 1105(1) reflète la norme minimale du droit international coutumier et n'exige pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par ce dernier³⁰⁶⁷. Les tribunaux constitués sous l'égide de l'ALENA ont depuis adopté cette interprétation³⁰⁶⁸ incorporée ensuite au sein des TBI conclus par les États-Unis et le Canada.

827. Des appels ont été lancés aux tribunaux arbitraux pour qu'ils clarifient de manière significative la norme de TJE ou des AII qui définissent spécifiquement les obligations prévues par les termes du traité permettant de qualifier une demande comme se fondant sur la norme de TJE. Il ressort que cette disposition a fait l'objet de nombreuses délibérations et de débats quant à sa forme et à sa réforme potentielle.³⁰⁶⁹ La première interprétation possible consiste à considérer que la norme de TJE ne fait

³⁰⁶⁴ Article 4 du modèle français de TBI 2006 : « *Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait.* »

³⁰⁶⁵ Par exemple Article 2.2 du modèle allemand de TBI de 2008 prévoit que « *Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investor of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty* ».

³⁰⁶⁶ BROWER (Charles N.), BROWER (Charles H.) et SHARPES (Jeremy), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *supra* note 673, pp. 415, 428 ; DUMBERRY (Patrick), « The Quest to the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards », *Journal of World Investment*, vol. 3, issue 4, 2002, p. 657 ; FOY (Patrick) et Deane (Robert), « Foreign Investment Protection Under Investment Treaties: Recent Development Under Chapter 11 Of The North American Free Trade Agreement », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, issue 2, 2001, p. 21.

³⁰⁶⁷ CLE, Note d'interprétation du 31 juillet 2001.

³⁰⁶⁸ *Pope c. Talbot*, Sentence sur les dommages, 31 mai 2002, §§ 17-69 ; *Mondev c. États-Unis*, Sentence, 11 octobre 2002, § 100 *et seq.* ; *UPS c. Canada*, Décision sur la compétence, 22 novembre 2002, § 97 ; *ADF c. États-Unis*, Sentence, 9 janvier 2003, §§ 175-178 ; *Loewen c. États-Unis*, Sentence, 26 juin 2003, §§ 124-128 ; *Waste Management c. Mexique*, Sentence finale, 30 avril 2004, §§ 90-91 ; *Methanex c. États-Unis*, Sentence, 3 août 2005, Partie IV, Ch C, §§ 17-24 ; *Thunderbird v. Mexique*, Sentence, 26 janvier 2006, §§ 192-193 ; *Glamis Gold c. États-Unis*, Sentence, 8 juin 2009, § 599 ; *Chempura c. Canada*, Sentence, 2 août 2010, § 121 ; *Grand River Enterprise c. États-Unis*, Sentence, 12 janvier 2011, §§ 173-176.

³⁰⁶⁹ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 20.

qu'exprimer une norme minimale de traitement en droit international coutumier³⁰⁷⁰. Une deuxième interprétation a émergé selon laquelle « *la règle du traitement juste et équitable ne se contente pas de reprendre l'obligation coutumière du standard minimum mais va au-delà en imposant à l'Etat un standard de traitement supérieur, autonome et 'self suffisant'* »³⁰⁷¹. En effet, la grande majorité des tribunaux ont interprété la clause de TJE dite « *non qualifiée* » comme exigeant une protection allant au-delà de la norme minimale de traitement³⁰⁷². On observe aujourd'hui une tendance générale visant à définir plus précisément ou à réduire la protection prévue par la norme de TJE, et à favoriser une interprétation plus proche du droit international coutumier concernant la norme minimale de traitement³⁰⁷³. Toutefois, certains auteurs estiment que la norme minimale en référence au droit international coutumier ne permet toujours pas de fournir une définition précise de la norme de TJE³⁰⁷⁴. En d'autres termes, il ne ressort pas de limites claires et précises de cette norme. Certains tribunaux ont noté l'imprécision et l'absence de définition de la norme³⁰⁷⁵ et le

³⁰⁷⁰ BEN HAMIDA (Walid), « Droit des investissements et ordre substantiel », *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. VI, issue 22, 2009, p. 131.

³⁰⁷¹ *Idem.* p. 132.

³⁰⁷² DUMBERRY (Patrick), « Drafting the Fair and Equitable Treatment Standard Clause in the TPP and the RCEP: Lessons Learned from the NAFTA Article 1105 Experience », *TDM*, vol. 12, issue 1, p. 1.

³⁰⁷³ Voir ROTH (Andreas), *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden, 1949, p. 127 ; voir aussi the American Law Institute's Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, 1965, § 165.2. Le premier cas établissant le standard minimal de traitement des étrangers est *L. F. H. Neer and Pauline E. Neer c. Mexique*, Opinion, Commission générale de réclamations entre les États-Unis et le Mexique, 15 octobre 1926, *American Journal of International Law*, vol. 21, issue 3, 1927, p. 555 ; Article 6(2)(3) de la zone de libre-échange ANASE (ou ASEAN)-Australie-Nouvelle-Zélande de 2009 (« *the concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law, and do not create additional substantive rights* ») ; Article 10.5(2)(c) du RCEP (« *the concepts of fair and equitable treatment and full protection and security do not require treatment to be accorded to covered investments in addition to or beyond that which is required under the customary international law minimum standard of treatment of aliens, and do not create additional substantive rights.* »).

³⁰⁷⁴ JADEAU (Flavien) et GELINAS (Fabien), « CETA's Definition of the Fair and Equitable Treatment Standard: Toward a Guided and Constrained Interpretation », *TDM*, vol. 13, issue 1, 2016, p. 12.

³⁰⁷⁵ *CMS c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/01/8, Sentence, 12 mai 2005, § 273 ; *Sempra c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/02/16, Sentence, 28 septembre 2007, § 296, *Rumeli c. Kazakhstan*, CIRDI aff. n° ARB/05/16, Sentence, 29 juillet 2009, § 610 ; *Suez c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, §§ 196, 202 ; *Total c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, §§ 106-109. Voir aussi JUILLARD (Patrick), « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de la Haye*, vol. 250, 1994, p. 133 (« *Leur noyau dur est empreint d'un trop grand caractère de généralité : le traitement juste et équitable, la pleine et entière protection et sécurité sont des notions aux contours*

Parlement européen a déploré l'utilisation de formulations vagues la concernant³⁰⁷⁶. Dans ce contexte, la définition adoptée par le CETA prend la forme d'une liste énumérant les actions et les comportements constituant une violation de cette protection. Plus précisément, une partie viole l'obligation d'accorder un TJE si une mesure constitue, en particulier, un déni de justice, un manquement au principe de l'application régulière de la loi, une discrimination ou encore un traitement abusif.³⁰⁷⁷ De même, le Modèle de TBI de 2021 du Canada enlève l'obligation explicite d'accorder aux investisseurs étrangers un TJE qui figurait dans le Modèle de TBI 2004. L'article 8 prévoit également que l'obligation d'accorder un traitement standard minimum conformément au droit international coutumier est enfreint selon les termes du nouveau modèle de TBI uniquement si une mesure constitue : (a) un déni de justice ; (b) une violation fondamentale de l'application régulière de la loi; (c) un arbitraire manifeste ; (d) une discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement illicites tels que le sexe, la race ou les croyances religieuses ; (e) un traitement abusif ; ou (f) un manquement à l'obligation d'assurer une protection et une sécurité complète. En prévoyant une énumération de ce qui constitue une violation du TJE, un tribunal peut être mieux guidé lorsqu'il est confronté à une violation de cette disposition.

b. L'expropriation indirecte

828. L'expropriation indirecte est l'une des normes les plus couramment invoquées dans les procédures RDIE. Environ 70 % des affaires connues de RDIE incluent une allégation d'expropriation indirecte, et la violation de cette disposition est la deuxième conclusion la plus fréquente dans les procédures arbitrales décidées en faveur de l'investisseur³⁰⁷⁸. Les traités d'investissement ne définissent généralement pas

imprécis, et qui ne prendront corps que progressivement, grâce à l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux. »).

³⁰⁷⁶ Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, préambule, § G.

³⁰⁷⁷ Articles 8.10(1) et (2) du CETA.

³⁰⁷⁸ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 25 (« *For greater certainty, this Article does not apply to the issuance of compulsory licences granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that the measure is consistent with the TRIPS Agreement.* ») ; voir aussi Article 9.8.5 du CPTPP ; Article 2.6.3 et Annexe 3 de l'Accord de protection des investissements entre l'UE et Singapour ; Article 2.7.4 de l'Accord de protection des investissements entre l'UE et Vietnam ; Article 11.6 du TBI de 2018 entre le Japon et la Jordanie.

l'expropriation indirecte et ne proposent aucune formule pour distinguer l'expropriation indirecte des prélèvements réglementaires. En effet, il est difficile de tracer une « *bright and easily distinguishable line* »³⁰⁷⁹ entre ces deux concepts controversés. Puisqu'il n'existe pas de définition de ce qui constitue une expropriation indirecte, la portée et la signification de cette notion doivent être déterminées par la pratique arbitrale. Néanmoins, les tribunaux arbitraux ont été confrontés à la difficulté à distinguer une mesure réglementaire qui ne peut faire l'objet d'une indemnisation et l'expropriation indirecte qui ne peut être indemnisée³⁰⁸⁰. Il est donc crucial pour les États de clarifier l'étendue de la protection en cas d'expropriation indirecte.

829. Un affinement de la norme juridique relative à l'expropriation indirecte fournira également des lignes directrices et des garanties aux décideurs et aux législateurs nationaux, notamment lors de l'élaboration de règlements. Les États devraient dresser une liste de critères permettant aux tribunaux de conclure à une expropriation indirecte, en tenant compte des facteurs suivants (mais non exhaustifs) : a) l'impact économique de l'action gouvernementale, mais bien que le fait qu'une action ou une série d'actions connexes d'une partie ait un effet négatif sur la valeur économique d'un investissement, cela ne peut automatiquement constituer l'équivalent d'une expropriation indirecte ; b) la mesure dans laquelle l'action gouvernementale interfère avec les attentes distinctes et raisonnables fondées sur l'investissement ; et c) la nature de l'action gouvernementale, y compris son objet, son contexte et son intention³⁰⁸¹. En outre, le traité devrait définir en termes généraux quelles sont les mesures ne constituant pas une expropriation indirecte. Par exemple, le CPTPP montre l'exclusion des mesures réglementaires non discriminatoires visant à protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé, la sécurité et l'environnement. En effet, l'annexe 9-B de l'accord contient des dispositions similaires à celles contenues dans le modèle de TBI des États-Unis et les ALE dits de dernière génération :

*3. The second situation addressed by Article 9.8.1
(Expropriation and Compensation) is indirect*

³⁰⁷⁹ *Saluka Investments B.V. c. Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 17 mars 2006, § 263.

³⁰⁸⁰ ISAKOFF (Peter), « Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments », *Global Business Law Review*, vol. 3, no. 2, 2013, p. 193.

³⁰⁸¹ Voir *e.g.* Annex 12-B(3)(a) de l'ALE Chine-République de Corée de 2015; Annex 9-B(3)(a) du CPTPP de 2018 ; Annex 2(3) de l'accord d'investissement 2017 entre l'ANASE (ou ASEAN) et Hong Kong, RAS de Chine; Annex 8-A(2) du CETA.

expropriation, in which an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure. (b) Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances.

Un autre exemple, à travers le CETA³⁰⁸² et l'ACEUM³⁰⁸³. Plus particulièrement, le CETA incorpore expressément le principe de proportionnalité en affirmant que les mesures réglementaires ne doivent pas interférer de façon extensive avec l'investissement. A cette fin, l'objet, le contexte, le but de la mesure ainsi que l'attente raisonnable de l'investisseur doivent être pris en compte. Dès lors, et comme le note le praticien Julien Fourret, les dispositions sur le droit de réglementer contenues dans le CETA sont suffisantes à protéger les États³⁰⁸⁴. Cette même disposition figure dans le modèle de TBI du Canada en date de 2014, nommée accord de promotion et de protection de l'investisseur étranger (« FIPA »)³⁰⁸⁵. Ces précisions textuelles sont bienvenues car elles permettent de concilier la protection des investisseurs avec le droit de réglementer des États dans le cadre de la régulation de l'expropriation indirecte.

830. Pour tenter de dissiper l'incertitude qui découle souvent de l'absence de frontière exacte entre l'expropriation indirecte et l'élaboration légitime d'une politique publique, le modèle de TBI de 2019 du Maroc précise les facteurs indicatifs à prendre en compte pour déterminer si une mesure constitue une expropriation indirecte³⁰⁸⁶. Surtout, il souligne que :

les mesures législatives et réglementaires de bonne foi et non discriminatoires prises par une Partie dans le but

³⁰⁸² Article 8.12 et Annexe 8-10, Chapitre 8 du CETA.

³⁰⁸³ Annex 14-B(3)(b) de l'ACEUM.

³⁰⁸⁴ FOURET (Julien) et BEAUCHARD (Renaud), « Le CETA offre-t-il de garanties suffisantes pour la préservation des législations sociales et environnementales ? », *Revue du droit de travail*, 2019, p. 378.

³⁰⁸⁵ Article 10 et Annexe B-10 du modèle de 2014 du FIPA.

³⁰⁸⁶ Article 10.8(b) du modèle marocain de TBI (les facteurs à prendre en compte au cas par cas sont : i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures en cause, étant entendu que le fait que la mesure ou la série de mesures prise (s) par une Partie aie (aient) un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à elle (s) seule (s) à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ; ii) la durée de la mesure ou la série de mesures ; iii) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes légitimes de l'investisseur ; iv) le caractère de la mesure ou de la série de mesures, y compris son but et si la mesure est disproportionnée par rapport au but d'intérêt public escompté.).

*de protéger ou améliorer les objectifs légitimes de bien-être public tels que la santé publique, la sécurité, l'environnement et le travail [...] ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent article et ne seraient donc soumises à aucune exigence de compensation*³⁰⁸⁷.

En offrant aux investisseurs une protection contre l'expropriation indirecte tout en garantissant que celle-ci n'empiète pas sur l'espace réglementaire d'un État, le modèle établit un équilibre subtil entre les intérêts des investisseurs et ceux des États.

831. En raison de la controverse que suscite cette clause, certains États excluent délibérément l'expropriation indirecte³⁰⁸⁸. Ces AII disposent que « *[f]or greater certainty, this Agreement only covers direct expropriation, which occurs when an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure* ». Le TBI Brésil-Inde de 2020³⁰⁸⁹ et le protocole d'investissement de coopération et de facilitation intra-MERCOSUR de 2017³⁰⁹⁰ excluent spécifiquement l'expropriation indirecte. Il convient de noter que l'exclusion de l'expropriation indirecte peut être perçue par les investisseurs comme réduisant considérablement la valeur protectrice de l'AII, car elle laisserait l'investisseur sans recours juridique pour certains types d'expropriation tels que les expropriations dites « *rampantes* » ou « *creeping* » ou encore « *disguised* »³⁰⁹¹. Néanmoins, l'investisseur peut toujours être en mesure d'introduire une demande si l'AII contient une norme de TJE.

c. La nation de la plus favorisée

832. La clause de la nation la plus favorisée (clause « **NPF** ») est définie comme une disposition conventionnelle par laquelle un État s'engage à accorder à un autre État le traitement le plus favorable dans une sphère de relations convenue³⁰⁹². Les clauses

³⁰⁸⁷ Article 10.8(c) du modèle marocain de TBI de 2019.

³⁰⁸⁸ Les accords de coopération et de facilitation des investissements (CFIA) du Brésil excluent systématiquement et explicitement l'expropriation indirecte. Voir par exemple Article 7 du CFIA entre Brésil-Guyane ; Article 7 CFIA entre Brésil-Émirats arabes unis ; Article 7 du CFIA Brésil-Suriname.

³⁰⁸⁹ Article 6.3 du TBI Brésil-Inde de 2020.

³⁰⁹⁰ Article 6.6 du Protocole d'investissement de coopération et de facilitation Intra-MERCOSUR 2017.

³⁰⁹¹ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 25.

³⁰⁹² « United Nations International Law Commission: Final Draft Articles On Most-Favored-Nation Clauses In Treaties Between States », *ILM*, vol. 17, no. 6, 1978, p. 1519.

NPF garantissent que les parties concernées agissent mutuellement d'une manière au moins aussi favorable que vis-à-vis des tiers. En d'autres termes, la clause NPF d'un TBI vise à créer des conditions de concurrence équitables pour tous les investisseurs étrangers, en interdisant à l'État hôte d'exercer une discrimination à l'encontre des investisseurs de différents pays. L'effet d'une clause NPF dans un TBI est d'élargir les droits de l'investisseur. C'est pourquoi les investisseurs étrangers ont préféré emprunter les conditions et dispositions avantageuses d'un autre TBI signé par l'État hôte avec un autre pays³⁰⁹³. Les clauses NPF soulèvent un certain nombre de controverses, concernant en particulier l'importation de normes de traités tiers, aussi appelé « *chalandage de traités* » (ou « *treaty shopping* ») et qui constitue une critique majeure de la jurisprudence dominante³⁰⁹⁴. C'est pourquoi il est important de revoir la rédaction de ces clauses. Les États devraient envisager plusieurs méthodes pour les améliorer lorsqu'ils concluent de nouveaux AII ou les modifient.

833. Pour le champ d'application de *ratione materiae* de la disposition, il est utile de faire la distinction entre son applicabilité aux garanties substantielles du traité et aux questions de règlement des différends, cette distinction étant controversée³⁰⁹⁵. Plus précisément, les clauses NPF sont généralement invoquées pour obtenir une protection matérielle plus favorable, telle qu'une définition plus large de l'expropriation ou de l'indemnisation. Cependant, elles ont également été invoquées pour obtenir des conditions procédurales plus avantageuses, comme le fait de contourner l'obligation de soumettre les différends aux tribunaux locaux avant d'entamer un arbitrage. La possibilité d'invoquer les dispositions plus favorables d'un AII en matière de règlement des différends malgré la clause NPF a fait l'objet de débats³⁰⁹⁶. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Gas Natural c. Argentine* a noté : « *the critical issue is whether or not the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties constitute part*

³⁰⁹³ SINGH (Amrit), « Avoiding the MFN Clause: One Step Forward, Two Steps Back? », *Kluwer Arbitration Blog*, 1 décembre 2018.

³⁰⁹⁴ *Idem*.

³⁰⁹⁵ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, supra note 80, p. 206.

³⁰⁹⁶ POULAIN (Bruno Jean), « Clauses de la Nation la Plus Favorisée et Clauses d'Arbitrage Investisseur-État \ : Est-ce la Fin de la Jurisprudence Maffezini ? », *ASA Bulletin*, vol. 25, issue. 2, 2007, p. 279.

of the bundle of protections granted to foreign investors by host states. »³⁰⁹⁷ À cet égard, le tribunal dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* a invoqué le « *principle of contemporaneity* »³⁰⁹⁸ pour décider que « *[w]hen the BIT was concluded nearly 25 years ago, the Contracting Parties could not have reasonably envisaged that it might apply to dispute settlement* »³⁰⁹⁹. Par conséquent, il est recommandé d'indiquer qu'une clause NPF ne s'applique pas aux dispositions concernant le règlement des différends. À titre d'illustration, seuls 3 % des TBI conclus entre 1962 et 2011 prévoient expressément que la clause NPF ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends d'autres AII³¹⁰⁰. Ce chiffre est passé à 33 % entre 2012 et 2014³¹⁰¹. Plus récemment l'ALE Australie-Chine de 2015³¹⁰² et le TBI Congo-Maroc de 2018³¹⁰³ prévoient que la clause NPF n'englobe pas les procédures de RDIE.

834. Un autre problème soulevé par la clause NPF est qu'elle peut effectivement multilatéraliser les avantages accordés par une partie au traité et exiger leur application à des investisseurs ou à des investissements qui ne seraient pas normalement couverts³¹⁰⁴. Par conséquent, les clauses NPF doivent limiter l'exigence d'un traitement comparable aux investisseurs et/ou aux investissements dans les pays suivants « *like circumstances* » ou « *similar situations* »³¹⁰⁵. La pratique récente en matière de traités montre qu'il est souhaitable d'inclure des critères explicites permettant de déterminer « *like circumstances* » pour les clauses NPF³¹⁰⁶. Parmi les autres suggestions de réforme, citons la nécessité de limiter la portée de la clause NPF

³⁰⁹⁷ *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentine*, CIRDI aff. n° ARB/03/10, Décision sur les questions préliminaires de compétence, 17 juin 2005, § 29.

³⁰⁹⁸ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. Uruguay*, CIRDI aff. n° ARB/10/7, Décision sur la compétence, 2 juillet 2013, § 49.

³⁰⁹⁹ *Ibid.*

³¹⁰⁰ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2016/3, mars 2016, p. 9.

³¹⁰¹ *Ibid.*

³¹⁰² Article 9.4.2 de l'ALE Australie-Chine de 2015.

³¹⁰³ Article 3.2 du TBI Congo-Maroc de 2018.

³¹⁰⁴ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 18.

³¹⁰⁵ SHIRLOW (Esmé) et DUGGAL (Kabir), « Most Favoured Nation Treatment », *Wiki Notes*, 30 juillet 2021, § 5.

³¹⁰⁶ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 18. Voir *e.g.* Article 6.3 du modèle de TBI de la Slovaquie de 2019 qui prévoit les facteurs suivants pour l'appréciation de « *like circumstances* »: « *business sector in which the investor operates, character of the measure, its nature, purpose, duration or and rationale* ».

dans tout accord d'investissement, de sorte que les investisseurs ne soient pas autorisés à invoquer les dispositions de traités conclus avec des tiers, tels que les accords de double imposition et les traités de coopération économique régionale³¹⁰⁷. L'ALE 2019 UE-Vietnam³¹⁰⁸ exclut de son champ d'application les services de communication à l'exception des services postaux, de télécommunication et ceux portant sur les loisirs et services sportifs³¹⁰⁹. Le TBI Émirats Arabes Unis-Uruguay de 2018 écarte quant à lui les convention internationales couvrant des questions fiscales. En outre, la limitation devrait s'étendre à l'interprétation de ce qui constitue un « *traitement* » dans la clause NPF, en établissant que les dispositions de fond d'autres AII ne relèvent pas de la clause NPF. Toutefois, étant donné que chaque traité est négocié en fonction de la politique et des objectifs spécifiques des États contractants bilatéraux, ces derniers peuvent envisager d'exclure complètement l'octroi du traitement NPF. Par exemple, le modèle indien d'accord bilatéral d'investissement de 2016 a complètement écarté la disposition NPF à la suite de l'affaire *White Industries c. Inde*³¹¹⁰, qui a entraîné un changement dans l'approche de l'État à l'égard des traités d'investissement. Dans le contexte de la double imposition, l'exclusion des clauses NPF a été signalée comme une condition *sine qua non* pour les pays à revenu faible ou intermédiaire, l'Afrique du Sud et l'Inde en étant les exemples les plus marquants³¹¹¹. Le modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune, ainsi que le modèle de convention des Nations Unies sur les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, excluent tous deux les clauses NPF dans leur intégralité³¹¹².

³¹⁰⁷ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Aggregator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020, p. 18.

³¹⁰⁸ Article 2.4.4.b de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Vietnam de 2019 (« *Le paragraphe 1 ne peut être interprété comme obligeant une partie à étendre aux investisseurs de l'autre partie ou aux investissements visés le bénéfice: b) de tout traitement résultant d'un accord international visant à éviter la double imposition ou de tout autre accord ou arrangement international concernant exclusivement ou principalement la fiscalité* »).

³¹⁰⁹ Article 2.4.2.b du Chapitre 2 de l'Accord de libre-échange entre l'UE et Vietnam.

³¹¹⁰ *White Industries Australia Limited c. Inde*, CNUDCI, Sentence finale, 30 novembre 2011.

³¹¹¹ Par exemple, la Convention de double imposition (DTAA) Afrique du Sud-Koweït, Afrique du Sud-Suède et Inde-Pays-Bas illustrent la nécessité de supprimer les clauses NPF aux fins des conventions de double imposition.

³¹¹² KAPOOR (Deepak), « The MFN Clause in Tax Treaties as Jeopardising Tax Revenue for Lower-Income Countries », *International Centre for Tax and Development*, 23 août 2021.

d. La clause parapluie

835. Une clause parapluie est une disposition qui garantit le respect des obligations contractées à l'égard des investissements réalisés par les investisseurs sur le territoire de l'État hôte, autre partie contractante. Ces clauses sont appelées clauses parapluie car elles placent les engagements contractuels et autres obligations sous le parapluie protecteur du traité³¹¹³. En tant que telles, les clauses parapluie ouvrent la voie à un « *nouveau chef de compétence des tribunaux arbitraux désignés par les traités bilatéraux sur les investissements, en particulier les tribunaux CIRDI* »³¹¹⁴. Les clauses parapluie peuvent obliger un État hôte à « *observe any obligation it may have entered into* » ou de « *constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into* » ou « *observe any obligations it has assumed* » avec certains investisseurs ou en ce qui concerne leurs investissements³¹¹⁵. Par ailleurs, différentes dispositions sont parfois arbitrairement et incorrectement regroupées sous l'appellation de *clause parapluie*. L'interprétation des clauses parapluie a par ailleurs fait l'objet d'un débat considérable. Comme le Professeur Lemaire l'a noté avec éloquence : « *S'agissant d'un engagement aussi obscur en apparence, les polémiques sont nombreuses.* »³¹¹⁶ Le Professeur Christoph Schreuer a également déclaré que :

*[p]roblems could still arise if investors were to start using umbrella clauses for trivial disputes. It cannot be the function of an umbrella clause to turn every minor disagreement on a detail of contract performance into an issue for which international arbitration is available*³¹¹⁷.

La problématique de l'interprétation des clauses parapluie n'est pas nouvelle dans le domaine du RDIE. Les tribunaux arbitraux ont été et continuent d'être confrontés à l'ambiguïté de la portée de la clause parapluie, qui résulte de sa formulation générale

³¹¹³ DOLZER (Rudolf) et SCHREUER (Christoph), *Principles of International Investment Law*, *supra* note 80, p. 166.

³¹¹⁴ TEYNIER (Eric), « Les 'umbrella clauses' », *Gazette du Palais*, n° 342, 7 décembre 2004, p. 9.

³¹¹⁵ SINCLAIR (Anthony), « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International*, vol. 20, issue 4, 2004, p. 412.

³¹¹⁶ LEMAIRE (Sophie), « La mystérieuse 'umbrella clause' (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *supra* note 826, p. 479.

³¹¹⁷ SCHREUER (Christoph), « Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road », *Journal of Investment & Trade Law*, vol. 5, no. 2, 2004, p. 255.

et non spécifique³¹¹⁸. Comme l'a observé le Professeur Ben Hamida : « *La controverse continue depuis ces deux sentences à ce jour. A vrai dire, nous sommes en train de vivre un match de 'ping pong' entre différents tribunaux ou un jeu de miroirs croisés* »³¹¹⁹. En effet, cette contradiction peut être rationalisée en raison de la rédaction de la clause parapluie entraînant un « *engagement aussi vaste que vague* »³¹²⁰. De plus, la formulation des clauses parapluie dans les traités d'investissement n'est pas uniforme³¹²¹. C'est pourquoi, affirmer simplement que « *par l'umbrella clause, l'Etat s'oblige à respecter ses autres obligations ou ses autres engagements en rapport avec l'investissement étranger* » n'est pas suffisant³¹²². La préoccupation des critiques en matière d'interprétation, notamment dans le cadre des affaires *SGS*³¹²³, continue de perdurer, les tribunaux adoptant des approches différentes lorsqu'ils décident de la question de savoir si une clause parapluie confère à une obligation contractuelle le caractère d'une demande en vertu d'un TBI³¹²⁴.

836. Un certain nombre de questions peuvent se poser lorsqu'une clause parapluie est invoquée. Les demandes contractuelles peuvent-elles être élevées au rang de demandes conventionnelles ? Les accords commerciaux entrent-ils dans le champ d'application de la clause parapluie ? Les investisseurs ont-ils le droit d'introduire des réclamations en raison de la violation d'obligations par une entité infra-étatique ?³¹²⁵ La clause parapluie protège-t-elle un investisseur contre le non-respect par l'État de ses

³¹¹⁸ DE SOUZA FLEURY (Raul Pereira), « Umbrella Clauses: a Trend Towards Its Elimination », *Arbitration International*, vol. 31, no. 1, 2015, p. 679.

³¹¹⁹ BEN HAMIDA (Walid), « Droit des investissements et ordre substantiel », *supra* note 3070, p. 134.

³¹²⁰ LEMAIRE (Sophie), « Treaty Claims et Contract Claims: la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2006, n° 2, 2006, p. 384.

³¹²¹ LEMAIRE (Sophie), « La mystérieuse 'umbrella clause' (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *supra* note 826, p. 482, § 6.

³¹²² *Idem.* p. 484, § 12.

³¹²³ ANTONY (Jude), « Umbrella Clauses Since *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Phillipines* – A Developing Consensus », *Arbitration International*, vol. 29, no. 4, 2013, p. 608.

³¹²⁴ DE SOUZA FLEURY (Raul Pereira), « Umbrella Clauses: a Trend Towards Its Elimination », *supra* note 3118, p. 691 (« *States should make every effort to tailor each treaty to reflect their intents. It could be the case that States did not know what they were agreeing when signing a treaty that contains the undertaking to observe any commitments it enters with the investor of the other State, because a clause so general in its wording could go unnoticed. So now they might be waking up to a current trend towards the rejection of umbrella clauses in BITs, Model BITs, and other multilateral treaties, after experiencing its consequences.* »).

³¹²⁵ LEMAIRE (Sophie), « Décision du 25 septembre 2007, Comité *ad hoc*, CMS Gas Transmission Company c/ République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/8 : portée de l'umbrella clause contenue dans le TBI États Unis / Argentine », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2007, n° 4, 2007, p. 908.

engagements unilatéraux en matière d'investissement ?³¹²⁶ D'autres préoccupations concernent l'exigence de l'exercice de la puissance publique, qui a pour effet de rompre un contrat, ainsi que la question de savoir si les actionnaires et sociétés mères qui n'ont pas signé le contrat public peuvent bénéficier de la clause parapluie³¹²⁷. Les tribunaux ont abordé ces questions de différentes manières³¹²⁸. Des difficultés d'interprétation particulières surgissent lorsque l'obligation sous-jacente aux réclamations fondées sur la clause parapluie est stipulée dans un contrat comportant une clause d'élection de for exclusive. Le défi auquel sont confrontés les tribunaux est de savoir comment traiter une telle clause de désignation du for dans un contrat sous-jacent et la clause de règlement des différends dans le TBI³¹²⁹. Les doutes entourant la hiérarchie entre les clauses parapluie et les clauses d'élection de for dans les contrats publics, ainsi que la portée des clauses parapluie, nuisent à leur utilité dans un traité d'investissement. Par conséquent, il y a eu une tendance à l'élimination des clauses parapluie des accords d'investissement (bilatéraux ou multilatéraux) ainsi que des modèles de traités d'investissement. Plusieurs nouvelles versions de TBI, dans des pays comme l'Inde, la Norvège, la France et le Canada, ainsi que des traités multilatéraux d'investissement renommés comme l'ALENA, le CETA et le CPTPP, ont opté pour l'exclusion totale des clauses parapluie³¹³⁰. Par exemple, en 2016, les États ont conclu 37 nouveaux AII³¹³¹, et l'étude de 18 d'entre eux révèle que seulement deux accords prévoient une clause parapluie, confirmant ainsi une tendance observée par la CNUCED depuis 2014³¹³². Cette tendance que l'on perçoit actuellement pourrait être une réponse, entre autres, aux difficultés d'interprétation de la norme de protection la plus controversée du droit international des investissements.

³¹²⁶ LEMAIRE (Sophie), « La mystérieuse 'umbrella clause' (Interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements) », *supra* note 826, pp. 487-490.

³¹²⁷ LEMAIRE (Sophie), « Décision du 25 septembre 2007, Comité *ad hoc*, CMS Gas Transmission Company c/ République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/8 : portée de l'umbrella clause contenue dans le TBI États Unis / Argentine », *supra* note 3125, p. 910.

³¹²⁸ DE SOUZA FLEURY (Raul Pereira), « Umbrella Clauses: a Trend Towards Its Elimination », *supra* note 3118, p. 680.

³¹²⁹ SISI (Tang), « The Endangered Umbrella Clause: To Save It or to Leave It », *supra* note 784, p. 102.

³¹³⁰ DE SOUZA FLEURY (Raul Pereira), « Umbrella Clauses: a Trend Towards Its Elimination », *supra* note 3118, p. 680.

³¹³¹ UNCTAD, *World Investment Report 2017: Investment and Digital Economy*, 2017, p. 111.

³¹³² *Idem.* pp. 120-121.

2. Mise en balance du droit de l'État hôte à réglementer et des obligations des investisseurs en matière de développement durable

837. Les TBI ne se limitent plus à accorder des protections aux investisseurs étrangers afin d'attirer les IDE. Les États ont tout intérêt à protéger leurs droits réglementaires et à conserver leur marge de manœuvre pour adopter des lois dans l'intérêt public sans être soumis à la contestation des investisseurs étrangers. Dans le même temps, il existe une pression croissante en faveur d'investissements plus responsables et d'obligations en matière de développement durable. Cette Section s'attarde ainsi sur les outils de rédaction des traités permettant d'atteindre un meilleur équilibre avec les objectifs politiques des États.

a. Droit de l'État hôte à réglementer

838. En matière de rééquilibrage du droit international des investissements et du RDIE dans le cadre de la réforme actuelle, il convient de distinguer le fond, c'est-à-dire le droit international des investissements, et la procédure, le RDIE, notamment l'arbitrage³¹³³.

839. La plupart des TBI des années 90 ne contiennent pas de dispositions sur le droit des États de réglementer ; ainsi les États ont désormais changé leur position à l'égard des traités d'investissement notamment en tentant de rééquilibrer leurs droits et obligations dans les AII avec ceux des investisseurs. Néanmoins, les États répondent différemment aux sentences arbitrales et aux critiques portant sur le système de l'arbitrage d'investissement. En réponse à ces inquiétudes liées au développement durable, de récents AII contiennent des dispositions expresses dans leur préambule affirmant le droit des États de réglementer (dans les domaines de la protection de la santé, de la sécurité, du droit du travail et de l'environnement. Ces récents AII affirment également la volonté de soutenir les standards de protection en matière d'investissement et de prévoir des clauses d'exception sur la protection de l'environnement, de la santé et de la stabilité financière³¹³⁴. Ces développements méritent une attention particulière car ils portent sur le droit des États de réglementer et peuvent servir leurs intérêts en dépit de leurs obligations envers les investisseurs.

³¹³³ BALTAG (Crina), « Reforming the ISDS System: In Search of a Balanced Approach », *supra* note 1031, p. 291.

³¹³⁴ CNUCED, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, IIA Issues Note, No. 1, février 2015, pp. 1 et 3.

Les préoccupations de gel réglementaire ayant été largement relayées, la Commission a décidé que tous les futurs AII incluraient des dispositions ayant pour objectif « *to ensure that investment protection rules do not undermine the right to regulate*. L'Accord de protection des investissements d'EVIPA contient de nombreuses dispositions en rapport avec le droit de réglementer, qui incluent le droit de « *achieve legitimate policy objectives for public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection, or promotion of cultural diversity*.»³¹³⁵ Ces différents développements montrent qu'il existe une attention toute particulière à l'égard du besoin pour les États de protéger leur droit de réglementer dans l'intérêt public. Une résolution du Parlement européen en date du 8 juillet 2015 à propos du TTIP dispose que « *definitions of investor and investment should be drawn up in a precise legal manner protecting the right to regulate in the public interest* ». L'utilisation de techniques de rédaction de traités telles que la formulation d'exceptions, d'exclusions et de réserves ont, par conséquent, été incluses au sein des nouveaux accords en vue d'accroître la clarté des traités d'investissement et leur champ d'application, tout en protégeant les objectifs de développement durable et le droit des États de réglementer.

840. Plusieurs AII ont prévu des exceptions dans le cadre des demandes relative à une expropriation indirecte en présence de mesures réglementaires non-discriminatoires adoptées dans l'intérêt public. Comme exposé précédemment, tel est le cas du CPTPP³¹³⁶. Le CPTPP s'appuie sur le fait que les mesures régulatrices non discriminatoires ont pour but de protéger le bien-être de la population et ne constituent pas des mesures d'expropriation, sauf dans de rares exceptions. A travers l'emploi de ces techniques de rédaction de traités, les tribunaux, appliquant ces derniers, doivent établir au cas par cas si la mesure tombe dans l'une ou l'autre des catégories en analysant notamment : (i) l'impact économique de la décision gouvernementale, (ii) l'étendue avec laquelle le gouvernement interfère avec les attentes définies et raisonnables de l'investisseur sur son investissement, et (iii) le caractère de l'action gouvernementale.

³¹³⁵ Article 2.2 de l'EVIPA.

³¹³⁶ Annexe 9-B du CPTPP.

841. Également, il existe une clause d'exception générale à l'article 9.16 du CPTPP nommée « *Investissements et objectifs en matière d'environnement, de santé, et autres objectifs réglementaires* », celle-ci dispose que :

Aucune disposition du présent chapitre n'est interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure, par ailleurs compatible avec le présent chapitre, qu'elle considère appropriée pour veiller à ce que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement ou de santé ou d'autres objectifs réglementaires.

Le gouvernement aura la possibilité de réglementer de manière appropriée les domaines de l'environnement ou de la santé, tout en préservant la compatibilité des mesures avec le chapitre sur les investissements. En cas de litige, le tribunal devra déterminer s'il y a conformité entre la mesure problématique et les dispositions du traité. De plus, les arbitres devront décider si en vertu du Chapitre 9, article 9.10.3(d) et (h), une mesure est appliquée de façon arbitraire et injustifiée, ou si elle constitue une restriction déguisée au commerce international et à l'investissement.³¹³⁷ Il convient de garder en mémoire que le droit international coutumier, tel que dans l'annexe 9-A, ne s'applique pas nécessairement pour définir ce qu'est une mesure arbitraire dans le contexte de l'articles 9.10.3(d) et (h).

842. En effet, ces techniques d'exception ont été de plus en plus utilisées ces dernières années, comme en témoigne la Partie I, Titre I, Chapitre 1, sur le droit de réglementer, et notamment l'exclusion de l'article 29.5 du CPTPP relatif à la lutte antitabac et l'exception concernant le droit de réglementer contenue dans le CETA³¹³⁸. Dans le même ordre d'idées, l'accord Arménie-Singapour de 2019 sur le développement du commerce des services et de l'investissement a exclu le RDIE en cas de plaintes relatives à toute mesure adoptée, maintenue ou à tout dispositif en rapport avec le tabac ou les produits liés au tabac³¹³⁹. De même, le CEPA Australie-Indonésie de 2019

³¹³⁷ Chapitre 9, Article 9-10.3(d)(h) du CPTPP.

³¹³⁸ Articles 8.9 « Investissement et mesures réglementaires » du CETA.

³¹³⁹ Article 3.14 de l'Accord Arménie-Singapour de 2019 sur le commerce des services et des investissements.

écarter l'utilisation du RDIE concernant les mesures de santé publique³¹⁴⁰. En outre, certains traités refusent les demandes fondées sur des mesures relatives à la protection de l'environnement et du travail du RDIE³¹⁴¹. En particulier, dans le cadre du KAFTA, les différends liés aux dispositions relatives à l'environnement sont explicitement exclus. Par ailleurs, une nouvelle tendance a été observée dans les AII récents, à savoir l'inclusion d'exceptions pour la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale ou la conservation des ressources naturelles épuisables³¹⁴². Par conséquent, les États, en tant que principales parties à le RDIE peuvent adopter des approches adaptées lors de la négociation ou la renégociation de leurs AII, et ainsi répondre à aux préoccupations d'intérêt public, comme la protection de l'environnement, les droits de l'homme, les droits du travail et la santé publique sur leur territoire ou concernant leurs ressortissants.

b. Les obligations des investisseurs en matière de développement durable

843. Même si les investissements étrangers contribuent au développement économique du pays d'accueil, ils peuvent aussi engendrer une détérioration de l'environnement, des droits sociaux et de la santé publique. Les critiques soutiennent que les traités d'investissement se concentrent fortement sur les obligations des États, négligeant celles des investisseurs de se conformer aux lois de l'État hôte relatives à l'investissement responsable. Néanmoins, un certain nombre de décisions arbitrales récentes ont démontré que la conduite inappropriée de l'investisseur, telles que la corruption, la fraude ou la violation du droit national, peut compromettre ou même entraîner le rejet de la demande de l'investisseur³¹⁴³. Jusqu'à présent, peu d'attention a été consacrée au rôle des investisseurs en matière de contribution sociétale au pays hôte, en dehors de leurs stricts apports économiques. Pour rééquilibrer la donne, certains États ont imposé des obligations tangibles aux investisseurs en matière de

³¹⁴⁰ Article 14.21(1)(2) du CEPA Australie-Indonésie (« *no claim may be brought under this Section ... in relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health* »).

³¹⁴¹ Articles VII(5) et VIII(4) du TBI Belgique-Luxembourg-Colombie de 2009.

³¹⁴² Article 20 du TBI Bénin-Canada de 2013 ; Article 18 du TBI Japon-Mozambique de 2013 ; Article 17 du TBI entre le Canada et la République-Unie de Tanzanie de 2013.

³¹⁴³ LAMM (Carolyn) *et al.*, « From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, issue 2, 2014, pp. 328-349.

contribution au développement durable dans l'État hôte. À ce propos, le Professeur Georgios Dimitropoulos a noté que :

*The development of the international investment regime shows that the reform effort and discussion in international investment law needs to move beyond the ISDS confines in which it has been limited so far to also include reform in the substantive law and administrative procedures of States and of international treaties*³¹⁴⁴.

Désormais, un nombre croissant de traités d'investissement prévoient des dispositions substantielles visant à « *widen the host state's policy space and impose corresponding obligations on investors* »³¹⁴⁵. Les obligations substantielles nouvellement introduites ont tendance à porter principalement sur l'environnement, les droits du travail, la lutte contre la corruption et les droits humains³¹⁴⁶. Les États intègrent des innovations en matière de développement durable dans les nouveaux AII, en particulier des obligations pour les investisseurs, notamment des clauses relatives à la non-réduction des normes, à la responsabilité sociétale des entreprises (« **RSE** ») et aux études d'impact³¹⁴⁷. Ainsi depuis 2010, le Canada a incorporé des dispositions volontaires en matière de RSE dans plusieurs de ses TBI. L'article 16 du TBI entre le Canada et le Nigéria de 2014, par exemple, stipule que :

Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognized standards of corporate social responsibility in their

³¹⁴⁴ DIMITROPOULOS (Georgios), « The Conditions for Reform: a Typology of 'Backlash' and Lessons for Reform in International Investment Law and Arbitration », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, issue 3, 2019, p. 432.

³¹⁴⁵ KIDANE (Won), « Sustainable Development Obligations and Access to Treaty Remedies in Contemporary Investment Treaties and Models », in ENGELMAYER KALICKI (Jean) et RAOUF (Mohamed) (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 20, 2019, p. 294.

³¹⁴⁶ *Ibid.*

³¹⁴⁷ UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform: Recent Developments*, IIA Issues Notes, No. 3, juin 2019, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/5, p. 9 (soulignant les principales caractéristiques des nouveaux AII qui contiennent des dispositions sur le développement durable et en particulier des disposition qui visant à : (a) souligner l'importance générale du développement durable (par exemple, dans le préambule ou clause sur les objectifs) (b) préserver la flexibilité des politiques (par exemple, exceptions pour la santé, l'environnement, les politiques sociales) (c) guider le comportement des gouvernements et les attentes des investisseurs (par exemple, clauses sur la non-réduction des normes, RSE, évaluations d'impact, etc.) ; voir aussi UNCTAD, *Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties*, IIA Issues Note, No. 2, juin 2017, UNCTAD/DIAE/PCB/2017/2, p. 2 (« *Sustainable development-oriented IIA reform has entered the mainstream of international investment policymaking* »).

practices and internal policies, such as statements of principle that have been endorsed or are supported by the Parties. These principles address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.

Bien qu'elle soit toujours fondée sur la conformité volontaire des investisseurs, cette disposition incite les États parties à souligner l'importance des normes de RSE à leurs ressortissants qui investissent à l'étranger. Le Canada a inséré des dispositions similaires dans ses TBI récents avec le Bénin, le Cameroun, le Sénégal, le Mali, la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso et la Guinée³¹⁴⁸. Bien que d'autres États aient formulé différemment les obligations en matière de RSE, certains étant moins engageants que le Canada³¹⁴⁹ et d'autres plus exigeants, la plupart des dispositions en matière de RSE couvrent des sujets similaires relatifs à l'impact domestique des investissements étrangers. Par exemple, le modèle TBI indien de 2016 met l'accent sur le respect des normes de RSE par les investisseurs en leur imposant notamment d'intégrer certaines normes de RSE mondialement reconnues au sein de leurs pratiques et de leurs politiques internes³¹⁵⁰.

844. De telles normes de RSE figurent au premier rang des efforts de réforme, particulièrement dans les accords brésiliens sur la coopération et la facilitation des investissements (« **ACFI** ») dans lequel l'article 15 énonce des obligations de RSE incombant aux investisseurs, singulièrement la contribution au progrès économique, social et environnemental, en vue de promouvoir le développement durable dans l'État hôte³¹⁵¹. De même, le Maroc a entrepris une révision de son modèle d'accord bilatéral

³¹⁴⁸ WILLARD (Rainbow) et MORREAU (Sarah), « The Canadian Model BIT—A Step in the Right Direction for Canadian Investment in Africa? », *Kluwer Arbitration Blog*, 18 July 2015.

³¹⁴⁹ Article 9.17 du PTP (« *Les Parties réaffirment qu'il est important que chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer volontairement, dans leurs politiques internes, les normes, les lignes directrices et les principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises que la Partie a avalisés ou appuyés.* »). La conformité des parties à cette disposition semble totalement non contraignante, et la disposition limite son applicabilité aux seules normes de RSE avec lesquelles une partie est d'accord.

³¹⁵⁰ Article 12 du modèle indien de TBI de 2016.

³¹⁵¹ Article 15 des accords brésiliens sur la coopération et la facilitation des investissements (« **ACFIs** ») mis en place par le gouvernement brésilien depuis 2015 ; voir Article 10 de l'ACFI Brésil-Mozambique (« *[t]he investors and their investments shall strive to carry out the highest level possible of contributions to the sustainable development of the host State and the local community, by means of the adoption of a high degree of socially responsible practices, taking as a reference the voluntary principles and standards* »).

d'investissement en utilisant une approche rationnelle et flexible³¹⁵², plaçant le développement durable au centre de son régime d'investissement international³¹⁵³. Le modèle marocain de TBI de 2019 prévoit que les investisseurs devront contribuer au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale, et appliquer certaines normes, comme les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales³¹⁵⁴. De surcroît, le texte exige des investisseurs qu'ils se conforment aux lois et règlements de l'État hôte³¹⁵⁵ et qu'ils assurent la gestion et l'exploitation de leurs investissements en se conformant aux prescriptions internationales en matière d'environnement et de droit du travail ainsi qu'aux obligations en matière de droits humains auxquelles les États signataires sont parties³¹⁵⁶. Il faut noter que le TBI Iran-Slovaquie de 2016 impose aux investisseurs des obligations en matière de RSE en exigeant des sociétés qu'elles appliquent les normes nationales et internationales de gouvernance d'entreprise³¹⁵⁷. Le modèle de TBI de la Communauté de Développement de l'Afrique Australe (« SADC ») impose également aux investisseurs l'obligation de respecter les droits humains, le droit du travail et l'environnement³¹⁵⁸, ainsi que les normes de RSE³¹⁵⁹. Certains traités prévoient que les investisseurs sont tenus de « *strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State* » en s'efforçant de contribuer à « *economic, social and environmental progress, aiming at achieving sustainable development* »³¹⁶⁰. Par ailleurs, un nombre limité d'AII comportent des clauses prévoyant la responsabilité des investisseurs dans leur État d'origine, comme le modèle de TBI néerlandais de 2019, le TBI Maroc-Nigeria de 2016 et le modèle de

³¹⁵² EL-KADY (Hamed) et RWANANGA (Yvan), « Morocco's New Model BIT: Innovative features and policy considerations », *Investment Treaty News*, 20 juin 2020.

³¹⁵³ *Idem*.

³¹⁵⁴ Article 20 du modèle de TBI du Maroc de 2019 ; EL-KADY (Hamed) et RWANANGA (Yvan), « Morocco's New Model BIT: Innovative Features and Policy Considerations », *Investment Treaty News*, 20 juin 2020.

³¹⁵⁵ Article 18.1 du modèle de TBI du Maroc de 2019.

³¹⁵⁶ Article 18.6 du modèle de TBI du Maroc de 2019.

³¹⁵⁷ Article 10.3 du TBI Iran-Slovaquie de 2016.

³¹⁵⁸ Article 15 du modèle de TBI de la Communauté de développement de l'Afrique australe de 2012.

³¹⁵⁹ Article 16 du modèle de TBI de la Communauté de développement de l'Afrique australe de 2012.

³¹⁶⁰ Articles 15.1 and 15.2 de l'ACFI entre le Brésil-Suriname de 2018.; voir aussi Article 9 de l'ACFI entre le Brésil-Malawi de 2015 ; Article 24 du TBI Maroc-Nigeria de 2016 (notant « *investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community* »).

TBI de la SADC de 2012³¹⁶¹. De plus, le TBI Iran-Slovaquie de 2016, en complément de créer des obligations positives incombant aux investisseurs, prévoit également une perte de la protection assurée par le traité en leur interdisant l'accès au RDIE en cas de violation des lois de l'État hôte³¹⁶². Par ailleurs, tant le TBI Iran-Slovaquie de 2016³¹⁶³ que le modèle de TBI de la SADC prévoient la possibilité pour l'État hôte de formuler une demande reconventionnelle à l'encontre de l'investisseur en cas de violation du traité³¹⁶⁴.

845. A cet égard, les AII connaissent une véritable mutation, passant de l'objectif initial de protection des investissements étrangers dans un contexte d'après-guerre à la préservation à plus grande échelle de la souveraineté des États et le respect d'autres obligations internationales³¹⁶⁵. Selon le Professeur Adeline Michoud :

Le cadre actuel des traités d'investissement doit être complété pour intégrer pleinement les considérations relatives aux droits de la personne et à l'environnement dans la réglementation des relations entre l'État et les investisseurs³¹⁶⁶.

À ce jour, il semblerait que les traités internationaux d'investissement récents cherchent principalement à préserver ou élargir les pouvoirs réglementaires des États hôtes³¹⁶⁷. Cependant, certains AII vont plus loin en formulant des obligations positives destinées au développement durable³¹⁶⁸. En effet, une meilleure rédaction des traités d'investissement ne se limite pas au vocabulaire choisi ni à la possibilité de formuler certaines exceptions mais concerne également la substance du droit encadrant les

³¹⁶¹ Article 7(4) du modèle néerlandais de TBI de 2018 ; Article 20 du TBI Maroc-Nigeria de 2016 ; Article 17(2) du modèle 2012 de TBI de la Communauté de développement de l'Afrique australe.

³¹⁶² Article 14.2 du TBI Iran-Slovaquie de 2016.

³¹⁶³ Article 14.3 du TBI Iran-Slovaquie de 2016.

³¹⁶⁴ Article 19.2 du modèle 2012 de TBI de la Communauté de développement de l'Afrique australe.

³¹⁶⁵ Voir *e.g.* Articles 22 et 24 du Projet de code panafricain des investissements (ou « **Draft Pan-African Investment Code** » ou « **PAIC** ») (il convient de noter qu'il n'y a pas beaucoup d'informations publiques sur la négociation du projet, à l'exception du projet de texte de mars 2016). Voir généralement Nations Unies, Commission économique pour l'Afrique, Comité d'experts (trente-cinquième réunion), Projet de code panafricain des investissements, E/ECA/COE/35/18, 26 mars 2016 ; Article 15.1 du modèle de TBI de SADC (*e.g.* prévoyant une obligation pour les investisseurs « *to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located* ») ; Articles 12 et 13 du modèle de TBI de l'Inde de 2016.

³¹⁶⁶ MICHOU (Adeline), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement: une question de (ré)équilibre », *supra* note 2956, p. 429.

³¹⁶⁷ KIDANE (Won), « Sustainable Development Obligations and Access to Treaty Remedies in Contemporary Investment Treaties and Models », *supra* note 3145, pp. 313-314.

³¹⁶⁸ *Ibid.*

investissements. Ce sont des considérations que les États doivent prendre en compte lorsqu'ils rédigent leur modèle de TBI, lorsqu'ils concluent de nouveaux TBI et lorsqu'ils les renégocient.

D. La réforme du RDIE au niveau des traités : RDIE à la carte

846. Les AII et les modèles d'accords bilatéraux d'investissement récents tiennent compte des critiques formulées à l'encontre du RDIE en limitant de plus en plus le recours des investisseurs au RDIE³¹⁶⁹. En effet, comme les États ne souhaitent pas dissuader les investisseurs étrangers potentiels, il est « *nécessaire d'avoir des instruments qui permettent d'assurer que le marché de l'État reste attractif* »³¹⁷⁰. Considérant que les objectifs de négociation des pays peuvent varier dans le temps et selon les circonstances - tant externes qu'internes, les États ont commencé à conclure différentes variantes de RDIE. Ces réformes peuvent avoir des impacts considérables sur l'évolution du système actuel. Depuis la première affaire introduite sur le fondement d'un TBI en 1990³¹⁷¹, la majorité des différends en matière d'investissement ont été initiés sur la base d'un consentement exprimé au sein d'un AII applicable.

847. Quelques options de réforme ont été envisagées pour le règlement des différends en matière d'investissement, notamment l'amélioration de la procédure d'arbitrage en vigueur afin de la simplifier et de la rendre plus transparente, la prise en compte des préoccupations relatives à la nomination des arbitres, et la réduction de la portée et de l'étendue des demandes présentées par les investisseurs afin d'éviter que des demandes dénuées de fondement et de mauvaise foi ne perturbent le système³¹⁷². Le choix du mécanisme de règlement des différends dépendra en grande partie des priorités politiques et sociales de l'État, du pouvoir de négociation respectif, de la capacité à faire face à des réclamations, et du passif de l'État vis-à-vis du RDIE³¹⁷³. Les États

³¹⁶⁹ CAZALA (Julien), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *supra* note 3058, p. 81 (« *Cela a conduit un grand nombre d'États à encadrer beaucoup plus strictement dans leurs traités les plus récents les conditions dans lesquelles un investisseur étranger pourra recourir à l'arbitrage international pour régler ses différends avec l'État.* »).

³¹⁷⁰ *Idem.* p. 91.

³¹⁷¹ *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka*, CIRDI aff. n° ARB/87/3, Sentence finale, 27 juin 1990.

³¹⁷² UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 2018, pp. 48-49.

³¹⁷³ *Idem.* p. 48.

peuvent donc envisager de restreindre l'accès des investisseurs à l'arbitrage d'investissement, en réduisant le champ d'application de la procédure, en limitant l'éventail des recours arbitrables et en fixant des délais³¹⁷⁴. Pour illustrer notre propos, le modèle de TBI de 2019 du Maroc a réduit la portée des différends pouvant être soumis au RDIE³¹⁷⁵. En effet, seuls les différends en violation de la Section II intitulée « *Obligations des parties* » peuvent être soumis au RDIE à condition que cette violation cause un dommage³¹⁷⁶. Les investisseurs ne peuvent pas non plus introduire de recours trois ans après la date à laquelle ils ont eu connaissance de l'événement à l'origine de celui-ci³¹⁷⁷. En vertu de l'accord bilatéral Chine-Canada de 2012, les investisseurs du secteur financier sont davantage limités en termes de demandes d'arbitrage, considérant qu'ils ne sont autorisés à introduire des recours qu'en cas d'expropriation ou de restrictions des transferts³¹⁷⁸.

848. Les États peuvent également recourir à des dispositifs de filtrage afin de diriger les affaires sensibles vers le règlement des différends entre États et d'introduire davantage de conditions concernant le règlement des litiges à l'échelle locale. Par exemple, l'accord bilatéral de 2019 entre le Belarus et la Hongrie prévoit un délai de trois ans pour soumettre des demandes de règlement de différends³¹⁷⁹. Le modèle de TBI de l'Inde 2016 exige que les recours devant les tribunaux nationaux soient maintenus pendant au moins cinq ans³¹⁸⁰. Le TBI Inde-Kirghizstan de 2019 a adopté

³¹⁷⁴ *Ibid.*

³¹⁷⁵ Article 28.2 du modèle de TBI de Maroc de 2019.

³¹⁷⁶ *Ibid.* (« *La présente Section s'applique aux différends soulevés par un investisseur en relation avec son investissement si et seulement si : d'une part, la Partie défenderesse a manqué à une obligation prévue à la Section II du présent Accord ; et d'autre part, l'investisseur en question a subi une perte ou un dommage en raison ou par suite de ce manquement.* »).

³¹⁷⁷ Article 28.6 du modèle de TBI de Maroc de 2019.

³¹⁷⁸ Article 20(1) du TBI Canada-Chine de 2012 (« *An investor of a Contracting Party may submit to arbitration under this Part a claim that the other Contracting Party has breached an obligation: (a) under Articles 2 to 7(2), 9, 10 to 13, 14(4) or 16, if the breach is with respect to investors or covered investments of investors to which sub-paragraph (b) does not apply, or (b) under Article 10 or 12 if the breach is with respect to investors of a Contracting Party in financial institutions in the other Contracting Party's territory or covered investments of such investors in financial institutions in the other Contracting Party's territory, and that the investor or a covered investment of the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.* »).

³¹⁷⁹ Article 9.6 du TBI Biélorussie-Hongrie de 2019.

³¹⁸⁰ Article 15.2 du modèle de TBI de l'Inde de 2016 (« *Where applicable, if, after exhausting all judicial and administrative remedies relating to the measure underlying the claim for at least a period of five years from the date on which the investor first acquired knowledge of the measure in question, no resolution has been reached satisfactory to the investor, the investor may commence a proceeding under this chapter by transmitting a notice of dispute ("notice of dispute") to the Defending Party.* »).

la règle de l'épuisement des recours³¹⁸¹. Lorsqu'une partie contractante cherche à exclure le RDIE au motif que cela favorise les demandes infondées et opportunistes, une protection contre les demandes futiles et d'autres garanties procédurales réduisant l'exposition des gouvernements hôtes peuvent être élaborées par les négociateurs. C'est le cas du CETA, qui prévoit des moyens de traiter les requêtes infondées, en donnant au tribunal le pouvoir de rejeter ces recours aux stades préliminaires de la procédure, après avoir été saisi d'une objection par la partie adverse³¹⁸². De même, la Règle 41(5) de l'arbitrage CIRDI permet aux tribunaux de statuer sur les exceptions préliminaires alléguant que les demandes sont « *manifestement sans fondement juridique* » de manière accélérée. L'objectif est de rejeter les demandes manifestement non fondées au début de la procédure.

849. Certains traités ont adopté une approche asymétrique où les obligations des parties contractantes en matière de RDIE diffèrent selon les relations conventionnelles. Comparé à l'ALENA, le chapitre sur l'investissement de l'ACEUM (Chapitre 14) réduit considérablement le recours au RDIE. Ce dernier ne sera pas possible entre le Canada et les États-Unis et entre le Canada et le Mexique. Cependant, l'accès au RDIE entre le Canada et le Mexique est possible dans le cadre du CPTPP³¹⁸³. En ce qui concerne les relations entre le Mexique et les États-Unis, l'ACEUM prévoit un délai de recours de 30 mois et circonscrit strictement les dispositions de fond soumises au RDIE³¹⁸⁴.

850. Certaines modifications peuvent viser, entre autres, à accroître le contrôle des États sur les procédures, à les ouvrir au public et aux tiers, à renforcer l'aptitude et l'impartialité des arbitres, à accroître l'efficacité des procédures et à limiter les pouvoirs des tribunaux arbitraux. Le modèle néerlandais de TBI 2019 confie la nomination des arbitres à une autorité de nomination et interdit la double casquette. Le CEPA Australie-Indonésie accorde en outre à l'État défendeur la possibilité de solliciter une conciliation obligatoire préalable à la procédure d'arbitrage, modifiant ainsi les caractéristiques classiques du RDIE telles qu'elles figurent dans les anciens

³¹⁸¹ Article 15 du TBI Inde-Kirghizistan de 2019.

³¹⁸² Articles 8.32 et 8.33 du CETA.

³¹⁸³ Section 9B, Chapitre 9 du CPTPP de 2018.

³¹⁸⁴ Paragraphe 5(1)(b), Annexe 14-D de l'ACEUM de 2018.

AII³¹⁸⁵. Il est encore trop tôt pour évaluer l'efficacité d'une telle approche ou pour savoir si la démarche visant à réduire voire éviter les litiges s'avérera plus efficiente³¹⁸⁶, passant d'une approche contradictoire du règlement des litiges à un règlement coopératif de ces derniers³¹⁸⁷. Les ACFI prévoient un certain nombre d'étapes pour le règlement de toute question présentant un intérêt pour un investisseur, à savoir que le comité mixte et le médiateur agissent en tant que facilitateurs pour le règlement amiable de tout différend³¹⁸⁸. Il est encore trop tôt pour évaluer l'efficacité d'une telle approche visant à limiter les litiges.

851. L'importance croissante de la médiation dans le RDIE est une autre facette notable des développements façonnant la réforme du système. Un nombre croissant d'accords internationaux d'investissement récents font référence à la possibilité de recourir à la médiation afin de régler les différends entre l'investisseur et l'État hôte avant d'engager une procédure arbitrale³¹⁸⁹. Le modèle de TBI 2021 du Canada encourage le recours à la médiation en prévoyant que « *[r]ecourse to mediation is without prejudice to the legal position or rights of the disputing parties* » et que si les parties au litige acceptent d'avoir recours à la médiation « *all timelines pursuant to an arbitration ... are suspended ... and shall resume on the date on which either disputing party decides to terminate the mediation.* »³¹⁹⁰ Le CETA comprend des règles relatives à la médiation dans le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États³¹⁹¹. Le TCE est un autre exemple important illustrant l'intégration de la médiation dans le régime de règlement des différends, en l'incluant comme mécanisme supplémentaire³¹⁹². Cependant, la médiation ne fonctionne pas dans le cadre du TCE comme une condition préalable mais comme un mécanisme indépendant visant à promouvoir le règlement à l'amiable des différends. La prévalence de la médiation peut également être observée dans le cadre de l'accord de

³¹⁸⁵ Article 14.23(1) du CEPA.

³¹⁸⁶ Voir *e.g.* ACFI Brésil-Mozambique de 2015 et ACFI Brésil-Angola de 2015.

³¹⁸⁷ Articles 2 et 5 ACFI Brésil-Mozambique de 2015.

³¹⁸⁸ Article 5 ACFI Brésil-Mozambique de 2015 (« *act directly to prevent disputes and to facilitate their resolution in coordination with the competent government authorities and in collaboration with the appropriate private entities* »).

³¹⁸⁹ GIANNAKOPOULOS (Charalampos), « Investor-State Arbitration Meets Mediation: The View from UNCITRAL », *Kluwer Arbitration Blog*, 1 octobre 2020.

³¹⁹⁰ Article 26 du modèle canadien de TBI de 2021.

³¹⁹¹ Règlement de médiation du CETA.

³¹⁹² Guide sur la médiation en matière d'investissement de 2015 - Traité de la charte sur l'énergie.

protection des investissements UE-Singapour de 2019³¹⁹³, ainsi que dans le CEPA Chine-Hong Kong de 2003³¹⁹⁴.

852. En plus de ce qui précède et à la lumière des enseignements tirés des mesures prises lors de la récente pandémie, les États devraient envisager la mise en place d'un dispositif institutionnel permettant d'adapter l'AII à l'évolution des conditions de développement et de parer aux principaux imprévus. Cela pourrait prendre la forme, par exemple, de comités conjoints *ad hoc* chargés d'évaluer l'efficacité de l'accord et d'améliorer sa mise en œuvre par des modifications ou par le biais d'interprétations. La création d'un Centre consultatif pour les différends relatifs aux investissements, chargé de fournir une assistance juridique aux pays en développement impliqués dans des différends relatifs aux investissements, comme le propose le GT III, constitue également une réforme bienvenue.

II. LE MODÈLE INNOVANT DE TBI NÉERLANDAIS COMME MODÈLE DE RÉFORME SUBSTANTIELLE

853. Les plaintes liées au mécanisme de RDIE trouvent leur origine dans le langage et les textes relatifs aux AII déjà existants. Par conséquent, plusieurs États procèdent à la modification de leurs modèles de traités³¹⁹⁵, tandis que de nombreux autres déjà entamé une réforme générale du régime de leurs TBI en supprimant leurs AII existants³¹⁹⁶, ou du moins en les révisant³¹⁹⁷.

³¹⁹³ Article 3.4 de UE-Singapour IPA.

³¹⁹⁴ Article 19 du CEPA Chine-Hong Kong de 2003.

³¹⁹⁵ UNCTAD, *Recent Trends IAs and ISDS*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, février 2015, p. 1 (« *At least 45 countries and four regional integration organizations are currently revising or have recently revised their model agreement.* »).

³¹⁹⁶ Voir *e.g.* UNCTAD, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities for Treaty Renewal*, IIA Issues Notes, No. 4, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9, juin 2013, p. 1 (« *Countries are taking actions to address these challenges, including through clarifying the meaning of treaty provisions (e.g. through authoritative interpretations), revising treaties (e.g. through amendments), replacing older treaties (e.g. through renegotiation), or terminating/consolidating treaties (either unilaterally or by mutual consent).* »); UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, IIA Issues Note, No. 2, décembre 2010, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/2, p. 1; LEATHLEY (Christian) et PAEZ (Daniela), « *Ecuador's Legislative Branch Approves the Termination of 12 Bilateral Investment Treaties* », *HSF Arbitration Notes*, 5 mai 2017; PEACOCK (Nicholas), SURTANI (Donny) et VENUGOPAL (Kritika), « *India Seeks to Re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 Countries* », *supra* note 224; PETERSON (Luke), « *Venezuela Surprises the Netherlands with Termination Notice for BIT; Treaty has been Used by Many Investors to 'Route' Investments into Venezuela* », *supra* note 174.

³¹⁹⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, UNCTAD/WIR/2017, 2017, pp. 1 et 112; voir aussi *e.g.* ORECKI (Marcin), « *Bye-Bye BITs? Poland Reviews Its Investment Policy* », *Kluwer Arbitration Blog*, 31 janvier 2017.

854. Les Pays-Bas ont historiquement été un acteur actif et prolifique dans le régime de l'investissement international. Ils furent les premiers à se lancer dans la signature des TBI, et ils conclurent leur premier TBI au début des années 1960³¹⁹⁸. Les protections avantageuses offertes par les TBI néerlandais ont fait des Pays-Bas un État d'origine attractif pour les investisseurs et de nombreuses multinationales y ont transféré leur siège social ou établi des entités. De plus, les Pays-Bas ont conclu un vaste réseau de traités de double imposition qui, combinés aux traités d'investissement, ont créé un environnement attrayant dans lequel les investisseurs étrangers peuvent évoluer favorablement³¹⁹⁹. En effet, c'est l'un des pays qui compte le plus grand nombre d'AII avec 158 accords : 84 TBI dont 79 sont encore en vigueur, et 74 Traités contenant des dispositions sur l'investissement, dont 57 sont en application³²⁰⁰. Partant, les Pays-Bas constituent un « *base camp* » pour les sociétés mères et les holdings financiers³²⁰¹. En 2018, il a été estimé que jusqu'à 14 000 sociétés-relais ou sociétés boîtes aux lettres, sans activité commerciale ou opérationnelle substantielle, ont été créées par des multinationales afin de bénéficier d'avantages fiscaux et autres³²⁰².

855. Il est de notoriété publique que les TBI néerlandais sont les plus fréquemment utilisés en matière de RDIE³²⁰³. Entre 1987 et 2018, les Pays-Bas ont été le deuxième

³¹⁹⁸ DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *Arbitration International*, vol. 35, 2019, p. 34.

³¹⁹⁹ Voir SCHRIJVER (Nico) et PRISLAN (Vid), « The Netherlands », in BROWN (Chester) (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, p. 570 (« Especially the country's good corporate governance laws, effective legal framework (both in regulatory and enforcement terms), and competitive tax system make it very attractive for foreign companies to locate their European operations in the Netherlands. »).

³²⁰⁰ Programme de travail de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement, Centre de politique d'investissement, tel que consulté le 19 août 2021.

³²⁰¹ LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *Arbitration International*, vol. 36, 2020, p. 442 (« In short, over the past decades, the Dutch Government actively pursued a policy of attracting foreign investors and investments by providing an attractive investment climate, which in turn has resulted in thriving legal, tax, and trust company sectors in the Netherlands »).

³²⁰² FERNANDEZ (Rodrigo), « Dutch Efforts to Combat Letterbox Companies have No Effect », SOMO, 2018.

³²⁰³ LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *supra* note 3201, p. 442 (« From the outset it should be recalled that Dutch BITs are one of the most often used BITs for ISDS disputes. The reason for that is that Dutch BITs provide for maximum coverage of investors (letterbox companies) and investments, broadly formulated protection standards and a menu of arbitration rules. It is for these reasons that Dutch BITs have long been considered by investors and legal advisors as the 'gold standard' of BITs worldwide. In addition, Dutch BITs are also very attractive in conjunction with the almost 100 Dutch Double Taxation Agreements and thus are used for optimal tax and company structuring as well. »); UNCTAD, *Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018*, IIA Issues Note, Issue 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/4, mai 2019, p. 3.

État d'origine le plus fréquent pour les demandeurs à l'arbitrage, les investisseurs néerlandais ayant initié 108 arbitrages internationaux fondés sur des traités contre des gouvernements étrangers³²⁰⁴. Dès 2020, en raison du nombre élevé des TBI néerlandais, les arbitrages d'investissement intentés en vertu des AII néerlandais ont augmenté jusqu'à atteindre 114 affaires connus³²⁰⁵. Une étude de 2015, commandée par la Direction générale des relations économiques extérieures du ministère néerlandais des Affaires étrangères, a révélé que dans trois affaires sur quatre, les véritables propriétaires des demandeurs à l'arbitrage ne sont pas néerlandais³²⁰⁶. Dans les deux tiers de ces cas, les groupes de sociétés étrangères ne semblent même pas exercer d'activités commerciales importantes aux Pays-Bas³²⁰⁷. Il est intéressant de noter que les affaires néerlandaises représentent environ 10 % du nombre total d'affaires répertoriées (engagées par tous les autres investisseurs dans le monde) et 21,5 % des affaires connues intentées par des investisseurs de l'UE³²⁰⁸. Il s'agit de cas dont l'existence est devenue publique, le nombre total étant certainement plus élevé mais soumis à des règles de confidentialité. Par exemple, le Venezuela, a résilié son TBI avec les Pays-Bas en 2008 après avoir été confronté à 13 affaires intentées en vertu du TBI Pays-Bas-Venezuela de 1991³²⁰⁹, suivi de 6 affaires introduites par des investisseurs néerlandais³²¹⁰. D'autres États ont également mis fin à leurs engagements envers des TBI avec les Pays-Bas, notamment l'Afrique du Sud le 1er mai 2014³²¹¹, l'Indonésie le 1^{er} juillet 2015³²¹², l'Inde le 1^{er} décembre 2016³²¹³ et la Tanzanie le 1^{er}

³²⁰⁴ UNCTAD, *Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018*, *ibid.*

³²⁰⁵ CNUCED, *Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements*, Centre de politique d'investissement, tel que consulté en avril 2021.

³²⁰⁶ UNCTAD, *Treaty-based ISDS Cases Brought under Dutch IIAs: An Overview Study*, commissioned by the DG Foreign Economic Relations, Ministry of Foreign Affairs, UNCTAD/DIAE, 2015, p. 1.

³²⁰⁷ *Ibid.*

³²⁰⁸ *Idem.* p. 14.

³²⁰⁹ PETERSON (Luke), « Venezuela Surprises the Netherlands with Termination Notice for BIT; Treaty has been Used by many Investors to 'Route' Investments into Venezuela », *supra* note 174 ; WICK (Diana), « The Counter Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change », *supra* note 174, p. 265.

³²¹⁰ UNCTAD, *Treaty-based ISDS Cases Brought under Dutch IIAs: An overview study by UNCTAD/DIAE, commissioned by the DG Foreign Economic Relations, Ministry of Foreign Affairs, the Netherlands*, 2015, p. 1.

³²¹¹ LANG (Jonathan) et GILFILLAN (Bowman), « Bilateral Investment Treaties – a Shield of a Sword? », *Bowman Gilfillan Corporate Newflash*, novembre 2013, p. 2.

³²¹² UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/20145/1, février 2015, p. 3

³²¹³ PEACOCK (Nicholas) et NIHAL (Joseph), « Mixed Messages To Investors As India Quietly Terminates Bilateral Investment Treaties With 58 Countries », *supra* note 227.

avril 2019³²¹⁴. Ces dénonciations ont par ailleurs amplifié les critiques à l'encontre des TBI néerlandais.

856. Au regard du nombre élevé des procédures de RDIE, des résiliations de TBI, ainsi que les pressions exercées par les ONG néerlandaises anti-RDIE, menées notamment par le TNI³²¹⁵, le SOMO³²¹⁶, et *Both ENDS*³²¹⁷, l'ancienne ministre néerlandaise du Commerce et du Développement, Lilianne Ploumen, déclara en 2015 que l'« *ISDS is dead* »³²¹⁸ et a appelé à un nouveau type d'accord commercial qui offre « *more honest, more transparent and non-discriminatory trade rules, focus[es] on fairer division of profit, environment and climate* »³²¹⁹. En effet, avec le changement d'attitude de l'UE à l'égard de l'arbitrage d'investissement et son remplacement par l'ICS dans le cadre de la consultation sur le TTIP, « *within a time*

³²¹⁴ Notice on Termination Bilateral Investment Agreement Netherlands – Tanzania, Kingdom of Netherlands, 25 mars 2019.

³²¹⁵ Voir e.g. FLUES (Fabian), EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), « Busting the Myths around the Energy Charter Treaty », *TNI*, 15 décembre 2020 ; BEUNDER (Alexander) et MAST (Jilles), « As the World Meets to Discuss ISDS, Many Fear Meaningless Reforms », *TNI*, 5 avril 2019 ; VERVEST (Pietje), « Investment Protection Treaties Endanger Democratic Reform and Peace Initiatives in Myanmar », *TNI*, 10 janvier 2017 ; OLIVET (Cecilia), « EU's New Trade Deal with Mexico Promotes CETA-Style Investors' Rights while Ignoring Human Rights Violations by Multinationals », *TNI*, 24 avril 2018 ; « European and Canadian Civil Society Groups Call for Rejection of CETA », *TNI*, 29 novembre 2016 ; EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et al., *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, supra note 171 ; KNOTTNERUS (Roeline), VAN OS (Roos), VAN DER PAS (Hilde), VERVEST (Pietje) « Socialising Losses, Privatising Gains. How Dutch Investment Treaties Harm the Public Interest? », *SOMO, Both ENDS, Milieu Defensie, TNI*, January 2015 ; DOVE (Fiona), GIJSBERTSEN, (Ronald) et HIRSCH (Danielle), « Ditch Treaties That Bite », *TNI*, 6 novembre 2013 ; OLIVET (Cecilia), « The Dark Side of Investment Agreements », *TNI*, 16 décembre 2011 (« *by signing investment treaties, governments are giving away the sovereign right to regulate in the interest of people and the environment. They also expose themselves to the risk of spending millions in law suits that could have been used to serve public needs.* »).

³²¹⁶ Voir e.g. VERBEEK (Bart-Jaap), « CETA: Rights for Canadian Multinationals », *SOMO*, 28 janvier 2020 ; VERBEEK (Bart-Jaap) et STICHELE (Myriam), « The EU-Singapore Investment Protection Agreement », *SOMO*, 11 février 2019 ; VERBEEK (Bart-Jaap), « CETA: Shortcut for American Multinationals », *SOMO*, 6 novembre 2019 ; HERTANTI (Rachmi) et SONA (Aurora), « Human Rights as a Key Issue in the Indonesia-EU Comprehensive Economic Partnership Agreement », *SOMO*, 7 septembre 2017 ; SINGH (Kavaljit) et ILGE (Burghard) (eds.), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016.

³²¹⁷ Voir e.g. KNOTTNERUS (Roeline), VAN OS (Roos), VERBEEK (Bart-Jaap), DRAGSTRA (Fiona) et BERSCH (Freek), « 50 Jaar ISDS », *Both ENDS, SOMO, TNI, Milieu Defensie*, janvier 2018 ; ILGE (Burghard), « To Change A BIT Is Not Enough. On The Need To Create Sound Policy Framework For Investment », *Both ENDS*, mars 2016 ; ANDERSON (Sarah), BAKER (Brook), BERNASCONI-OSTERWALDER (Nathalie) et al., *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Political Choice*, Both ENDS, SOMO, Madhyam, mars 2016

³²¹⁸ DE ZEEUW (Huib), « Ploumen: grootste bezwaar TTIP is al 'dood en begraven », *NRC*, 7 octobre 2015.

³²¹⁹ *Idem.*

span of only a few years, the attitude towards Dutch BITs and ISDS has dramatically changed and become increasingly hostile »³²²⁰.

857. Le projet de modèle de TBI était ouvert à la consultation jusqu'au 18 juin 2018³²²¹. En ce sens, le modèle néerlandais de TBI « *incorporates a growing accord that investment is no longer a mere binary relationship between foreign investor and the host state, but that it is also concerned with many stakeholders.* »³²²² Après avoir délibéré en accord avec les réactions publiques obtenues, le gouvernement a fait circuler un nouveau projet le 19 octobre 2018 (« **modèle de TBI néerlandais de 2018** »)³²²³. Ensuite, après un débat parlementaire en date du 29 février 2019, le gouvernement publia le 22 mars 2019 le modèle définitif de TBI de 2019 (« **modèle de TBI néerlandais de 2019** » ou « **modèle néerlandais de TBI** »)³²²⁴. Le texte du modèle néerlandais de 2019 représente le début d'une nouvelle ère dans l'arbitrage d'investissement dans le sens où il aborde certains sujets sensibles en matière d'arbitrage d'investissement, et répond aux critiques qui lui sont adressées en fournissant une position claire.

858. Le texte du modèle de TBI néerlandais s'écarte notablement de la pratique actuelle néerlandaise de l'« *étalon-or* » des TBI³²²⁵ et reflète un changement d'orientation quant aux IIAs modernes. Les protections envers les investisseurs sont maintenues, mais le fonctionnement de ces dispositions est rééquilibré en accord avec le contexte des traités pour remédier, à ce qui est perçu par beaucoup, comme un parti pris historique envers les investisseurs dans la rédaction des traités. Le modèle de TBI poursuit des objectifs politiques par le biais d'un certain nombre de dispositions qui exigent la reconnaissance d'objectifs de développement par les parties contractantes.

³²²⁰ LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *supra* note 3201, p. 445.

³²²¹ DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *supra* note 3198, p. 348.

³²²² DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « With Rights Come Responsibilities: Sustainable Development and Gender Empowerment under the 2019 Netherlands Model BIT », *Kluwer Arbitration Blog*, 15 juin 2019.

³²²³ LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *supra* note 3201, p. 445.

³²²⁴ Modèle de TBI néerlandais du 22 mars 2019.

³²²⁵ LAVRANOS (Nikos), « The New Arbitration Rules under the 2018 Dutch Model BIT Text », in SNIDJERS (Hank) (ed.), *Tijdschrift voor Arbitrage*, Kluwer Law Arbitration, 2020, p. 63.

A. Rédaction de traités restrictifs

859. Bien que le modèle de TBI contienne un grand nombre de protections de fond et de procédure habituelles (c'est-à-dire des garanties de TJE, de traitement national, de la NPF, de limitation d'expropriation et d'engager une procédure d'arbitrage contre le gouvernement), elles sont soumises à des restrictions potentiellement importantes, comme indiqué ci-dessous.

1. Investisseurs et investissements couverts : suppression de la faille de la boîte aux lettres

860. La modification la plus notable du modèle de TBI néerlandais pourrait être la suppression d'une faille longtemps utilisée, qui permettait à toute société étrangère de bénéficier des avantages protecteurs d'un TBI néerlandais (dans le cadre d'investissements ultérieurs) simplement en constituant une société boîte aux lettres. Qu'un investissement bénéficie de protection en vertu du modèle de TBI néerlandais de 2019 dépend d'un certain nombre de facteurs. Les plus importants concernent le type d'investissement et la nature de l'activité commerciale.

861. L'article 1(a) du modèle de TBI néerlandais de 2019 définit l'investissement de manière large comme « *every kind of asset* » et comprend une liste non exhaustive de formes que peuvent prendre les investissements protégés. Cependant en 2019 le modèle de TBI néerlandais restreint la protection des investisseurs par rapport au modèle de TBI de 2004. Il prévoit ainsi que les personnes morales doivent avoir des « *substantial business activities* » dans le prétendu pays d'origine pour bénéficier de la protection du TBI³²²⁶. Les activités commerciales substantielles sont définies par une série d'indicateurs tels que le lieu d'immatriculation ou de direction, le siège social, le nombre et les qualifications des employés et le chiffre d'affaires³²²⁷. De plus, le modèle néerlandais ajoute que les investissements doivent présenter une série de caractéristiques : une certaine durée, la mobilisation de capitaux ou d'autres

³²²⁶ Article 1(b)(ii) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²²⁷ Article 1(c) du modèle de TBI néerlandais de 2019 définit « *substantive business requirement* » par un faisceau d'indices comprenant l'établissement du siège statutaire et/ou de l'administration, du siège social général et/ou de la direction, le nombre et la qualification des employés et le chiffre d'affaires dans la partie signataire du TBI. Ces indices sont appréciés *in concreto* dans chaque cas particulier, en tenant compte du nombre total de salariés et du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée, et tiennent compte de la nature et de la maturité des activités exercées par l'entreprise.

ressources, la perspective d'un gain ou d'un profit et la prise de risque³²²⁸. Le modèle de TBI néerlandais de 2019 se réfère à trois critères du « *test Salini* »³²²⁹ afin de proprement définir l'investissement et éviter les sociétés boîtes aux lettres. Par conséquent, le texte du modèle actualisé « *effectively puts an end to the widespread use of Dutch BITs by non-Dutch investors, which simply establish a letter box company in the Netherlands in order to benefit from Dutch BITs* »³²³⁰. L'instauration d'une définition explicite de l'investissement et des activités commerciales substantielles est un apport bien accueilli étant donné qu'il répond aux commentaires selon lesquels les entreprises étaient en mesure de structurer leurs investissements à partir des Pays-Bas y exercer d'activités réelles importantes afin de profiter des protections favorables de ces TBI³²³¹. Enfin, en raison de la hausse des demandes de double nationalité, l'article 1(b) stipule qu'un ressortissant néerlandais qui a également la nationalité de l'autre partie contractant sera soumis à un test de « *dominant or effective nationality*. »

862. En s'inspirant de dispositions similaires dans le modèle final de TBI de l'Inde³²³² et dans l'Accord UE-Mexique³²³³, le texte du modèle de TBI néerlandais interdit à tout investisseur de présenter des réclamations si l'investissement a été réalisé par le biais d'une déclaration frauduleuse, d'une dissimulation, d'une corruption ou en présence de mauvaise foi constituant un abus de procédure³²³⁴. Du reste, l'article 16(3) permet de refuser le bénéfice des dispositions relatives au règlement des différends dans les cas où un investisseur a modifié sa structure d'entreprise dans le but principal d'obtenir la protection du TBI « *at a point in time where a dispute had arisen or was foreseeable* ». La clause met davantage l'accent sur les situations où un investisseur

³²²⁸ Article 1(a) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²²⁹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc*, CIRDI aff. n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, 31 juillet 2011, § 52 (Le Salini test définit quatre critères constituant un investissement : « *contributions, a certain duration of performance of the contract, a participation in the risks of the transaction* et « *the contribution to the economic development of the host state of the investment*. »).

³²³⁰ LAVRANOS (Nikos), « The New Arbitration Rules Under the 2018 Dutch Model BIT Text », *supra* note 3225, p. 62.

³²³¹ Voir e.g. KAHALE III (George), « The New Dutch Sandwich: The Issue of Treaty Abuse », *Columbia FDI Perspectives*, no. 48, 2011 (« *Companies from all over the world having little if anything to do with The Netherlands seek to acquire Dutch nationality to take advantage of the protections offered by Dutch BITs*. »).

³²³² Article 13.4 du modèle de TBI de l'Inde de 2015.

³²³³ Article 2(3) de la Section sur le règlement des différends en matière d'investissement issu de la modernisation de la partie commerciale de l'Accord global UE-Mexique.

³²³⁴ Article 16(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

subit un tel changement dans le but de déposer une réclamation contre son « *État d'origine* ».

2. Dispositions de fond

863. Le modèle TBI néerlandais de 2019 garantit le champ d'application politique des États et leur droit de réglementer pour « *achieve legitimate policy objectives such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labor rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential financial reasons* »³²³⁵. À l'instar du nombre croissant d'AII, ce nouveau modèle contient un article élargi sur l'expropriation qui cherche à délimiter les mesures qui peuvent faire l'objet ou non d'une indemnisation. Le concept d'expropriation indirecte est limité à la privation des caractéristiques fondamentales de la propriété³²³⁶. L'expropriation indirecte sera appréciée au cas par cas, afin de déterminer « *whether a measure or a series of measures by a Contracting Party, in a specific factual situation, constitutes an indirect expropriation* »³²³⁷. Dès lors, l'expropriation indirecte est établie sur la base de faits spécifiques, et l'on tient compte de l'impact économique, de la durée, du caractère de la ou des mesures prises, et de l'inaccessibilité de l'investisseur aux caractéristiques fondamentales de la propriété de son investissement³²³⁸ pour être éligible à une indemnisation³²³⁹. Sauf dans de rares circonstances, lorsque l'impact d'une mesure est excessif au regard de son objectif, la disposition vise à protéger les mesures non discriminatoires prises de bonne foi qui poursuivent des intérêts publics légitimes, tels que la protection de la santé publique, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale, celle des consommateurs ou la promotion et la protection de la diversité culturelle³²⁴⁰. Ceci est particulièrement pertinent considérant que la grande majorité des arbitrages d'investissement concerne des mesures réglementaires adoptées pour de prétendues raisons d'ordre public mais qui ont abouti à une expropriation indirecte de l'investisseur/du demandeur.³²⁴¹ Inévitablement, le texte de 2019 augmente considérablement le seuil à partir duquel

³²³⁵ Article 2(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²³⁶ Article 12(3) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²³⁷ Article 12(4) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²³⁸ *Ibid.*

³²³⁹ Article 12(3) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴⁰ Article 12(8) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴¹ LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *supra* note 3201, p. 453.

les investisseurs/plaignants doivent parvenir à prouver une expropriation indirecte par l'État. A travers ce modèle de TBI innovant, les Pays-Bas ont réussi à s'adapter à la nouvelle tendance du droit de réglementer dans l'intérêt public sous réserve que certaines conditions sont remplies.

864. Le changement de fond le plus radical concerne le remplacement de la norme non limitative sur le TJE par une liste fermée de violations relatives au TJE similaire à celle du CETA. La disposition sur le TJE des précédents TBI néerlandais stipulait simplement que les parties contractantes devaient garantir le TJE à tout moment aux investisseurs étrangers. Cette formulation ouverte a conduit à une interprétation large et incertaine de la norme sur le TJE. Le modèle de TBI néerlandais énumère désormais les mesures qui constitueront une violation de l'obligation, dont le déni de justice, l'infraction à la procédure régulière, la présence manifeste d'une situation arbitraire et une discrimination directe ou indirecte fondée sur des motifs illicites³²⁴². Par conséquent, seules les mesures qui entrent dans cette liste peuvent être qualifiées de violations de l'obligation du TJE. Parmi les dispositions conduisant à une violation du TJE, une nouvelle forme de traitement constitue un manquement : « *[d]irect or targeted indirect discrimination on wrongful grounds, such as gender, race, nationality, sexual orientation or religious belief* »³²⁴³. Lors de l'examen d'une violation d'une disposition, le tribunal peut prendre en compte toute observation spécifique faite à un investisseur pour l'inciter à investir, qui a créé une attente légitime, sur laquelle l'investisseur s'est appuyé, et que le représentant de la partie a ensuite transgressé³²⁴⁴. La liste des normes protégées limitera et guidera inévitablement les futurs tribunaux dans l'interprétation de la norme TJE par rapport aux traités néerlandais précédents³²⁴⁵.

865. Également, le modèle de TBI néerlandais introduit la possibilité pour le tribunal de prendre en compte le comportement de l'investisseur à des fins de sanctions pécuniaires. Plus particulièrement, l'article 23 du texte intitulé « *Behaviour of the investor* » prévoit qu'un tribunal, lorsqu'il décide du montant de l'indemnisation, est

³²⁴² Article 9(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴³ Article 9(2)(d) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴⁴ Article 9(4) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴⁵ LAVRANOS (Nikos) « The New Arbitration Rules under the 2018 Dutch Model BIT Text », *supra* note 3225, p. 62.

censé tenir compte du non-respect par l'investisseur de ses engagements au titre du développement durable. Cette disposition confirme le caractère innovant du nouveau modèle qui introduit des obligations à la charge des investisseurs ainsi que le rôle actif que ces derniers doivent assumer dans le cadre des investissements internationaux.

866. Des limitations sont posées lorsqu'il s'agit des protections relatives aux clauses de traitement national et de nation la plus favorisée³²⁴⁶. En particulier, le modèle de TBI vise à empêcher les investisseurs de revendiquer le bénéfice d'obligations substantielles ou de mécanismes de règlement des différends plus favorables dans d'autres traités³²⁴⁷.

867. Alors que le modèle de TBI néerlandais de 2004 contient une clause parapluie d'une portée plus générale³²⁴⁸, le modèle de TBI néerlandais de 2019 offre une protection plus étroite des « *written commitment(s) with investors of the other Contracting Party regarding a specific investment.* »³²⁴⁹ À savoir que l'article 9.5 prévoit qu'une partie ne doit pas « *either itself or through an entity exercising governmental authority* » violer ces engagements par l'exercice d'une autorité gouvernementale. Le nouveau texte s'inscrit dans le mouvement récent exposé précédemment visant à adopter des formulations plus précises des clauses parapluie dans les AII.

B. Innovations et obligations des investisseurs : sur la voie de la durabilité ?

868. Une des singularités du modèle final de TBI néerlandais de 2019 est qu'il contient un certain nombre d'objectifs obligatoires pour les parties qui ne se limitent pas seulement à protéger les investisseurs étrangers³²⁵⁰. Dans une lettre adressée à la Chambre des représentants, datée du 28 octobre 2018, M. Sigrid Kaag, Ministre du Commerce extérieur et de la Coopération, déclare que le développement durable et

³²⁴⁶ BEN HAMIDA (Walid), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *supra* note 2961 (« *Les clauses relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée sont souvent limitées par des exceptions qui sont prévues dans le texte du traité ou dans un protocole* »).

³²⁴⁷ Article 8.3 du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁴⁸ Article 3.4 du modèle de TBI néerlandais de 2004 prévoit que : « *Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals of the other Contracting Party.* ».

³²⁴⁹ Article 9(5) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁵⁰ DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *supra* note 3198, p. 362.

l'inclusivité sont des concepts fondamentaux des futurs accords de commerce et d'investissement. Selon les critiques, les tribunaux d'arbitrage ont généralement adopté une interprétation pro-investisseurs des dispositions de fonds³²⁵¹, tout en ignorant la conduite de l'investisseur en tant que facteur pertinent pour le droit de l'État de réglementer³²⁵². Les révisions proposées au modèle néerlandais de TBI visent au moins à répondre à certaines de ces contestations. Dès le préambule, il est précisé que l'objectif du TBI est d'attirer et promouvoir des investissements étrangers responsables³²⁵³. Justement, le préambule prévoit à cet effet des objectifs dont l'investissement responsable. La Section ci-dessous analyse certaines de ces dispositions innovantes.

869. Le gouvernement néerlandais s'est fixé des objectifs ambitieux pour atteindre une « *cohérence politique* » en matière de développement et de durabilité, dans lesquels les priorités de développement durable (« **ODD** » ou « **SDG** ») des Nations Unis jouent un rôle central³²⁵⁴. Dans ce contexte, les Pays-Bas visent une politique de protection des investissements « *to ensure a fairer and more balanced system for promoting and protecting sustainable investments in the interest of development (SDG 17.15).* »³²⁵⁵ Le modèle de TBI oblige les parties contractantes à promouvoir la coopération économique et à encourager la création de conditions favorables aux « *responsible investment in its territory that contribute to sustainable economic development* »³²⁵⁶. Selon le Professeur Adeline Michoud, le modèle néerlandais de

³²⁵¹ Voir e.g. EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) *et al.*, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, *supra* note 171 (Ce rapport affirme que l'arbitrage d'investissement est un système « *d'interprétation des traités en faveur des investisseurs* ». Cet argument est donné sans aucun soutien qualitatif en ce qui concerne le nombre de sentences finales sur le fond).

³²⁵² OLIVET (Cecilia), « The Dark Side of Investment Agreements », *TNI*, 16 décembre 2011 (« *Investment agreements allow multinationals to sue governments at secretive international arbitration tribunals when these governments try to regulate in favour of the public interest. However, governments cannot take any action at international level against multinationals if they commit human rights abuses or environmental damage, or simply fail to fulfil their commitments.* »).

³²⁵³ Préambule du modèle de TBI néerlandais (« *Desiring to strengthen their traditional ties of friendship and to extend and intensify economic relations between them by creating conditions with a view to attract and promote responsible foreign investment of the Contracting Parties in their respective territories that contribute to sustainable economic development* »).

³²⁵⁴ Voir Letter of 28 september 2017 from the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation to the President of the House of Representatives on the Annual Report on Policy Coherence for Development (PCD).

³²⁵⁵ *Idem.* p. 5.

³²⁵⁶ Article 3(1) du modèle de TBI néerlandais de 2019 (« *Each Contracting Party shall, within the framework of its laws and regulations and in accordance with its international obligations, promote*

TBI « *cherche à réaffirmer l'engagement en faveur du développement durable et à renforcer la contribution du commerce et de l'investissement internationaux au développement durable* »³²⁵⁷. Un ensemble de dispositions entièrement nouvelles, sous le titre de « *Sustainable Development* » impose une obligation générale aux États parties de garantir des niveaux élevés de protection de l'environnement et du travail³²⁵⁸, et également de ne pas encourager les investissements en abaissant les niveaux de protection dans ces domaines³²⁵⁹.

870. Le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises sont évoqués tout au long du modèle de TBI. Conformément à ce dernier, les États parties réaffirment leurs obligations en vertu des traités relatifs à l'environnement, au travail et aux droits de l'homme, ainsi que l'importance d'encourager les investisseurs à incorporer volontairement dans leurs politiques les normes internationales de conduite responsable des entreprises³²⁶⁰, telles que les Principes directeurs de l'OCDE et les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme (« **UNGPB** »). L'article 7(1) exige que les investisseurs « *comply with domestic laws and regulations of the host state, including laws and regulations on human rights, environmental protection and labor laws.* » Il convient de noter que la disposition utilise le terme « *shall* », car il n'existe aucun mécanisme clair de mise en œuvre. Il reste donc à voir comment cette obligation peut fonctionner dans la pratique. L'article 7(3) souligne en outre l'importance du devoir de l'investisseur de mener un processus de diligence raisonnable afin d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de tenir compte des risques et impacts environnementaux et sociaux de son investissement. Cette disposition semble encourager les investisseurs à faire preuve d'une vigilance raisonnable pour évaluer

economic cooperation and encourage the creation of favorable conditions for responsible investment in its territory that contribute to sustainable economic development. »).

³²⁵⁷ MICHOU (Adeline), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *supra* note 2956, p. 410.

³²⁵⁸ Article 6(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019 prévoit que (« *Each Contracting Party shall ensure that its investment laws and policies provide for and encourage high levels of environmental and labor protection and shall strive to continue to improve those laws and policies and their underlying levels of protection.* »).

³²⁵⁹ DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens) « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *supra* note 3198, pp. 362-363.

³²⁶⁰ Article 7(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019 prévoit que (« *The Contracting Parties reaffirm the importance of each Contracting Party to encourage investors operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party* »).

l'impact de leurs investissements. Cependant les conséquences exactes d'un manquement éventuel à cette obligation ne sont pas claires. Parmi les dispositions novatrices, le modèle de TBI prévoit une responsabilité potentielle des investisseurs dans leurs États d'origine en cas de dommages importants, de blessures ou de pertes de vie, causés dans l'État hôte³²⁶¹. Néanmoins, il n'est pas aisé de savoir si cette disposition sera suffisante pour que les tribunaux de l'État d'origine d'un investisseur se déclarent compétents pour entendre une telle demande. L'étendue de la responsabilité de l'investisseur et les normes qui seraient appliquées pour apprécier une telle réclamation ne sont pas définies. Nonobstant cela, cette disposition pourrait permettre à des demandeurs potentiels d'intenter d'éventuelles actions contre l'investisseur dans son État d'origine. Ainsi, le modèle de TBI néerlandais atteste du fait que l'investissement n'est plus une simple relation financière binaire entre l'investisseur étranger et l'État hôte, mais qu'il intéresse également de nombreuses autres parties prenantes.

871. L'article 7 doit être lu conjointement avec l'article 23, permettant aux tribunaux de prendre en considération le non-respect, par l'investisseur, de ses engagements au titre de l'UNGPB et des Principes directeurs de l'OCDE lors du calcul de l'indemnisation³²⁶². Une telle disposition n'oblige pas les tribunaux à examiner le comportement de l'investisseur, mais elle illustre la manière dont les obligations de RSE pourraient être prises en compte dans le calcul des indemnités. Les obligations de RSE, anciennement obligations de *soft law*, se transforment en *hard law*. Les investisseurs peuvent donc être tenus pour responsables du non-respect des principes de l'UNGPB et des Principes directeurs de l'OCDE. En d'autres termes, si un investisseur demandeur souhaite s'assurer du recouvrement de l'intégralité de sa créance, il doit démontrer qu'il a respecté toutes les obligations applicables en matière de RSE. Le non-respect de ces obligations pourrait entraîner la réduction de l'indemnisation. Il s'agit d'une nouvelle limitation de la portée de l'obligation des parties contractantes, car elle place le tribunal dans une position, certes difficile, mais

³²⁶¹ Article 7(3) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁶² Article 23 du modèle de TBI néerlandais de 2019 établit que : « *Without prejudice to national administrative or criminal law procedures, a Tribunal, in deciding on the amount of compensation, is expected to take into account noncompliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.* ».

consistant à déterminer si un investisseur donné est à la fois capable d'assumer ses responsabilités et de contribuer au développement économique durable ³²⁶³ . Néanmoins, cette disposition crée un meilleur équilibre entre les droits et devoirs des États et des investisseurs.

872. L'un des apports notables du modèle final de TBI néerlandais de 2019 est l'ajout d'une perspective de genre dans la réalisation du développement durable. Ceci est inclus dans l'article 6 (intitulé « *Sustainable Development* »). La diversité de genre a fait l'objet d'une attention accrue ces dernières années. Mais ce sujet s'est souvent concentré sur la parité hommes-femmes dans le règlement des litiges par voie d'arbitrage, en particulier sur le manque de diversité de genre parmi les arbitres et les conseillers principaux. L'effet des traités d'investissement sur l'égalité des genres, et les perspectives que les traités d'investissement peuvent offrir afin de renforcer la participation économique des femmes, sont des notions qui ont jusqu'à présent suscité peu d'intérêt dans les traités d'investissement. Le modèle néerlandais de TBI a introduit un nouveau considérant visant à « *[r]ecogniz[e] the importance of equality between men and women when formulating, implementing and reviewing measures within the field of international trade and investment.* » Le lien entre le commerce, l'investissement et l'égalité des genres est également souligné à l'article 6(3) du modèle de TBI :

The Contracting Parties emphasize the important contribution by women to economic growth through their participation in economic activity, including in international investment. This includes removing barriers to women's participation in the economy and the key role that gender-responsive policies play in achieving sustainable development. The Contracting Parties commit to promote equal opportunities and participation for women and men in the economy. Where beneficial, the Contracting Parties shall carry out cooperation activities to improve the participation of women in the economy, including in international investment.

³²⁶³ CANNON (Andrew) et AMBROSE (Hannah), « Final Dutch Model BIT Published: Potential for Claims Against Investors and Link Between Gender Equality and Investment », *HSF Arbitration Notes*, 1 mai 2019.

La rédaction est sans aucun doute légère. À l'exception de l'engagement, largement défini, de « *promote equal opportunities and participation for women and men in the economy* »³²⁶⁴, la disposition n'impose aucune obligation concrète aux parties contractantes. Son impact potentiel sur le succès de l'égalité des genres est dès lors incertain. Cependant, la présence de telles dispositions représente une reconnaissance positive du lien entre le commerce, l'investissement, l'égalité des genres et le développement progressif.

C. Une disposition relative au règlement des différends : un système au-dessus de l'arbitrage

873. Les investisseurs peuvent engager des poursuites pour violation des normes de protection fondamentales du TBI, en invoquant soit le CIRDI, les facilités additionnelles du CIRDI ou les règles d'arbitrage de la CNUDCI³²⁶⁵. Cela contraste avec les TBI néerlandais existants qui prévoient l'arbitrage pour tout type de « *legal dispute* » sans le limiter à la violation présumée d'une protection fondamentale du TBI³²⁶⁶.

874. Le modèle de TBI engage en outre les parties contractantes à « *pursue with each other and other interested partners the multilateral reform of ISDS.* »³²⁶⁷ Par ailleurs, il faut souligner que, contrairement aux accords commerciaux de l'UE, il n'y a pas d'engagement envers un type spécifique de réforme multilatérale, et cela laisse la porte ouverte à la question de juridiction de la MIC, actuellement négociée, si elle devient opérationnelle³²⁶⁸.

1. La nomination institutionnelle pour remplacer l'autonomie des parties

875. Le changement le plus spectaculaire est sans aucun doute la suppression de l'autonomie des parties en ce qui concerne la sélection des arbitres par les parties au

³²⁶⁴ Article 6(3) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁶⁵ Article 19(1) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁶⁶ PETERSON (Luke), « ANALYSIS: The Netherlands Unveils a Vastly-Revised Draft Investment Treaty, Does Away with Double-Hatting, Party-Appointed Arbitrators and Protection For Mailbox Companies », *IA Reporter*, 16 mai 2018.

³²⁶⁷ Article 15(1) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁶⁸ *Ibid.* (« *Upon the entry into force between the Contracting Parties of an international agreement providing for a multilateral investment court applicable to disputes under this Agreement, the relevant provisions set out in this Section shall cease to apply.* »).

litige³²⁶⁹. De ce fait, ni l'investisseur ni l'État ne peuvent sélectionner l'arbitre de leur choix, contrairement à la situation actuelle, basée sur le principe de l'autonomie des parties et incluant la liberté de choisir son arbitre. La sélection des trois arbitres est ainsi « externalisée », le Secrétaire général du CIRDI ou de la CPA agissant en tant qu'autorité de nomination³²⁷⁰. Les commentateurs notent que le modèle de TBI est « *the first investment treaty that steps away from unilateral appointment by the parties, which has been a key feature of international arbitration since its inception* »³²⁷¹ et a pour objectif de résoudre la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres qui a été décrite comme l'un des principaux défauts de l'arbitrage d'investissement.

876. Les propositions visant à éliminer l'autonomie des parties, ne serait-ce que partiellement en privant les parties du droit de nommer un arbitre, semblent contraires aux intérêts des États ainsi que des investisseurs. Un élément clé de l'autonomie des parties est pour les deux parties de pouvoir participer également à la constitution du tribunal³²⁷². Bien que la suppression pour les parties du pouvoir de nommer un arbitre dans le modèle de TBI néerlandais soit une mesure radicale, ce débat n'est pas nouveau. Comme exposé précédemment dans Section 1.I.A.1.b du Chapitre 2, Titre 1, le débat s'est enflammé en 2010 lorsque le Professeur Paulsson a soutenu que le système d'arbitres nommés par les parties constituait un « *moral hazard* » pour le règlement des différends internationaux, en soulignant la partialité inhérente des arbitres en faveur de ceux qui les ont désignés³²⁷³. Selon Jan Paulsson, la pratique

³²⁶⁹ LAVRANOS (Nikos), « The New Arbitration Rules under the 2018 Dutch Model BIT Text », *supra* note 3225, p. 61.

³²⁷⁰ *Ibid.*

³²⁷¹ DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *supra* note 3198, p. 367.

³²⁷² Réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) au Groupe de travail III de la CNUDCI, 18 décembre 2019, p. 7, § 27 (« *Bien que les mécanismes d'arbitrage imposent des limitations justifiables à l'autonomie des parties dans le cadre du choix des arbitres (p. ex. certains excluent les arbitres ne disposant pas de qualifications professionnelles minimales), la proposition visant à l'élimination totale de l'autonomie des parties est contraire aux intérêts des États et des investisseurs, car elle les empêche de choisir les meilleurs juges disponibles pour régler les différends en matière d'investissement.* »).

³²⁷³ Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law, 29 avril 2010 ; PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *supra* note 1117 ; SMIT (Hans), « The Pernicious Institution of The Party-Appointed Arbitrator », *supra* note 1083, p. 2 (« *In my judgment, all arbitrators sitting in investment disputes should be appointed by a neutral institution; bilateral investment treaties should be amended to achieve this. International investment arbitration would thus set a potent example for general emulation in international arbitrations.* »).

établie des nominations unilatérales est incompatible avec le concept même de règlement impartial des litiges, car on ne peut attendre d'une partie qu'elle accepte la légitimité d'une sentence rendue par l'arbitre de son adversaire. Par conséquent, contrairement à une idée bien établie, il n'existe pas de droit des parties de nommer les arbitres. D'autres ont défendu le droit des parties à nommer les arbitres, ce qui renforcerait en fait la légitimité du processus arbitral. Le Juge Charles N. Brower a quant à lui estimé que le droit de désigner des arbitres par les parties « *has become an established principle of law in international arbitration* »³²⁷⁴. Depuis le traité de Londres conclu entre les États-Unis et la Grande-Bretagne de 1794, jusqu'aux TBI les plus récents, la figure des arbitres nommés par les parties est présente dans l'arbitrage international³²⁷⁵. Les spécialistes considèrent cette nomination comme un « *basic and important element of international arbitration* » qui renforce la confiance des parties dans le mécanisme arbitral³²⁷⁶.

877. Conjointement, il s'agit d'une déviation intéressante par rapport au ICS contenu dans le CETA et les autres traités d'investissement de l'UE. Dans ces derniers, ce sont uniquement les États contractants qui choisissent les membres du tribunal permanent, à l'exclusion de l'investisseur demandeur. Comme vu précédemment, cela comporte inévitablement le risque de sélectionner des juges favorables aux États, qui peuvent être tentés de juger des affaires en leur faveur, notamment pour assurer leur réélection. En revanche, le modèle néerlandais de TBI, qui confie la sélection des trois arbitres à une institution d'arbitrage indépendante, semble garantir une nomination plus équilibrée, indépendante et impartiale.

878. L'autorité de nomination ne peut désigner que des arbitres répondant à certaines exigences. Ils doivent être qualifiés pour être nommés à des fonctions judiciaires dans leur juridiction d'origine, ou être des juristes dont la compétence est reconnue³²⁷⁷. Les arbitres doivent également « *possess the necessary expertise in public international*

³²⁷⁴ BROWER (Charles N.), « The (Abbreviated) Case for Party Appointments in International Arbitration », *ABA Section of International Law*, vol. 1, issue 1, 2013, p. 7.

³²⁷⁵ PERRY (Antonio), « Draft Model BIT Abandons Party-Appointed Arbitrators », *GAR*, 19 juin 2018.

³²⁷⁶ BROWER (Charles N.), « The (Abbreviated) Case for Party Appointments in International Arbitration », *supra* note 3274, p. 10 ; voir aussi MOURRE (Alexis), « Are Unilateral Appointments Defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration », *supra* note 1232.

³²⁷⁷ Article 20(5) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

law, which includes environmental and human rights law, international investment law as well as in the resolution of disputes arising under international agreements »³²⁷⁸. Dans le cas d'une procédure CIRDI, l'autorité de nomination n'est pas liée au panel d'arbitres³²⁷⁹. Par ailleurs, l'autorité de nomination veille à assurer la diversité géographique et des genres³²⁸⁰.

2. L'interdiction du cumul des fonctions, les arbitres ne pouvant avoir été conseillers juridiques au cours des cinq dernières années

879. Il convient de souligner que les arbitres n'ont pas le droit de cumuler les fonctions et ne doivent pas avoir exercé celle de conseiller juridique au cours des cinq dernières années « *in investment disputes under this or any other international agreement* ». Cette interdiction pour les arbitres semble inutilement excessive. Un traité récent entre l'Iran et la Slovaquie a également interdit aux arbitres d'assumer simultanément les fonctions de conseil, d'expert ou de témoin désigné par les parties³²⁸¹. Toutefois, ce traité n'interdit pas les arbitres qui avaient agi au cours des années précédentes en tant que conseil ou expert.

880. L'interdiction stricte du cumul des fonctions, qui s'étend à celles de conseil exercé au cours des cinq dernières années, est excessivement sévère et risque d'avoir des conséquences négatives sur le nombre d'arbitres disponibles pour siéger dans des affaires soumises au nouveau modèle de TBI néerlandais. Cela signifie que tous les arbitres expérimentés, avec leurs connaissances actualisées et approfondies du droit des investissements, et leur expertise dans les procédures d'arbitrage de traités d'investissement, sont automatiquement exclus, indépendamment de l'existence de tout conflit d'intérêts. Par conséquent, seuls d'anciens juges, c'est-à-dire un nombre limité d'arbitres et d'universitaires de haut niveau (n'ayant pas été conseillers juridiques au cours des cinq dernières années), ainsi que des conseillers extérieurs au domaines de l'arbitrage des traités d'investissements, peuvent être désignés. Le nombre d'arbitres potentiels est alors très restreint, rendant le mécanisme peu attrayant

³²⁷⁸ *Ibid.*

³²⁷⁹ Article 20(2) du modèle de TBI néerlandais de 2019.

³²⁸⁰ *Ibid.*

³²⁸¹ Article 18(5) de l'accord de 2016 entre la République slovaque et la République islamique d'Iran pour la promotion et la protection réciproque des investissements : (« *In addition, [the arbitrators] shall refrain from acting as counsel or as partyappointed expert or witness in any pending or new investment protection dispute under this or any other agreement or domestic law.* »).

pour les investisseurs et les États. Cette exclusion excessive de conseillers juridiques actifs et expérimentés signifie inévitablement que des arbitres, potentiellement moins compétents et pouvant manquer d'expérience en matière d'arbitrage et d'expertise procédurale, seront sélectionnés, ce qui ne se traduira pas nécessairement par des sentences de meilleure qualité³²⁸².

881. S'il est adopté, le modèle néerlandais de TBI a le potentiel de changer considérablement le paysage de l'investissement aux Pays-Bas, à la fois pour les investisseurs actuels et futurs. Selon le Professeur Adeline Michou :

*Ce TBI intègre l'importance de la protection publique des droits sociaux et environnementaux par les États, laquelle doit prévaloir sur toute autre considération en matière d'investissement et empêcher toute poursuite contre les États qui souhaitent introduire une législation sociale pouvant aller à l'encontre des intérêts des investisseurs*³²⁸³.

Le modèle néerlandais de TBI peut donc ouvrir la voie à une nouvelle génération de traités d'investissement comportant des règles progressives sur le développement durable et la place des femmes. De plus, étant donné que le TBI néerlandais a traditionnellement été un point de référence important en ce qui concerne les normes relativement « *investor friendly* », tout retrait à cet égard est une indication supplémentaire de la volonté des États de s'adapter aux développements en matière d'arbitrage d'investissement, ce qui peut avoir un impact sur les futurs AII d'autres États.

CONCLUSION

882. Aussi idéalistes et ambitieuses que soient les réformes structurelles, elles risquent d'entraîner une série de défis supplémentaires plutôt que de résoudre les critiques formulées à l'encontre du RDIE. Par exemple, le CMI et le traditionnel RDIE coexisteront à moins que tous les pays signataires de tous les TBI contenant un RDIE décident d'adhérer au nouveau système. Cela pourrait entraîner un morcellement

³²⁸² LAVRANOS (Nicos), « The New Arbitration Rules under the 2018 Dutch Model BIT Text », *supra* note 3225, p. 61.

³²⁸³ MICHOU (Adeline), « L'intégration de la responsabilités sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement: une question de (ré)équilibre », *supra* note 2956, p. 411.

accru, une augmentation des délais et des coûts, une marginalisation des États en développement et un risque de non-application. Les États doivent être préparés à devoir traiter des problèmes comme les procédures parallèles et le forum shopping. Il existe d'autres incertitudes liées à l'absence de consensus et aux difficultés de mise en œuvre. De nombreuses questions complexes se posent également lorsqu'il s'agit de propositions de réforme structurelle comme le mécanisme d'appel. Il convient d'examiner attentivement les conséquences potentielles avant d'entamer un changement de régime. Si les réformes de procédure, par exemple la modification des règles institutionnelles pour gagner du temps et réduire les coûts, sont les bienvenues, celles-ci doivent aussi être accompagnées de réformes de fond. Nous gardons en tête le commentaire de l'Afrique du Sud au cours du GT III, selon lequel « *nous ne pouvons pas dissocier les questions de procédure des questions de fond, car elles sont étroitement liées* »³²⁸⁴. En effet, toute tentative de réforme structurelle ou procédurale risque de ne produire que des changements incomplets et de créer de nouvelles formes de fragmentation et d'incertitude. Par conséquent, ce n'est qu'avec une réforme de fond que les États pourront constater des changements réels et significatifs.

883. Plutôt que de se concentrer sur des réformes drastiques du système de RDIE, qui ne donneront pas nécessairement de meilleurs résultats, les États devraient et doivent envisager un recalibrage de leurs traités. Indépendamment de leur validité, les critiques du RDIE prennent racine dans le traité de fond sur la protection des investissements, plutôt que dans le mécanisme de résolution des différends. La critique de l'empiètement sur le droit de l'État à réglementer, par exemple, ne peut être imputée à l'existence d'un mécanisme de résolution des différends. La critique prend plutôt racine dans la rédaction imprécise des traités qui sont parfois archaïques et dépassés, orientés davantage vers la protection des investisseurs au détriment du droit des États. Des études ont montré que la majorité des cas actuels de RDIE sont basés sur des traités rédigés dans les années 1990 et au début des années 2000, qui ne sont peut-être pas adaptés au climat actuel, alors que le monde est confronté à de nouveaux défis tels que le réchauffement climatique, les droits de l'Homme, les préoccupations

³²⁸⁴ CNUDCI, Note du Secréariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication du Gouvernement sud-africain, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) - Trente-huitième session (Vienne, 14-18 octobre 2019), A/CN.9/WG.III/WP.176, 17 juillet 2019, § 20.

environnementales, les priorités de santé publique et, plus récemment, la pandémie de COVID-19. La pandémie de COVID-19 est un exemple de guerre sanitaire qui a eu de graves répercussions sur les investisseurs de tous les secteurs, avec de sévères restrictions de voyage et des conséquences sur des économies au bord de l'effondrement.

884. Les anciens traités au contenu vaste et vague sont également responsables de l'interprétation variable et divergente qu'en font les tribunaux. Malgré les signes de convergence du droit de l'investissement, les États sont mieux servis par des dispositions conventionnelles plus définies et précises. Des leçons ont été tirées tout au long de l'année de l'impact de certaines clauses qui n'avaient pas été envisagées au moment de leur rédaction. Par exemple, la mise en oeuvre de la clause NPF sur le règlement des différends. Compte tenu d'applications inattendues et incohérentes, la tendance est de faire en sorte que la clause NPF ne s'applique pas aux dispositions relatives au règlement des différends. D'autres exemples de problèmes découlent d'une formulation large et vague des traités incluant la définition des investisseurs qui peut conduire à un chalandage des traités.

885. Le recalibrage permet également aux États de concevoir des procédures de règlement des différends qui répondent mieux à leurs besoins et préoccupations spécifiques. C'est ce que l'on constate avec le modèle néerlandais de TBI qui transfère le pouvoir de nommer les arbitres à une autorité de nomination, interdit la double casquette et fixe les qualifications des arbitres. Plutôt que d'attendre un large consensus au niveau multilatéral, les États peuvent négocier et convenir mutuellement des priorités qui leur sont mutuellement bénéfiques, tout en tenant compte de facteurs spécifiques et adaptés.

886. Enfin, la réforme substantielle permet de mieux concilier l'intérêt de l'État à protéger son pouvoir réglementaire et de garantir que les investisseurs participent à l'atteinte d'objectifs de développement durable de l'État en matière, par exemple, de RSE, de travail, d'environnement et de droits de l'Homme. Les États peuvent ainsi mieux répondre aux critiques d'empiètement sur le droit de réglementer par le biais d'exemptions et d'exclusions dans les traités, et surtout concevoir des accords qui permettent d'engager la responsabilité des investisseurs en cas de défaillance dans ces

domaines liés au RSE. La négociation de traités d'investissement de haut niveau est de nature à répondre aux critiques spécifiques et diverses des États à l'égard de RDIE, mais aussi à faire entrer les AII dans une nouvelle ère.

CONCLUSION GÉNÉRALE

887. Depuis plus de sept décennies, les États ont conjugué leurs forces afin de promouvoir le commerce international en abandonnant une partie de leur souveraineté à travers la conclusion d'accords internationaux qui prévoient la protection de leurs investisseurs à l'étranger et offrent une protection aux investisseurs qu'ils accueillent. Le système RDIE est un moyen de protéger les investisseurs, qui prévoit un processus de règlement des différends neutre, équitable et doté de son propre mécanisme d'exécution. En l'absence de ce système, un investisseur n'aurait que l'option des tribunaux nationaux du pays concerné ou celle des recours diplomatiques. Un tribunal arbitral offre aux parties, aussi bien à l'investisseur qu'à l'État, la possibilité de désigner et de nommer l'arbitre de leur choix. En tant que telle, l'autonomie des parties est le fondement de l'arbitrage comme de tout mécanisme équitable de résolution des litiges. En garantissant un forum neutre de règlement des différends, ces traités d'investissements contribuent à baisser le coût des investissements et de l'assurance contre les risques politiques.

888. Ces dernières années, le système RDIE a fait l'objet d'un flot de critiques de la part de divers acteurs, notamment des États, des ONG et d'une partie du grand public en raison de la prolifération des contentieux et du fait que les États hôtes se retrouvent de plus en plus souvent à devoir défendre ou justifier leurs lois et politiques devant des tribunaux arbitraux internationaux. Dans une certaine mesure, la discussion sur les accords bilatéraux d'investissement et l'arbitrage en matière d'investissement est un débat sur des questions fondamentales d'économie politique. Ce débat, qui est relatif aux rôles appropriés de l'État et du secteur privé, a cours dans les ONG, les médias et les universités. Les ONG, opposées à la mondialisation et aux entreprises internationales, publient des réquisitoires comme *Les profiteurs de l'injustice*. Le message central est résumé dans la phrase d'introduction de ce document : « *The last two decades have witnessed the silent rise of a powerful international investment regime that has ensnared hundreds of countries and put corporate profit before human rights and the environment* »³²⁸⁵. Des pamphlets comme celui-ci s'appuient sur la méfiance à l'égard du RDIE, dans le but d'attaquer l'intégrité et la légitimité du système de droit international de l'investissement. Les États qui cherchent à réduire la protection des investissements étrangers lorsqu'ils dénoncent les TBI, sortent du CIRDI ou en prennent

³²⁸⁵ EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, supra note 171, p. 7.

d'autres mesures, tout en adoptant et alimentant cette rhétorique critique pour justifier leurs actions.

889. Les attaques actuelles contre le RDIE ont donné lieu à diverses formes de contrecoup ou de riposte des États contre l'arbitrage d'investissement. Dans cette perspective, la Bolivie, le Venezuela et l'Équateur ont dénoncé ou réduit la portée de leur consentement à régler les différends dans le cadre de la Convention CIRDI. Le précédent gouvernement australien avait adopté une politique (aujourd'hui abandonnée) consistant à ne plus accepter l'arbitrage avec les investisseurs étrangers. D'autres États, comme l'Afrique du Sud, l'Équateur, l'Indonésie et l'Inde, ont choisi de dénoncer ou de renégocier leurs TBI. L'ALBA bolivarienne, inspirée par Hugo Chavez, a apporté son soutien au projet de l'UNASUR visant à créer son propre centre d'arbitrage pour les affaires de commerce et d'investissement. En 2011, l'Équateur a entamé un arbitrage d'État à État afin d'obtenir une interprétation contraignante de son TBI avec les États-Unis, dans le but d'annuler une sentence partielle rendue à son encontre par un tribunal en exercice établi en vertu du même TBI.

890. La thèse n'a pas pour objectif de soutenir que le système actuel est idéal, mais s'attache plutôt à apporter un contexte et un équilibre à une conversation très biaisée, et donc à susciter une réflexion et une discussion argumentées concernant les critiques à l'encontre du système RDIE. Cela se fait principalement en examinant rapidement les craintes inappropriées et exagérées mais surtout en développant une analyse approfondie de la validité de la critique, qui est basée sur la jurisprudence, les écrits universitaires, le raisonnement, l'analyse et l'observation du système existant. Bien que la portée de cette thèse ne permette pas de présenter la réfutation de toutes ces critiques, le premier Titre explore les principales critiques et explique en quoi elles sont fondamentalement déplacées car ne prenant pas en compte les avantages intrinsèques et les raisons objectives sous-tendant la fondation de l'arbitrage d'investissement comme moyen de règlement dépolitisé des différends. En particulier, cette thèse explique que les critiques du système RDIE ignorent largement ou ne parviennent pas à apprécier la dynamique du système permettant aux États souverains de recalibrer et d'adapter leurs obligations de droit international vis-à-vis des investisseurs étrangers en réponse aux développements.

891. Les critiques courantes formulées à l'encontre du système RDIE sont de deux types. Le premier concerne le fond : les règles en vertu desquelles les différends sont jugés sont

essentiellement vagues et injustes, ce qui fait que les États sont tenus responsables d'actions réglementaires légitimes qui ne devraient jamais être indirectement soumises au RDIE. Ce système, affirment-elles, empêche les États d'exercer leur droit d'adopter des réglementations et de mener des politiques dans l'intérêt public. De plus, la menace de plaintes crée un « *gel réglementaire* » qui porte atteinte aux efforts d'un État pour promouvoir les droits de l'homme, protéger l'environnement et améliorer la santé publique. En substance, ces critiques soutiennent que les tribunaux arbitraux internationaux s'immiscent et réglementent effectivement la politique publique, un rôle traditionnellement réservé aux États souverains. Dans son rapport *World Investment Report 2012*, la CNUCED a affirmé, sans explication, que l'arbitrage entre investisseurs et États est contraire au développement durable³²⁸⁶. Cependant, le rapport de la CNUCED ne parvient pas à identifier un seul cas dans lequel un tribunal investisseur-État a contrecarré une mesure environnementale légitime, ni à expliquer précisément comment l'arbitrage d'investissement nuit au développement durable. Un examen des sentences arbitrales montre au contraire un grand respect pour les efforts de protection de l'environnement et de la santé ainsi que pour le pouvoir discrétionnaire des politiques nationales³²⁸⁷. Comme cela a été démontré, les tribunaux d'investissement confirment le plus souvent, avec une procédure régulière, les mesures réglementaires légitimes de l'État, adoptées de bonne foi, dès lors qu'elles sont proportionnées et non discriminatoires. L'argument selon lequel la simple possibilité d'une réclamation éventuelle au titre d'un traité d'investissement pourrait décourager les États de procéder à des changements de politique dans l'intérêt public, ce qui entraînerait une paralysie réglementaire, est un argument abstrait fondé sur des hypothèses non vérifiées. Il s'agit d'une simple supputation qui n'a en fait aucune base réelle. Enfin, pour garantir que les États préservent leurs droits réglementaires dans l'intérêt public, il existe également un certain nombre d'outils parmi lesquels l'interprétation conjointe, les *travaux préparatoires* et la rédaction efficace des traités par le biais de préambules, d'exceptions et d'exclusions.

892. L'autre thème de la littérature sur le contrecoup désapprouve les traités d'investissement et l'interprétation arbitrale des obligations contenues dans ces traités. La préoccupation la plus souvent soulevée est le manque de cohérence et de prévisibilité de la jurisprudence dans les

³²⁸⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation Of Investment Policies*, 2012, p. 90.

³²⁸⁷ BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « What's in a Meme? The Truth about Investor- State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », *supra* note 326, p. 726.

affaires impliquant des faits similaires ou des dispositions conventionnelles formulées de manière similaire, qui serait si grave qu'il discréditerait l'ensemble de la discipline. Le droit international de l'investissement ne repose pas sur un traité multilatéral unique. Pour une jurisprudence qui n'a qu'environ 20 ans et qui est fondée sur un ensemble de plus de 3 000 traités négociés par des États différents pour atteindre leurs objectifs respectifs, il n'est donc pas vraiment surprenant que les tribunaux *ad hoc* ne parviennent pas à une symétrie parfaite dans chaque sentence. De surcroît, il n'existe pas de système de précédents contraignants en droit international, bien que les jurisprudences antérieures soient souvent citées et considérées comme persuasives. Après un examen plus approfondi, les discordances dans les affaires les plus souvent citées comme étant apparemment contraires peuvent s'expliquer par la différence de formulations des dispositions des traités ; en réalité, elles ne sont donc pas nécessairement si contradictoires. En l'absence d'un traité multilatéral d'investissement régissant l'ensemble du droit des investissements, certaines divergences dans l'interprétation des traités sont une conséquence naturelle du système. Bien qu'il existe une incohérence marginale dans les affaires d'investissement, comme dans les affaires argentines ainsi que dans d'autres espaces, le système de RDIE a néanmoins produit un corpus assez solide de jurisprudence en matière d'investissement avec un degré élevé de cohérence entre les décisions des tribunaux.

893. La deuxième catégorie concerne les critiques procédurales. Les opposants affirment que les arbitres interprètent les obligations des États dans le secret, et qu'ils ont un parti-pris contre les États tout en favorisant indûment les entreprises du monde développé. Toujours selon cette argumentation, ces arbitres gagnent leur vie grâce aux honoraires qu'ils perçoivent lors de leur nomination. Comme ils ont intérêt à être renommés dans des affaires futures, ils peuvent être enclins à favoriser les intérêts de ceux qui les désigneront à l'avenir. De plus, ceux qui ont un double rôle d'avocat peuvent avoir des conflits d'intérêts, ce qui peut affecter leur discernement et leur impartialité. Certains soutiennent que cette pratique devrait être totalement interdite. Le problème avec cette critique est qu'elle ne tient pas compte du fait que l'arbitrage des traités d'investissement contient plusieurs mécanismes formels et informels qui garantissent l'impartialité et l'indépendance des arbitres. Premièrement, les arbitres ont le devoir de divulguer les informations pertinentes qui pourraient mettre en doute leur capacité à rendre une décision en toute impartialité et indépendance, conformément aux règles institutionnelles respectives et aux lignes directrices de l'IBA. De ce fait, ils doivent divulguer les relations existantes et passées avec l'une ou l'autre des parties, notamment leurs engagements antérieurs

en tant que conseil ou l'existence d'enjeux financiers spécifiques dans l'issue d'une procédure d'arbitrage. De telles exigences de divulgation éliminent les conflits d'intérêts les plus évidents qu'un arbitre pourrait avoir dans l'issue d'un litige relatif à un traité d'investissement. De surcroît, les arbitres peuvent faire l'objet d'une récusation par l'une ou l'autre des parties, que ce soit devant l'autorité de nomination, l'institution ou le tribunal national. En définitive, les statistiques réfutent largement les allégations de partialité systémique des arbitres. Les tribunaux convoqués en vertu de la Convention du CIRDI et du Règlement du Mécanisme supplémentaire ont fait droit aux demandes des investisseurs en partie ou en totalité dans 46 % des cas (loin des 232 cas sur 234, comme l'a déclaré le Venezuela)³²⁸⁸. Bien que de nouvelles normes soient encore en cours d'élaboration, comme le projet de Code de Conduite du CIRDI et de la CNUDCI, le système d'arbitrage des investissements, dans sa forme actuelle, garantit largement l'impartialité et l'indépendance des arbitres. Si les États ne sont pas satisfaits du système actuel de nomination des arbitres, ils ont la possibilité de le modifier, comme dans le cas du modèle de TBI néerlandais qui désigne une autorité de nomination pour choisir l'arbitre (le Secrétariat Général du CIRDI ou la CPA). Ce nouveau modèle de TBI élimine également la possibilité de « *double casquette* » en ne permettant pas la désignation d'un arbitre ayant été avocat conseil. Le système de liste peut également exercer une influence positive additionnelle en renforçant la dynamique de la procédure de sélection par le choix de nouvelles personnes et en élargissant et améliorant activement la diversité du panel d'arbitres.

894. Contrairement à la critique procédurale fréquente selon laquelle le RDIE serait opaque et caché à la vue du public, l'arbitrage d'investissement fait aujourd'hui de plus en plus la lumière sur la transparence, non seulement du règlement des différends, mais aussi des actions des investisseurs étrangers et des États hôtes. La transparence est un principe en développement depuis une vingtaine d'années, qui a été pris en compte en tant que principe évolutif dans différentes expressions conventionnelles (par exemple CAFTA, ALENA, *amicus curiae* et droits des tiers), dans les amendements du CIRDI de 2006 et plus récemment dans les Règles

³²⁸⁸ CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, Numéro 2012-1, p. 13 (Dans 23 % des cas, les tribunaux du CIRDI ont complètement décliné leur compétence ; dans 30 % ils ont rejeté toutes les réclamations ; et dans 1 %, ils ont conclu que les réclamations étaient « *manifestement sans fondement juridiques* ». En outre, dans une étude rigoureuse de cinquante-deux sentences arbitrales en matière d'investissement résolvant finalement les réclamations découlant d'un traité, le Professeur Susan Franck a constaté que sur les vingt et un cas que les investisseurs ont gagnés sur le fond, les dommages-intérêts accordés entre \$ 1 et \$ 1 millions de dollars ; et dans seulement quatre autres cas, les investisseurs ont reçu plus de \$ 10 millions de dollars. Voir FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration », *supra* note 100, pp. 59-61).

de transparence de 2014 et dans la Convention de Maurice. En effet, la plupart des sentences sont publiques et facilement accessibles sur Internet et, de plus en plus, il en va de même pour les audiences, les soumissions des parties et les autres aspects des procédures. De nombreux sites internet³²⁸⁹ recueillent et compilent de manière exhaustive les documents d'arbitrage entre investisseurs et États accessibles au public, réfutant ainsi toute allégation de secret. De plus, un nombre croissant d'arbitrages en matière d'investissement impliquent des audiences publiques, parfois retransmises en direct sur Internet³²⁹⁰. Dans le même temps, il convient d'envisager une transparence sans restriction, comme dans le cadre des Règles de transparence. Cela inclut notamment le coût, le retard, l'altération la confidentialité, la politisation, les critiques à l'encontre des États et l'affaiblissement du secret. En conclusion, au cours des dernières décennies, la communauté de l'arbitrage d'investissement et les États ont continuellement cherché à mettre en œuvre un large éventail d'outils efficaces qui soutiennent sa légitimité en tant que système de gouvernance mondiale de l'investissement, pour lequel la transparence a joué un rôle clé pour la pleine responsabilité et maturité de l'arbitrage d'investissement.

895. Dans le débat sur le régime actuel de protection des investissements, les critiques ci-dessus ont été répétées si souvent qu'elles ont fini par être considérées par beaucoup comme des faits. Cette thèse a cherché à remettre en question des hypothèses non vérifiées et à montrer que les critiques sont souvent exagérées, partiales et fondées sur des informations et des hypothèses plutôt inexacts. Néanmoins, il semble qu'il y ait un certain consensus parmi les États sur la validité de ces critiques et sur la nécessité de réformer le système existant. S'appuyant sur le rapport *Profiteur de l'injustice*, la CNUCED a publié un rapport préconisant une réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, citant notamment les préoccupations suivantes « *a perceived deficit of legitimacy and transparency* » et « *questions about the independence and impartiality of arbitrators.* »³²⁹¹ C'est dans ce contexte que la CNUDCI a formé le GT III en vue d'étudier diverses options de réforme pouvant aller d'une Cour multilatérale d'investissement, d'un tribunal d'appel permanent, d'un centre de conseil au projet de Code de Conduite pour les arbitres. D'autres acteurs ont également adopté des mesures visant à l'amélioration du régime d'arbitrage d'investissement déjà existant. En août 2018, le

³²⁸⁹ Voir *e.g.* Site internet: Investment Treaty Law (ITALAW), CIRDI, Energy Charter, CPA.

³²⁹⁰ PETERSON (Luke), « The Expanding Audience for Open Arbitration Hearings », *Kluwer Arbitration Blog*, 6 février 2012.

³²⁹¹ UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, mai 2013, pp. 1-2.

CIRDI a dévoilé les axes de ce qu'il décrit comme étant sa réforme la plus profonde. Celle-ci inclut de nouvelles dispositions concernant la transparence, la déclaration préalable des arbitres, les garanties de paiement ainsi que le financement par des tierces parties³²⁹². Le but de cette réforme est de répondre aux reproches à l'encontre de l'arbitrage CIRDI, notamment ceux concernant son coût, et de maintenir une procédure équitable ainsi qu'un bon équilibre entre investisseurs et États. La révision de 2012 des règles de la procédure d'arbitrage de la CCI a mené à la création d'un corps de règles applicable aux affaires impliquant un État ou une entité étatique³²⁹³. Afin de renforcer la transparence, la CCI a édicté de nouvelles dispositions, en particulier celle selon laquelle la Cour communiquera, à la demande des parties, les motifs concernant la nomination et la récusation des arbitres, ainsi que les orientations concernant les décisions rendues *prima facie* sur la compétence et la jonction des procédures³²⁹⁴.

896. Le changement le plus radical consisterait à démanteler le RDIE et à remplacer l'ensemble du système par un système juridictionnel d'investissement ou l'ICS à deux niveaux avec des juges à durée déterminée dans les ALE de l'UE. En conséquence, l'UE a présenté au GT III une proposition de CMI unique pour une cour mondiale unifiée, bien que cette initiative ne soit pas jusqu'à présent universellement soutenue par les États qui préfèrent des réformes progressives et moins drastiques. L'ambitieux projet de CMI piloté par l'UE pourrait souffrir de déficits démocratiques dans les négociations, la sélection des adjudicateurs et l'équilibre dans la représentation régionale des juges permanents. Par conséquent, les petites et moyennes économies seront probablement désavantagées dans un tel processus. Comme dans le cas du CMI, on peut se demander si la création de l'ICS permettra de résoudre les problèmes et les lacunes perçus dans le système actuel du RDIE. Au contraire, l'ICS est enclin à soulever des défis juridiques plus complexes, et à compenser des inconvénients et des incertitudes. Compte tenu de l'exigence stricte de normes rigoureuses pour la nomination des membres du tribunal de l'ICS, la diversité et l'inclusivité ne seront probablement pas atteintes comme le démontre la liste publiée du CETA. Plus inquiétante est l'élimination de l'autonomie des parties dans la liberté de nommer l'arbitre de leur choix, une caractéristique clé de l'arbitre d'investissement. Un investisseur demandeur préférerait sans aucun doute le rôle égalitaire traditionnel dans la

³²⁹² JONES (Tom), « ICSID Unveils Draft New Rules », *GAR*, 3 août 2018, p. 1.

³²⁹³ Voir le Rapport de la Commission de la CCI : États, entité étatique et arbitrage CCI, *Publications de la CCI*, 862-2 ENG, p. 2.

³²⁹⁴ Note formulée par la CCI aux parties et tribunaux arbitraux sur la conduite d'un arbitrage en vertu du règlement de la CCI sur la procédure arbitrale, 30 octobre 2017, Section II.D, p. 4.

formation du tribunal qui jugerait son affaire ; l'État défendeur serait également privé du droit de choisir son arbitre. Les grands investisseurs multinationaux ayant un pouvoir de négociation élevé pourraient donc choisir de contourner les traités et de négocier des contrats avec un État, plutôt que de compter sur leurs protections. En conséquence, l'ICS sera principalement utilisé par les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas de « levier » pour contourner le traité et négocier leurs propres accords. Le passage de la nomination *ad hoc* d'arbitres par les parties au différend à la nomination de « juges » permanents à durée déterminée au sein du Tribunal de première instance et de la Cour d'appel, qui entendront les affaires sur une base aléatoire et rotative, judiciarise effectivement le règlement des différends en matière d'investissement. La sélection des juges internationaux par les États ou une combinaison d'États est une affaire intensément politique entre les pays (l'UE comptant 27 États membres) étant donné le nombre limité de sièges au sein du panel permanent. Par suite, le risque de partialité en faveur des États ne peut être ignoré, en particulier lorsque les mandats des membres de l'ICS sont soumis à renouvellement par les États contractants.

897. Selon l'UE, le coût total de chaque l'ICS dans les différents ALE de l'UE sera important, ce qui réfute le prétendu avantage relatif aux économies de temps et de coûts. La possibilité de faire appel sur des points de droit et de fait allongera aussi inévitablement la durée de la procédure. En outre, il reste peu probable que l'ICS conduise à une plus grande cohérence, compte tenu du réseau de plus de 3 000 AII qui font l'objet de litiges dans différentes instances en parallèle, notamment l'ICS, la CMI, l'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI. L'incertitude entourant la question de l'exécution des décisions de l'ICS (ou éventuellement de CMI) est aussi particulièrement pertinente. L'élimination de la nomination unilatérale des arbitres et de la procédure d'appel va directement à l'encontre de l'objet et du but de la Convention CIRDI. Effectivement, les États tiers refuseront probablement d'exécuter une décision de l'ICS au motif qu'il ne s'agit pas d'une « *sentence CIRDI* ». La structure du l'ICS (en tant que tribunal à deux niveaux avec des juges permanents) et une procédure d'appel interdisant les procédures d'annulation par les tribunaux nationaux, sont des facteurs qui peuvent caractériser l'ICS comme une forme de « *règlement judiciaire international* » ou quasi-judiciaire, ce qui ne constitue donc pas un arbitrage aux fins de l'exécution en vertu de la Convention de New York. En conclusion, l'UE a remplacé un peu au hasard un système qui, selon une analyse objective, fonctionne raisonnablement bien, par un système qui serait sans doute confronté à des problèmes substantiels de cohérence, de ratification, de fonctionnement, d'établissement, de

financement et d'application. Plutôt que d'être fondée sur des critiques valables, la formation de l'ICS par l'UE est le résultat de critiques publiques et politiques mal ou peu informées, mais qui ont fait suffisamment de bruit pour que l'UE agisse dans la précipitation en prenant des mesures afin de les apaiser, mais sans recherche appropriée ni examen détaillé sur la question de savoir si l'ICS serait effectivement bien en mesure de répondre aux prétendues attentes et exigences.

898. Certains soutiennent l'idée de la protection des investissements et de l'arbitrage entre investisseurs et États, mais estiment néanmoins qu'elle peut et doit continuer à s'adapter³²⁹⁵. Le processus de développement juridique par les tribunaux arbitraux devrait selon moi être optimisé au moyen d'instruments de réforme ciblés, efficaces et réalisables afin de rectifier les tendances indésirables et de soutenir la poursuite du développement d'un système du RDIE fonctionnant de façon satisfaisante. Toutefois, les propositions de réforme qui modifieraient la structure des procédures RDIE devraient être examinées avec soin, afin de déterminer si elles sont fondées sur des objections éclairées et favoriseraient le solutionnement des prétendus problèmes. La proposition la plus discutée depuis le début des années 2000, à savoir le mécanisme d'appel, peut prendre la forme d'un traité spécifique, d'un organe permanent ou *ad hoc*, et permettrait en théorie d'obtenir une meilleure harmonie et exactitude. Cependant, et comme cela a été établi, il y a un véritable degré de cohérence dans le RDIE et la critique est exagérée et inadaptée. Elle est fondée principalement sur des exemples isolés ou des groupes de cas remontant à près de vingt ans. De notre point de vue, un mécanisme d'appel se heurterait à des difficultés de conception, de mise en œuvre pratique, de consensus, de normes d'examen, et de sélection de décideurs de haut niveau. Il n'y a aucune raison de conclure ou de garantir que les efforts, l'augmentation des coûts et l'allongement significatif de la durée de la procédure permettraient d'obtenir une plus grande cohérence et constance.

899. De son point de vue, la critique liée au contrecoup a été mal dirigée contre l'arbitrage d'investissement. Les États qui se trouvent perdants dans une affaire RDIE en tant que défendeurs « *blâment* » le processus d'arbitrage des investissements, plutôt que la substance du traité ou leur conduite. Cela ne signifie pas que le RDIE n'est pas à l'abri d'améliorations, au

³²⁹⁵ WEINIGER (Matthew) et NAISH (Vanessa), « The Future of Investor-State Arbitration », *HSF Public International Law Notes*, 20 November 2014 ; voir *e.g.* LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *supra* note 288, pp. 93-112 ; KINNEAR (Meg), « Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Arbitration », *supra* note 326, pp. 653-674.

lieu d'être la cible de critiques souvent répétées et infondées, déplacées, exagérées et parfois véhiculées par des « *fake news* » et une rhétorique sensationnaliste présentant les États comme des victimes. En examinant le mécontentement des États à l'égard du RDIE, l'insatisfaction sous-jacente réside dans les dispositions générales des traités qui sont sujettes à une interprétation vague ou divergente. Étant donné qu'à ce jour, les différends sont fondés sur des TBI obsolètes qui ne sont plus adaptés à l'époque actuelle, la réforme doit être axée sur le cœur du problème, à savoir les dispositions de fond des traités. La solution pourrait donc résider dans le fait que les États puissent rééquilibrer et recalibrer leurs obligations conventionnelles en fonction des évolutions actuelles, des défis mondiaux et des nouvelles priorités, qu'il s'agisse du développement durable, des investissements étrangers responsables, de l'environnement ou de la récente crise sanitaire internationale. Ce processus actif de réinvention et d'élaboration des traités en fonction des intérêts et priorités spécifiques des États contractants est particulièrement important dans le contexte actuel. La séparation entre États d'origine exportateurs de capitaux et pays d'accueil importateurs de capitaux, qui a dominé la scène des investissements au XXe siècle, n'est plus viable. L'ère contemporaine est celle où 40 % des nouveaux litiges introduits en 2015 étaient dirigés contre des États « *développés* ». L'ère contemporaine est aussi celle où les investisseurs de pays qui avaient auparavant très peu d'investissements sortants, bénéficient des centaines de traités d'investissement « *Sud-Sud* » en vigueur. Les États peuvent désormais tirer les leçons des affaires d'investissement passées, des pathologies identifiées dans les dispositions des TBI et des nouvelles dispositions pour affiner leurs dispositions de fond comme la définition de l'investisseur et de l'investissement. En ce qui concerne le règlement des différends, les États ont la possibilité de convenir de la procédure optimale ainsi que de la méthode ou des règles institutionnelles à retenir. Par exemple, les parties peuvent remplacer les arbitres nommés unilatéralement par des arbitres nommés soit par accord des deux parties à partir d'une liste soit par une institution indépendante.

900. Henry Ward Beecher a pu observer que « *[l]aws and institutions are constantly tending to gravitate ... [and] [l]ike clocks, they must be occasionally cleansed and wound up, and set to true time.* »³²⁹⁶ Comme le droit progresse invariablement, il traverse des périodes de

³²⁹⁶ BEECHER (Henry), *Life Thoughts, Gathered from the Extemporaneous Discourses of Henry Ward Beecher*, Philips, Sampson and Company, 1858, p. 129.

transition nécessitant une réévaluation des fondements sur lesquels le système a été formé³²⁹⁷. Il n'est donc pas surprenant que les discussions sur la réforme du RDIE se poursuivent, car le régime, dans sa forme actuelle, est une construction encore relativement jeune. Il a connu une croissance considérable et continue d'évoluer en fonction des expériences, des pressions et des changements d'intérêts. Au cours des quinze dernières années, il a subi des modifications importantes dues à des mutations dans les règles des institutions et à certaines modifications dans les traités conclus par les parties. Comme le souligne le célèbre Professeur Christoph Schreuer, le RDIE est « *currently the only functioning system for the orderly settlement of the numerous disputes arising from foreign investments.* »³²⁹⁸ C'est pourquoi, en ce moment décisif, les appels en faveur d'un retour en arrière en matière de règlement des différends d'investissement devraient susciter une réflexion particulière. Si les espèces biologiques, les phénomènes physiques, l'économie et d'autres systèmes sociaux présentent les propriétés de systèmes adaptatifs complexes leur permettant d'évoluer, il en va de même pour le système de droit international de l'investissement. Ce n'est pas par des mesures drastiques mais par un processus progressif de transformation et le perfectionnement actif des traités par les États, que le RDIE continuera à prospérer.

³²⁹⁷ FRANCK (Susan), « Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 143.

³²⁹⁸ *Idem.*

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Il ne sera mentionné ici que les principales références utilisées. Cette bibliographie ne répertorie donc pas l'intégralité des références mentionnées dans le corps de l'étude.

I. Ouvrages, chroniques et travaux universitaires

AMERASINGHE (Chittaranjan), *Jurisdiction of International Tribunals*, Brill Nijhoff, 2008.

AUDIT (Mathias), BOLLÉE (Sylvain) et CALLÉ (Pierre), *Droit du Commerce International et des Investissements Étrangers*, LGDJ, 2ème éd., 2016.

BALTAG (Crina) (ed.), *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016.

BLACKABY (Nigel), PARTASIDES (Constantin) with REDFERN (Alan) et HUNTER (Martin) (eds.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6th ed., 2015.

BORN (Gary), *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer, 2nd ed., 2016.

BRABANDERE (Eric), *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014.

CLASMEIER (Maximilian), *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Kluwer Law International, vol. 39, 2016.

CRAWFORD (James), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 8th ed., 2012.

CRAWFORD (James), BISHOP (Doak) et REISMAN (Michael), *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014.

DE NANTEUIL (Arnaud), *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2017.

DIEL-GLIGOR (Katharina), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence*, Brill Nijhoff, 2017.

DOLZER (Rudolph) et STEVENS (Margrete), *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, 1995; VANDEVELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

DOLZER (Rudolph) et SCHREUER (Christoph), *Principles of Investment Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2012.

EULER (Dimitrij), GEHRING (Markus) et SCHERER (Maxi) (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press, 2015.

GAILLARD (Emmanuel) et SAVAGE (John), *Fouchard, Gaillard et Goldman, International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

JACOB (Patrick), LATTY (Franck), DE NANTEUIL (Arnaud), *Arbitrage d'investissement et droit international général*, Annuaire français de droit international, CNRS Editions, 2017.

KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options*, European Yearbook of International Economic Law, Springer International Publishing, 2020.

KINNEAR (Meg), FISHER (Geraldine), *et al.* (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015.

MACKENZIE (Ruth), MALLESON (Kate) *et al.*, *Selecting International Judges: Principles, Process and Politics*, Oxford University Press, 2010.

MCLAUHLAN (Campbell), SHORE (Laurence) et WEINIGER (Matthew), *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2nd ed., 2017.

MOUYAL (Lone), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, Routledge, 2016.

NEWCOMBE (Andrew) et PARADELL (Lluís), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009.

REDFERN (Alan), HUNTER (Martin) *et al.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015.

REED (Lucy), Paulsson (Jan) *et al.*, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010.

ROGERS (Catherine) et ALFORD (Roger), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

ROGERS (Catherine), *Ethics in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2014.

SALACUSE (Jeswald), *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.

SCHREUER (Christoph) *et al.* *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2009.

SOURGENS (Frédéric), *A Nascent Common Law: The Process of Decision making in International Legal Disputes between States and Foreign Investors*, Brill Nijhoff, 2015.

TIENHAARA (Kyla), *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge University Press, 2009.

TITI (Aikaterini), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany, 2014.

VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 18, 2015.

VANDELVELDE (Kenneth), *Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

VAN HARTEN (Gus), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

WAIBEL (Michael), *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

II. Articles, contributions, rapports

ALVAREZ (Gloria), BLASIKIEWICZ (Blazej) *et al.*, « A Response to the Criticism against ISDS by EFILA », *EFILA*, 17 mai 2015.

APPLETON (Barry), « The Song Is Over: Why It's Time to Stop Talking about an International Investment Arbitration Appellate Body », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 107, 2013.

BALTAG (Crina), « Reforming the ISDS System: In Search of a Balanced Approach », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 12, no. 2, November 2019.

BANIFATEMI (Yas), « Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable ? », in ECHANDI (Roberto) et SAUVÉ (Pierre) (eds.), *Prospects In International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013.

BASTID-BURDEAU (Geneviève), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 1995, issue 1.

BEN HAMIDA (Walid), « Conférence de l'Association Suisse de l'Arbitrage : Investment Treaties and Arbitration, Zurich 25 janvier 2002 », *Forum Du Droit International*, vol. 4, no. 2, 2002.

BEN HAMIDA (Walid), « The First Arab Investment Court Decision », *Journal of Investment & Trade*, vol. 7, issue 5, 2006.

BEN HAMIDA (Walid), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, Octobre 2008.

BEN HAMIDA (Walid), « Droit des investissements et ordre substantiel », *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. VI, issue 22, 2009.

BENTOLILA (Dolores), « Le précédent arbitral », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2017, issue 4, 2017.

BERNARDINI (Piero), « The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis », in SCHERER (Matthias) (ed.), *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International vol. 35, issue 4, 2017.

BIRIS (Bogdan), « Advantages and Disadvantages of Transparency and Public Participation in Investment Arbitration », *Romanian Journal of International Law*, no. 17, 2017.

BLACKABY (Nigel) et RICHARD (Caroline), « Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration? », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

BORN (Gary) et SHENKMAN (Ethan), « Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration », in ROGERS (Catherine) et ALFORD (Roger), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

BORN (Gary) et FORREST (Stephanie), « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 34, issue 3, 2019.

Brandeis Institute for International Judges, Towards an International Rule of Law, The International Center for Ethics, Justice, and Public Life, Brandeis University, 2010.

BREKOULAKIS (Stravros), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, no. 3, 2013.

BROCHES (Aron), « Observations on the Finality of ICSID Awards », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, issue 2, 1991.

BROWER (Charles H. II), « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, no. 1, 2001.

BROWER (Charles H. II.), « Politics, Reason, and the Trajectory of the Investor-State Dispute Settlement », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 49, no. 2, 2017.

BROWER (Charles N.) et SHARPE (Jeremy), « Multiple and Conflicting International Arbitral Awards », *Journal of World Investment*, vol. 4, no. 2, 2003.

BROWER (Charles N.), BROWER (Charles H. II), et SHARPE (Jeremy), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *Arbitration International*, vol. 19, no. 4, 2003.

BROWER (Charles N.) et SCHILL (Stephan), « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law? », *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 2009.

BROWER (Charles N.) et BRANCHARD (Sadie), « From ‘Dealing in Virtue’ to ‘Profiting from Injustice’: the Case against Re-Statification of Investment Dispute Settlement », *TDM*, vol. 10, issue 4, 2013.

BROWER (Charles N.) et ROSENBERG (Charles), « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *Arbitration International*, LCIA, vol. 29, issue 1, 2013.

BROWER (Charles N.) et BLANCHARD (Sadie), « What’s in a Meme? The Truth about Investor- State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », *Columbia Journal of International Law*, vol. 52, 2014.

BROWER (Charles N.), « Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration? », *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Kluwer Law International, vol. 8, issue 3, 2015.

BROWN (Colin), « The EU’s Approach to Multilateral Reform of Investment Dispute Settlement », in STANIĆ (Ana) et BALTAG (Crina) (eds.), *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment Court*, Kluwer Law International, 2020.

CALAMITA (Jansen) et ZELAZNA (Ewa), « Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », in KLAUSEGGER (Christian), KLEIN (Peter) *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration, Austrian Yearbook on International Arbitration*, vol. 2016.

CAMPBELL (Christopher), NAPPERT (Sophie) et NOTTAGE (Luke), « Assessing Treaty-Based Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform? », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014.

CARON (David), « Light and Dark in International Arbitration: The Virtues, Risk and Limits of Transparency », Ninth Kaplan Lecture, 10 décembre 2015, in Hong Kong International Arbitration Center (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan*, Kluwer Law International, 2018.

CATE (Irene), « International Arbitration and the Ends of Appellate Review », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 44, no. 4, 2012.

CATE (Irene), « The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, no. 2, 2013.

CAZALA (Julien), « La défiance étatique à l’égard de l’arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2017.

CHOUDHURY (Barnali), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit. », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, no. 3, 2008.

CHUNG (Olivia), « The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration », *Virginia Journal of International Law*, vol. 47, no. 4, 2007.

CONSTAIN (Silvia), « ISDS Growing Pains and Responsible Adulthood », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

CRAWFORD (James), « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24, issue 3, 2008.

CRAWFORD (James), « The Ideal Arbitrator: Does One Size Fit All », *American University International Law Review*, vol. 32, no. 5, 2017.

DE BRABANDERE (Eric), « (Re)calibration, Standard-Setting and the Shaping of Investment Law and Arbitration », *Boston College Law Review*, vol. 59, no. 8, 2018.

DE NANTEUIL (ARNAUD), « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, janvier 2017.

DIMSEY (Mariel), « Article 4. Submission by a Third Person », in EULER (Dimitrii) et al. (eds.), *Transparency in International Arbitration*, 2015.

DUGGAL (Kabir) et VAN DE VEN (Laurens), « The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves », *Arbitration International*, vol. 35, 2019.

DUPRE (Mathilde), « Qu'est-ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États? », *Institut Veblen pour les réformes économiques*, 2019.

EL BOUDOUHI (Saïda), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, CNRS Editions, 2005.

EULER (Dimitrij), « Transparency Rules and the Mauritius Convention: A Favourable Haircut of the State's Sovereignty in Investment Arbitration », *ASA Bulletin*, vol. 34, no. 2, 2016.

FADLALLAH (Ibrahim), LEBEN (Charles), TEYNIER (Eric) *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, octobre 2013.

FADLALLAH (Ibrahim), LEBEN (Charles) *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, mars 2017.

FEKL (Matthias), « Les contestations de l'arbitrage d'investissement et les négociations commerciales internationales contemporaines », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 2019.

FELDMAN (Mark), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *ICSID Review*, vol. 32, issue 3, 2017.

FRANCK (Susan), « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have A Bright Future », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, no. 1, 2005.

FRANCK (Susan), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, issue 4, 2005.

FRANCK (Susan), « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, issue 1, 2007.

FRANCK (Susan), « Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, issue 1, 2014.

FRANCK (Susan), FREDA (James) *et al.*, « International Arbitration: Demographics, Precision and Justice », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, vol. 18, *ICCA & Kluwer Law International*, 2015.

FRAPPIER (Mathilde), « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », mémoire, *Le Petit Jurist*, 2011.

GAILLARD (Emmanuel), « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 1, 2006.

GARCIA (Luiz), « Making Impossible Investor-State Reform Possible », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

GHARAVI (Hamid), « ICSID and its Monarch », in ZIADÉ (Nassib) (ed.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015.

GIORGETTI (Chiara), « The Arbitral Tribunal: Selection and Replacement of Arbitrators », in GIORGETTI (Chiara) (ed.), *Litigating International Investment Disputes – A Practitioner's Guide*, Brill Nijhoff, 2014.

GIORGETTI (Chiara) *et al.*, « Reforming International Investment Arbitration: an Introduction », in GIORGETTI (Chiara) *et al.* (eds.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2019.

GOMEZ (Katia), « Latin America and ICSID: David versus Goliath », *Law and Business Review of the Americas*, vol. 17, no. 2, 2011

GOMEZ (Katia), « Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest », *Fordham International Law Journal*, vol. 35, issue 2, 2012.

GRISEL (Florian) et VINUALES (Jorge), « L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, issue 2, 2007.

GUILLAUME (Gilbert), « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, juillet 2010.

HAMDY (Mohammad), « Redesign As Reform: a Critique of the Design of Bilateral Investment Treaties », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 51, no. 2, 2020.

HAPP (Richard) et WUSCHKA (Sebastian), « From the Jay Treaty Commissions Towards a Multilateral Investment Court: Addressing the Enforcement Dilemma », *Indian Journal of Arbitration Law, Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law*, National Law University, vol. VI, issue 1, 2017.

HODGSON (Matthew), « Investment Protection and Public Regulation: The Critical Balancing Act of Investment Treaty Arbitration », in LAIRD (Ian) *et al.* (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 6, JurisNet LLC, 2013.

HORVATH (Günther) et BERZERO (Roberta), « Arbitrator and Counsel: The Double-Hat Dilemma », *TDM*, vol. 1, issue 4, 2013.

HOWARD (David), « Creating Consistency Through a World Investment Court », *Fordham International Law Journal*, vol. 41, issue 1, 2017.

HWANG (Michael) et LIM (Kevin), « Issue Conflict in ICSID Arbitrations », in HWANG (Michael), *Selected Essays on International Arbitration*, Singapore International Arbitration Center, 2013.

JACQUET (Jean-Michel), « Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale ? », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2010, issue 3, 2010.

JACOB (Patrick), LATTY (Franck), DE NANTEUIL (Arnaud), *Arbitrage d'investissement et droit international général*, Annuaire français de droit international, CNRS Editions, 2017.

JOUBIN-BRET (Anna), « Why We Need a Global Appellate Mechanism for International Investment Law », *Columbia FDI Perspective: Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues*, no. 146, avril 2015.

KAHALE III (George), « A Problem in Investor/State Arbitration », *TDM*, vol. 6, issue 1, 2009

KAHALE III (George), « Is Investor-State Arbitration System Broken? », *TDM*, vol. 9, issue 7, 2012.

KAPELIUK (Daphna), « The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators », *Cornell Law Review*, vol. 96, no. 1, 2010.

KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal », *TDM*, vol. 2, issue 5, 2005.

KAUFMANN-KOHLER (Gabrielle), « Is Consistency a Myth? », in GAILLARD (Emmanuel) et BANIFETAMI (Yas) (eds.), *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, Inc., 2008.

KAUFFMANN-KOHLER (Gabrielle) et POTESTÀ (Michele), « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap », *ISDS Project - CIDS Supplemental Report*, 2016.

KAUSHAL (Ashna) « Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », *Harvard International Law Journal*, vol. 50, issue 2, 2009.

KAWHARU (Amokura), « Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae » in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010.

KIDANE (Won), « Sustainable Development Obligations and Access to Treaty Remedies in Contemporary Investment Treaties and Models », in ENGELMAYER KALICKI (Jean) et RAOUF (Mohamed) (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 20, 2019.

KINNEAR (Meg), « Grotius Lecture: Navigating International Dispute Resolution: Innovations in Investor-State Resolution », *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación, vol. 6, issue 3, 2013.

KNAHR (Christina) et REINISCH (August), « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, no. 1, avril 2007.

KRISHAN (Devashish), « Thinking about BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis that Never Was », in WEILER (Todd) et BAETENS (Freya) (eds.), *New Directions in International Economic Law: in Memoriam Thomas Wälde*, Brill Nijhoff, 2011.

KUO (Houchih), « The Issue of Repeat Arbitrators: Is it a Problem and How Should the Arbitration Institutions Respond », *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 4, no. 2, 2011.

LAMB (Sophie) et al., « Recent Developments in the Law and Practice of Amicus Briefs in Investor-State Arbitration », *Indian Journal of Arbitration Law*, vol. 5, issue 2, 2016

LAMM (Carolyn) et NAGARAJAN (Karthik), « The Continuing Evolution of Investor-State Arbitration as a Dynamic and Resilient Form of Dispute Settlement », *Indian Journal of Arbitration Law*, National Law University, vol. V, issue 2, 2016.

LANGFORD (Malcolm), BEHN (Daniel) et LIE (Runar), « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, issue 2, 2017.

LANGFORD (Malcolm) et BEHN (Daniel), « Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitration? », *The European Journal of International Law*, vol. 29 no. 2, Oxford University Press, 2018.

LAVRANOS (Nikos), « The Changing Ecosystem of Dutch BITs », *Arbitration International*, vol. 36, 2020.

LAZO (Rodrigo), « Is There a Life in Latin America After ICSID Denunciation? », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014.

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

MALINTOPPI (Loretta), « Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, no. 3, 2008.

MA (David), « A BIT Unfair: An Illustration of the Backlash against International Arbitration in Latin America », *Journal of Dispute Resolution*. no. 2, 2012.

MALINTOPPI (Loretta) et LIMBASAN (Natalie), « Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration », *BCDR International Arbitration Review*, vol. 2, issue 1, 2015.

MARKERT (Lars), « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States », in BUNGENBERG (Marc) *et al.* (eds.), *International Investment Law and EU Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011.

MAVROIDIS (Petros) *et al.*, « Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO Be the Solution », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 2, issue 3, 2011.

MAXWELL (Iain), « Transparency in Investment Arbitration: Are Amici Curiae the Solution? », *Asian International Arbitration Journal*, vol. 3, 2007.

MENAKER (Andrea), « Seeking Consistency in Investment Arbitration: The Evolution of ICSID and Alternatives for Reform », in VAN DEN BERG (Albert), « International Arbitration: The Coming of a New Age? », *ICCA Congress Series*, vol. 17, 2013.

MENÉTREY (Séverine), « L'évolution des fondements de la publicité des procédures judiciaires internes et son impact sur certaines procédures arbitrales internationales », *Ottawa Law Review*, 2008.

MENÉTREY (Séverine), « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2012, issue 1, 2012.

MICHOUD (Adeline), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue Générale de Droit, Pluralisme juridique et cultures juridiques*, vol. 49, no. 2, 2019.

MOURRE (Alexis), « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's concerns on Transparency in Investment Arbitration », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, no. 2, 2006.

NEWCOMBE (Andrew) et PARADELL (Lluís), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009.

NEWCOMBE (Andrew), « General Exceptions in International Investment Agreements », in SEGGER (Marie-Claire), GEHRING (Markus) et NEWCOMBE (Andrew) (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2010.

NILSSON (Anders) et ENGLESSON (Oscar), « Inconsistent Awards in Investment Treaty Arbitration: is an Appeals Court Needed? », *Journal of International Arbitration*, vol. 30, issue 5, Kluwer Law International, 2013.

NOUVEL (Yves), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue Général du Droit International Public*, 2002.

NOUVEL (Yves), « Le CETA (selon l'acronyme anglais) a été signé le 30 octobre 2016. Quelle est sa singularité dans le droit international des investissements ? », *Recueil Dalloz*, 2016.

PANTALEO (Luca), « Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System », *CLEER Paper Series 2016/2*, 13 mai 2016.

PAULSSON (Jan), « Ethics, Elitism, Eligibility », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 4, 1997.

PAULSSON (Jan), « Avoiding Unintended Consequences », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.

PAULSSON (Jan), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Review*, vol. 25, 2010.

PARK (Eun), « Appellate Review in Investor-State Arbitration », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

PARK (William), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *San Diego Law Review*, vol. 46, no. 3, 2009.

PARK (William), « Arbitrator Integrity », in WAIBEL (Michael) et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

PARK (William), « Arbitrator Bias », *TDM*, vol. 12, no. 6, 2015.

PAUWELYN (Joost), « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Review*, vol. 29, no. 2, 2014.

PELLET (Alain), « Annulment Faute de Mieux - Is There a Need for an Appeals Facility? », in CALAMITA (N. Jansen), EARNEST (David) et BURGSTALLER (Markus) (dir.), *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, Investment Treaty Law Current Issues IV, British Institute of international and Comparative Law, 2013.

POLANCO (Rodrigo) et DESILVESTRO (Valentino), « Does an Arbitrator's Background Influence the Outcome of an Investor-State Arbitration? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, no. 1, 2018.

POTESTÀ (Michele), « Investment Arbitration, Challenges and Prospects for The Establishment of a Multilateral Investment Court: Quo Vadis Enforcement? », in KLAUSEGGER (Christian), KLEIN (Peter) et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2018.

PRUJINER (Alain), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2005, issue 1, 2005.

PUIG (Sergio), « Social Capital in the Arbitration Market », *The European Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, 2014.

PUIG (Sergio) et STREZHNEV (Anton), « Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach », *Journal of Legal Studies*, vol. 46, no. 2, 2017.

PUIG (Sergio) et SHAFFER (Gregory), « Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *American Journal of International Law*, vol. 112, issue 3, 2018.

RIBEIRO (João) et DOUGLAS (Michael), « Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward », *Asian International Arbitration Journal*, vol. 11, no. 1, 2015.

ROGERS (Catherine), « The Politics of International Investment Arbitrators », *TDM*, vol. 11, issue 1, 2014.

ROBERTS (Anthea), « Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration », *American Journal of International Law*, vol. 112, issue 3, 2018.

ROBERT-CUADET (Sabrina), « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirect », *Droit de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Martinus Nijhoff, 2010.

SACHS (Lisa) et JOHNSON (Lise) et al., « The UNCITRAL Working Group III Work Plan: Locking In A Broken System? », *Columbia Center on Sustainable Investment*, 4 mai 2021.

SANDS (Philippe), « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel », in ROVINE (Arthur) (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Brill Nijhof, vol. 6, 2013.

SANDS (Philippe), « Conflict of Interests for Arbitrator and/or Counsel », in KINNEAR (Meg), FISHER (Geraldine), et al (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015.

SALOUÏ (Fatima-Zahra), « The Rising Issue of 'Repeat Arbitrators' A Call for Clarification », *Arbitration International*, vol. 25, no. 1, 2009.

SCHILL (Stephan), « The Multilateralization of International Investment Law », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Cambridge University Press, 2009.

SCHILL (Stephan), « Private Enforcement of International Investment Law, Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement », in WAIBEL (Michael) *et al.* (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010.

SCHILL (Stephan), « Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, issue 1, 2011.

SCHILL (Stephan), « System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking », *German Law Journal*, vol. 12, no. 5, 2011.

SCHILL (Stephan), « W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *The European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, 2011.

SCHILL (Stephan), « Editorial: Fives Times Transparency in International Investment Law », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 15, issue 3-4, 2014.

SCHILL (Stephan), « The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

SCHILL (Stephan), « Developing a Framework for the Legitimacy of International Arbitration », in VAN DEN BERG (Albert) (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, vol. 18, 2015.

SCHILL (Stephan), « The Mauritius Convention on Transparency: A Model for Investment Law Reform? », *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 18 avril 2015.

SCHILL (Stephan), « Investor-State Dispute Settlement Reform at UNCITRAL: A Looming Constitutional Moment? », *Journal of Investment & Trade*, vol. 19, issue 1, 2018.

SCHILL (Stephan) et VIDIGAL (Geraldo), « Designing Investment Dispute Settlement à la Carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis », in BAETENS (Freya) et BISMUTH (Régis) (eds.), *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, issue 3, Brill Nijhoff, 2019.

SCHNEIDERMAN (David), « Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 30, issue 2, 2010.

SCHREUER (Christoph), « Preliminary Rulings in Investment Arbitration », in SAUVANT (Karl) (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008.

SCHREUER (Christoph) et WEINIGER (Matthew), « Conversation Across Cases – Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration? », *TDM*, vol. 5, issue 3, 2008.

SCHREUER (Christoph), « The Future of Investment Arbitration », supra note 326 in MARSANJANI (Mahmoud), COGAN (Jacob), *et al.* (eds.), *Looking at the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011.

SCHREUER, (Christoph), « Coherence and Consistency in International Investment Law », in ECHANDI (Roberto) et SAUVÉ (Pierre) (eds.), *World Trade Forum: Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013.

SCHREUER (Christoph), « Investment Arbitration », in ROMANO (Cesare), ALTER (Karen) et SHANY (Yuval) (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

SCHREUER (Christoph) et DE LA BRENA (Andrea), « Does ISDS Need an Appeals Mechanism? », *TDM*, vol. 17, issue 2, 2020.

SCHWEBEL (Stephen), « A BIT about ICSID », *TDM*, vol. 7, issue 1, 2010.

SCHWEBEL (Stephen), « In Defense of Bilateral Investment Treaties », *Arbitration International*, vol. 31, issue 2, 2015.

SCHWIEDER (Robert), « TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55, issue 1, 2016.

SHAN (Wenhua) et WANG (Lu), « The Definition of ‘Investment’: Recent Developments and Lingering Issues », in KALICKI (Jean) et RAOUF (Mohamed) (eds.), *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*, ICCA Congress Series, vol. 20, Kluwer Law International, 2019.

SHANY (Yuval), « Squaring the Circle - Independent and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 30, no. 3, 2008.

SHEKHAR (Satwik), « Regulatory Chill: Taking the Right to Regulate for a Spin », *Center for World Trade Organization Studies*, Working Paper, CWS/WP/200/27, septembre 2016.

SHENG (Will) et KOH (Wilson), « Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges », in SCHERER (Maxi) (ed.), *Journal of International Arbitration*, vol. 34, issue 41, Kluwer Law International, 2017.

SHIRLOW (Esmé), « Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration », *ICSID Review*, vol. 31, no. 3, 2016.

SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », in ROGER (Catherine) et ROGER (Alford) (eds.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

SORNARAJAH (Muthucumaraswamy), « The Case Against a Regime for International Investment Law », in TRAKMAN (Leon) et RAIERI (Nicola) (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford University Press, 2013.

STERN (Brigitte), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, n° 2, 2002.

STERN (Brigitte), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, issue 1, 2007.

TERCIER (Pierre), « La légitimité de l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2011.

THOMAS (John), « Amicus Curiae in ICSID Arbitration », in KINNEAR (Meg) et al. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015.

TIETJE (Christian) et BAETENS (Freya), « The Impact of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *Study for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs*, The Netherlands. MINBUZA-2014.78850, 24 juin 2014.

VAN HARTEN (Gus), « The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, no. 2, 2007.

VAN HARTEN (Gus), « Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration », in WAIBEL (Michael) et al., *The Backlash against Investment: Perception and Reality*, Arbitration, Kluwer Law International, 2010.

VAN HARTEN (Gus), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 50, no. 1, 2012.

VAN HARTEN (Gus) et MALYSHEUSKI (Pavel), « Who has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants », *Osgoode Legal Studies Research Paper*, no. 14/2016, 2016.

VAN DEN BERG (Albert), « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », in ARSANJANI (Mahnoush) et al. (eds.), *Looking To The Future: Essays On International Law In Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff, 2011.

VAN DEN BERG (Albert), « Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions », *ICSID Review*, vol. 34, no. 1, 2019.

VANDEVELDE (Kenneth), « The Economics of Bilateral Investment Treaties », *Harvard International Journal*, vol. 41, issue 2, 2000.

VANDEVELDE (Kenneth), « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, no. 1, 2005.

WÄLDE (Thomas), « Transparency, Amicus Curiae Briefs and Third Party Rights », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, issue 2, 2004

ZACHARIASIEWICZ (Maciej), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution », *Journal of International Arbitration*, vol. 29, no. 2, 2012.

ZARRA (Giovanni), « Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 14, issue 2, 2017.

ZARRA (Giovanni), « The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? », *Chinese Journal of International Law*, 2018.

ZIADE (Nassib), « L'éthique et l'arbitrage en matière d'investissement : grandeur et misère de la fonction d'arbitre », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2012.

ZULETA (Eduardo), « The Challenges of Creating a Permanent Investment Court », in KALICKI (Jean) et JOUBIN-BRET (Anna) (eds), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015.

III. Jurisprudence

A. Sentences CIRDI

Abaclat and Others c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/07/5, Décision sur la compétence, 4 août 2011

ADF Group Inc. c. États-Unis, CIRDI aff. n° ARB(AF)/00/1, Sentence, 9 janvier 2003

AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erömu Kft c. Hongrie, CIRDI, aff. n° ARB/07/22, Sentence, 23 septembre 2010

Aguas del Tunari, S.A. c. Bolivie, CIRDI aff. n° ARB/02/3, Décision sur la compétence, 21 octobre 2005

Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie, CIRDI aff. n° ARB/81/1

- Décision d'annulation, 16 mai 1986
- Sentence dans une procédure resoumise du 5 juin 1990
- Décision sur les décisions complémentaires et les rectifications du 17 octobre 1990 et Décision sur les demandes d'annulation de la sentence de 1990 et de la sentence complémentaire de 1990 du 17 décembre 1992

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka, CIRDI aff. n° ARB/87/3, Sentence finale, 27 juin 1990

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie, CIRDI aff. n° ARB/05/22

- Ordonnance procédurale n° 5, 2 février 2007
- Sentence, 24 juillet 2008

BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL c. Guinée, CIRDI aff. n° ARB/14/22, Ordonnance de procédure n° 2 sur la transparence, 17 septembre 2015

Burlington Resources c. Équateur, CIRDI, aff. n° ARB/08/5, Décision sur la responsabilité, 14 décembre 2012

Caratube International Oil Company LLP et M. Devincti Salah Hourani c. Kazakhstan, CIRDI aff. n° ARB/13/13, Décision sur la proposition de disqualifier M. Bruno Boesch, 20 mars 2014

Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie, CIRDI aff. n° ARB/12/14 et 12/40, Décision sur la compétence, 24 février 2014

CMS Gas Transmission Co. c. Argentine, CIRDI, aff. n° ARB/01/8

- Sentence, 12 mai 2005
- Décision de la commission *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 25 septembre 2007

Consortium RFCC c. Maroc, CIRDI aff. n° ARB/00/6, Décision sur la compétence, 16 juillet 2001

Continental Casualty Company c. Argentine, CIRDI, aff. n° ARB/03/9

- Sentence, 5 septembre 2008
- Décision sur la demande d'annulation partielle de Continental Casualty Company et Décision sur la demande d'annulation partielle de l'Argentine, 16 septembre 2011

Electrabel SA c. Hongrie, CIRDI aff. n° ARB/07/19, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, 25 février 2008

Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. c. Croatie, CIRDI aff. n° ARB/17/32, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, 23 août 2018

El Paso Energy International Co. c. Argentine, CIRDI, aff. n° ARB/03/15, Décision sur la compétence, 27 avril 2006

Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine, CIRDI, aff. n° ARB/01/3

- Sentence, 22 mai 2007
- Décision relative à la demande d'annulation de la République Argentine, 30 juillet 2010

Gas Natural SDG, S.A. c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/03/10, Décision du Tribunal sur les questions préliminaires de compétence, 17 juin 2005

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais, CIRDI aff. n° ARB/81/2, Deuxième décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 17 mai 1990

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., et LG&E International, Inc. c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/02/1

- Décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006 Sentence sur la responsabilité, 3 octobre 2006
- Sentence, 25 juillet 2007
- Ordonnance du Secrétaire-Général prenant acte de la discontinuité de la procédure, 20 février 2015

Liberian Eastern Timber Corp. [LETCO] c. Libéria, CIRDI, aff. n° ARB/83/2, Sentence, 31 mars 1986

Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée, CIRDI aff. n° ARB/84/4, Décision du Comité d'annulation *ad hoc*, 22 décembre 1989

Metalclad Corporation c. États-Unis d'Amérique, CIRDI aff. n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000

Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada, CIRDI aff. n° UNCT/07/01, Réponse de l'investisseur à la pétition du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, des Travailleurs unis de l'acier et de la Fédération du travail de la Colombie-Britannique, 16 juillet 2008

MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili, CIRDI aff. n° ARB/01/7, Sentence, 25 mai 2004

Quiborax S.A. and Non-Metallic Minerals S.A. c. Bolivie, CIRDI aff. n° ARB/06/2, Sentence, 16 septembre 2015

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. The Republic of Ecuador, CIRDI, aff. n° ARB/06/11, Sentence, 5 octobre 2012

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. Australie, CPA aff. n° 2012-12,

- Avis de réclamation, 22 juin 2011
- Demande d'arbitrage, 21 novembre 2011
- La réponse d'Australie à la notification d'arbitrage, 21 décembre 2011
- Sentence sur la compétence et la recevabilité, 17 décembre 2015
- Sentence finale concernant l'allocation des coûts, 8 juillet 2017

Philip Morris Brand Sarl (Switzerland) c. Uruguay, CIRDI, aff. n° ARB/10/7

- Demande, 19 février 2010
- Ordonnance de procédure n° 4, 24 mars 2015
- Sentence, 8 juillet 2016

Piero Foresti, Laura de Carli et al. c. Republic of South Africa, CIRDI aff. n° ARB(AF)/07/1, Sentence du 4 août 2010

Ping an Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd. c. Belgique, CIRDI aff. n° ARB/12/29, Sentence, 30 avril 2015

Saipem SpA c. Bangladesh, CIRDI, aff. n° ARB/05/0767, Décision sur la compétence, 21 mars 2007

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc, CIRDI aff. n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, 31 juillet 2011

Sempra Energy International c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/02/16,

- Sentence, 28 septembre 2007
- Décision relative à la demande d'annulation de la République Argentine, 29 juin 2010

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan, CIRDI, aff. n° ARB/01/13, Sentence sur compétence, 6 août 2003

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines, CIRDI, aff. n° ARB/02/6, Décision sur la compétence et Déclaration séparée, 24 janvier 2004

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/03/19, Ordonnance en réponse à la pétition pour la transparence et participation en tant que amicus curiae du 19 mai 2005

Tidewater Inc. c. Vénézuéla, CIRDI aff. n° ARB/10/5, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Brigitte Stern, Arbitre, 23 décembre 2010

Universal Compression c. Vénézuéla, CIRDI aff. n° ARB/10/9, Décision sur la proposition de disqualifier le Professeur Brigitte Stern et le Professeur Guido S. Tawil, arbitres, 20 mai 2011

Urbaser SA c. Argentine, CIRDI aff. n° ARB/07/26, Décision sur la proposition du demandeur de disqualifier le Professeur Campbell Mclachlan, Arbitre, 12 août 2010

Venezuela Holdings B.C. et al. c. Bolivarian Republic of Venezuela, CIRDI, aff. n° ARB/07/27, sentence, 9 octobre 2014

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne, CIRDI aff. n° ARB/09/6

- Demande du 30 mars 2009
- Sentence, 11 mars 2011

Vattenfall AB c. Allemagne, CIRDI aff. n° ARB/12/12

B. Sentences CNUDCI

Chemtura Corporation c. Canada, CNUDCI, Sentence, 2 août 2010

Chevron Corp. et Texaco Petroleum Co. c. Equateur, CNUDCI, CPA aff. n° 34877, Sentence partielle, 30 mars 2010

CME Czech Republic B.V. c. Tchéquie, CNUDCI

- Sentence partielle, 13 septembre 2001

- Sentence finale, 14 mars 2003

Ghana c. Telekom Malaysia Berhad, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 13/2004, 18 octobre 2004

Methanex c. États-Unis, ALENA, CNUDCI,

- Décision du Tribunal sur les demandes d'intervention des tiers en qualité d'amicus curiae, 15 janvier 2001
- Sentence finale sur la compétence et sur le fond, 3 août 2005

Philip Morris Asia Limited c. Australie, CNUDCI, CPA aff. n° 2012-12

- Sur la compétence et recevabilité, 15 décembre 2005
- Avis de réclamation, 22 juin 2011
- Sentence sur la compétence et l'admissibilité, 17 décembre 2015
- Ordonnance de procédure n° 4 concernant la procédure avant la décision sur la bifurcation, 26 octobre 2012

PJSC RusHydro c. Kirghizistan, CNUDCI, CPA, aff. n° 2018-21, 2018

Pope & Talbot Inc. c. Canada, ALENA, CNUDCI

- Deuxième sentence sur le fond, 10 avril 2001
- Sentence sur les dommages, 31 mai 2002

Ras al-Khaimah Investment Authority c. Inde, CNUDCI, Notification d'arbitrage, 8 décembre 2016

Ronald S. Lauder c. Tchèque, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001

Ruby Roz Agricol et Kaseem Omar c Kazakhstan, CNUDCI, Sentence sur la compétence, 1 août 2013

Saluka Investments B.V. c. Tchèque, CNUDCI, Sentence partielle, 7 mars 2006

S.D. Myers, Inc. c. Canada, CNUDCI, Sentence partielle, 13 novembre 2000

Strategic Infrastol Foodstuff LLC and The Joint-Venture of Thakur Family Trust UAE with Ace Hospitality Management DMCC UAE c. Inde, CNUDCI, Notification d'intention de se soumettre à l'arbitrage, 8 octobre 2015

United Parcel Service of America Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI, Sentence sur le fond, 22 juin 2005

Vito G. Gallo c. Canada, ALENA, CNUDCI, CPA aff. n° 55798

- Ordonnance de procédure n° 1, 4 juin 2008
- Décision sur la récusation de M. J. Christopher Thomas, QC, 14 octobre 2009

White Industries Australia Limited c. Inde, CNUDCI, Sentence finale, 30 novembre 2011

C. Tribunaux arbitraux

L. F. H. Neer et Pauline Neer (États-Unis) c. États-Unis mexicains, Sentence, 15 octobre 1926

D. Arbitrage Etat/Etat

Équateur c. États-Unis, CPA aff. n° 2012-05. 28 juin 2011

E. Cour de justice de l'Union européenne

Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise, Affaires jointes 28 à 30-62, ECLI:EU:C:1963:6, Arrêt, 27 mars 1963

Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstell für Getreide und Futtermittel, C-166-73, EU:C:1974:3, Arrêt, 16 janvier 1974

Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé, C-283/81, EU:C:1982:335, 6 octobre 1982

Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c. Evora BV, C-337/95, 4 novembre 1997

Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën, C-495/03, EU:C:2005:552, 15 septembre 2015

République slovaque c. Achmea BV, aff. n° C-284/16, 6 mars 2018

F. Décisions de justice nationales

a. Angleterre

Dallal c. Bank Mellat, UK Queen Bench Division, 1986 QB 441, *Jugement*, 27 juin 1985

b. Allemagne

BVerfG – Vattenfall, Cour Constitutionnelle allemande, – 1 BvR 2821/11, *Jugement du premier Sénat*, 06 décembre 2016

c. États-Unies

Ministère de la défense de la République islamique d'Iran c. Gould Inc. et al., U.S. District Court (Central District of California), *Jugement*, 14 janvier 1988, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XIV, p. 763 *et seq.*, VAN DEN BERG (Albert) (ed.), 1989

Gould Inc., Gould Marketing c. Hoffman Export Corporation, Gould International Inc. c. le Ministère de la défense de la République islamique d'Iran, U.S. Court of Appeals (9th Cir.), 887 F.2d 1357, *Jugement*, 23 octobre 1989

Payne v. Tennessee, U.S. Supreme Court, 501 U.S. 808, 1991

Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., District Court of Massachusetts, U.S., 995 F. Supp. 190, 26 janvier 1998

d. France

Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH c. Dutco Consortium Constr. Co., Cass. 1re civ., n° 89-18.708, Bull. 1992 I N° 2, 7 janvier 1992

e. Pays-Bas

Ghana c. Telekom Malaysia Berhad, Tribunal de district de La Haye, Récusation n° 13/2004, 18 octobre 2004

Ghana c. Telekom Malaysia, Tribunal de district de La Haye, Récusation n°17/2004, Décision, 5 novembre 2004

f. Suisse

Elmar Gundel c. Fédération Equestre Internationale, Tribunal Fédéral Suisse, 1st Civil Division, 15 mars 1993

IV. Documents officiels et institutionnels

A. Gouvernemental

a. Union Européenne

Conseil de l'Europe, « Directive de négociation du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis », 1103/13, 17 juin 2013.

Commission européenne, Consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 13 juillet 2014.

Commission européenne, Rapport sur la consultation publique en ligne sur les modalités de la protection des investissements et le règlement des différends entre investisseurs et États dans le cadre du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), SWD (2015) 3 final, 13 janvier 2015.

Commission européenne, L'investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme Renforcer le droit de réglementer et assurer la transition entre l'actuel système d'arbitrage ad hoc et la mise en place d'une juridiction sur les investissements, Note de synthèse, 15 mai 2015.

Parlement européen, Résolution de 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne sur les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) (2014/2228(INI)).

Ébauche de texte sur la protection de l'investissement et la mise en place d'une Cour d'investissement dans le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, 16 septembre 2015.

Commission européenne, Commission Staff Working Document - Impact Assessment, Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution - Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, Bruxelles, SWD(2017) 302 final, 2017.

Commission européenne, « Commission Staff Working Document Impact Assessment - Multilateral reform of investment dispute resolution », SWD(2017) 302 final, 13 septembre 2017.

Conseil de l'Union Européenne, Directives de négociation relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements, Bruxelles, 12981/17 ADD 1, 1 mars 2018.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM (2010) 343, Bruxelles, 7 juillet 2010.

Commission européenne, Rapport en ligne sur la consultation publique sur la protection des investissements et sur les litiges investisseurs-États (ISDS) dans le cadre de l'Accord de partenariat transatlantique (TTIP), SWD (2015) 3 final, 13 janvier 2015.

Parlement européen, Observatoire législatif, Recommandations à la Commission européenne sur les négociations relatives au partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), vote final, 2014/2228(INI) I A8-0175/2015, 8 juillet 2015.

B. Non gouvernemental

a. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement

Lessons from the MIA, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/Misc.22, 1999.

Trends in International Investment Agreements: An Overview, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/13, décembre 1999.

Bilateral Investment Treaties, 1959-1999, UNCTAD/ITE/IIA/2, United Nations Publication, 2000.

Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2005.

Investor-State Dispute Settlement and Impact On Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, United Nations Publication, 2007.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making », UNCTAD/ITE/IIA/2006/5, 2007.

Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/2 décembre 2010.

Interpretation of IIAs: What States Can Do ?, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2011/10, décembre 2011.

World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, UNCTAD/WIR/2012, Publication des Nations Unies, Suisse, 2012.

Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, A Sequel, UNCTAD/DIAE/IA/2011/6, 2012.

World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development, Publications des Nations Unies, 2013.

Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, mai 2013.

Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, IIA Issues Note, No. 2, juin 2013, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4, juin 2013.

Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, IIA Issues Note, No. 1, 2013.

International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal, IIA Issues Note, No. 4, , UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/9, juin 2013.

Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2014/3 avril 2014.

World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, UNCTAD/WIR/2015, publication des Nations Unies, 2015.

Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issues Note, No. 1, février 2015, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, février 2015.

Treaty-based ISDS Cases Brought under Dutch IIAs: An Overview Study, commissioned by the DG Foreign Economic Relations, Ministry of Foreign Affairs, UNCTAD/DIAE, 2015.

Taking Stock of IIA Reform, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2016/3, mars 2016.

World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy, UNCTAD/WIR/2017, 2017.

Phase 2 Of IIA Reform: Modernizing The Existing Stock Of Old-Generation Treaties, IIA Issues Note, Issue 2, UNCTAD/DIAE/PCD/2017/3, juin 2017.

Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/DIAE/PCB/2017/7, novembre 2017.

Improving Investment Dispute Settlement: UNCTAD Policy Tools, IIA Issues Note, No. 4, UNCTAD/DIAE/PCB/2017/8, novembre 2017.

Recent Developments in the International Investment Regime, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/1, mai 2018.

Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, IIA Issues Note, No. 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2018/2, juin 2018.

UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, United Nations Publication, 2018.

World Investment Report 2019: Special Economic Zones, UNCTAD/WIR/2019, United Nations Publication, 2019.

Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/3 mars 2019.

Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, IIA Issues Note, Issue 2, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/4, mai 2019.

Taking Stock of IIA Reform: Recent Developments, IIA Issues Note, No. 3, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/5 juin 2019.

Review of ISDS Decisions In 2018: Selected IIA Reform Issues, IIA Issues Note, No. 4, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/6, juillet 2019.

The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments, IIA Issues Note, No. 1, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/4, juillet 2020.

International Investment Agreements Reform Accelerator, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, 2020.

Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts And Figures 2020, IIA Issues Note, No. 4, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2021/7, septembre 2021.

b. Groupe de Travail III

Rapport du Groupe de travail III (réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les conclusions de la 35^{ème} session (Vienne, 27 novembre - 1 décembre 2017) Part I, A/CN.9/930/Rev.1, 19 décembre 2017.

Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-sixième session (Vienne, 29 octobre – 2 novembre 2018), A/CN.9/964, 6 novembre 2018.

Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-septième session New York, 1er-5 avril 2019 Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, A/CN.9/WG.III/WP.159/Corr.1, 24 janvier 2019.

Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session Vienne, 14-18 octobre 2019 Éventuelle réforme du règlement des différends

entre investisseurs et États (RDIE), Note du Secrétariat, Sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE, A/CN.9/WG.III/WP.169, 31 juillet 2019.

Assemblée générale, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs États (RDIE), Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, note du Secrétariat, groupe de travail III (réforme sur le règlement des différends Investisseur État) 38ème session, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 novembre 2019.

Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session (reprise) Vienne, 20-24 janvier 2020 Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 novembre 2019.

Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Trente-neuvième session, Vienne, 30 mars -3 avril 2020, Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.191, 17 janvier 2020.

Note du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Questions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), Quarantième session, Vienne (en ligne), 8-12 février 2021, A/CN.9/WG.III/WP.202, 12 novembre 2020.

Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Quarante et unième session Vienne, 15-19 novembre 2021, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Note du Secrétariat, Projet de code de conduite, A/CN.9/WG.III/WP.209, 15 septembre 2021.

Projet Initial du Secrétariat, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), - Projet Initial sur le Mécanisme d'appel et questions relative à l'exécution, A/CN.9/WG.III/WP (undated).

c. Publications d'ONG

« 230 Law and Economics Professor Urge President Trump to Remove Investor-State Dispute Settlement (ISDS) from NAFTA and Other Pacts », Public Citizen, 25 octobre 2017.

Both ENDS, « The Mauritius Convention: Boosting Transparency in Treaty-based Investor State Arbitration », *Both ENDS Discussion Paper*, 2019.

DUPRE (Mathilde), « Qu'est-ce que le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États ? », *Institut Veblen pour les réformes économiques*, 2019.

EBERHARDT (Pia) et OLIVET (Cecilia), *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fueling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory (« CEO ») et the Transnational Institute (« TNI »), novembre 2012.

MULLER (Bettina) et OLIVET (Cecilia), *ISDS in Numbers: Impacts of Investment Arbitration against African States*, TNI, 2019.

OLIVET (Cecilia), « The Dark Side of Investment Agreements », *TNI*, 16 décembre 2011.

Public Citizen, « Myths and Omissions: Unpacking Obama Administration Defenses of Investor-State Corporate Privileges », *Public Citizen's Global Trade Watch*, 2014.

SINGH (Kavaljit) et ILGE (Burghard), *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016.

VAN HARTEN (Gus), « A Critique of Investment Treaties », in SING (Kavajit) et ILGE (Burghard) (eds.), *Rethinking Bilateral Investment Treaties Critical Issues and Policy Choices*, Both ENDS, Madhyam, SOMO, 2016.

VERHEECKE (Lora), EBERHARDT (Pia), OLIVET (Cecilia) et COSSAR-GILBERT (Sam), *Tribunaux VIP, 10 Histoires de Détournement de la Justice par les Riches et les Multinationales*, Friends of the Earth Europe, Les Amis de la Terre France, TNI, CEO, Mouvement écologique, 2019.

VERHEECKE (Lora) et al., *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice*, Friends of the Earth Europe and International, TNI et CEO, 2019.

V. Principaux instruments internationaux et nationaux cités

A. Modèle de TBI

Accord type du Brésil sur la coopération et la facilitation des investissements de 2015.

Modèle de TBI rédigé par le Canada, 2014.

Modèle de TBI rédigé par le Canada, 2021.

Modèle de TBI rédigé par la Communauté de Développement de l'Afrique australe, 2012.

Modèle de TBI rédigé par des États-Unis, 2004.

Modèle de TBI rédigé par les États-Unis, 2012.

Modèle de TBI rédigé par l'Inde, 2015.

Modèle de TBI rédigé par l'Inde, 2016.

Modèle de TBI rédigé par le Maroc, 2019.

Modèle de TBI rédigé par les Pays-Bas, 2004.

Modèle de TBI rédigé par les Pays-Bas, 2018.

Modèle de TBI rédigé par les Pays-Bas, 2019.

B. Traités bilatéraux ou multilatéraux avec un chapitre d'investissement

Accord de libre-échange nord-américain, ALENA, entré en vigueur le 1er janvier 1994.

Traité sur la Charte de l'Énergie, entré en vigueur le 16 avril 1998.

Accord de libre-échange entre la République Dominicaine, les États d'Amérique centrale et les États-Unis, communément appelé Accord de libre-échange d'Amérique centrale, ALÉAC, signé le 5 août 2004.

Association des Nations de l'Asie du Sud-Est, ASEAN, signé le 26 février 2009.

Accord unifié pour les investissements du capital arabes dans les pays arabes, signé le 22 janvier 2013.

Accord de libre-échange entre la Corée et Australie, KAFTA, entré en vigueur le 12 décembre 2014.

Accord de libre-échange entre la Chine et Australie ChaFTA, entré en vigueur le 20 décembre 2015.

Partenariat transpacifique global et progressiste, CPTTP, entré en vigueur le 30 décembre 2018.

Accord Canada-États-Unis-Mexique, ACEUM, signé le 30 novembre 2018.

Accord de libre-échange UE-Vietnam, entré en vigueur le 1^{er} août 2020.

Accord sur la protection des investissements, EVIPA, entré en vigueur le 8 juin 2020.

Accord économique et commercial global avec le Canada, AECG, entré en vigueur le 1^{er} avril 2021.

C. Les règlements d'arbitrage

Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etat et ressortissants d'autres Etats et règlements du CIRDI, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

Règlement d'arbitrage du CIRDI, 2006.

Règlement Administratif et Financier du CIRDI, version révisée le 28 février 1975

Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI, 27 septembre 1978.

Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration, adopté le 1er janvier 1998.

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI adopté le 28 avril 1976, version révisée du 16 décembre 2013.

Règlement d'arbitrage de la SIAC, entré en vigueur depuis le 1er août 2016.

Règlement d'arbitrage n°125 GAFTA, adopté le 1^{er} septembre 2016.

Règlement d'arbitrage de la CCI adopté en 1998, version révisée le 6 octobre 2020.

D. Conventions

Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 3 septembre 1953.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958, signée le 10 juin 1958.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 575 UNTS 159, 4 ILM 524, 1965.

Convention de Vienne sur le droit des Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, traités entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, entré en vigueur le 2 mai 1992.

Convention cadre pour la lutte anti-tabac, adopté le 21 mai 2003.

Traité de Lisbonne portant amendement du Traité de l'Union Européenne et le Traité établissant la Communauté européenne, 13 décembre 2007.

Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, Convention de Maurice, telle qu'adoptée par l'Assemblée Générale, A/RES/69/116, U.N. Doc. A/68/496, 10 décembre 2014.

E. Autres documents institutionnels

Discussion Paper: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, publié par le Secrétariat du CIRDI, 22 October 2004

Nations Unies, Résolution n° 64/236 adoptée par l'Assemblée générale le 24 décembre 2009, Mise en œuvre d'Action 21, du Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21 et des textes issus du Sommet mondial pour le développement durable, A/RES/64/236, 31 mars 2010.

Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-cinquième session, du 6 mai au 7 juin 2013 et du 8 juillet au 9 août 2013, A/68/10, 2013.

Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, Soixante-neuvième session, A/RES/69/116, 18 décembre 2014.

CIRDI, Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI, Documents de travail no. 2, vol.1, mars 2019

CIRDI, Propositions d'Amendement des Règlements du CIRDI, Document de travail n° 4, vol. 1, février 2020.

CIRDI et CNUDCI, texte du projet de code de conduite, 1^{er} mai 2020.

CIRDI, ICSID/3, Liste Des États Contractants et Signataires de la Convention au 3 septembre 2021.

TABLE DES MATIÈRES

LA MISE EN QUESTION DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET LA RÉFORME DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS	1
REMERCIEMENTS.....	3
TITLE AND ABSTRACT :	6
RÉSUMÉ :	7
LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABBREVIATIONS	8
SOMMAIRE	15
INTRODUCTION.....	16
I. L'HISTOIRE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	16
A. Les litiges internationaux d'investissement avant le système du RDIE	16
B. Du droit international coutumier aux traités bilatéraux d'investissement	19
II. L'ENJEU DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEURÉTAT (RDIE).....	26
A. L'introduction de l'arbitrage investisseur-État et la création du CIRDI.....	26
B. La prolifération des litiges RDIE.....	31
III. LE CONTRECOUP DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	35
A. La contre-attaque de l'Amérique latine contre le RDIE : la dénonciation du CIRDI.....	36
1. La Bolivie.....	41
2. L'Équateur.....	43
3. Le Venezuela.....	46
B. La dénonciation des TBI par certains pays	48
1. L'Afrique du Sud	48
2. L'Indonésie	50
3. L'Inde.....	52
C. L'exclusion du RDIE par l'Australie	56
D. Le démantèlement du RDIE par l'Union Européenne	59

IV. LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DU RDIE : UN PROBLÈME DE DÉFINITION	64
A. L'absence de consensus concernant la « crise de légitimité »	67
B. Le désaccord sur le point de départ de la « crise »	77
C. Les opinions divergentes sur les causes de la crise de légitimité.....	80
1. L'illégitimité causée par la structure même du RDIE	81
2. L'illégitimité causée par des points identifiés mais divergents.....	83
V. RDIE : UN APPEL EN FAVEUR D'UNE RÉFORME	86
VI. L'OBJECTIF ET LA PORTÉE DE CETTE THÈSE	87
PARTIE I. LES CRITIQUES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : MYTHE OU	
RÉALITE ?	92
TITRE 1. LES CRITIQUES SUR LE FOND	94
CHAPITRE 1. L'EMPIÈTEMENT SUR LE DROIT DE L'ÉTAT A RÉGLEMENTER	95
SECTION 1. LE RDIE : EST-IL UN DANGER POUR LE DROIT DES ÉTATS DE	
RÉGLEMENTER ?	98
I. L'IMPACT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS SUR LE DROIT DES	
ÉTATS DE RÉGLEMENTER	98
A. La définition du droit des États de régler dans l'intérêt public	99
B. La mise en œuvre du droit de régler est souvent une source de tensions entre États et	
investisseurs.....	105
II. L'EFFET DE « GEL RÉGLEMENTAIRE » ÉMANANT DE LA MENACE DE	
L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	110
SECTION 2. LES DÉFIS RÉGLEMENTAIRES : UN DÉFI POUR LE RDIE ?	115
I. LES LITIGES PORTANT SUR UNE MESURE ENVIRONNEMENTALE	117
A. Les arbitrages de l'ALENA relatifs à l'environnement.	118
1. SD Myers, Inc c. Canada.....	120
2. Methanex c. États-Unis	124
3. Chemtura c. Canada	127
B. Les arbitrages Vattenfall : le retournement de l'Allemagne contre le RDIE.....	130

1. Vattenfall c. Allemagne I (restrictions environnementales sur le charbon)	130
2. Vattenfall c. Allemagne II (la sortie de l'énergie nucléaire).....	133
II. LES LITIGES PORTANT SUR UNE MESURE RELATIVE A LA SANTÉ PUBLIQUE	136
A. Philip Morris c. Australie.....	136
B. Philip Morris c. Uruguay	139
CONCLUSION.....	144
CHAPITRE 2. L'INCONSTANCE ET L'INCOHÉRENCE DES SENTENCES ARBITRALES	147
SECTION 1. L'ABSENCE DE CONSTANCE EST-ELLE UN MYTHE ?	149
I. ABSENCE DE CONSTANCE ET HARMONISATION.....	150
A. Critiques de l'absence de constance menant à l'illégitimité	150
B. Le RDIE : un corps de règles harmonieux.....	152
II. L'ABSENCE DE CONSTANCE EST-ELLE RÉPANDUE ?	155
A. CME/Lauder	156
1. Lauder c. Tchéquie.....	159
2. CME c. Tchéquie.....	160
3. Réconcilier les affaires.....	163
B. Les affaires SGS : la clause parapluie.....	167
1. SGS c. Pakistan	169
2. SGS c. Philippines.....	171
3. Réconcilier les affaires.....	173
C. La crise financière argentine : la défense de l'état de nécessité.....	176
1. Décisions sur la défense de l'état de nécessité de l'Argentine.....	179
a. Les affaires CMS, Enron et Sempra : L'état de nécessité est inséparable du droit international coutumier	180
b. Les affaires LG&E et Continental Casualty : la clause du traité est à distinguer du droit international coutumier	181

2.	Décisions d’annulation de l’Argentine : fragmentation accrue ou analyse constante ?	184
3.	Expliquer les différences de résultats : un produit doctrinal ?	188
SECTION 2. LA CONSTANCE EST-ELLE SOUHAITABLE ET SI OUI, QUELLES SONT LES FAÇONS D’Y PARVENIR ?		195
I.	A-T-ON BESOIN DE CONSTANCE ?	195
A.	Les arguments en faveur de la cohérence, de résultats plus prévisibles et d’un système harmonisé	196
B.	L’analyse au cas par cas est la meilleure approche pour atteindre la flexibilité et la finalité	198
II.	FAVORISATION DE RÉSULTATS PLUS CONSTANTS DANS LA PRISE DE DÉCISION ARBITRALE PAR L’AMÉLIORATION DU SYSTÈME PRÉSENT DE RDIE.....	202
A.	La doctrine du précédent.....	203
1.	Les arguments en faveur de la doctrine du précédent	203
2.	Les difficultés d’introduction d’un système de précédent.....	205
3.	Une application de précédent de facto et de la jurisprudence constante	207
B.	Le recours à des techniques d’interprétation des traités.....	210
1.	Travaux préparatoires.....	210
2.	Déclarations interprétatives conjointes et guides d’interprétation	212
C.	Une cohérence accrue à travers une mise en oeuvre multilatérale et régionale des traités d’investissement	218
CONCLUSION.....		223
TITRE 2. CRITIQUES SUR LA PROCÉDURE		227
CHAPITRE 1. LES CONFLITS D’INTÉRÊTS DES ARBITRES ET LE MANQUE D’IMPARTIALITÉ AU SEIN DU RDIE.....		228
SECTION 1. LES ARBITRES SONT-ILS EMPRUNTS D’UN PARTI PRIS ?.....		233
I.	L’ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT EST-IL A SENS UNIQUE ?	233
A.	La nature même de l’arbitrage d’investissement crée un parti pris.....	233
1.	Le désir d’être renommé renforcerait le parti pris.....	234

a.	La nature asymétrique de l'arbitrage d'investissement mènerait à un parti pris en faveur de l'investisseur demandeur	234
b.	Le parti pris à travers la nomination unilatérale et les opinions dissidentes.....	240
c.	Le parti pris en faveur des multinationales et contre les États en voie de développement	245
2.	Les nomination répétées.....	251
B.	La nature de l'arbitrage d'investissement ne permet pas la partialité des arbitres et il n'existe aucune preuve de l'existence d'un parti pris systémique	257
1.	L'autonomie des parties et la nomination des arbitres par les parties sont des caractéristiques fondamentales de l'arbitrage.....	258
2.	La nomination des arbitres repose sur leur qualité d'arbitres indépendants et impartiaux	261
a.	La reconduction repose sur la réputation des arbitres.....	261
b.	Un arbitre partial nuirait à sa propre influence sur le tribunal et à la confiance accordée au RDIE.....	264
3.	Les données ne démontrent pas de partialité systémique en faveur de l'investisseur	266
II.	LE CONFLIT DE POSITION : LA DEUXIÈME CASQUETTE EST-ELLE DE TROP ?.....	267
A.	Les arbitres occupant la fonction de conseil engendrent un sentiment de conflit d'intérêt et de partialité.....	268
B.	L'occupation de plusieurs fonctions ne crée pas en soit un conflit d'intérêt.....	272
1.	L'existence d'un conflit d'intérêt doit être évaluée au cas par cas.....	272
2.	Les avocats membres du tribunal arbitral sont une valeur ajoutée pour les parties et le tribunal	274
3.	Les conseils défendent des points de vue qui ne sont pas nécessairement les leurs.....	275
	SECTION 2. RECOURS ET SOLUTIONS PROPOSÉS.....	277
I.	MÉCANISMES EXISTANTS POUR SE PRÉMUNIR CONTRE LES PRÉJUGÉS : SONT-ILS SUFFISANTS ?	277
A.	Exigences éthiques et règles de divulgation	278
1.	Les règlements d'arbitrage	278
2.	Les lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts.....	280

B.	La récusation des arbitres.....	281
1.	La demande de récusation des arbitres sur la base d'une nomination répétée	283
2.	La demande de récusation des arbitres occupant la fonction de conseil	286
a.	Telekom Malaysia c. Ghana	287
b.	Vito G. Galo c. Canada.....	288
II.	LES SOLUTIONS DE RÉFORME PROPOSÉES	290
A.	Le projet de code de conduite publié par le CIRDI et la CNUDCI	292
1.	Les exigences d'information : des obligations élargies ?.....	293
a.	Les nominations répétées.....	294
b.	Publications et déclarations publiques.....	299
2.	La restriction dans la multiplicité des rôles et des affaires ISDS	301
a.	La prohibition stricte proposée dans le Premier Projet du Code	301
b.	Une régulation plus équilibrée prônée dans le Deuxième Projet du Code	302
c.	Le recours aux options alternatives divergentes proposé par le Troisième Projet de Code.	304
d.	L'omission de la prise en compte de la notion d' « adjudicateur » dans les Projets de Code.	305
B.	La prohibition de la double casquette	307
1.	Les réformes et propositions d'interdire la double casquette.....	307
2.	L'impact négatif de l'interdiction faite à l'avocat d'agir en qualité d'arbitre.....	309
a.	Interdire la double casquette aurait pour conséquence de réduire le nombre d'arbitres et d'impacter la diversité.....	309
b.	La création d'une barrière pour la seconde génération d'arbitres.....	314
C.	La restriction de la désignation par les parties.....	316
1.	La nomination par l'institution.....	316
2.	Restreindre la nomination à une « liste préexistante d'arbitres qualifiés ».....	318
	CONCLUSION.....	321

CHAPITRE 2. LA TRANSPARENCE EN ARBITRAGE D’INVESTISSEMENT :	
AVANTAGES ET RISQUES	325
SECTION 1. UN MOUVEMENT VERS LA TRANSPARENCE : TROUVER LE BON	
ÉQUILIBRE	327
I. LA DISTINCTION ENTRE LA CONFIDENTIALITÉ ET LA TRANSPARENCE EN	
ARBITRAGE D’INVESTISSEMENT	327
A. Le débat entourant l’accès à l’information	328
1. Le cas de la confidentialité.....	328
2. La demande de transparence	331
B. La transparence : trouver la bonne proportionnalité	338
1. L’accès du public aux documents et aux audiences	338
a. CNUDCI.....	339
b. CIRDI	339
c. L’ALENA.....	340
2. La recherche d’équilibre entre le cadre exigeant de la transparence et la confidentialité .	342
II. LA PARTICIPATION DES TIERS AU RDIE : L’ACCROISSEMENT DE LA	
TRANSPARENCE ?.....	347
A. L’évolution du rôle des Amicus Curiae	348
1. L’ALENA	350
2. CIRDI.....	355
B. Amicus Curiae : amis de la cour ou faux amis ?.....	363
1. Les avantages des soumissions d’amicus curiae	364
2. Les inconvénients des soumissions d’amicus curiae.....	369
SECTION 2. LA RÉFORME DE LA TRANSPARENCE : UNE ENTREPRISE RÉUSSIE ? .	377
I. LE RÈGLEMENT DE TRANSPARENCE DE LA CNUDCI.....	379
A. Le contenu du Règlement de transparence	380
1. L’accès aux documents et aux audiences	382
a. La divulgation des information et documents.....	382

b. La publicité des audiences.....	385
2. Les soumissions par des tierces-parties.....	386
a. Les soumissions par des tiers ou amicus curiae.....	386
b. Les soumissions par des États parties au traité.....	387
B. Une réforme nécessaire ou la transparence poussée trop loin ?.....	388
1. La fragmentation du régime de la transparence	389
2. L'accès aux tiers pourrait nuire à l'intégrité de l'arbitrage et avoir des effets secondaires	395
II. LA CONVENTION DE MAURICE	403
A. Les éléments de la Convention de Maurice	404
B. Un modèle pensé pour la réforme du RDIE ou une tentative légère de créer une transparence universelle ?.....	405
CONCLUSION.....	412
PARTIE II. LA RÉFORME DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS : ABANDON OU MAINTIEN ?	414
TITRE 1. UNE COUR D'INVESTISSEMENT : UNE FAUSSE BONNE IDÉE ?.....	418
CHAPITRE 1. HISTOIRE ET CONTEXTE DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : L'UE À LA CROISÉE DES CHEMINS ?.....	421
SECTION 1. LA CRÉATION D'UNE COUR PERMANENTE D'INVESTISSEMENT.....	422
I. LE CONTEXTE HISTORIQUE DE LA COUR D'INVESTISSEMENT.....	423
A. Les tentatives antérieures de création d'une Cour d'investissement	423
B. L'élaboration rapide de la conception de l'Union Européenne vis-à-vis de la Cour d'investissement	426
1. Les rapports anti-RDIE de l'UE.....	426
2. Le RDIE démantelé par l'UE.....	428
II. L'INCLUSION DE LA COUR D'INVESTISSEMENT DANS LES ALE NÉGOCIÉS PAR L'UE.....	431

A.	Les dispositions relatives à la Cour d’investissement dans le TTIP, l’accord d’investissement UE-Vietnam et le CETA.....	432
1.	TTIP : le texte sur la Cour d’investissement adopté par l’UE.....	432
2.	L’accord d’investissement UE-Vietnam : adoption du texte sur la Cour d’investissement	434
3.	Le CETA : remplacement du système d’arbitrage ad hoc par la Cour d’investissement..	435
B.	L’absence de support des États membres de l’UE pour le CETA et l’avis 2/15 de la CJUE	439
SECTION 2. LE PROJET FUTUR ET AMBITIEUX D’UNE COUR MULTILATÉRALE D’INVESTISSEMENT : « UNE BOUFFÉE D’AIR FRAIS » OU UN PROJET VOUÉ À L’ÉCHEC ?.....		
444		
I.	LA CONVENTION ÉTABLISSANT UNE COUR MULTILATÉRALE D’INVESTISSEMENT	444
II.	LA COUR MULTILATÉRALE D’INVESTISSEMENTS : UNE IDÉE RÉVOLUTIONNAIRE OU UNE SIMPLE UTOPIE ?	450
A.	Le manque de consensus entre les États	451
B.	Les faiblesses de la CMI.....	453
CHAPITRE 2. LA STRUCTURE ET LES DÉFAUTS DE LA COUR D’INVESTISSEMENT		
458		
SECTION 1. LA STRUCTURE DE LA COUR D’INVESTISSEMENT ET SES LIMITES....		
459		
I.	COMPOSITION ET COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX	459
A.	La composition du tribunal	460
1.	La composition du tribunal de première instance.....	460
2.	La composition de la Cour d’appel	462
B.	Les compétences des membres du tribunal et les standards d’éthique	464
1.	Les compétences des membres du tribunal	464
a.	Le tribunal de première instance.....	464
b.	Les compétences des membres de la Cour d’appel	465
2.	Les standards concernant l’éthique et le Code de conduite.....	466
a.	Les standards d’éthique	466

b. Code de Conduite	469
II. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR D'INVESTISSEMENT ET LE MÉCANISME D'APPEL	470
A. La procédure devant le tribunal de première instance	471
1. La soumission des prétentions.....	471
a. Étape préalable : les méthodes alternatives de résolution des différends	472
b. La soumission de la demande.....	474
2. La transparence de la procédure.....	476
3. Frais d'arbitrage	478
a. L'allocation des coûts.....	478
b. Le financement par des parties tierces, le « Third-Party Funding »	480
B. Les Cours d'appel	482
1. Le mécanisme d'appel.....	482
a. Les motifs pouvant fonder un appel	482
b. La procédure d'appel.....	486
2. Garanties / Caution des frais de recours.....	488
III. LES DÉFAUTS DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : LACUNES ET CONTESTATIONS DU SYSTÈME DE L'ICS	489
A. La Cour d'investissement permettra-t-elle d'assurer le rendu de sentences prévisibles et cohérentes ?	490
B. L'ICS réduit-elle le temps et les coûts des procédures ?	493
SECTION 2. ÉVALUATION DE LA COUR D'INVESTISSEMENT : PROMESSES TENUES ?	497
I. LA DÉSIGNATION DES MEMBRES DU TRIBUNAL DE LA COUR D'INVESTISSEMENT	498
A. L'impact de la désignation des juges sur la nature de la Cour d'investissement.....	498
1. L'autonomie des parties	498
2. La nature judiciaire de la Cour d'investissement.....	502

B.	L'impartialité et la politisation de la désignation des membres du tribunal	505
1.	Politisation entourant la désignation des membres du tribunal	505
2.	Le risque de partialité en faveur des États.....	509
II.	LES OBSTACLES À L'ÉXECUTION	510
A.	Obstacles à l'exécution en vertu de la Convention CIRDI	511
B.	Les incertitudes pesant sur l'exécution en vertu de la Convention de New York	516
1.	L'objectif de la Convention de New York : le tribunal arbitral permanent	517
2.	La violation du principe d'égalité	521
3.	Caractéristiques distinguant l'arbitrage et le règlement judiciaire en droit international..	522
4.	L'impact de la soustraction à l'Article V de la Convention de New York	525
	CONCLUSION.....	527
	TITRE 2. LA RÉFORME DU SYSTÈME DE RDIE VISANT LE MAINTIEN À TRAVERS L'AMÉLIORATION	530
	CHAPITRE 1. UNE RÉFORME CIBLÉE DU RDIE	534
	SECTION 1. RÉFORME PRÉALABLE AU PRONONCÉ DE LA SENTENCE	535
I.	LE SYSTÈME DE RENVOI PRÉJUDICIEL.....	535
A.	La proposition de réforme : entre nouveauté, continuité et emprunts.....	536
B.	La décision préjudicielle : opportunités et défis	542
II.	L'EXAMEN PRÉALABLE DES SENTENCES.....	550
A.	Les mécanismes existants de contrôle des sentences arbitrales.....	554
B.	Une cohérence assurée ?.....	557
	SECTION 2. RÉFORME APRÈS LE PRONONCÉ DE LA SENTENCE : L'INTRODUCTION D'UN TRIBUNAL D'APPEL.....	558
I.	L'INTRODUCTION D'UN MÉCANISME D'APPEL	560
A.	La tension entre le caractère définitif et l'exactitude.....	560
B.	Proposition de réforme du mécanisme d'appel.....	565
1.	Proposition dans le cadre du système du CIRDI.....	566

2. Un tribunal d'appel spécifique à chaque Traité.....	574
3. Un organe d'appel permanent	578
II. L'ÉVALUATION DE LA PROPOSITION DE MÉCANISME D'APPEL : PRATIQUE OU IMPOSSIBLE ?.....	582
A. Les défis liés à la création d'un mécanisme d'appel.....	582
1. Structure et composition du tribunal d'appel	582
2. La faisabilité politique.....	585
3. La norme d'examen.....	588
B. Sur le besoin d'un mécanisme d'appel au sein du RDIE	592
1. Inadaptabilité du RDIE à un mécanisme d'appel.....	593
2. Les incertitudes quant aux meilleurs résultats et à la plus grande cohérence du tribunal d'appel	595
3. La mise en œuvre pratique	600
CONCLUSION.....	603
CHAPITRE 2. LA RÉFORME SUBSTANTIELLE DU RDIE	606
SECTION 1. SITUER LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME AU NIVEAU DES TRAITÉS ...	609
I. LA CRITIQUE DU RDIE NE PEUT ÊTRE ÉLIMINÉE PAR DES RÉFORMES PROCÉDURALES OU SEULEMENT STRUCTURELLES.....	609
A. La réforme structurelle ne répond pas aux revendications des critiques mais entraîne davantage de problèmes et d'incertitudes.....	610
B. La difficulté de mettre en œuvre une réforme structurelle ou procédurale.....	616
II. LES QUESTIONS DE FOND AU CŒUR DE LA RÉACTION CONTRE LE RDIE	623
A. Un recalibrage mandaté par des obligations conventionnelles déséquilibrées	623
1. L'absence d'équilibre entre les droits et obligations des États hôtes et les investisseurs .	624
2. Un exercice nécessaire d'équilibrage.....	627
B. Rédaction vague des traités.....	633
SECTION 2. RDIE 2.0 : L'ENTRÉE DANS UNE NOUVELLE ÈRE	637
I. UNE MEILLEURE RÉDACTION DES TRAITÉS	637

A.	Préambule : portée des obligations créées par le traité.....	640
B.	Restriction de la définition vague et large des termes « investisseur » et « investissement »	643
1.	Définition de l'investisseur	644
2.	Définition de l'investissement.....	647
C.	Obligations de fond et considérations relatives à la mise en balance	652
1.	Obligations de l'État envers les investisseurs	652
a.	Traitement juste et équitable.....	653
b.	L'expropriation indirecte	656
c.	La nation de la plus favorisée	659
d.	La clause parapluie	663
2.	Mise en balance du droit de l'État hôte à réglementer et des obligations des investisseurs en matière de développement durable	666
a.	Droit de l'État hôte à réglementer	666
b.	Les obligations des investisseurs en matière de développement durable	669
D.	La réforme du RDIE au niveau des traités : RDIE à la carte	674
II.	LE MODÈLE INNOVANT DE TBI NÉERLANDAIS COMME MODÈLE DE RÉFORME SUBSTANTIELLE	678
A.	Rédaction de traités restrictifs.....	683
1.	Investisseurs et investissements couverts : suppression de la faille de la boîte aux lettres.....	683
2.	Dispositions de fond.....	685
B.	Innovations et obligations des investisseurs : sur la voie de la durabilité ?	687
C.	Une disposition relative au règlement des différends : un système au-dessus de l'arbitrage.....	692
1.	La nomination institutionnelle pour remplacer l'autonomie des parties	692
2.	L'interdiction du cumul des fonctions, les arbitres ne pouvant avoir été conseillers juridiques au cours des cinq dernières années	695
	CONCLUSION.....	696
	CONCLUSION GÉNÉRALE.....	700

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	711
TABLE DES MATIÈRES	741