Université d'Ottawa

Faculté de droit

Thème : Intérêt général des pays en développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement

Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales pour l'évaluation dans le cadre des exigences du programme de doctorat (Ph D) en droit

© Anaclet Nzohabonayo, Ottawa, Canada, 2014

Tables des matières

TABLES DES MATIÈRES 2

LISTE DES ABRÉVIATIONS 8

RÉSUMÉ DE LA THÈSE 11

INTRODUCTION GÉNÉRALE 14

PARTIE I : TRAITEMENT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CADRE NORMATIF SUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS 33

INTRODUCTION 33

CHAPITRE 1 : COMPRENDRE LA NOTION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT DANS LES TBI 36

INTRODUCTION 36

SECTION 1 : CONCEPT D'INTÉRÊT GÉNÉRAL : ESSAI DE CONCEPTUALISATION 38
PARAGRAPHE 1: CONCEPT D'INTÉRÊT GÉNÉRAL 40
A. Les caractéristiques de la notion d'intérêt général 40
B. Définition de l'intérêt général 43
B.1. Distinction de la notion d'intérêt général avec ses concepts voisins d'intérêt public et de bien commun 45
B.2. Rapports entre l'intérêt général et intérêt particulier 47
B.3. Que retenir de la notion d'intérêt général 49
PARAGRAPHE 2 : LE CIRDI COMME INSTITUTION D'ENCADREMENT DU RESPECT DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES 51
A. L'encadrement du respect des obligations conventionnelles 52
A.1. Le rôle du CIRDI 52
A.2 : Effort du CIRDI de dépolitisation de l'encadrement 54
B. Quelques considérations conceptuelles sur l'arbitrage d'investissement 58
C. Un encadrement CIRDI préalable au consentement des parties 59
SECTION 2 : LA NATURE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DES PED DANS LES TBI 62
PARAGRAPHE 1 : PARTICIPATION DES PED DANS LES TBI 62

A. Notions de « PED » et de « développement économique » 63
A.1. Définition de PED 63
A. 2. Concept de développement économique 67
B. Participation des PED dans les TBI 72
PARAGRAPHE 2 : DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE COMME INTÉRÊT GÉNÉRAL DES PED DANS LES TBI 75
A. Le « développement » dans la *Convention de Washington* 75
B. Préoccupations de développement économique des PED dans les TBI 78
C. Apport des TBI à la stimulation des investissements étrangers 80

CONCLUSION 85

CHAPITRE 2 : PRISE EN COMPTE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CADRE NORMATIF DES INVESTISSEMENTS 88

INTRODUCTION 88

SECTION 1 : PRÉOCCUPATIONS DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DANS LE CADRE NORMATIF ONUSIEN SUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS 90
PARAGRAPHE 1 : EFFORTS POUR ASSOIR LA SOUVERAINETÉ ÉCONOMIQUE 91
A. Dialogue de sourds entre les PD et les PED sur le régime juridique des investissements 92
B. Reconnaissance du droit d'exploiter les ressources naturelles 94
PARAGRAPHE 2 : AFFIRMATION DU DROIT DE RÉGLEMENTER L'USAGE DES RESSOURCES NATURELLES 95
A. La *résolution 1803* 96
B. Efforts de création d'un environnement juridique des investissements favorables aux préoccupations de développement économique 99
B.1. L'idéologie du NOEI 99
B.2. *La Charte* des droits et des devoirs économiques des États 100
SECTION 2 : PRÉOCCUPATIONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES TBI 106
PARAGRAPHE 1 : PRISE EN COMPTE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL AU MOYEN DES RÉSERVES ET PRÉAMBULES 107
A : Les réserves dans les TBI 107
B. Préoccupation de développement économique dans les préambules 110
PARAGRAPHE 2 : INCORPORATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR L'ENTREMISE DES EXCEPTIONS 113
A. Les exceptions au traitement de la nation la plus favorisée 114
A.1. Les exceptions au traitement NPF dans les accords post-établissement 115
A.2. Exceptions au traitement NPF dans les accords pré-établissement 117
B. Les exceptions particulières 120
B.1 : Exception pour inégalités économiques 120
B.2 : Exception culturelle 123

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 **129**

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE **130**

DEUXIÈME PARTIE : LE SORT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL **133**

INTRODUCTION **133**

CHAPITRE 3 : INTÉRÊT GÉNÉRAL: PROTECTION TRIBUTAIRE DE L'ENCADREMENT DE LA NOTION «INVESTISSEMENT» 136

INTRODUCTION **136**

SECTION 1 : EXAMEN DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT À L'AUNE DES PRÉOCCUPATIONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL **138**

PARAGRAPHE 1 : NOTION D'INVESTISSEMENT DANS LES INSTRUMENTS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS 138

A. Notion d'investissement dans les TBI 138

A.1. Définition fondée sur l'entreprise 139

A.2. Définition fondée sur les actifs 140

A.2. 1. Configuration de la définition 141

A.2.2. Éléments de la définition de l'investissement et leur portée sur la protection de l'intérêt général 142

A.2.2.1 Nature des 5 catégories d'actifs habituellement énumérés dans la définition de l'investissement 142

A.2.2.2. Autres éléments de la définition de l'investissement et leurs ramifications sur la protection de l'intérêt général 146

A.2.2.2.1. Énumération illimitée des actifs 146

A.2.2.2.2 clause de conformité 147

A.2.2.2.2.1 : Les pratiques étatiques 149

A.2.2.2.2.2 : Les pratiques des tribunaux arbitraux 151

A.2.2.2.2.2.1. Les pratiques des tribunaux dans les TBI incluant la clause de conformité 152

A.2.2.2.2.2.2. Pratiques des tribunaux arbitraux du CIRDI en l'absence de l'exigence de conformité au droit local dans les dispositions du TBI 156

A.2.2.2.3.Protection du réinvestissement 159

A.2.2.2.4. La modification juridique 160

A.2.2.2.5. Élément de territorialité 162

B. Notion d'investissement dans la *Convention de Washington* 166

B.1. Investissement : absence de définition dans la *Convention de Washington* 167

B.2. Comprendre les raisons de l'absence expresse de la définition 169

PARAGRAPHE 2 : NOTION D'INVESTISSEMENT EN DEHORS DES INSTRUMENTS JURIDIQUES SUR L'INVESTISSEMENT TBI 172
A. Définition de l'investissement dans la doctrine 173
B. Concept d'investissement dans les institutions internationales à vocation économique 174
B.1. La BM et la définition de l'investissement 174
B.2. Notion d'investissement au sein de l'OCDE 177
SECTION 2 : PRÉCARITÉ DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL CONSÉCUTIVE AUX DIFFICULTÉS D'ENCADREMENT DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT 180
PARAGRAPHE 1 : PROTECTION IMPRÉVISIBLE EN RAISON DES INTERPRÉTATIONS DIVERGENTES DU TERME « INVESTISSEMENT » 181
A : Fondements juridiques des conceptions subjective et objective 182
A.1. Conception objective 182
A.2. Conception subjective 187
B. Incidences des conceptions objectives et subjectives sur l'intérêt général 193
PARAGRAPHE 2 : PRÉCARITÉ DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL AU REGARD DE L'IMPRÉCISION DES CRITÈRES D'INVESTISSEMENT 197
A. Difficulté de conceptualisation du critère de contribution au développement économique 198
A.1. Critère inexpliqué 199
A.2. Raisons des difficultés de motiver l'utilisation du critère 201
B. Les critères de durée et de risque 206
B.1. Critère de durée 207
B.2. Critère de risque 209
CONCLUSION 212

CHAPITRE 4: LES EXCEPTIONS RELATIVES À DES INTÉRÊTS ESSENTIELS DE SÉCURITÉ 215

INTRODUCTION 215

SECTION 1 : ANALYSE DU CADRE NORMATIF DES EXCEPTIONS DE SÉCURITÉ 216
PARA 1 : ÉVOLUTION DES EXCEPTIONS DE SÉCURITÉ DANS LES ACCORDS D'INVESTISSEMENTS 217
A. Évolution de l'inclusion des exceptions de sécurité dans le cadre normatif des investissements 217
A.1. Les accords précurseurs de l'insertion des exceptions de sécurité dans les TBI 217
A.2. exception de sécurité dans le cadre normatif national 222
B. CHAMP DE COUVERTURE DE L'EXCEPTION DE SÉCURITÉ : DES INTÉRÊTS DE DÉFENSE DE SÉCURITÉ NATIONALE AUX INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES 224
B.1. Des intérêts de défense de sécurité nationale comme terrain de redéploiement de la clause de sécurité 225
B.2. Extension de l'exception de sécurité aux intérêts économiques des pays 226
PARAGRAPHE 2 : EXAMEN DES CLAUSES SUR LES EXCEPTIONS DE SÉCURITÉ DANS LES TBI 230

A. Pratiques étatiques dans la configuration de l'exception de sécurité 231
A.1. Exception de sécurité pour motif d'ordre public 232
A.2. Exception de sécurité pour motif d'intérêts essentiels de sécurité et/ou de sécurité nationale 234
A.3. Exception de sécurité pour raison de paix et sécurité internationale 235
A.4. Exception de sécurité dans les situations d'extrême urgence 236
A.5. Exception de sécurité pour des raisons de moralité publique 236
B. Portée de l'exception de sécurité dans les TBI 238
B.1. Le caractère autonome (self-judging) des mesures prises au titre de l'exception 239
B.2. Soustraction des interventions réglementaires au contrôle juridictionnel 243
B.3. Autres conditions d'application des exceptions de sécurité 245
Section 2 : Analyse des affaires d'arbitrage sur les exceptions de sécurité 247
PARAGRAPHE 1 : CONTEXTE DE LA CRISE ARGENTINE 248
A. Éléments factuels de la crise 248
B. Mesures anticrise sources des réclamations des investisseurs étrangers 250
PARAGRAPHE 2 : L'ARGENTINE DEVANT LE CIRDI 252
A. Sommaire des faits des arbitrages CMS, Enron, Sempra et LG & E 253
B. Réponse juridique argentine devant le CIRDI 254
B.1. Articulation de la défense autour de l'état de nécessité 255
B.2. Défense articulée sur l'article XI du TBI Argentine – États-Unis 260
PARAGRAPHE 3 : LES EXCEPTIONS DE SÉCURITÉ DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT CIRDI 261
A. Mauvaise appréhension du contexte conventionnel et de la relation entre les moyens de défense 264
A. 1. Une inséparabilité des moyens de défense 264
A.2. Compréhension erronée de la relation juridique entre les deux moyens de défense 266
B. Analyse de la flexibilité réglementaire à l'aune du succès de la défense de l'état de nécessité 272
B.1. La durée des mesures d'exception 272
B.2. Analyse de la flexibilité quant au paiement de la compensation 277
C. Quelques références embryonnaires à la norme de déférence dans l'arbitrage CIRDI 280
CONCLUSION **285**

CHAPITRE 5 : AMÉLIORATION DU SORT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL **287**

INTRODUCTION **287**

SECTION 1 : RENFORCEMENT DES CAPACITÉS DU CADRE INSTITUTIONNEL DE GESTION DES INVESTISSEMENTS DANS LES PED **289**
PARAGRAPHE 1: RÔLE DES API DANS LA GESTION ET LA PROMOTION DES INVESTISSEMENTS 290
A. Les API : Attraction des investissements au service de développement économique 291
B. Fonctions débouchant sur l'intérêt général 293
B.1. Renforcement de l'image du pays 294
B.2. Stimulation des investissements 295

B.3. Services post investissement 296
B.4. Promotion des politiques d'assainissement du climat d'investissement 298
PARAGRAPHE 2 : ACCROISSEMENT DU RÔLE DES AGENCES DANS LA NÉGOCIATION DES TBI 300
A. Nécessité d'élargissement du mandat des API aux négociations des TBI 301
A.1. Quelques fondements théoriques de l'extension du mandat des API 301
A.2. Extension du rôle des API aux négociations des TBI 303
B. Affermissement de l'expertise des API pour la négociation des TBI 306
B.1. Division de recherche et développement professionnel 306
B.2. Développement des partenariats avec les secteurs privé et public 309

SECTION 2 : RENFORCEMENT DE LA DIMENSION « DÉVELOPPEMENT » DANS LES TBI 312

PARAGRAPHE 1 : INCLUSION DE LA DIMENSION DÉVELOPPEMENT DANS LES DISPOSITIONS SUBSTANTIELLES DES TBI 313
A. Incorporation des normes de responsabilités sociales dans les TBI : essai de justification 314
B. Identification des normes à incorporer dans les TBI 319
C. Contribution de l'inclusion des normes RSE dans la prise en compte de préoccupations d'intérêt général dans les TBI 322
PARAGRAPHE 2 : DÉLIMITATION DU CONCEPT D'INVESTISSEMENT 327
A. Exclusion des investissements de portefeuille et des opérations commerciales 327
A.1. Exclusion des investissements de portefeuille 327
A.2. Exclusion explicite des transactions commerciales 332
B. Restriction de la définition du concept d'investissement 334
B.1. Restriction au service de la prévisibilité 334
B.2. Quelques approches pour restreindre la définition du concept d'investissement 336
PARAGRAPHE 3 : MARGE D'APPRÉCIATION COMME NORME DE CONTRÔLE DES ACTIONS ET MESURES ÉTATIQUES 339
A. Notion de marge d'appréciation : Éléments de définition 340
A. 1. Cadre contextuel d'apparition de la notion de marge d'appréciation 341
A.2. Justification de l'incorporation de la doctrine dans l'arbitrage d'investissement CIRDI 343
B. Contribution de la norme de marge d'appréciation dans la prise en compte de l'intérêt général dans les conflits d'investissement 346

CONCLUSION DU CHAPITRE 5 350

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 353

CONCLUSION GÉNÉRALE 355

BIBLIOGRAPHIE 366

JURISPRUDENCE 366

JURISPRUDENCE DU CIRDI 366
AUTRES SENTENCES ARBITRALES DES TRIBUNAUX AD HOC 370
DÉCISIONS DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE ET COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME 371
AUTRES DÉCISIONS DE JUSTICE 372
LEGISLATION 373

DOCTINE 374

MONOGRAPHIES 374
ARTICLES ET CHAPITRES DE LIVRES 383
SITES INTERNET 400
RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS 403
CONFÉRENCES/SÉMINAIRES/PRÉSENTATIONS 410
THÈSES ET MÉMOIRES 412
DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES 413
INSTRUMENTS JURIDIQUES RELATIFS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS 414
TRAITÉS BILATÉRAUX ET AUTRES ACCORDS SUR LES INVESTISSEMENTS 414
MODÈLES D'ACCORD SUR L'INVESTISSEMENT 422
COMMUNIQUÉS DE PRESSE 423

Liste des abréviations

AAPL Asian Agricultural Products Ltd

ALE Accords de libre-échange

AGNU Assemblée générale des Nations Unies

AII Accords d'investissement international

ALENA Accord de libre-échange nord-américain

AMGI Agence de garantie multilatérale des investissements

AMI Accord multilatéral sur l'investissement

API Agence de promotion des investissements

ASEAN Association of South East Asian Nations (Association des nations du Sud-Est asiatique)

BIRD Banque internationale pour la reconstruction et le développement

BM Banque mondiale

CDAA Communauté pour le développement de l'Afrique australe

CDP Comité des politiques de développement

CEPGL Communauté économique des pays des Grands Lacs

CES Conseil économique et social

CIJ Cour internationale de justice

CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUCED Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement

COMESA Marché commun de l'Afrique orientale et australe

Doc NU Document des Nations Unies

Doc off Document officiel

EDB Economic Development Board

FDI Foreign direct investment

FIAS Service-conseil pour l'investissement étranger

en anglais (*Foreign Investment Advisory Service*)

GATT Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

HCNUDH Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

ICSID International center for settlement of investment disputes

IED Investissement direct étranger

IIDD Institut international pour le développement durable

ILM International legal materials

MPRDA The Mineral and Petroleum Resources Development Act

NOEI Nouvel ordre économique international

MMT : Methyl-cyclopenta-dienyl manganese tricarbonyl

NPF Nation la plus favorisée

OCDE Organisation de coopération et de développement économique

OIT Organisation internationale du travail

OMC Organisation mondiale du commerce

ONU Organisation des Nations Unies

ONUDI Organisation des Nations unies pour le développement industriel

ORIE Organisations régionales d'intégration économique

PIB Produit intérieur brut

PD Pays développé

PED Pays en développement

PHD Populations majoritairement noires historiquement désavantagées

PMA Pays les moins avancés

PNUD Programme des Nations Unies pour le développement

RDC Railroad development Corporation

Rés Résolution

RNB Revenu national brut

RSE Normes de responsabilité sociale des entreprises

RTNU Recueil des traités des Nations Unies

STN Société transnationale

Sess Session

Supp Supplément

TBI Traité bilatéral d'investissement

UEMOA Union économique et monétaire ouest-africaine

UNESCO Organisation des Nations Unies pour la science et la culture

WAIPA World Association of Investment Promotion Agencies (Association mondiale des Agences de promotion des investissements)

Résumé de la thèse

La préoccupation d'assurer le développement économique a poussé les pays en développement (PED), sortis fraichement de la colonisation, à déclencher un mouvement d'affirmation de la souveraineté sur leurs ressources naturelles devant l'Organisation des Nations Unies (ONU). La contestation a abouti à la *résolution 1803* sur la *souveraineté permanente sur les ressources naturelles* (*Résolution 1803*)[1]. La poursuite des revendications pour l'acquisition de la

[1] *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés AG 1803(XVII), Doc off AG NU, 17 sess, supp no 17, Doc NU A/1803 (1962) 15 [*Résolution 1803*].

souveraineté économique a débouché sur la naissance de *la Charte des droits et des devoirs économiques des États*[2] (*la Charte*). Ces deux instruments ont affirmé les droits des PED de régler les différends d'investissements dans leurs juridictions internes, réglementer les activités économiques des étrangers, de nationaliser et d'exproprier les investissements étrangers.

Pour les pays développés (PD), l'acquisition de cette souveraineté équivalait à un déclin de la protection et aboutissait au relâchement du caractère contraignant des engagements des PED au regard de la protection des investissements étrangers. C'est dans cet environnement de tension juridique, entre la protection des droits des investisseurs des PD et la protection des intérêts économiques des PED, que les PD ont conçu les traités bilatéraux d'investissement (TBI) pour baliser la protection des intérêts des investisseurs étrangers. La grande innovation de ce régime des TBI consiste à conférer le droit, aux investisseurs étrangers, de poursuivre les pays d'accueil devant le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI). Les arbitrages d'investissement qui résultent des réclamations des investisseurs étrangers mettent au-devant de la scène la question de protection de l'intérêt général des PED qui fait l'objet de cette étude.

Nous soutenons que ce régime d'investissement, que les PED ont intégré nonobstant leur manque d'expertise pour négocier des TBI prenant en compte leur préoccupation de développement économique, a marginalisé la prise en compte de l'intérêt général dans ces accords.

Nous proposons par conséquent deux approches qui, à notre avis, accroitraient la protection de l'intérêt général des PED. L'une est juridique, l'autre institutionnelle. L'approche juridique se compose de trois volets qui convergent tous vers le renforcement de la flexibilité normative des

[2] *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés AG 3281 (XXIX), Doc Off AG NU, 29e sess, supp n° 31, Doc NU A/9946, (1974), 53[*La Charte*].

PED. Le premier volet consisterait à introduire dans les TBI des normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE). Le deuxième volet s'articulerait sur la délimitation du concept d'investissement afin de réduire son élasticité. Le troisième volet préconise le recours à la marge d'appréciation comme norme de contrôle des interventions réglementaires devant les tribunaux arbitraux du CIRDI.

L'approche institutionnelle viserait à accroitre la capacité des PED pour acquérir les connaissances et l'expertise requise pour négocier des TBI et mettre en place des réglementations et politiques d'investissement compatibles avec leurs préoccupations de développement économique.

Introduction générale

S'il y a des questions que le développement exponentiel des traités bilatéraux d'investissement (TBI) contribue à propulser à la une de l'actualité juridique sur les investissements, c'est bien celle de la protection de l'intérêt général des pays en développement (PED) dans l'arbitrage d'investissement encadré par le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI)[3]. Alors que les pays d'accueil continuent de justifier leurs interventions réglementaires contestées devant le CIRDI par la préoccupation de sauvegarder l'intérêt général, celui-ci est rarement défini dans la perspective des traités bilatéraux d'investissement. Les quelques travaux dans ce domaine l'évoquent laconiquement sans procéder à une analyse profonde. Ainsi, avons-nous choisi notre sujet pour conceptualiser cette notion d'intérêt général et procéder à la détermination de sa nature avant d'évaluer son évolution et sa prise en considération dans le cadre normatif des investissements. Pour asseoir nos démonstrations, nous menons nos analyses à la lumière des dispositions sur les préambules, la notion d'investissement, les exceptions de sécurité auxquels les pays recourent couramment pour inclure les considérations d'intérêt général. Étant donné que le recours à ces dispositions est parfois conflictuel, nous examinons les interprétations que les tribunaux du CIRDI en ont faites dans les conflits dont ils ont été saisis. Nous choisissons le CIRDI, car c'est l'institution qui tranche majoritairement les conflits États-investisseurs basés sur la contestation des interventions des mesures étatiques qui violent les droits des investisseurs étrangers. La nature des questions qui sont débattues dans ces différends et la défense des États défendeurs soulève des

[3] En parlant d'arbitrage d'investissement CIRDI, nous faisons référence aux conflits entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil dont le consentement à l'arbitrage CIRDI résulte de la violation des obligations des TBI ou des accords de libre-échange bilatéraux ou multilatéraux qui comportent des dispositions autorisant les investisseurs étrangers à saisir le CIRDI. Pour désigner ce genre d'arbitrage, nous utilisons également les expressions arbitrage, différend ou conflit État-investisseur.

préoccupations d'intérêt général. Nous sommes au courant que ces types de conflits sont aussi tranchés dans d'autres forums d'arbitrage. Cependant, le fait que le CIRDI est une création de la Convention de Washington, elle-même parrainée par la Banque mondiale dont l'objectif est de promouvoir le développement économique fait de lui un cadre de référence qui s'apprête au traitement de la question d'intérêt général dans les TBI qui fait l'objet de la présente étude. Comme nous allons le démontrer dans nos développements ultérieurs, cet intérêt des États d'accueil est essentiellement la poursuite du développement économique. Par ailleurs, le CIRDI est né du souci de protéger les investissements étrangers dont le but de leur promotion était de favoriser le développement économique des pays non industrialisés. Nos analyses et conclusions ne s'appliquent pas à tous les pays en développement et nous entendons nous limiter aux pays les moins avancés (PMA)[4]. Ces pays éprouvent des difficultés chroniques pour mettre en place des réglementations qui reflètent leur vision du développement économique. Leur faible expertise limite leur compréhension des dispositions complexes des TBI et l'impact de ceux-ci sur leur intérêt général.

Par ailleurs, ces pays sont confrontés aux sources nationales de revenus limitées. Ils manquent également de moyens financiers et d'expertise technique pour mettre en valeur les richesses dont ils disposent, ou en créer de nouvelles. Leur surendettement diminue leur accès au crédit[5]. L'aide publique au développement en provenance des pays développés (PD) tarit de plus en plus alors que les besoins de financement du développement économique accentuent la pression sur ces pays[6]. Dans ce contexte de rareté de capitaux, les PED se sont tournés vers la signature des TBI,

[4] Voir *Identification des pays en voie de développement les moins avancés*, Rés AG 2768 (XXVI), Doc off AGNU, 26e sess, supp no 29, Doc NU A/8429 (1972) 54 au para 5.

[5] Voir John Rapley, *Understanding Development: Theory And Practice In The Third World*, London, (R-U), Lynne Rienner Pub, 1996 à la p 70.

[6] Selon l'OCDE, « [l]' aide au développement a reculé de 4 % en valeur réelle en 2012, après avoir baissé de 2 % en 2011[…] L'APD émanant des quinze pays de l'UE qui sont membres du CAD s'est établie à 63.7 milliards USD en 2012, chiffre en baisse

devenus la principale source de financement du développement économique[7]. En s'engageant alors dans ces TBI, et surtout à se soumettre à l'arbitrage international pour garantir l'exécution de leurs obligations, l'intérêt général que poursuivent les PED se ramène essentiellement à la recherche du développement par l'entremise de la contribution des investissements étrangers à leur économie nationale. García-Bolívar indique clairement cette visée de développement économique des PED dans les TBI en ces termes[8] :

> *Inarguably, the welfare and development of their nationals and residents is of primary concern to States. It is also clear that in promoting that development, significant amounts of capital can be required. Accordingly, a range of strategies is often adopted by States to attract that capital, a key one of which is enhancing the domestic investment climate through entering into international legal instruments that provide protection to foreign investment. In concluding international investment agreements (IIAs), States agree to grant international protection to foreign investments – and, in return, they expect to attract the capital needed to promote their economic development. For host States, this assumption is a central, if often unarticulated, rationale behind the conclusion of the agreement.*

Toutefois, les TBI que les PED ont ratifiés pour attirer les flux d'investissements étrangers comportent des clauses élastiques et démesurément protectrices des intérêts des investisseurs étrangers[9]. Certains commentateurs, de plus en plus nombreux, soulignent ce traitement de

---

de -7.4 % par rapport à 2011. En pourcentage de leur RNB cumulé, leur APD a été ramenée de 0.44 % en 2011 à 0.42 % en 2012 » (OCDE, « Le décrochage de l'aide aux pays pauvres se poursuit à mesure que les gouvernements serrent la vis budgétaire » [3 avril 2010], en ligne: OCDE <http://www.oecd.org/fr/cad/stats/le-decrochage-de-laide-aux-pays-pauvres-se-poursuit-a-mesure-que-les-gouvernements-serrent-la-vis-budgetaire.htm>).

[7] Voir Eric Neumayer et Laura Spess, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment in Developing Countries? » (2005) 33 World Dev 1567 à la p 1569 [Neumayer et Spess]; Rappelons que c'est ce même souci de développement économique qui justifiait les efforts que les PED ont déployés, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies (ONU), pour la souveraineté permanente sur le contrôle des ressources naturelles. À l'ONU, la question de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles a, au départ, été soulevée dans deux contextes différents : tout d'abord, lors des débats de l'Assemblée générale qui ont porté sur la promotion et le financement du développement économique dans les pays sous-développés (*Résolution 1803*, *supra* note 1); UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Doc off Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/7 (1998) à la p 5 [UNCTAD, *Bilateral Investment*].

[8] Omar E García-Bolívar, « Economic Development At The Core Of The International Investment Regime » dans Chester Brown et Kate Miles, dir, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, 586 aux pp 586-587.

[9] Voir Nitish Monebhurrun, « Are Bilateral Investment Treaties Contemporary Unequal Treaties? », en ligne: IJCL <http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1 /8751632/ ijcl_vol.1_1_-_article_by_ nitish. Pdf>[Monebhurrun, « Bilateral Investment »] :

faveur; observant que « le statut de la protection de l'investisseur s'est développé d'une manière telle que le problème de la protection appartient désormais au passé »[10]. Cette ouverture presque inconditionnelle envers les investisseurs étrangers contribue à renforcer l'idée que « *[t]here is no doubt that the overall content and intention of investment treaties is to protect investors* »[11]. Cette dérive expansionniste des TBI engendre des interprétations extensives de leurs dispositions par les tribunaux arbitraux du CIRDI. Certains de ceux-ci ont ainsi soutenu que « *[i]t is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments* »[12]. Une pareille lecture des dispositions des TBI privilégie les intérêts des investisseurs au détriment de l'intérêt général des PED. Elle contribue à une évolution d'un régime d'investissement qui pose « *a series of systemic, capacity and development challenges. Systemic challenges arise from the gaps, overlaps and inconsistencies resulting from the multi-faceted and multi-layered regime of international investment treaties and deficiencies in investor-State dispute settlement (ISDS)* »[13]. Les interprétations discordantes[14] des clauses extensives des TBI sont génératrices de tension entre la nécessité, pour les PED, d'exercer le

---

> *Bilateral investment treaties which are signed between States to protect and to promote international investments provide an arsenal of rights to foreign investors without providing for equivalent obligations…In a nutshell therefore, investors have mostly rights and no obligations towards States which have, on their side, mostly obligations but no equivalent rights in their relation with investors. It is this particular context which raises the question of bilateral investment treaties as unequal treaties.*

[10] Voir Ferhat Horchani, « Le statut de l'investisseur étranger », en ligne : URDRI <http://www.urdri. fdspt.rnu.tn/ articles/etranger/etranger_horchani.pdf> [Horchani, « Le statut »].

[11] Voir Andrés Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration: Judging Under Uncertainty*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2012 à la p 27 [Sureda].

[12] Voir *SGS Société Générale de Surveillance c les Philippines*, Affaire CIRDI no ARB/02/6, Décision sur les objections sur la compétence, 29 janvier 2004 [*SGS c Philippines*, Décision sur les objections sur la compétence] au para 116. Voir aussi l'affaire *Noble ventures* où le tribunal arbitral a affirmé : « *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 » (Noble ventures, Inc. c la Roumanie*, Affaire CIRDI no ARB 01/11/12, Sentence, (12 octobre 2005) au para 52) [*Noble ventures*].

[13] Voir UNCTAD, *International Investment Policymaking In Transition: Challenges And Opportunities Of Treaty Renewal*, Issues note no 4, 2013[UNCTAD, *Challenges And Opportunities*].

[14] Voir nos développements du chapitre 3, partie 2 de cette thèse dans laquelle nous analysons le concept d'investissement et les interprétations consécutives qu'il a reçues dans l'arbitrage CIRDI.

pouvoir souverain pour protéger l'intérêt général et celle d'assurer, concomitamment, le respect de leurs engagements conventionnels. Les interprétations larges adoptées par les tribunaux arbitraux du CIRDI consacrent par conséquent l'affaiblissement du contrôle national alors que les activités des investisseurs étrangers produisent parfois des effets préjudiciables au développement économique, rendant nécessaires les interventions étatiques pour redresser la situation[15].

Nous sommes d'avis que les investissements étrangers peuvent avoir des effets bénéfiques majeurs pour les PED à condition toutefois que les bonnes politiques publiques soient en place[16]. Ces politiques, véritables outils pour assurer la gouvernance des investissements, manquent chez plusieurs PED et lorsqu'elles existent, elles sont souvent mal adaptées à leurs réalités économiques. Les bonnes politiques de sauvegarde de l'intérêt général sont surtout indispensables dans les moments d'incertitude lorsque des changements de politiques d'investissement risquent d'entrainer des perturbations économiques. À titre d'exemple, lors des périodes de privatisations françaises de 1986-1988, où les intérêts économiques menaçaient d'échapper à la souveraineté nationale, le gouvernement a constitué ce qu'il a appelé à l'époque des « noyaux durs » d'actionnaires[17]. Ceux-ci assuraient le positionnement de l'État pour la sauvegarde contre une tentative de prise de contrôle, de la société privatisée, hostile à l'intérêt

[15] Voir The Carter center, « République Démocratique du Congo : Développement ou appauvrissement des communautés locales? Rapport d'impact des investissements miniers étrangers sur les droits humains : Cas des investissements Chemical of Africa (Chemaf) et Ruashi Mining au Katanga » (octobre 2012), en ligne : Carter Center <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/human-rights/carter-center-mining-governance-HRIA-Oct2012.pdf>.

[16] Voir Marie Claude Lévesque, *Investissement étranger, souveraineté nationale et développement: L'exploitation et le commerce du cuivre au Chili*, thèse de doctorat en Droit, Université Laval, Québec, 2010 à la p 19 n 15.

[17] Voir Claude Bébéar, « L'investissement international et la souveraineté des États », Montréal, Les conférences Gérard-Parizeau, 7e conférence, 5 avril 2006 à la p 15 en ligne : HEC <http://www.hec.ca/fonds_gerard_parizeau/conferences/conference_bebear.pdf> [Bébéar].

général[18]. C'est à une stratégie identique qu'a recouru le Royaume-Uni en créant, la « *golden share* » durant la période des privatisations d'entreprises du secteur public[19]. Ce type d'action permettait à son détenteur d'opposer un véto à certaines résolutions du conseil d'administration pour empêcher la prise de contrôle du groupe par une entreprise étrangère. En Angleterre, « cette action, propriété de l'État [avait] prédominance sur tous les droits de vote des actionnaires privés dans deux circonstances particulières : la vente du contrôle et le changement de la vocation initiale de la société »[20]. Les PED ont besoin de la flexibilité normative pour recourir à ces types d'interventions publiques lorsque le contrôle des intérêts économiques d'un pays risque de basculer sous l'emprise des investisseurs étrangers.

La contribution au développement qu'un PED peut tirer de la présence des investisseurs étrangers dépend largement de sa capacité à concevoir et à déployer un régime normatif qui prend cumulativement en considération son intérêt général et ses obligations issues des TBI. Or, bon nombre de PED, surtout africains, semblent peu angoissés par l'érosion de leur souveraineté résultant des obligations des TBI qui opèrent un transfert de leur pouvoir de contrôle des intérêts économiques aux investisseurs étrangers. D'autres PED préfèrent la résignation et entretiennent ainsi le *statu quo*, laissant libre cours aux investisseurs étrangers pour dicter l'orientation des règles d'investissement. Nous percevons cette attitude des PED comme une forme de promotion d'une surprotection quasi aveugle due en partie à leur hospitalité « fanatique » envers les investissements étrangers. Beaucoup de ces pays éprouvent des difficultés à évaluer les conséquences des TBI pour ce qui est de leur contribution au développement. De plus, certains

[18] Voir Joseph Antoine et Marie-Claire Capiau Huart, *Dictionnaire des marchés financiers : plus de 2000 termes et expressions expliqués et traduits en cinq langues, anglais, allemand, espagnol, italien, néerlandais*, Bruxelles, De Boeck Université, c2006 à la p 348.
[19] Voir Bébéar, *supra* note 17 à la p 15.
[20] *Ibid.*

d'entre eux n'arrivent pas à imposer leurs conditions durant les négociations de ces accords d'investissement. Ainsi, certains auteurs se sont basés sur ces faiblesses pour affirmer que « *bilateral investment treaties do not refer to developmental considerations or more generally to the interests of developing countries* »[21]. Loin d'être une réalité limitée aux seuls TBI entre PD et PED, cette place précaire des considérations de développement est aussi l'apanage des TBI entre PED bien qu'il y ait quelques rares exceptions[22]. Ils résultent de ces accords des limitations de la flexibilité réglementaire des PED pour régir l'investissement étranger de façon à l'amener à contribuer au développement économique[23].

En gérant les investissements étrangers avec des instruments mal en point, le résultat ne peut être que dérisoire.

Les PED constituent des maillons faibles du système d'investissement et leur maigre performance pousse à soutenir que les TBI ne sont donc pas une panacée en soi pour attirer les investissements qui contribuent à la réalisation des objectifs de développement[24]. Cette performance peu reluisante des PED, qui contraste avec leur attachement au régime d'investissement international, conforte notre position. Celle-ci postule que la sauvegarde de l'intérêt général est une préoccupation fondamentale que les PED devraient prendre au sérieux. Si ces derniers estiment que leurs engagements risquent de remettre en cause leur pouvoir de

---

[21] Voir Monebhurrun, « Bilateral Investment », *supra* note 8; Emily A Alexander, « Taking Account of Reality: Adopting Contextual Standards for Developing Countries in International Investment Law » (2007) 48:4 Va J Inter'l L 815 aux pp 823-25.

[22] « *Exceptions exist. Many bilateral investment treaties of Singapore, for example, are not mere reproductions of existing European treaty models* » (Voir Monebhurrun, « Bilateral Investment », *supra* note 8); Malik M., « South-South Bilateral Investment Treaties: The Same Old Story? », IISD Winnipeg, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, New Delhi, 27 au 29 octobre 2010, en ligne: IIDD <http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_south_bits.pdf>[Malik]; K J Vandevelde, « A Brief History of International Investment Agreements » (2005) 12 UC Davis J Int'l L & Pol'y à la p170 [Vandevelde, « A Brief History »].

[23] Voir L. E. Peterson, *The Global governance of foreign direct investment: Madly off in for all directions*, Geneva, Friedrich Ebert Stiftung Publisher, 2005 à la p 4.

[24] Voir Emma Saunders-Hastings, « The Assymetrical Legalization of Investment Regimes in Africa : Lessons from Water Privitazation » dans Cordonier Segger, Gehring, et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 457 à la p 462 [Segger et Gehring, *Sustainable Development*].

réglementer dans l'intérêt général, ils devraient envisager de faire marche arrière pour reconsidérer ceux-ci dans de nouvelles perspectives. Ainsi, les PED devraient renforcer leur pouvoir de contrôle en incluant des dispositions favorables au développement dans les accords d'investissement qu'ils ratifient. C'est dans cette direction que notre propos sur la protection de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement sera articulé. Notre étude entend provoquer un élan, un sursaut de prise de conscience chez les PED en faisant état des limites des dispositions des TBI qu'ils ont ratifiés et les interprétations controversées et parfois déroutantes que les tribunaux arbitraux en font. L'étude ne remet pas en cause l'arbitrage d'investissement ainsi que la contribution potentielle des investissements étrangers. Elle offre plutôt une analyse soucieuse de dissiper la crainte des PED d'être désertés par les investisseurs étrangers et de les inciter à adopter des TBI adaptés à leurs conditions économiques et à leurs problèmes de développement[25]. Cette étude contribue à éclairer le choix des PED en évaluant la place de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement.

Dans le passé, et juste à la sortie de leur domination coloniale, les PED ont déclenché une série d'initiatives comprenant le vote, au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, de *la Charte* des droits et des devoirs économiques (*la Charte*)[26]. Leur volonté était de « libérer le droit international de sa gangue de formalisme et de sa lourde [...] hypocrisie et [...] l'orienter vers une finalité plus noble, plus humaine et plus impérative, celle qui promeut le développement »[27]. Ils étaient donc mus par le souci d'instaurer un droit qui répond à leurs préoccupations de développement économique[28]. Précédemment à *cette Charte*, ils avaient

[25] Voir Nations Unies, *Le développement économique en Afrique. Repenser le rôle de l'investissement étranger direct,* New York : Nations Unies, 2005 aux pp 2-3.
[26] *La Charte*, *supra* note 2.
[27] Voir Mohammed Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979 à la p 65.
[28] Voir Mohamed Lotfi M'Rini, *De La Havane à Doha — Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005 à la p 49 [M'Rini].

réussi, en 1962, à obtenir le vote, au sein de l'Assemblée générale de l'ONU, de la *Résolution 1803* sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (*Résolution 1803*)[29]. Le principe directeur de cette Résolution était la consécration du droit de réglementer et de contrôler l'usage de leurs richesses et ressources naturelles[30].

Ces efforts de recherche d'un régime juridique favorables aux aspirations économiques ont buté à l'opposition des PD. Ceux-ci ont considéré *la Charte* susmentionnée comme un instrument dangereux consacrant le relâchement de la protection des intérêts des investisseurs étrangers. Ils ont alors instauré le système des TBI dont l'orientation visait à contrer le danger de nationalisations et les expropriations des investissements de leurs ressortissants[31]. Ils ont ainsi préservé par là leurs droits hérités de l'époque de domination coloniale[32].

Dès 1959, on enregistre la signature du premier TBI entre l'Allemagne et le Pakistan et les PED s'y sont rapidement engagés et 6 ans après ce premier accord, soit en 1965, les pays africains en avaient conclu huit[33]. Par la suite, les TBI sont devenus la norme et on en dénombre aujourd'hui des milliers[34].

En vue de garantir le respect des engagements pris dans ces TBI, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) connue aussi sous le nom de Banque mondiale (BM) a parrainé la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (*Convention de Washington*) à laquelle les PED ont

[29] *Résolution 1803*, *supra* note 1.
[30] *Ibid*.
[31] Voir Kenneth J Vandevelde, « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States » (1998) 21 Cornell Int'L LJ 201 aux pp 213 et s; Rudolf Dolzer et Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, London, M Nijhoff, (1995); M Sornarajah, « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties » (1986) 20 J World Trade L 79 ; Peter Muchlinski, « Corporate Social Responsibility » dans Muchlinski Peter, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 638 à la p 639 [Muchlinski].
[32] Voir UNCTAD, *Bilateral Investment*, *supra* note 7 aux pp 26 et s.
[33] Voir Vandevelde, « A Brief History », *supra* note 21 aux pp169-170; Voir UNCTAD, *Bilateral Investment*, *supra* note 7.
[34] Voir UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy*, 2010 à la p 8 [UNCTAD, *Low-Carbon Economy*].

massivement adhéré[35]. Cette Convention a créé le CIRDI dont la mission est de régler les différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil au moyen de la conciliation et d'arbitrage international[36]. Les PED ont presque systématiquement incorporé cet arbitrage international CIRDI dans les TBI qu'ils ont ratifiés ainsi que dans leurs législations nationales sur l'investissement. La clause d'arbitrage international permet aux investisseurs étrangers de déclencher l'arbitrage, en cas de violation des obligations des TBI, contre les États d'accueil sans l'intervention de leurs pays de territorialité.

Toute cette activité normative a progressivement abouti à une évolution asymétrique du régime juridique des investissements où la nécessité d'assurer la protection de l'intérêt général des pays hôtes croit sans cesse alors que les accords d'investissement font peu pour incorporer en leur sein la « dimension développement »[37]. En raison de la piètre formulation des dispositions traditionnellement utilisées pour prendre en compte les préoccupations d'intérêt général la prise en compte de celles-ci est chancelante dans les TBI. Par ailleurs certaines dispositions comme les réserves et les exceptions sont rares dans beaucoup de TBI.

Au fait, la plus grande menace des investisseurs étrangers n'est plus la hantise de l'expropriation ou de nationalisation des investissements étrangers, même si l'éventualité de leur survenance subsiste[38]. Le danger concerne surtout les situations où « l'investisseur ne prétend pas que l'État s'est approprié son investissement, mais lui fait grief d'avoir adopté une mesure ou un

---

[35] *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 159 [*Convention de Washington*]. Jusqu'en date du premier juillet 2012, 157 pays avaient signé la *Convention de Washington*. Parmi ceux-ci, 147 ont déposé leurs instruments de ratification pour devenir des États contractants(en ligne : ICSID <http://icsid.worldbank. org/ICSID/Front Servlet?request Type= ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French>).

[36] Voir Ibrahim F. I. Shihata, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA » (1986) 1ICSID Review-FILJ1 à la p 26) [Shihata, « Depoliticization »]; *Convention de Washington, supra* note 35 art 25 : « La compétence du [C] entre s'étend aux différends d'ordre juridique […] qui sont en relation directe avec un investissement […] ».

[37] Voir John Ruggie, *Protéger, respecter et réparer : un cadre conceptuel pour les entreprises et les droits de l'Homme*, A/HRC/8/5, 7avril 2008 au para 12 [Ruggie].

[38] Voir Muchlinski, *supra* note 33 aux pp 638-39.

comportement préjudiciable à son investissement »[39]. La question est donc celle des interventions réglementaires des PED qui interfèrent avec les activités économiques des investisseurs étrangers et qui présentent le risque d'affecter leur rentabilité[40]. Le déplacement de ce centre de gravité des conflits est majeur, car il traduit à notre avis le recul de l'hostilité latente envers les investissements étrangers. Les PED n'ont pas su mettre de l'avant et exploiter ce revirement d'attitude de leur part, dorénavant plus favorable aux investisseurs étrangers, pour négocier des dispositions des TBI qui soient plus sensibles à leur intérêt général. Donc les interventions réglementaires des PED continuent à se heurter à la persistance de contraintes issues d'engagements conventionnels qui ne sont pas en adéquation avec leur intérêt général. Les PED se retrouvent dans un cercle vicieux où ils doivent poursuivre l'activité réglementaire pour gérer les affaires publiques et veiller aux respects des engagements tout en en contractant de nouveau où le tout présente des risques d'incohérences.

Nous estimons que c'est à l'égard de ce problème que les PED doivent focaliser leurs efforts. Tout en étant conscients de l'importance des investissements dans le développement économique, les PED devraient inclure dans les TBI des clauses qui leur permettraient à accroitre leur flexibilité normative.

Cette nécessité d'intégrer l'intérêt général des PED dans le régime des investissements se pose particulièrement avec acuité chez les PED en raison de l'augmentation du rythme de la mondialisation[41] qui soulève de nouveaux défis à bon nombre d'entre eux[42]. Des voies autorisées

[39] Voir Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Dijon, Litec, 2004 à la p 440 [Manciaux, *Investissements*].

[40] Malgré les cas de nationalisations en Bolivie, au Venezuela et en Russie dans le secteur des ressources naturelles, l'attitude méfiante et hostile des pays envers les investisseurs étrangers a diminué (voir Muchlinski, *supra* note 33 aux pp 638-39).

[41] « La mondialisation est un phénomène progressif qui vise à englober tous les pays et à les rendre interdépendants à divers niveaux (économique, culturel, politique, social, etc.) en pratiquant une économie capitaliste à grande échelle » (en ligne : In-terre-actif <http://www.in-terre-actif.com/fr/fichier/La_mondialisation_histoire.pdf>); Voir aussi Joseph E Stiglitz, *Un autre monde : Contre le fanatisme du marché*, Paris, Édition Fayard, 2006 à la p 61[Stiglitz, *Un autre monde*].

évoquent la nécessité de redresser les inégalités de traitement et rappellent qu'il est temps d'instaurer un régime d'investissement qui prend en compte les intérêts des États d'accueil[43]. L'Union européenne insiste sur la nécessité d'inclure, dans les futurs TBI, les normes de RSE pour accroitre le contrôle des pays d'accueil sur les activités des investisseurs étrangers[44]. Le *Rapport sur l'investissement mondial de 2010* indique que plus de 30 % de changements de politique nationale relative à l'investissement prévoyaient plus d'interventions réglementaires[45]. Alvarez souligne qu'« *UNCTAD's examples of these restrictions reveal how some countries are re-asserting their sovereign rights vis-à-vis foreign investors* »[46]. Certains PED en Amérique latine, lorsqu'ils n'ont pas préconisé la renégociation, ont adopté le choix ultime de dénoncer les TBI ou même de se retirer de la *Convention de Washington*[47].

Pour apporter des éléments de réponse à notre questionnement de protection de l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement, nous avons organisé les développements de notre étude en deux parties. La première partie traite du sort de l'intérêt général dans le cadre normatif sur les investissements étrangers (I). Le premier chapitre pose les fondements théoriques de notre étude. Il passe en revue la notion d'intérêt général et ses concepts voisins d'intérêt public et de bien commun avec lesquels elle est souvent assimilée. L'étude détermine les rapports que cette notion entretient avec celle d'intérêts particuliers. Ce chapitre examine aussi les concepts de

---

[42] Voir Stiglitz, *Un autre monde*, *supra* note 43 à la p 63.

[43] Voir UNCTAD, *Report on the Export Meeting on Development Implications of International investment Rulemaking*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/TD/B/COM.2/EM.21/3 (2007) au para18.

[44] European Parliament, *Resolution on Corporate and Social Responsibility in International Trade Agreements*, Doc. 2009/2201(INI), 11 novembre 2010 au para 28, en ligne Parlement européen : http://www.csrandthelaw.com/2010/12/european-parliament-adopts-resolution-on-corporate-social-responsibility/ [European Parliament, *Resolution*].

[45] UNCTAD, *Low-Carbon Economy*, *supra* note 36 à la p 76.

[46] José Alvarez, « The Return of State » (2011) 20:2 Minnesota Journal of International Law 223 à la p 233.

[47] Voir Antonios Tzanakopoulos, « Denunciation of the ICSID Convention Under the General International Law of Treaties » dans Rainer Hofmann et Christian J Tams, dir, *International Investment Law And General International Law: From Clinical Isolation To Systemic Integration?*, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden: Nomos, 2011, 75; UNCTAD, Denunciation of the ICSID Convention and BITS : Impact on Investor-State Claims, IIA Issues Note no 2, (décembre 2010), en ligne: CNUCED <http://unctad.org/ en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf>.

« pays en développement » et de « développement économique ». Ces deux notions sont au cœur de l'essence même l'intérêt général des PED. Leur analyse permet, de ce fait, de mieux saisir les préoccupations de développement économique qui sous-tendent la participation des PED dans l'arbitrage d'investissement. Après ces considérations conceptuelles, l'étude détermine la nature de l'intérêt général en se servant de l'analyse des TBI et de la *Convention de Washington* pour mettre en exergue les préoccupations d'ordre économique qui motivent les PED à y adhérer.

Le deuxième chapitre examine la prise en compte de l'intérêt général dans le cadre normatif sur l'investissement international. Il évalue le traitement qu'ont reçu les considérations de développement économique des PED dans la mise en place progressive du régime juridique des investissements. De prime abord, l'étude situe le débat sur la protection de l'intérêt général dans le cadre normatif de l'ONU. Elle retrace puis analyse les préoccupations économiques derrière la *Résolution 1803*[48] et la Résolution concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international[49]. Ces instruments votés dans le cadre de l'ONU constituent une source de référence pour appréhender l'évolution de la prise en compte des préoccupations de développement économique dans les TBI. Leur analyse permet par ailleurs de comprendre l'origine des dispositions actuelles des accords d'investissement et de saisir la place que ces accords réservent à l'intérêt général des PED.

Certains commentaires doctrinaux soulignent l'absence de véritables négociations des TBI avec les PED en les comparant à des séminaires de formation pour mieux se conformer aux modèles

[48] *Résolution 1803, supra* note 1.
[49] *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international,* Rés AGNU 3201 (S-Vl), Doc off AGNU, 6e sess extra, supp no 1, Doc NU N9596 (1974) 3[*Déclaration sur le nouvel ordre*].

qui leur sont proposés[50]. D'autres soutiennent que la négociation d'un TBI n'est pas une discussion entre des États souverainement égaux[51]. Ces commentaires (vérifiés ou non) relancent le débat sur le sort de l'intérêt général dans les accords d'investissement (partie II).

Les engagements de protection des investissements étrangers auxquels les PED souscrivent dans les TBI pourraient rester sans effet, s'il n'y avait pas de mécanisme de sanction des violations de leurs dispositions. Dès lors, il importe d'examiner le sort des interventions réglementaires dans le règlement des conflits d'investissement au sein du CIRDI (chapitre 3). La notion d'investissement a soulevé beaucoup de controverses qui suscitent un débat sur les préoccupations de nature économique dans l'arbitrage CIRDI. Nous analysons les diverses pratiques institutionnelles et étatiques au regard de la configuration de cette notion pour décortiquer les difficultés de conceptualisation et les interventions divergentes de cette notion dans l'arbitrage CIRDI.

Dans un chapitre 4 de cette deuxième partie, nous consacrons nos analyses aux exceptions de sécurité dans le cadre normatif des investissements. À cet effet, nous évaluons les pratiques étatiques quant à la configuration et à la portée de ces clauses d'exception dans le cadre normatif des TBI. L'inclusion de ces exceptions qualifiées de « soupape de sécurité »[52] vise à conférer la flexibilité réglementaire aux pays d'accueil pour intervenir en cas d'urgence sans encourir la responsabilité si les mesures envisagées rentrent dans le cadre des objectifs admissibles au titre de l'exception de sécurité. En prenant comme illustration les mesures prises dans le cadre de la

[50] Voir Carlos G Garcia, « All the Other Dirty Little Secret: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor State Arbitration » (2004)16 Fra J Int'l L 301 à la p 316 [Garcia]; Voir aussi Pilch Genady, « The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties » (1992) 86 Am Soc'y Int'l L Proc 532 aux pp 534-36 [Genady].
[51] Voir Genady, *supra* note 50 aux pp 534-36; Voir aussi Garcia, *supra* note 50 à la p 316.
[52] Voir P. Daillier et A. Pellet, *Droit International Public*, 7e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2001 à la p 787.

crise argentine, nous analysons les arbitrages sur les clauses d'exception pour mettre en relief les difficultés d'interprétation de ces dispositions qui ont un effet défavorable sur l'intérêt général. Par ailleurs nous partons de ces mêmes analyses des arbitrages contre l'Argentine pour montrer que la marge d'intervention réglementaire que confèrent ces clauses dépend de leur formulation et de leur relation avec le reste des dispositions des TBI.

Aux termes de l'analyse sur la prise en compte de l'intérêt général dans les TBI, il appert que la protection de l'intérêt général est aléatoire en raison de la piètre formulation des dispositions des TBI et des interprétations inconstantes qu'en font parfois les tribunaux arbitraux du CIRDI.

Sur ce, nous suggérons deux approches pour accroitre la protection de l'intérêt général des PED dans les TBI (chapitre 5). L'une des approches, dite institutionnelle, consiste à renforcer les capacités des institutions des PED. Dans un environnement légal comme celui des investissements étrangers qui s'intensifie en se complexifiant, la capacité à appréhender la portée des normes internationales, leurs liens avec les régimes juridiques nationaux et les politiques d'investissement est déterminante dans la définition de la protection que l'on veut conférer à l'intérêt général. Selon l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) :

> *Making the international investment agreements work for development […] is not only a question of ensuring that the development dimension is adequately addressed in international investment law, but also a question of building the related capacity in developing countries to implement investment agreements, so as to make these agreements effective for attracting and benefiting from foreign investment. The latter may be more important today, given the more than 5,000 investment treaties in existence and the resulting multi-layered and multifaceted character of the international investment system*[53].

[53] James X Zhan, « Making The Most Of International Investment Agreements : A Common Agenda », Symposium coorganisé par le CIRDI et la CNUCED, OCDE, Paris, 12 décembre 2005, en ligne : OCDE <http://www.oecd.

En accord avec cette position de l'OCDE, nous estimons qu'une approche institutionnelle centrée sur le renforcement des capacités des PED constitue une étape cruciale qui devrait précéder tout effort d'amélioration de l'intérêt général. Pour cette raison, nous en faisons notre première proposition. Les institutions cibles sont les Agences de promotion des investissements (API). Quelques raisons militent en faveur de ce choix. Tout d'abord, le champ d'intervention de plusieurs de ces institutions couvre déjà l'assainissement du climat d'investissement au plan national. Ensuite, une partie de leur responsabilité consiste à l'application de la législation nationale sur l'investissement. Enfin, elles sont en contact permanent avec les investisseurs étrangers et les plus hautes autorités administratives au niveau de leur pays. Ce rapprochement avec le pouvoir central et ses politiques d'investissement fait de ces institutions des partenaires étatiques informées des difficultés de cohabitation entre les obligations de traitement des investisseurs étrangers et les politiques de développement.

L'apport du renforcement des capacités des institutions consisterait à accroitre l'expertise technique chez les PED pour promouvoir des investissements et négocier des accords qui concordent avec leurs impératifs de développement économique. Les PED posséderaient ainsi les connaissances que requiert la compréhension de l'impact des obligations des TBI sur la protection de l'intérêt général. À long terme, ce renforcement conduirait à l'autonomie des PED ainsi qu'au développement des compétences internes qui les libéreraient progressivement de l'emprise de l'aide technique extérieure. À court terme, cet affermissement des capacités des institutions des PED revêt un outil indispensable pour réussir à insérer les clauses qui favorisent la dimension développement dans les TBI.

---

org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36053809.pdf>.

Notre deuxième proposition pour améliorer la protection de l'intérêt général est de nature juridique et comporte trois aspects. D'une part, nous suggérons d'introduire dans les TBI des normes de responsabilité sociale des entreprises pour accroitre la flexibilité normative afin de prendre en compte la dimension développement. Nous préconisons d'inclure dans les TBI des normes de responsabilité sociale développées dans le cadre de l'OCDE, de l'OIT et de l'ONU. Ces normes peuvent être des outils efficaces, car leur inclusion dans les préambules permettrait d'interpréter les normes des TBI en fonction de leur objet et de l'intention des parties. Cette fonction n'est pas négligeable au regard de l'influence des décisions arbitrales dans l'évolution du cadre normatif des investissements. Leur insertion permet aussi de maintenir dans le circuit normatif des investissements des questions qui divisent les États, mais que ceux-ci n'aimeraient pas tout de même reléguer aux oubliettes. Les courants activistes peuvent s'en servir pour accroitre la pression sur les États et sensibiliser l'opinion.

Ces normes joueraient aussi le rôle de renforcer la conscience sur la nécessité de prendre en compte d'autres dimensions du développement sur lesquelles les activités des investisseurs étrangers peuvent avoir des effets défavorables. À mesure de les insérer dans les TBI, elles peuvent aussi inspirer les développements futurs des dispositions des accords. Tous ces éléments invitent donc à relativiser l'absence de force contraignante de ces dispositions que nous suggérons. L'autre aspect de cette approche juridique consisterait à restreindre la portée du concept d'investissement pour accroitre la marge d'intervention réglementaire des PED ainsi que la prévisibilité des opérations à protéger en tant qu'investissement. Nous suggérons de définir cette notion au moyen de l'établissement d'une liste fermée d'actifs éligibles à la qualification d'investissement. Cette restriction permettrait de limiter les effets négatifs à l'égard de l'intérêt général de l'interprétation des définitions des TBI qui assimilent le concept d'investissement à

toute opération effectuée par un investisseur étranger ou tout actif qu'il possède[54]. Cette façon de définir ce concept a mené à des interprétations controversées qui ne permettent pas de discriminer les opérations d'investissements de celles qui ne le sont pas. Le troisième aspect de notre approche juridique suggère d'incorporer la marge d'appréciation comme norme de contrôle que les tribunaux arbitraux du CIRDI pourraient utiliser dans l'examen des contestations portant sur les interventions législatives et réglementaires. L'usage de cette norme nous semble approprié pour les arbitrages d'investissement opposant les États d'accueil aux investisseurs étrangers. Cette norme a été développée dans un contexte de la Convention européenne des droits de l'homme où la nécessité de concilier les intérêts des individus était simultanément confrontée à l'impératif de sauvegarder l'intérêt général des États membres de cette Convention[55]. Le recours à cette norme donne plus de liberté réglementaire au pays pour apprécier ce qui relève de ses intérêts et les mesures appropriées pour y répondre sans toutefois sacrifier les intérêts économiques des investisseurs étrangers. En mettant en œuvre ces propositions, les PED pourraient aboutir à un régime d'investissement qui permettrait de préserver leur intérêt général dans l'arbitrage d'investissement.

[54] Voir l'*Accord portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, Algérie-Mali, 11 juillet 1996, (entrée en vigueur : 16 février 1999), en ligne : CNUCED < http://unctad.org/sections/dite/iia/ docs/bits/mali_ algeria_fr.pdf > [Accord Algérie-Mali].

[55] Voir Yourow, Howard Charles, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence », (1987) 3:1Conn J Int'l L111 à la p 118[Yourow]; Voir aussi *Convention pour la protection des droits humains et des libertés fondementaux, (*4 novembre 1950), 213 UNTS 222, art 19 [*Convention européen des droits de l'homme*].

Partie I : Traitement de l'intérêt général dans le cadre normatif sur les investissements étrangers

Introduction

L'intérêt général, objet de cette étude, constitue un véritable souci des PED dans les traités bilatéraux d'investissement. En effet le régime international d'investissement pose une série de défis au rang desquels les préoccupations de développement économique figurent en bonne place. Au regard de la problématique du développement économique, les défis des PED « *include how to preserve appropriate regulatory space for host countries, and how to balance the rights and obligations of States and investors* »[56]. Les PED ont accepté, sous la pression des besoins de financement du développement, des accords d'investissements qui placent énormément de contraintes à leur flexibilité réglementaire. Ce faisant, la marge de manœuvre dont ils disposent pour prendre en compte la dimension développement dans les TBI s'est considérablement rétrécie alors que simultanément la protection des investisseurs se renforce constamment.

Cette étude consacre les développements de cette première partie à l'examen du traitement dont bénéficie l'intérêt général dans les accords d'investissement. Nous analysons d'abord la notion d'intérêt général poursuivi par les PED dans les TBI (chapitre 1). Cette notion d'intérêt général est au centre de cette recherche et sa compréhension permet de saisir la suite des développements de cette thèse. L'étude en aborde les caractéristiques et conclut que cette notion est dotée de caractères multidisciplinaires, variables et évolutifs qui lui permettent d'être flexible et par

[56] Voir UNCTAD, *Challenges And Opportunities*, *supra* note 13.

conséquent utilisable dans l'arbitrage d'investissement. L'examen poursuit avec la définition de l'intérêt général et procède à la délimitation de ses contours en la distinguant de ces notions voisines d'intérêt public, de bien commun et d'intérêts particuliers avec lesquelles une partie de la doctrine la confond. Étant donné que les TBI génèrent des obligations et qu'en intervenant réglementairement les PED peuvent violer leurs engagements, nous explorons dans ce chapitre le rôle du CIRDI dans le règlement des différends d'investissement avant de porter un regard critique sur l'exigence de consentement dont l'existence permet de mettre en mouvement les instances arbitrales.

Cette clarification des contours de la notion d'intérêt général et de son cadre d'analyse offre la matière pour déterminer et mieux comprendre l'intérêt général que les États poursuivent dans l'arbitrage d'investissement. Nous nous servons de l'analyse des motivations qui amènent les PED à ratifier les TBI et de leur adhésion à la *Convention de Washington* pour dégager la pertinence des préoccupations économiques qui se profilent derrière ces instruments juridiques qui nous poussent à affirmer que l'intérêt général que poursuivent les PED dans l'arbitrage d'investissement se ramène essentiellement à la recherche du développement économique.

L'étude analyse alors le traitement des considérations de développement économique dans l'évolution du régime juridique sur les investissements internationaux (chapitre 2). Dans un premier temps, elle évalue le sort des préoccupations économiques dans les résolutions et déclarations de l'ONU votées dans le cadre du mouvement de revendication de la souveraineté économique des PED.

À ce niveau, nos analyses démontrent que les intérêts économiques étaient au centre des divergences entre les PED et les PD sur le régime juridique des investissements étrangers. À cet

effet, l'étude analyse particulièrement la *résolution 1803*[57] et la *déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* pour dégager les droits que ces instruments concédaient aux PED pour leur permettre de réglementer l'usage de leurs ressources naturelles et contrôler les activités économiques des investisseurs étrangers.

À travers l'analyse des dispositions des TBI qui ont émergé comme norme de protection des investissements étrangers, nous démontrons que ces accords réservent une place d'exception aux préoccupations économiques des PED et que par conséquent la protection de l'intérêt général y est très précaire.

[57] *Résolution 1803, supra* note 1.

Chapitre 1 : Comprendre la notion d'intérêt général des pays en développement dans les TBI

Introduction

Pour comprendre l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement, il convient de remonter dans les années 50 où pour favoriser le développement des pays non industrialisés, il s'est avéré nécessaire de créer des conditions favorables afin que les capitaux étrangers y affluent[58]. Ce souci de développement économique exigeait de promouvoir les investissements étrangers, principaux véhicules des flux d'investissement[59]. Mais pour assurer la protection des investisseurs étrangers, la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends nés de la violation des engagements conventionnels est alors apparue inévitable. Parmi les multiples options figuraient les tribunaux étatiques de l'État d'accueil ou de l'État de l'investisseur. Mais la crainte de la partialité des juridictions étatiques et le refus, fort certain, de l'État hôte de se soumettre à la juridiction d'un autre État ont milité contre le recours à justice étatique[60]. Il restait donc à explorer le recours à l'arbitrage soit local soit international.

Pour plus de sécurité juridique dans les relations d'affaires, il s'est avéré approprié de « penser à un arbitrage international mené dans un lieu neutre, dont la législation régirait l'arbitrage. Mieux encore [de] concevoir un arbitrage réellement international, détaché de tout droit national comme

[58] Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité –entre intérêts privés et intérêt public? », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth [Kaufmann-Kohler].

[59] Neumayer et Spess, *supra* note 7.

[60] Anthea Roberts, « Power And Persuasion In Investment Treaty Interpretation: The Dual Role Of States » (2010) 104 The Américan Journal Of International Law 179 à la p183. Cependant, l'article 26 de la *Convention de Washington* n'empêche aux parties aux TBI de prévoir le recours aux tribunaux locaux avant de saisir les juridictions arbitrales internationales. Cette disposition prévoit : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés » (voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 26). Voir art 9 (1) de *Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government the Republic of Guinea for the Promotion and Protection of Investments*, 18 mai 2001, en ligne: Kluwer arbitration<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn29071>.

de toute juridiction nationale »[61]. Les rédacteurs de la *Convention de Washington*[62] se sont inspirés de cette idée d'un arbitrage réellement international isolé du droit et des tribunaux nationaux[63]. C'est ainsi que l'arbitrage international a prévalu sur les autres options. Donc en amont l'objectif était d'assurer le développement économique et en aval se situait l'arbitrage international CIRDI pour garantir l'exécution des engagements contractés par les États dans les TBI. Cet arbitrage fonctionne selon les dispositions de la *Convention de Washington* et le règlement d'arbitrage élaboré par le CIRDI[64]. Les PED ont intégré cet arbitrage CIRDI dans les accords d'investissements qu'ils ont conclus et dans leurs législations nationales sur l'investissement[65].

Ce chapitre analyse la notion d'intérêt général des PED dans la perspective des traités bilatéraux d'investissement (section 1). L'examen porte d'abord sur les caractéristiques de ce concept qui permettent d'expliquer sa capacité à s'adapter aux contextes variés et à s'intégrer dans diverses disciplines comme le droit des investissements. L'étude aborde ensuite la définition de cette notion afin de la délimiter par rapport à ses notions voisines d'intérêt public, de bien commun et d'intérêts particuliers.

Étant donné que nous étudions la protection de l'intérêt général sous l'angle du CIRDI, nous analysons le rôle de cette institution en faisant ressortir les efforts de sa conceptualisation et sa volonté de dépolitiser le règlement des différends d'investissement. Sous cette rubrique nous

[61] Voir Gabrielle Kaufmann-Kohler, *supra* note 58.
[62] *Convention de Washington, supra* note 35. Jusqu'en date du premier juillet 2012, 157 pays avaient signé la *Convention de Washington*. Mais, seuls 147 ont déposé leurs instruments de ratification pour devenir des États contractants (en ligne: ICSID <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDoc RH & actionVal=ShowDocument&language=French>.
[63] Voir Kaufmann-Kohler, *supra* note 58.
[64] Lucy Reed, Jan Paulsson et Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, New York: Kluwer Law International, 2004 à la p 8 [Reed, Paulsson et Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*].
[65] Voir art 17 de la Loi no 1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi, en ligne: Admin < http://admin.theiguides.org/Media/Documents/Code%20des%20investissements%202008.pdf>.

explorons également les modalités d'expression du consentement sans lequel les parties en conflit seraient impuissantes à mettre en mouvement l'arbitrage CIRDI.

La suite des développements s'articule sur l'identification de la nature de l'intérêt général que les PED poursuivent dans l'arbitrage d'investissement (section2). Après avoir dégagé que cet intérêt général concerne la recherche du développement économique, l'étude analyse la participation des PED dans l'arbitrage d'investissement. Sur ce, elle se penche sur l'examen du concept de « développement économique » en vue d'appréhender les contours de la contribution audit développement économique que les PED attendent des investisseurs étrangers. Nous partons de l'analyse de la finalité de la ratification de la *Convention de Washington* et des motivations de signature des TBI pour démontrer que le souci de développement économique des PED justifie leur réception positive de l'arbitrage d'investissement CIRDI.

Section 1 : Concept d'intérêt général : Essai de conceptualisation

L'un des arguments que les PED avancent pour se défendre devant les tribunaux arbitraux du CIRDI s'articule autour de la protection de l'intérêt général. Le gouvernement sud-africain a souligné la notion en ces termes : « *One of the most fundamental elements of state sovereignty is both the right and the duty of governments to regulate economic activities and actors in the broader public interest [. . .] Investment promotion and protection must not be pursued at the expense of other key policy objectives* »[66]. Cet argument n'est pas seulement soulevé par les PED. Il est aussi mis en avant par les PD. Le Canada s'en est prévalu dans l'affaire *Ethyl*. Ce

[66] Gouvernement sud-africain, en ligne: Ministère du commerce et de l'industrie <http://www. dti.gov. za/ default. jsp>;Voir aussi Tienhaara qui considère que « *In this view, it is the respondent State that should act in the public interest, and there is no further need for any other actor to do so* » (Kyla Tienhaara, « Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments » (2007) 16:2 RECIEL 230 à la p18; Daniel Magraw, Sofia Plagakis, et Jessica N Schifano, « Ways and Means of Citizens' Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedures », Inaugural Conference, présenté à Genève, 15 juillet 2008 à la p 1, en ligne: SSRN < http:// www.ssrn.Com/link/SIEL-InauguralConference.html>.

conflit opposait le gouvernement canadien à l'entreprise américaine Ethyl Corporation. Celle-ci a déposé une réclamation soutenant qu'une loi canadienne interdisant les exportations de l'additif MMT pour l'essence sans plomb enfreignait les obligations du Canada au titre du Chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain[67]. Soloway rapporte que « *[t]he Canadian government justified the ban on MMT in order to protect the health of Canadians;* […] *and to protect jobs and consumers from adverse economic impacts* […] *the ban in MMT was legislation designed for both environmental and economic protection* »[68].

Une telle défense nous parait un signal de l'importance grandissante des préoccupations de protection de l'intérêt général au sein de l'arbitrage d'investissement CIRDI[69].

Malgré l'omniprésence de cette notion d'intérêt général dans l'arbitrage relatif aux traités d'investissement, la littérature juridique continue à l'utiliser comme « si son sens ne laissait aucun doute et était généralement accepté, sans qu'il soit nécessaire de pousser plus loin l'analyse […] »[70]. Les quelques travaux qui ont envisagé ce concept d'intérêt général dans la perspective de l'arbitrage d'investissement lui consacrent des développements très sommaires qui laissent entière la nécessité de mieux l'appréhender[71] (& 1) dans la perspective de l'arbitrage d'investissement encadré par le CIRDI (& 2).

[67] Gouvernement du Canada, en ligne: Affaires étrangères et commerce international <http://www.international.gc. ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/ethyl-05.pdf>.

[68] J. Soloway, « NAFTA's Chapter Eleven: The Challenge of Private Party Participation » (1999) 16 J Int'l Arb1à la p 5 n 20. Cette auteure cite The Honourable Sergio Marchi, PC, MP, and Minister of the Environment, *Statement to the Senate Committee on Energy, Environment and Natural Resources on Bill C-29: The Manganese Based Fuel Additives Act*, Delivered at Parliament Hill, Ottawa, 20 February 1997.

[69] Voir OCDE, *The OECD Report on Regulatory Reform*: *Synthesis*, Paris, OCDE, 1997 à la p 5:« *[R]egulations will continue to be an important tool for preserving and advancing public interests* ».

[70] Robert P Godin, « L'intérêt général – Commentaire sur l'article 982 du Code civil du Québec ou « JE PUISE, MAIS N'ÉPUISE » » (2010) 69 R du B 137 à la p 143.

[71] Voir Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » (2008) 135: 4 JDI 999 à la p 17[Hamida, « La prise en compte »]; Saida El Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles des investissements » (2005) 51 AFDI 542 [Boudouhi].

Paragraphe 1: Concept d'intérêt général

Le concept d'intérêt général est doté de plusieurs caractéristiques qui rendent difficile de lui attribuer un sens rigide prédéfini (A)[72]. Ses caractères variables et évolutifs lui confèrent une flexibilité qui permet son intégration et usage dans des disciplines très diverses. Les États peuvent ainsi l'adopter et l'adapter à leur contexte particulier pour justifier les valeurs qu'ils entendent promouvoir. L'emploi de cette notion, dans des domaines variés, pousse chaque discipline à appréhender son contenu et sa portée dans son champ d'intervention; ce qui, à notre sens, explique la pluralité des définitions dont elle a fait objet (B).

A. Les caractéristiques de la notion d'intérêt général

Notion « d'essence politique et idéologique » pour les uns[73], indéfinissable pour les autres[74], la liste des caractères de l'intérêt général est longue[75].

L'une des qualifications qui dominent la littérature juridique sur la notion d'intérêt général est celle de concept flou. C'est ce que souligne Hamida lorsqu'il affirme qu'il existe « un flou qui entoure cette notion qu'il n'est pas facile de le dissiper »[76]. Lemieux a jugé que cette notion était aussi « élastique, variable, mobile, et soumise au contexte social, économique et culturel […] »[77]. Ces qualificatifs que l'auteure attribue à cette notion mettent en exergue la dimension changeante de l'intérêt général qui a été implicitement soulignée par Weber en relatant les difficultés à

[72] Dans ce sens, certains auteurs ont soutenu que l'intérêt général est une notion dépourvue de contenu intrinsèque (. voir par exemple D. Loschak et J. Chevallier, *Science administrative*, t1, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978 à la p 359).

[73] Y. Tanguy, *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, t 10, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979 à la p 223 tel que cité dans Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004 à la p18 [Mekki].

[74] Voir Jacques Ghestin, préface de Mekki, *supra* note 73 à la pVII.

[75] Voir Dorian Guinard, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, Édition Harmattan, 2012 au para 11à la p 28[Guinard].

[76] Hamida, « La prise en compte », *supra* note 71 à la p 17.

[77] Charlotte Lemieux, « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation » (1992) 23 RDUS 191 à la p194.

équilibrer le traitement des intérêts privés et de l'intérêt général dans les conflits d'investissements[78]. De l'avis de cet auteur, « [c]e qui constitue une préoccupation publique aujourd'hui, par exemple, des considérations de sécurité nationale pourraient ne pas l'être demain, et ce qui n'est pas actuellement un problème pourrait être à l'origine des problèmes imprévus dans l'avenir […] » [notre traduction][79].

Pour notre part, la notion d'intérêt général présente un sens et ne semble pas aussi floue que l'on pourrait le prétendre à moins de chercher à le saisir isolement, c'est-à-dire en laissant de côté son contexte d'usage[80]. Pour déterminer la signification de l'intérêt général, nous sommes d'accord avec les deux approches que propose Rangeon dans son article intitulé « Intérêt général et les notions voisines »[81]. La première consiste à se servir de la législation existante vu que « le législateur représente l'expression démocratiquement manifestée des attentes et des valeurs de la population, c'est dans la législation que nous devons chercher en quoi peut consister l'"intérêt général" dans un cas particulier »[82]. La deuxième approche « se réfère à un processus dynamique et fragmenté où les membres actifs d'une société donnée, après consultations et interactions, arrivent à une forme de consensus qui devient l'expression de ce que peut constituer l'"intérêt général" à ce moment particulier »[83].

[78] Joerg Weber, « Balancing Private and Public Interests in International Agreement » (2008) Transnational Dispute Managment 1à la p 6 [Weber].
[79] *Ibid.*
[80] Selon Guinard, « l'intérêt général peut difficilement être réductible à une définition abstraite renvoyant elle-même à une définition figée » (Guinard, *supra* note 75 au para 11).
[81] François Rangeon, « L'intérêt général et les notions voisines » dans Bartha Maria Knoppers et Yann Joly, dir, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008, 19 à la p 19 [Rangeon, « L'intérêt général »].
[82] Rangeon, « L'intérêt général », *supra* note 81à la p 19.
[83] *Ibid* à la p 19.

À mon avis, les deux suggestions se complètent quand on cherche à comprendre l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement. D'abord, des consultations sur la nécessité de conclure un accord d'investissement et la sélection des pays partenaires potentiels se déroulent sous l'encadrement des organes ayant reçu le mandat d'agir pour le compte de l'État. On note ainsi une participation des parties prenantes. Ensuite, les TBI entrent, par leur procédure de ratification, dans la législation nationale et ce sont les législateurs qui conduisent le processus menant à leur entrée dans le droit positif national. Il s'en suit donc que l'on peut se servir des préambules et de l'esprit général de ces accords pour dégager l'intérêt général que poursuivent les États. Dans ce sens, le concept d'intérêt général « n'est pas doté par nature d'une imprécision congénitale »[84] et le flou qui l'entoure est à relativiser. Grosso modo, c'est une notion qui renvoie à des réalités différentes dépendamment du contexte, de l'époque, du lieu et de la discipline dans laquelle on aborde son étude[85]. Le doyen Hauriou souligne bien ce caractère dynamique lorsqu'il affirme que la notion d'intérêt général « est valable pour tous les temps et pour tous les pays, puisqu'elle est pour une grande part sous la dépendance des mœurs et des évolutions sociales »[86].

La notion d'intérêt général est donc dotée d'une flexibilité qui permet de l'utiliser dans plusieurs disciplines. Son contenu est très variable. Elle peut avoir une signification à la fois politique et morale[87]. Elle est interdisciplinaire. Le droit s'y réfère constamment[88]; la philosophie fait de

[84] Didier Linotte tel que cité dans Guillaume Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004 à la p 236 et 134 [Merland].

[85] Voir Vedel qui estime que « l'intérêt général est indéfinissable en ce sens que selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables » (Georges Vedel, Préface dans François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 [Rangeon, *L'idéologie*]).

[86] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12e éd, Paris, Sirey, 1933 à la p 59.

[87] Voir Rangeon pour qui, « la contribution de Rousseau a été de conférer à la notion d'intérêt général une signification à la fois politique et morale » (Rangeon, *L'idéologie, supra* note 85 à la p 108).

[88] « L'intérêt général investit le droit de part en part tant à travers ses réalisations législatives et réglementaires que jurisprudentielles » (voir *ibid* à la p 20).

même[89]; la sociologie s'en sert également; etc[90]. Cette étude s'y réfère à bon droit étant donné que ce concept est aussi connu de l'arbitrage d'investissement CIRDI[91].

B. Définition de l'intérêt général

En matière de droit international des investissements, la notion d'intérêt général est aujourd'hui devenue récurrente comme le montre une littérature de plus en plus pertinente et intéressante sur le concept et son contenu[92]. C'est par exemple ce que souligne implicitement Tomuschat lorsqu'il indique que le droit international public « *has become a multi-faceted body of law that permeates all fields of life, wherever governments act for promoting a public purpose* »[93]. La notion d'intérêt général est donc présente dans l'arène du droit international public et par ricochet en droit international des investissements qui en est un des démembrements.

Selon certains auteurs du droit des investissements, elle est « fluctuante quant à son contenu »[94]. De prime abord, il est important de savoir, comme le souligne bien Boudouhi, que « la notion d'intérêt général évoque chez tout publiciste des situations où, bien que le particulier ait certains droits substantiels ces derniers cèdent devant des impératifs supérieurs qui touchent aux valeurs et intérêts communs à toute la collectivité »[95]. C'est ainsi que dans tout système de droit public, l'État ou le gouvernement peut limiter les droits et libertés pour des raisons d'intérêt général.

[89] Voir M. P. Deswarte, « Intérêt général, bien commun » (1988) 5 RDP 1289 à la p1289 tel que cité dans Merland, *supra* note 84 à la p 9 n 58.
[90] Voir Marcel Bolle de Bal, « Intérêt général et services publics : réflexions d'un semi-candide belge » dans Sophia Mappa, dir, *Essai historique sur l'intérêt général,* Paris, Karthala, 1997, 35 à la p 35 tel que cité dans Merland, *supra* note 84 à la p12 n 80.
[91] *Voir Amco Asia Corporation and others c l'Indonésie,* (1983) 23 ILM 351, Affaire CIRDI no ARB/81/1, Décision sur la compétence, (25 septembre 1983) au para 23: « *To protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries* ».
[92] Voir Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Combridge University Press, 2012 aux pp11-56 [Kulick]. Voir néanmoins les développements sur la protection de l'État par le biais des obligations d'information incombant à l'investisseur dans Manciaux, *Investissements, supra* note 39 aux pp 325 et s.
[93] C. Tomuschat, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century » (1999) 281: 10 Recueil des Cours 25 à la p70.
[94] Boudouhi, *supra* note 71 à la p 543.
[95] *Ibid* à la p 544.

Cette réalité ressort d'une doctrine abondante soutenant que « *[t]he raison d'être of each State is to serve its constituencies, […]. Thus, it is inherent in every public law relationship of the State and the individual […] that the individual's rights must be weighed against the interests that are of importance to the respective constituencies: in other words, the public interest* »[96].

Dans sa définition traditionnelle, l'intérêt général est présenté comme l'expression d'une volonté générale supérieure aux intérêts particuliers[97]. Le dictionnaire de droit privé le définit comme étant « ce qui est à l'avantage de tous »[98]. Selon Cornu, l'intérêt général est « [c] e qui est pour le bien public; à l'avantage de tous »[99]. Bien que ces deux définitions ne renseignent pas sur ce qu'est l'intérêt général, elles indiquent tout au moins que l'intérêt général n'est pas recherché pour satisfaire un besoin personnel. L'intérêt général prime sur les intérêts particuliers et en raison de cette suprématie, si donc il est exposé aux menaces, l'État, chargé de sa protection, peut recourir à la contrainte pour la sauvegarder. On pourrait donc dire que la protection de l'intérêt général exige parfois l'acceptation par l'individu de la coercition publique[100].

La lecture de la doctrine révèle parfois une absence de distinction rigoureuse dans l'usage des notions d'« intérêt général » et d'« intérêt public » et certains auteurs les utilisent indistinctement[101]. Selon Boudouhi, l'expression « intérêt général » ne doit pas être entendue dans un sens spécifiquement français et que, par conséquent, cette notion est jugée équivalente à

[96] Kulick, *supra* note 92 à la p 151.

[97] Voir « De l'intérêt général à l'utilité sociale? La reconfiguration de l'action publique entre État, associations et participation citoyenne », Journée d'étude organisée sous l'égide de l'EHESS, du LASMAS et du GREE, prévue pour le 11 janvier 2005, en ligne: Calenda <http://calenda.revues.org/nouvelle4385.html>.

[98] Allard France, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

[99] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7e éd, Presses Universitaires de France, Paris, 2005.

[100] Bolgar Vera, « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique » (1965) 17 :2 RIDC Revue internationale de droit comparé 329 à la p 330.

[101] Voir Didier Trichet, *La notion de la fonction d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977 aux pp 277-78 [Trichet].

celle de « *public interest* » dans la littérature anglo-saxonne[102]. On peut aussi voir cette assimilation de l'intérêt général à l'intérêt public avec cette affirmation de Issalys et Lemieux :

> Il existe une présomption absolue à l'effet que toute loi est adoptée pour promouvoir l'intérêt général. Ce concept d'intérêt général s'oppose à celui d'intérêt privé ou particulier. On ne pourra donc, par voie de conséquence, présumer qu'un pouvoir discrétionnaire puisse être exercé au seul bénéfice d'intérêts privés puisque ce serait aller à l'encontre de la loi qui habilite ce pouvoir […]. Il est ainsi reconnu qu'un acte administratif doit toujours reposer sur *un motif tiré de l'intérêt public*[103].

Les deux concepts apparaissent comme synonymes et aucune distinction rigoureuse n'en est faite.

L'utilisation sans distinction des deux notions s'observe aussi dans les formulations retenues par le Rapport du Conseil d'État français sur l'intérêt général. Ledit Rapport utilise indifféremment les deux notions[104].

B.1. Distinction de la notion d'intérêt général avec ses concepts voisins d'intérêt public et de bien commun

Nonobstant les relations de proximité que ces deux notions d'intérêt général et d'intérêt public entretiennent, elles demeurent différentes l'une de l'autre. En opérant la distinction entre les deux concepts, Truchet précise : « le bon sens suggère que l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public partiel et contingent : on pourrait comparer les intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux »[105]. De cette définition, il ressort que l'intérêt général est unique alors qu'« il existerait […] non pas un intérêt public, mais plusieurs […] »[106]. Pour ce qui

[102] Boudouhi, *supra* note 71 à la p 543.
[103] Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis du droit des institutions administratives*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002 à la p 67.
[104] Conseil d'État français, « *L'intérêt général, rapport public* », Études et documents no 50, La documentation française, Paris 1999, en ligne : Conseil d'État <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html> [Conseil d'État français]. Voir aussi Line Touzeau, *La protection du patrimoine architectural contemporain: Recherche sur l'intérêt public et la propriété en droit de la culture*, Paris, L'Harmattan, 2011 à la p 24 [Touzeau].
[105] Trichet, *supra* note 101 à la p 278.
[106] Touzeau, *supra* note 104 à la p 24.

est des considérations d'intérêt public dans l'arbitrage d'investissement, le préambule du modèle norvégien de TBI de 2007 en énumère les thématiques suivantes : santé, sécurité publique, environnement, droits de travail, démocratie, État de droit, droits de l'homme et prévention de la corruption[107].

Pour illustrer cette différence entre l'intérêt général et l'intérêt public, on pourrait partir de l'exemple d'un investisseur étranger dont les activités économiques polluent un écosystème donné. Les effets dommageables de cette pollution ne touchent pas nécessairement toutes les communautés nationales. Les victimes immédiates peuvent se limiter à la communauté des citoyens riverains de l'écosystème pollué. Dans ce cas, il existe un intérêt en péril qui n'est pas celui d'un individu nommément identifié et qui diffère aussi de la somme des intérêts individuels des membres de cette communauté. Dans cette situation, c'est donc l'intérêt public immanent de cette communauté qui est en danger. Les diverses préoccupations d'intérêt public immanentes aux communautés d'accueil des investisseurs étrangers sont des composantes de l'intérêt général qui correspond à tous les intérêts étatiques[108]. Eu égard à toutes ces données et analyses, on peut considérer que « la notion d'intérêt public peut être englobée par celle de l'intérêt général »[109].

La notion d'intérêt général est aussi parfois utilisée indistinctement avec celle de « bien commun » quoiqu'elle s'en distingue. Une différence qui est à situer dans l'évolution historique du rôle de l'État, de la religion et des considérations morales au niveau de la société sépare les deux notions. Il faut convenir avec Rangeon qui écrit que

> [l]'intérêt général et le bien commun ont une histoire sémantique qui leur est propre. Le bien commun a une origine théologique – la notion fut conceptualisée au XIIIe siècle par

[107] *Agreement Between the Kingdom of Norway And . . . For The Promotion and Protection of Investments*, (19 décembre 2007), en ligne: ITA.LAW: < http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm >. Ce modèle a été abandonné en 2009 Modèle norvégien de 2007.
[108] Voir Boudouhi, *supra* note 71 à la p543.
[109] Touzeau, *supra* note 104 à la p 24.

> Saint Thomas d'Aquin – et elle contient une dimension morale forte, étant associée aux idées de justice et de vertu. L'intérêt général est apparu au XVIIIe siècle et son histoire est étroitement reliée à celle de la construction de l'État moderne. L'intérêt général résulte d'un processus de laïcisation, de rationalisation et d'étatisation du bien commun, et il présente une dimension juridicopolitique dominante »[110].

C'est sous cet angle que le Rapport du Conseil d'État français place la distinction lorsqu'il affirme que « l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui jusque-là constituait la fin ultime de la vie sociale »[111]. Ainsi pourrait-on dire que l'intérêt général est ce qu'était le bien commun à l'époque où la religion dominait les affaires publiques.

B.2. Rapports entre l'intérêt général et intérêt particulier

Le concept d'intérêt général entretient également des relations avec celui d'intérêt particulier. À cet égard, l'approche utilitariste de l'intérêt général le présente comme « la somme des intérêts particuliers, laquelle se déduit spontanément de la recherche de leur utilité par les agents économiques »[112]. Cette approche « laisse, non seulement peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'État »[113]. Dans cette conception, il suffirait de « maximiser le bonheur individuel du plus grand nombre des membres d'une société » pour réaliser l'intérêt général[114]. Pour les tenants de cette approche utilitariste, le postulat fondamental est que la motivation derrière toute action individuelle réside dans la volonté d'améliorer son sort[115]. Si donc chaque individu recherche son propre bénéfice, il œuvre

[110] Rangeon, « L'intérêt général », *supra* note 81 à la p 20.
[111] Conseil d'État français, *supra* note 104.
[112] *Ibid*.
[113] *Ibid*.
[114] Toupictionnaire, *supra* note 100.
[115] Voir en ligne: Vie-publique <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/approfondissements/interet-general-interets-particuliers.html>.

à son insu pour le bien de l'ensemble de la société[116]. À l'opposé, l'approche volontariste postule que l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers. L'intérêt général y est appréhendé comme « l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »[117]. Il demeure que l'intérêt général ne se réduit ni à une juxtaposition, ni à une addition, ni à une moyenne d'intérêts particuliers : il les transcende,[118] car une communauté n'est pas la simple addition de ses composantes[119].

Cette conception volontariste met l'accent sur le rôle de l'État dans la réalisation de l'intérêt général[120]. La limite de cette approche volontariste est qu'elle présente l'État comme le seul garant de l'intérêt général[121]. Celui-ci « n'est plus accepté comme une donnée a priori imposée à la société par les décideurs publics, mais résulte d'un long processus de consultation et auxquels il n'est plus opposé. Il résulte d'une coproduction de la puissance publique, du marché et de la société civile [...] »[122].

Somme toute, il apparait que l'intérêt général, quoiqu'il se distingue de la somme des intérêts des particuliers, il ne s'y oppose pas. Il repose plutôt « sur l'hypothèse de l'existence préalable d'intérêts particuliers, définis à priori comme contradictoires puisque visant à promouvoir un avantage personnel »[123]. Si l'intérêt général vise la satisfaction de tous les citoyens, il ne saurait écarter leurs intérêts particuliers. En définitive, nous pouvons affirmer avec Kulick que l'intérêt général comporte deux dimensions : « *Firstly, it has a collective dimension, i.e.measures that are*

[116] Voir *ibid*.
[117] Conseil d'État français, *supra* note 104.
[118] Voir en ligne : Forum-scpo <http://www.forum-scpo.com/culture-generale/notion-interet-general.htm>.
[119] Voir Rangeon, *L'idéologie, supra* note 85 à la p 28.
[120] Dans ce sens, le Conseil d'État français estime que « [f]aute d'ajustement spontané des intérêts particuliers, l'intérêt général exige la médiation de l'État, seul capable de définir un projet collectif » (voir Conseil d'État français, *supra* note 104).
[121] Voir Xavier Engels et al, dir, *De l'intérêt général à l'utilité sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.
[122] Rangeon, « L'intérêt général », *supra* note 81 à la p 26.
[123] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit, traduit de l'Allemand par André Kaan et préfacé par Jean Hyppolite, Paris, Édition Gallimard, coll idées, 1972* à la p 221.

to the benefit of society as a whole […]. Secondly, it has an individual dimension, i.e. measures undertaken to protect the interest of a fraction of society or even of only one of its members, such as their or its physical integrity »[124] [Italiques dans l'original].

On pourrait ainsi dire que le rôle de l'intérêt général est « de départager les intérêts privés des intérêts publics. […] et c'est précisément cette fonction qui explique son émergence progressive en droit des investissements où sont par nature confrontés des intérêts privés à des intérêts publics »[125].

B.3. Que retenir de la notion d'intérêt général

En guise de synthèse, « l'intérêt général recouvre simultanément l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société et l'ensemble des intérêts de la société en tant que telle »[126]. Nous retenons également de toutes ces définitions l'élément consensuel de la notion d'intérêt général qui veut qu'il y ait une adhésion des citoyens autour de la nécessité d'élever un objectif ou une valeur au but d'intérêt général.

Cette compréhension de l'intérêt général correspond au contexte des TBI dans le cadre duquel nous analysons sa prise en compte. Même si ce n'est pas toujours clairement ou expressément affirmé, certains accords prévoient dans les préambules que leur objectif est « d'encourager les investissements étrangers pour la prospérité des États parties »[127]. Dans cette perspective, l'objectif de prospérité économique que les PED veulent promouvoir en adhérant aux TBI n'est

[124] Kulick, *supra* note 92 aux pp150-151; Cette absence d'opposition entre l'intérêt général et les intérêts particuliers se manifeste aussi dans cette position hiérarchique que Mekki assigne à l'intérêt général en estimant qu'il est (« l'intérêt général est le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique […] » (voir Mekki, *supra* note 73 no 78).

[125] Boudouhi, *supra* note 71 à la p 544.

[126] Voir Florence Perrin, *l'intérêt général et le libéralisme politique : entre droits et intérêts particuliers (XVIIe-XIX siècles, Clermont Ferrand : Varenne, 2012* à la p 7 note omise.

[127] *Accord relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements*, Cameroun et Guinée équatoriale, 18 mai 2001, en ligne: Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration. com/BITs.aspx?country=Cameroon>.

pas recherché pour la satisfaction du besoin individuel ou d'une communauté particulière. Il s'agit de la prospérité du pays dans son ensemble. L'élément consensuel de l'intérêt général se vérifie aussi dans les TBI à travers le processus de ratification auquel ils sont soumis. Ce sont les représentants élus par des citoyens qui les ratifient avant qu'ils produisent des effets[128]. Par conséquent, l'acception du concept d'intérêt général que nous adoptons est celle qui dépasse le cadre restreint de l'intérêt public et de la somme des intérêts particuliers. Par ailleurs, dans le cadre de l'arbitrage d'investissement CIRDI, la présence de l'État est nécessaire pour imposer, si cela s'avère nécessaire, des privations aux droits des particuliers et sauvegarder l'intérêt général. En substance, une note d'accompagnement de l'article 3 du *Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers* allait dans ce sens en prévoyant :

> L'article 3 reconnaît implicitement le droit souverain d'un État, dans le cadre du droit international, de se saisir de biens sis sur son territoire, même s'ils appartiennent à des étrangers, en vue d'atteindre ses objectifs politiques, sociaux ou économiques. Lui refuser ce droit serait tenté d'entraver les pouvoirs qui lui appartiennent, du fait même de son indépendance et de son autonomie, reconnues également par le droit international, de régir son existence politique et sociale[129].

Faut-il rappeler que c'est dans le cadre d'exercice de ce droit souverain de déployer l'activité réglementaire que les PED se retrouvent devant les tribunaux du CIRDI pour se défendre contre les allégations de violation des obligations contractées envers les investisseurs étrangers.

---

[128] Toutefois selon l'enjeu de l'intérêt général, tous les membres de la société peuvent s'exprimer. C'est le cas quelques fois des referendums ou tous les citoyens par un vote référendaire se prononcent sur une question donnée.

[129] OCDE, « L' « expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement », Documents de travail sur l'investissement international, Numéro 2004/42004 citant la note d'accompagnement de l'article 3 du *Projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers*, (1963)2 ILM 241. Tout compte fait, il convient de rappeler que cette convention couvre la notion de bien dont la portée va au-delà du concept d'investissement. Ainsi donc les biens qui peuvent faire objet du saisi peuvent ne pas s'inscrire dans la limite de la définition du concept d'investissement au sens de la convention CIRDI et des traités bilatéraux d'investissement. Voir à ce propos Juillard qui souligne que les différences de nature entre la notion de bien et la notion d'investissement nécessitent de profondes adaptations pour permettre la transposition du droit des biens au droit des investissements. Il ajoute que : l'un des problèmes du droit des investissements et particulièrement du droit international des investissements vient de ce qu'en raison de l'urgence née des mesures d'expropriation ou de nationalisation ces adaptations n'ont pas toujours été faites, de ce que ce n'est que très progressivement au cours des décennies qui viennent de s'écouler que la transmutation du droit des biens en droits des investissements s'est produite par la multiplication des instruments de toute nature (P. Juillard, « L'evolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 RCADI, t 250, 9 à la p 26).

Paragraphe 2 : Le CIRDI comme institution d'encadrement du respect des obligations conventionnelles

Le 27 juin 1990 a marqué un tournant décisif dans l'arbitrage encadré par le CIRDI. C'est à cette date qu'un tribunal du CIRDI a rendu la première sentence dont le consentement était fondé sur la violation du TBI. Il s'agissait de l'affaire *AAPL c le Sri Lanka*[130]. AAPL était une société de Hong Kong qui a investi dans une société du Sri Lanka qui produisait des crevettes. À la suite des combats militaires, l'usine de production avait été détruite. La société AAPL qui n'avait aucun contrat avec le Sri Lanka a saisi le CIRDI sur la base du TBI signé entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni[131]. L'article 8 (1) sur lequel s'est fondée l'entreprise était libellé comme suit :

> *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 18 March 1965 any legal disputes 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*[132] .

Le tribunal a jugé que par cette disposition, le Sri Lanka s'était engagé à régler tous les litiges avec les investisseurs nationaux du Royaume-Uni sans qu'il soit nécessaire qu'il ait un contrat comportant une clause compromissoire entre l'État et l'investisseur ni que celui-ci n'ait conclu un compromis avec l'État[133]. Ainsi le monde d'arbitrage CIRDI s'est agrandi en accueillant l'arbitrage d'investissement dont le consentement est fondé sur la violation des TBI. La violation

[130] Voir *Asian Agricultural Products Ltd. c le Sri Lanka*, Affaire CIRDI no ARB/87/3, Sentence, (27 juin 1990).
[131] Voir Charles Leben, « Evolution du droit international des investissements:un rapide survol » dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006 à la p 16[Leben, « Évolution »].
[132] *Agreement for the Promotion and Protection of Investment*, Royaume Uni et Sri Lanka, 13 février 1980, (entrée en vigueur au Hong Kong : 14 janvier 1981).
[133] Voir Leben, « Évolution », *supra* note 131à la p 16.

des dispositions des accords d'investissement est dès lors devenue le principal moyen utilisé pour déclencher l'arbitrage État-investisseur[134].

Sous cette rubrique, nous examinerons le rôle du CIRDI et ses efforts de dépolitisation de l'encadrement du respect des obligations conventionnelles (A) avant de conceptualiser l'arbitrage d'investissement (B). Par la suite nous aborderons l'exigence préalable de consentement avant de déclencher l'arbitrage[135].

A. L'encadrement du respect des obligations conventionnelles

La création du CIRDI procédait de la volonté de mettre en place un cadre neutre de règlement juridique des différends d'investissement prenant en compte les intérêts de toutes les parties en conflit tout en étant isolé des interférences politiques.

A.1. Le rôle du CIRDI

Il faut rappeler que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) est la principale institution pour la résolution des différends internationaux relatifs aux investissements. Comme son nom l'indique, le CIRDI a donc pour mandat de régler les différends d'investissement par conciliation ou arbitrage[136]. Il a été créé par

[134] Par exemple, les TBI ont été invoqués dans 76 % des nouvelles affaires soumises au CIRDI en 2011 sous la *Convention de Washington* et le *Règlement du Mécanisme supplémentaire* pour établir le consentement à la compétence du CIRDI. Au même moment, le consentement figurant dans les lois sur l'investissement était invoqué dans 10 % pour établir le consentement à la compétence du CIRDI. Le consentement figurant dans les accords de libre-échange était invoqué dans 2 % des cas (voir *Affaires du CIRDI-Statistiques* (Numéro 2012-1), en ligne: Banque mondiale<http://wwwwds.worldbank. org/external/default/WDS ContentServer/WDSP/IB/2012/04/27/000356161_20120427013738/Rendered/PDF/683120NWP0201200Box367909B00PUBLI C0.pdf>); Selon Kathleen McArthur et Pablo A Ormachea, « *BIT-based claims have outnumbered contract-based claims six to one* » (Kathleen McArthur et Pablo A Ormachea, « International Investor-State Arbitration: An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction » (2009) 28 Rev Litig 559 à la p 572).

[135] D'autres conditions sont exigées notamment la nationalité et l'existence d'un différend d'ordre juridique et d'un investissement. Cette étude n'aborde pas les autres conditions mais elle couvre indirectement celle relative à l'existence d'un investissement dans ses développements du chapitre 3 de la deuxième partie.

[136] Voir Shihata, « Depoliticization », *supra* note 36 à la p 26; *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 25: « La compétence du [C]entre s'étend aux différends d'ordre juridique […] qui sont en relation directe avec un investissement […] ».

la *Convention de Washington*[137], qui est un traité international multilatéral[138]. Celui-ci a été rédigé par les administrateurs de la BIRD[139]. Le président de la BIRD dirige le conseil d'administration du CIRDI[140]. Ce conseil comprend un représentant de chaque État contractant[141]. Le Centre est doté d'un secrétariat à la tête duquel se trouve un secrétaire général nommé par le président de la BIRD et dont la mission est d'assurer son fonctionnement quotidien[142]. Il administre notamment le Centre et fournit des services de soutien aux tribunaux du CIRDI qui sont constitués au cas par cas[143]. Il enregistre les différends et a le pouvoir de refuser l'enregistrement de ceux qui sont manifestement en dehors de la compétence du Centre[144].

Les sentences CIRDI sont obligatoires pour les parties[145]. Celles-ci sont tenues de les exécuter comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire desdites parties[146]. La Convention prévoit des motifs d'annulation des sentences limitativement énumérés[147]. Après avoir reçu la demande d'annulation, le président nomme un comité *ad hoc* de trois membres; ceux-ci ne doivent pas avoir été membres du tribunal ayant rendu la sentence dont l'annulation est sollicitée[148].

---

[137] Voir Shihata, « Depoliticization », *supra* note 36 à la p 26.
[138] *Convention de Washington*, *supra* note 35 et le texte qui l'accompagne.
[139] Voir *Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, au para 16[Rapport des administrateurs de la Convention]*; Voir aussi *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 2 et 5.
[140] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 18.
[141] *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 4(1).
[142] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 18.
[143] Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 art7(1), 11, 16 (3), 25 (4), 28, 36, 49(1), 50 (1), 52 (1), 54 (2), 59, 60 (1), 63 (b) et 65); Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 20.
[144] Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 arts 28 (3) et 36 (3).
[145] Voir *Ibid* art 53.
[146] Voir *Ibid* art 54(1).
[147] *Ibid* art 52(1) :« (1) 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 ».
[148] Voir *Ibid* art 52(3).

Plusieurs règlements régissent le fonctionnement du CIRDI. Il s'agit en l'occurrence du règlement administratif et financier, du règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (Règlement d'introduction des instances), du règlement de procédure relatif aux instances de conciliation (Règlement de conciliation) et du règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (règlement d'arbitrage)[149].

En 1978, le CIRDI a connu une expansion en adoptant le règlement du mécanisme supplémentaire au cours de la conférence annuelle de son Conseil d'administration[150]. Ce règlement permet au secrétariat du CIRDI d'administrer des procédures entre États et ressortissants d'autres États qui ne sont pas couverts par le champ d'application de la *Convention de Washington*[151]. Au départ, l'application de ce règlement était prévue pour une période de cinq ans[152]. Mais, en raison de nombreux TBI qui l'ont intégré dans leurs dispositions, il a été définitivement adopté par le Conseil d'administration à sa session annuelle de 1984 sur recommandation du secrétariat[153]. Rappelons que la mise en place de ce cadre d'arbitrage CIRDI avait aussi pour objectif de dépolitiser les mécanismes de règlement des différends.

A.2 : Effort du CIRDI de dépolitisation de l'encadrement

L'institutionnalisation de l'arbitrage d'investissement à travers la création du CIRDI visait à fournir un cadre juridique de règlement de différend qui prend en compte les intérêts de toutes

[149] Voir ces règlement en ligne: CIRDI <http://ICSID. worldbank.org/ ICSID/ ICSID/ViewNewsReleases.jsp>[Règlement]
[150] *Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI*, Doc ICSID/11. Ces règles ont été adoptées en septembre 1978 par le Conseil d'administration du CIRDI. Leur version amendée est entrée en vigueur en avril 2006, en ligne : CIRDI<http://ICSID.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.
[151] *Ibid* art 2.
[152] Voir Claudia Frutos-Peterson, *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amériquelatine : l'efficacité de son droit*, Paris, Harmattan, 2003 à la p 206.
[153] Voir *Ibid* à la p 206.

les parties et surtout à dépolitiser la résolution des conflits d'investissement. Pour employer les termes de Shihata,

> *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre), was created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes (the ICSID Convention) to provide a forum for conflict resolution in a framework which carefully balances the interests and requirements of all the parties involved, and attempts in particular to "depoliticize" the settlement of investment disputes*[154].

En créant le CIRDI, les rédacteurs de la *Convention de Washington* ont renoncé à plusieurs autres options de règlement de différends en raison du peu ou pas de sécurité qu'elles pouvaient offrir aux parties en conflits. D'une part, ils ont écarté les tribunaux locaux du pays d'accueil pour des préoccupations d'impartialité. Les juridictions nationales, relevant de l'État et manquant parfois d'indépendance et de compétence nécessaire pour censurer les comportements des États, ne constituaient pas une option viable pour les investisseurs étrangers. D'autre part, le respect du principe d'immunité des États étrangers militait pour le rejet d'une procédure enclenchée contre l'État d'accueil dans le pays de territorialité de l'investisseur[155].

Dans le passé, la protection diplomatique a été abusivement utilisée[156], ce qui a provoqué la méfiance des PED en son égard et plus spécifiquement des dénonciations par certains pays notamment d'Amérique latine[157]. L'exemple souvent donné est celui de la coercition collective de l'Allemagne, de l'Angleterre et de l'Italie contre le Vénézuéla en 1902 concernant le

---

[154] Voir Shihata, « Depoliticization », *supra* note 36 à la p 26.

[155] Le principe de l'immunité des Etats étrangers a été posé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 janvier 1849 Gouvernement espagnol c Lambeze et Pujol, arrêt suivant lequel : « un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger » (Bruno Poulain, « L'arbitrage investisseur-État et le droit français des immunites de l'État étranger », en ligne : cbpavocats <http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>).

[156] Selon Shihata, « *Latin American countries in particular were exposed to abuses of diplomatic protection and, at times, to armed intervention and occupation by foreign forces dispatched by the governments of foreigninvestors* »(voir Shihata, « Depoliticization », *supra* note 36 à la p 1).

[157] Rappelons que c'est dans ce cadre qu'est intervenue la deuxième *Convention de la Haye portant renonciation à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles*, (18 octobre 1907). Cette Convention est dite Drago-Porter, du nom de ces deux négociateurs, Luis Drago ministre argentin des affaires étrangères et Porter le général délégué des États-Unis à la conférence de la Haye [*Convention Drago-Porter*].

paiement des créances dues au titre de la dette publique et la réparation des attentes à la propriété privée[158]. Ces créances étaient consécutives aux dommages subis par les ressortissants allemands et britanniques en raison de la guerre civile qui ravageait alors le Vénézuéla[159]. Les promesses vénézuéliennes de payer cette dette dès la fin des conflits internes n'ont pas convaincu ses adversaires qui ont passé à l'attaque[160]. À la suite de ces recouvrements *manu militari*, plusieurs efforts ont été entrepris et la doctrine Drago du nom du ministre argentin des Affaires étrangères ayant négocié la *Convention Drago-Porter* visait à empêcher le recours à l'usage de la force[161]. Pour exprimer cette doctrine, Drago a déclaré : « Le principe que je voudrais voir reconnu est celui selon lequel la dette publique ne peut donner lieu à une intervention armée, et encore moins à l'occupation physique du sol des nations américaines par une puissance européenne »[162]. Cette Convention Drago-Porter prohibait le recours à la force. Elle prévoyait que « les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le gouvernement d'un autre pays comme due à ses nationaux »[163]. Le recours à la force allait contre l'intérêt général des PED dont le pouvoir économique, militaire et l'influence diplomatique étaient limités sur l'échiquier international et qui avaient par conséquent un accès réduit au mécanisme de protection diplomatique[164]. L'instauration d'un cadre neutre était donc nécessaire pour traiter équitablement les intérêts des parties en conflit et « dépolitiser » le système de règlement des différends

[158] Voir Jules Basdevant, *L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Vénézuéla* (1902-1903), Paris, Pedone, 1907.
[159] Voir Bertrand Bochaud, *La protection diplomatique de l'individu en droit international*, mémoire de recherche en vue de l'obtention du DEA de droit international et communautaire, Université de Lille II, 2001-2002 à la p 73.
[160] *Ibid*.

[161] Voir Louis M Drago, « State Loans in their Relation to International Policy » (1907) 1 AJIL 692.
[162] Tel que cité dans J A. Barberis, « Les regles spécifiques du droit international en Amérique latine » (1992) 235 Rec des Cours 87 à la p 187.
[163] *Convention Drago-Porter*, *supra* note 157.
[164] Voir Jackson John Howard, *The World Trading System: Law and Policy in International Relations*, 2e éd, Cambridge, Mass, MIT Press, 1997 aux pp109-11.

d'investissement[165]. C'est ce défi que l'institution du CIRDI visait à relever en supplantant cette « tutelle » étatique sur les conflits des particuliers[166].

Dans cet arbitrage CIRDI, l'investisseur ne dépend plus de l'appréciation politique de son État de territorialité pour avoir la solution au conflit qui l'oppose au pays d'accueil. Il assume seul le destin de la résolution du conflit. Comme le souligne Broches, « *[T]he most striking feature of the Convention is that it firmly establishes the capacity of a private individual or a corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law* »[167]. Les investisseurs étrangers exercent ce droit sans intervention de leurs États d'origine.

Puisque les deux États, celui d'accueil et de territorialité, ne sont pas parties au litige, le différend influe moins sur leurs relations bilatérales et diplomatiques. Le rôle amoindri de l'usage de la protection diplomatique en droit des investissements ressort du Rapport des administrateurs de la Convention qui dit que « [q] uand un État hôte accepte de soumettre au Centre un différend avec un investisseur et donne ainsi à l'investisseur accès direct à une instance internationale, l'investisseur ne devrait pas pouvoir demander à son État d'épouser sa cause et cet État ne devrait pas avoir le droit de le faire »[168]. On pourrait dire que cette dépolitisation tient compte de la volonté des parties contractantes dans la mesure où ces dernières

---

[165] Les efforts de dépolitisation se manifestent dans la *Convention de Washington* qui prévoit :

> Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend (*Convention de Washington, supra* note 35 art 27).

[166] Voir Shihata, « Depoliticization », *supra* note 36 à la p 26.

[167] Broches confirme que « *[T]he most striking feature of the Convention is that it firmly establishes the capacity of a private individual or a corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law* » (Aron Broches, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States » (1972) 136 Rec Des Cours 331 à la 349).

[168] Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 13.

sont libres d'adhérer et de se retirer de la Convention[169]. De plus, chaque État peut déterminer les domaines d'investissement qu'il entend soustraire de l'arbitrage CIRDI[170]. La doctrine a essayé de conceptualiser ce mécanisme d'arbitrage unique à son genre à cette époque[171].

B. Quelques considérations conceptuelles sur l'arbitrage d'investissement

Selon Paulsson, l'arbitrage d'investissement « *is one where the claimant need not have a contractual relationship with the defendant and where tables could not be turned: the defendant could not have initiated arbitration, nor is it certain of being able even to bring a counterclaim* »[172]. Hamida l'a qualifié « *d'arbitrage transnational unilatéral* » [nos italiques][173]. Selon l'auteur, le qualificatif *transnational* désigne les rapports entre États et personnes privées étrangères[174]. Mais, il désigne également tout rapport transcendant les frontières entre deux parties appartenant à deux ordres juridiques différents, toute relation se nouant entre une personne publique et une personne privée étrangère (physique ou morale)[175]. Hamida soutient que cet arbitrage est *unilatéral*, car il ne peut être déclenché que par l'investisseur privé[176]. Cette caractéristique « d'unilatéralisme » a été vivement critiquée et Audit l'a même qualifiée

[169] Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 71: « 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 ».
[170] Voir *Ibid* art 25(4); Voir aussi *Contracting States and Measures taken by them for the Purpose of the Convention* 1, Doc. ICSID/8-D (novembre 1991).
[171] Voir Brigitte Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires? » dans Mélanges en l'honneur de Philippes Khan, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, vol 20, Paris, Litec, 2000, 223 aux pp 223-44.
[172] Jan Paulsson, « Arbitration Without Privity » (1995) 10:2 ICSID rev 232 à la p 232[Paulsson].
[173] W Ben Hamida, « L'arbitrage État/investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelles mesures l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? » (2005) 7: 4 Forum 261 à la p 263.
[174] *Ibid*.
[175] Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral: réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat en droit, Université Pathéon –Assas (Paris II), 2003 aux pp 6-7.
[176] *Ibid*.

d'équivoque et de trompeuse[177]. Cet auteur a reproché à cette qualification de ne viser que les conditions de naissance et les modes de formation de l'accord compromissoire[178].

Leben a utilisé les désignations d'*arbitrage mixte ou transnational* [nos italiques] et *de contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* [nos italiques][179]. Pour cet auteur, le caractère *transnational* renvoie à l'élément d'extranéité qui est l'investisseur étranger[180]. Cet arbitrage est *mixte*, car il oppose une personne privée et une personne publique à savoir l'État ou une de ses subdivisions[181]. Le consentement reste la condition essentielle pour déclencher cet arbitrage d'investissement.

C. Un encadrement CIRDI préalable au consentement des parties

Le consentement des parties en conflit est la pierre angulaire de la compétence du CIRDI[182]. Ce consentement doit être donné par écrit; une fois donné, il ne peut plus être retiré unilatéralement[183]. À cet effet, le préambule de la *Convention de Washington*[184] précise que le pays n'est pas engagé dans l'arbitrage par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la *Convention de Washington*[185]. L'État doit spécifiquement accepter de soumettre un conflit ou une classe de conflits particuliers à la compétence du CIRDI[186].

---

[177] Bernard Audit et al, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil? » dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, 185 aux pp185-86 [Audit].
[178] *Ibid* aux pp185-86.
[179] Charles Leben, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » (2004) 50 AFDI 683 à la p 683.
[180] *Ibid* à la p 683.
[181] Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, 9 à la p 9.
[182] Voir Ch H Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2e éd, Cambridge (England), Cambridge University Press, 2009 aux pp 190–92 [Schreuer, *The ICSID Convention*, 2e éd]; A Broches, « The Convention on Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction » (1966) 5 Colum J Transnat'l L263[Broches, « The Convention»].
[183] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 23.
[184] *Convention de Washington, supra* note 35, préambule.
[185] Cette partie du préambule est ainsi libellé : « Déclarant qu'aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune

Plusieurs modalités sont envisageables dans l'expression du consentement des parties à l'arbitrage CIRDI[187]. L'État peut par exemple exprimer son consentement en incluant l'offre d'arbitrage dans sa législation destinée à promouvoir les investissements. Le consentement peut être donné unilatéralement par l'État contractant par le biais de ses lois nationales. Le consentement prenant effet au plus tard si, et quand l'investisseur dépose sa requête auprès du CIRDI en invoquant la loi nationale en cause[188]. L'État peut également exprimer son consentement dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission, au CIRDI, des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu. Dans les TBI que la Tunisie a conclus avec le Mali, le Togo, la Grande-Bretagne, la Guinée, l'Irlande du Nord et le Portugal, le consentement est exprimé comme suit :

> Dans le cas où un différend survient entre une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante, les parties au différend s'emploient d'abord à régler le litige à l'amiable. Si le différend n'a pu être réglé conformément au paragraphe 1, dans un délai de…, chacune des parties contractantes accepte de soumettre au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, en vue d'un règlement par conciliation ou arbitrage, conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, tout différend d'ordre juridique entre ladite

---

obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier […] »(voir *Convention de Washington, supra* note 35).

[186] Voir G Delaume, « ICSID Arbitration Practical Considerations » (1984) 1 J Int'l Arb101aux pp 104-05.

[187] Le Rapport des administrateurs de la Convention prévoyait ces modalités d'expression du consentement dans le passage suivant :

> le consentement peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un litige déjà né. La [C]onvention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi qu'un État pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit (voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 24). .

[188] Voir *Tradex Hellas S.A. c Albanie (*1996), 14 ICSID Rev-FILJ161, Affaire CIRDI no ARB 94/2, Décision sur la compétence, (24 décembre 1996) à la p 194. Pour ce qui concerne le consentement du pays d'accueil émanant de la législation nationale, Paulsson confirme que « *the principle that national investment laws may create compulsory arbitration without privity is beyond cavil* » (*supra* note 172 à la p 234).

> partie contractante et l'autre partie contractante, relatif à un investissement effectué par ledit ressortissant sur le territoire de la première partie contractante concernée[189].

Finalement, l'État peut aussi exprimer son consentement dans un compromis concernant un différend déjà né[190]. Ce consentement de l'État s'analyse donc comme une offre unilatérale d'arbitrage envers tous les investisseurs étrangers ressortissants de l'autre État partie au TBI[191].

De son côté, l'investisseur donne son consentement en acceptant l'offre étatique par écrit[192]. Le dépôt d'une plainte d'arbitrage contre le gouvernement d'accueil constitue donc une preuve, par écrit, d'acceptation de l'offre et une expression du consentement de l'investisseur étranger à l'arbitrage CIRDI[193].

L'investisseur et l'État d'accueil expriment ainsi leurs consentements à des moments décalés[194]. Ce mode d'expression est conforme à l'esprit de la *Convention de Washington* qui n'exige pas que le consentement soit donné dans le même acte juridique[195]. Toutefois, ladite Convention précise que le consentement, une fois donné, ne peut être retiré unilatéralement[196].

---

[189] Noureddine Gara, « Consentement et droit de l'investissement » dans Ferhat Horchani, dir, *Où va le droit de l'investissement*? *Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Éditions A Pedone, 2006, 45 à la p 50 [Horchani, *Où va le droit*]; Voir aussi Antonio R Parra, « ICSID and New Trends in International Dispute Settlement » (1993) 87 ASIL PROC 2.

[190] Voir Schreuer, *The ICSID Convention*, 2e éd, *supra* note 182 aux pp 190–92; Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 238–53.

[191] Alexandrov écrit que « *The consent of the state in the treaty is in the nature of a unilateral offer, a standing invitation of the host state to foreign investors from the treaty partner to submit investment disputes to ICSID arbitration* »(voir A Stanimir Alexandrov, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It? » (2006) 5:1 Chinese JIL 29 à la p 36); Selon Cremades et Cairns, « *[a] state entering into a bilateral or multilateral Investment treaty makes on open offer to investors of another state. The investor's acceptance of that offer […] does not arise until the investor commences arbitration* » (Bernardo M Cremades et David J A Cairns, « The Brave New World of Global Arbitration » (2002) 3 The Journal of World Investment173 à la p 184); Geneviève Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques intéressant les États » (1995) 1Rev arb 3 à la p14.

[192] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 24.

[193] Dans l'affaire *Goetz et consorts c le Burundi*, le tribunal arbitral a jugé que « [l]e consentement de la République du Burundi ressort de sa ratification de la [C]onvention [de protection des investissements]; celui des requérants ressort du dépôt de la requête d'arbitrage » (*Goetz et consorts c le Burundi*, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence, (10 février 1999) au para 81 [*Goetz et consorts*]; Voir Schreuer, *The ICSID Convention*, 2e éd, *supra* note 182 aux pp 202–05.

[194] Voir Antonio R Parra, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment » (1997) 12 ICSID Rev-FILJ 287 à la p 313.

[195] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 24. Audit confirme l'existence du processus de décalage des consentements en ces termes : « [L]e droit des contrats connaît depuis longtemps des processus de décalage dans l'échange des consentements entre deux parties, entre une offre et une acceptation. Il y a des promesses unilatérales de contrat,

Après ces développements qui ont permis de définir la notion d'intérêt général et de ses concepts voisins ainsi que de mettre en exergue le rôle du CIRDI, nous nous penchons à présent sur la détermination de la nature de l'intérêt général que les PED poursuivent dans l'arbitrage d'investissement.

Section 2 : La nature de l'intérêt général des PED dans les TBI

Dans cette section consacrée à la détermination de l'intérêt général, il nous parait essentiel de procéder d'abord à une évaluation de la participation des PED (& 1). Dès lors, le concept de pays en développement doit être précisé pour comprendre de l'intérêt général de qui il s'agit dans cette thèse. L'étude aborde la définition de la notion de développement économique qui entre en ligne de compte dans la compréhension du concept de PED. Ces considérations conceptuelles contribuent à appréhender la nature de l'intérêt général (& 2). Notre étude démontre que cet intérêt est de nature économique en s'appuyant sur l'analyse des motivations de ratification de la *Convention de Washington* et des TBI. Nous examinons le rôle de ces accords dans la stimulation des flux d'investissement dans les PED après avoir cerné l'engagement de ces pays dans l'arbitrage d'investissement

Paragraphe 1 : participation des PED dans les TBI

Quoique les notions de PED et de « développement économique » soient couramment utilisées, elles restent difficiles à cerner. Cette partie passe en revue ces deux notions (A) avant d'analyser la participation des PED dans l'arbitrage d'investissement (B).

---

les offres à personnes dénommées auxquelles il suffit que se joigne une acceptation pour que le contrat soit formé » (Audit, *supra* note 177 aux pp185-86).

[196] Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 25 (1).

A. Notions de « PED » et de « développement économique »

Tour à tour, nous examinerons la notion de PED et de développement économique.

A.1. Définition de PED

La dénomination de PED est l'intitulé officiel utilisé depuis les années quatre-vingt par les institutions internationales pour désigner l'ensemble des pays dont le revenu par habitant est inférieur à un certain niveau[197]. Elle remplace les expressions « pays du Tiers monde », « pays sous-développés » et « pays en voie de développement » tantôt jugées inadéquates, obsolètes ou incorrectes[198]. Les PED que l'on qualifie aussi de « pays du sud » sont ceux qui « sont économiquement moins développés par rapport aux PD que l'on qualifie de « pays du nord ou de l'Occident »[199]. Selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu, un pays en voie de développment :

> est une expression désignant habituellement les pays pauvres qui constituent ce que l'on appelle le Tiers Monde et auxquels certains actes accords interétatiques ou résolutions d'organisations internationales tendent de plus en plus à conférer un statut spécifique dérogeant temporairement au principe d'égalité des États et reposant sur l'idée « d'inégalité compensatrice» par rapports aux droits et aux devoirs reconnus aux États classés dans la catégorie des « pays développés »[200].

Cette définition met l'accent sur l'insuffisance de moyens économiques. L'évaluation du statut de PED doit tenir compte d'autres indicateurs sociaux qui améliorent le niveau de vie tels que le niveau de scolarité, l'accès aux soins de santé, etc.

---

[197] Voir en ligne: Beny oussef <http://www.benyoussef.net/Supports-de-cours/Ressources/lexique-economique.html>.

[198] Le 20 janvier 1949, dans son discours sur l'état de l'Union, le Président des États-Unis Harry Truman utilise pour la première fois le terme « sous-développé » ainsi que le terme « développement » pour justifier l'aide aux « régions sous-développées » dans le cadre de la lutte contre le communisme (Truman, H S (1949) "Inaugural Address, The American Presidency Project", en ligne : presidency < http://www.presidency. ucsb.edu/ws/index.php?pid=13282#axzz1fvXcbxbH>).

[199] Sylvain Allemand, Dagorn René-Éric Et Vilaça Olivier, « L'Occident, c'est l'Europe + l'Amérique du Nord », La géographie contemporaine, coll Idées reçues, n° 102, Cavalier bleu, 2005 aux pp 67-71.

[200] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses universitaires de France, Paris, 2011 aux pp 741-742.

Un pays en en développement selon la classification de la Banque mondiale est celui dont le « PNB par habitant est d'un niveau faible ou moyen »[201]. De cette définition, deux observations s'imposent. D'abord, si on la retient, on peut considérer que dès qu'un PED accède au seuil de revenu fixé par habitant, le développement est accompli et il devient PD. Cela ne nous semble pas réaliste, car le développement englobe les deux facettes c'est-à-dire l'aspect qualitatif et quantitatif. Ensuite, cette définition est comparative à un double niveau. En parlant de « revenu par habitant […] inférieur à un certain niveau », elle réfère implicitement au niveau du revenu des PD. C'est bien d'avoir un critère objectif de référence, mais on court le risque d'uniformiser le développement si on s'en tient seulement au critère revenu. Le membre de phrase « dépasse un certain stade d'évolution, si on compare son niveau de croissance avec celui d'autres pays » renvoie implicitement aux « pays les moins avancés » (PMA). Ceux-ci présentent un développement économique inférieur à celui des autres PED. L'AGNU a établi la première liste des PMA en 1971[202]. Elle en a confié la gestion conjointe à la CNUCED et au Conseil économique et social (CES)[203]. En 2011, la Conférence des Nations Unies sur les PMA en a recensé 48. Trente-trois de ceux-ci se situaient en Afrique, 14 en Asie-Pacifique et un pays en Amérique latine et Caraïbe[204].

Les institutions internationales qui oeuvrent dans le domaine du développement économique et social ont développé leurs propres pratiques pour déterminer ce qu'est un PED. Par exemple, il n'existe pas de définition des pays « développés » et « en développement » au sein de

[201] En ligne : Banque mondiale < http://www.worldbank.org/depweb/beyond/beyondfr/glossary.html>.
[202] *Identification des pays en voie de développement les moins avancés*, Rés AG 2768 (XXVI), Doc off AGNU, 26e sess, supp no 29, Doc NU A/8429 (1972) 54 au para 5.
[203] *Ibid*.
[204] La quatrième Conférence des Nations Unies sur les PMA s'est tenue du 9 au 13 mai 2011 à Istanbul, en Turquie, (en ligne: NU <http://www.un.org/wcm/content/site/ldc/lang/fr/home/Background/quick_facts#11128>).

l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[205]. Leur distinction procède d'un système d'auto sélection en vertu duquel les pays membres peuvent se désigner eux-mêmes pays « développés » ou pays « en développement »[206]. Mais, étant donné que le statut de PED donne droit à certains avantages, les autres membres de l'OMC peuvent contester la décision, prise par un membre, de recourir aux dispositions prévues en faveur des PED[207]. Un membre de l'OMC qui s'autoproclame PED ne bénéficie pas d'un accès automatique aux systèmes unilatéraux de préférence de certains PD puisque, dans la pratique, c'est le pays accordant qui détermine les pays qui y ont accès[208].

Pour l'OCDE, l'expression « PED » renvoie généralement à un pays éligible à l'aide publique au développement[209]. Cette institution dresse sa propre liste des PED éligibles au financement qu'elle octroie[210]. L'OCDE divise les PED en différents groupes en se basant sur le revenu national brut (RNB) par habitant. Rappelons que c'est ce même critère de RNB par habitant qu'utilise la « BIRD »[211] pour désigner les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire[212]. Par ailleurs, au sein de la « BIRD », la distinction entre « pays membres développés » et « pays membres en développement et en transition » ne relève pas d'une classification formelle[213].

De ces diverses pratiques institutionnelles, il se dégage que l'intérêt rattaché à la détermination du statut de PED soit de fixer les conditions d'éligibilité à l'assistance ou aux autres avantages en

[205] En ligne: OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/d1who_f.htm>.
[206] En ligne: OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/d1who_f.htm>.
[207] *Ibid*.
[208] *Ibid*.
[209] En ligne : OCDE <http://www.oecd.org/document/16/0,3746,fr_2649_34447_15811408_1_1_1_1,00.html>.
[210] *Ibid*.
[211] *Ibid*.
[212] *Ibid*.
[213] Comité du développement, « Conseil des gouverneurs de la BM et du fonds monétaire international, sur le transfert de ressources réelles en développement », (29 septembre 2009), en ligne: Banque mondiale <http://site resources.worldbank.org/INTFREDEVCOMM/Documentation/22338349/DC2009-0011(F)Voice.pdf>.

fonction de leur mission et des ressources dont disposent les institutions. Celles-ci n'ayant pas de moyens illimités, leurs critères sont aussi limitatifs. Leur classification apporte un éclairage limité à la compréhension de la notion de PED. Elle est donc subjective, car en fonction des moyens et des critères d'une institution, un pays pourrait être qualifié de PED dans telle institution et perdre ce statut dans telle autre.

Nous retenons donc la notion de PED dont l'acception combine l'aspect qualitatif et quantitatif[214]. Cette compréhension de la notion permettrait de baser la détermination du statut d'un pays sur d'autres indicateurs sociaux autres que le revenu. Celui-ci est certes indispensable, mais il ne suffit pas à lui seul pour propulser un PED au rang de PD.

Cette combinaison du qualitatif et du quantitatif ressort des critères que le Comité des politiques de développement de l'ONU utilise pour classifier les PMA[215]. Cet organe recourt aux critères suivants :

> revenu moyen inférieur à 745 dollars américains par personne; une faiblesse des ressources humaines, mesurée par les indicateurs de nutrition, de mortalité infantile des enfants de moins de cinq ans, du taux de scolarisation dans l'enseignement secondaire et du taux d'alphabétisme des adultes; une vulnérabilité économique élevée mesurée par la densité de la population, la diversité des produits exportés, le pourcentage du secteur agricole dans le PIB, l'instabilité de la balance commerciale ainsi que le taux des sans-abris causé par les catastrophes naturelles […][216]

Le revenu atteignant un certain seuil ne nous semble pas ainsi être le seul critère de définition d'un pays développé ni de la notion de développement économique.

[214] Voir aussi Jean Ronald Legouté, « Définir le développement, historique et dimension d'un concept plurivoque » (2001) 1: 1 Cahier de recherche 1aux pp15-16 [Legouté].
[215] En ligne : NU <http://www.un.org/wcm/content/site/ldc/lang/fr/home/Background/quick_facts#11128>.
[216] *Ibid*.

A. 2. Concept de développement économique

Le concept de développement économique est en vogue dans l'arbitrage d'investissement CIRDI comme en témoigne une jurisprudence ainsi qu'une doctrine de plus en plus abondante[217]. Il est présent dans le langage des préambules de certains TBI[218]. Malgré cette présence, la notion de développement « continue d'illustrer cette catégorie de concepts qui sont sans cesse mobilisés, mais rarement définis »[219]. Sa définition suscite moins d'engouement chez les commentateurs du droit des investissements. La difficulté de cerner cette notion de développement est palpable dans l'arbitrage d'investissement si l'on s'en tient du moins au critère de développement économique controversé que certains tribunaux arbitraux ont introduit dans leur raisonnement pour encadrer la notion d'investissement et sur lequel cette étude reviendra ultérieurement[220].

Pour chercher la définition de ce concept, il nous parait utile de commencer par cette définition qui présente le développement comme « la combinaison des changements mentaux et sociaux qui rendent la nation apte à faire croître cumulativement et durablement son produit réel et global »[221]. Cette définition fait appel aux éléments qualitatifs lorsqu'elle envisage les changements mentaux et sociaux. On pense notamment à l'éducation, canal par lequel on inculque le changement et les connaissances qui participent à l'évolution des mentalités. En incluant le facteur « durabilité » « du produit réel et global », cette définition montre que le développement n'est pas statique ou sporadique. C'est un processus qui s'inscrit dans une

---

[217] Voir *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c Maroc*, Affaire CIRDI no ARB/00/4, Décision sur la compétence, (23 juillet 2001)[*Salini Costruttori*]; Vis-Dunbar Damon, « Malaysian Historical Salvors Jurisdictional Award Annulled; Committee Split On Question Of Economic Development As Criteria Of ICSID Investments » (2009) IISD Investment Treaty News, en ligne: IISD<http://www.iisd.org/itn/2009/04/23/malaysian-historical-salvors-jurisdictional-award-annulled-committee-split-on-question-of-economic-development-as-criteria-of-icsid-investments/>.

[218] Voir *Accord de promotion et la protection réciproque des investissements*, Bénin et Pays-Bas, 13 décembre 2001, en ligne: Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Benin> [Accord Bénin et Pays- Bas].

[219] Badara Dioubaté, *Bonne gouvernance et problématique de la dette en Afrique : Le cas de la Guinée*, Editions L'Harmattan, Paris, 2011 à la p 73 [Dioubaté].

[220] Voir nos développements au chapitre 3.

[221] François Perroux, *L'économie du XXe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964 à la p 155.

logique de continuité ce qui lui permet de refléter l'état d'avancement et l'évolution des valeurs sociales des pays en perpétuelle mutation. Compris sous cet angle, le développement inclut des considérations sociales comme les normes de travail que les investisseurs étrangers sont tenus de respecter, la création de l'emploi, le respect de l'environnement, des droits de la personne, etc.[222] C'est ce que semble souligner une doctrine qui perçoit cette acception du développement comme « une des premières fois que l'interprétation du concept de développement s'émancipait de l'emprisonnement économiciste dans lequel les auteurs modernistes du développement l'avaient plongé »[223]. Le développement est par nature un phénomène qualitatif de transformation sociétale qui postule par conséquent une hausse du bien-être social[224]. Il met l'accent sur la satisfaction des besoins fondamentaux, la réduction des inégalités, du chômage et de la pauvreté[225]. Dans cette ligne de pensée, certains auteurs n'ont pas hésité à définir le développement « comme un processus d'expansion des libertés réelles dont jouissent les individus »[226]. De ces considérations, il se dégage que le développement économique n'est pas synonyme de croissance économique. Celle-ci s'entend de « l'augmentation soutenue pendant une ou plusieurs longues périodes d'un indicateur de dimension : pour une nation le produit global net en termes réels »[227]. La croissance économique est de ce fait un phénomène quantitatif

[222] Voir Jean-Marc Fontan et Andrée Lévesque, *Initiation au développement économique local et au développement économique communautaire, Expériences pertinentes et études de cas*, Montréal, Institut de formation en développement économique communautaire (IFDÉC), 1992; Selon Conte, le développement économique renvoie à « un processus de changements structurels accompagnant l'accroissement de la productivité du travail sur une longue période. Il est un processus cumulatif caractérisé par la transformation des relations sociales et des modes d'organisation, lié à l'affectation du surplus à des fins d'accumulation productive et conduisant à un accroissement de la productivité et à sa diffusion dans un espace donné » (Bernard Conte, « Le concept de développement », en ligne: Université de Burdeau <http: //conte.u-bordeaux4.fr> [Conte]).
[223] Voir Dioubaté, *supra* note 219 à la p 79.
[224] Voir Legouté, *supra* note 214.
[225] Voir Conte, *supra* note 222.
[226] Amartya Sen, *Un nouveau modèle économique, développement, justice, liberté*, Odile Jacob, Paris, 2000 tel que cité dans Dioubaté, *supra* note 219 à la p 79.
[227] *Dictionnaire économique et social*, Paris, Hatier, 1990 à la p115.

d'accumulation de richesses[228]. Elle peut donc se réaliser sans forcément conduire au développement. Il en serait ainsi si un pays a enregistré un taux de croissance très positif, mais qu'une petite portion de la population s'en approprie les fruits, renforçant de cette manière les disparités et les inégalités entre les diverses régions et couches de la population[229].

Tout compte fait, les deux concepts (croissance et développement économique) sont caractérisés par une forte interdépendance, car le développement est source de croissance et nécessite une accumulation initiale[230].

Les institutions qui œuvrent dans le domaine du développement conçoivent différemment ce concept de développement économique. Les qualifications ainsi que les critères d'évaluation auxquelles elles recourent pour l'appréhender rendent compte de son caractère multidimensionnel et contribuent à l'éclairer davantage. Par exemple, nous apprenons du Sommet mondial pour le développement que l'expression de « développement social » renvoie « […] à une approche intégrant l'économique et le social et à une volonté de valorisation des ressources économiques, sociales, culturelles d'une société, notamment celles des groupes les plus vulnérables »[231]. À son tour, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) emploie l'expression de « développement humain » qu'il évalue sous trois dimensions : la santé, l'éducation et le niveau de vie. Le PNUD se sert des indicateurs relatifs à l'espérance de vie à la naissance, à la durée moyenne de scolarisation, à la durée attendue de scolarisation et au RNB par habitant[232]. Dans la philosophie de cette institution :

---

[228] Voir Pearson, *Les stratégies de développement*, à la p 463, en ligne: Pearson <http://www.pearson.fr/resources/ titles/ 27440100430210/extras/7274_chap12_Analyse-Eco.pdf> [Pearson].

[229] Voir *ibid* à la p 472.

[230] Voir *ibid* aux pp 463 et 473.

[231] *Rapport du sommet mondial pour le développement social*, Copenhague, 6-12 mars 1995, en ligne : UN <www.un.org/french/events/social95.htm>

[232] En ligne: PNUD <http://hdr.undp.org/fr/statistiques/idh/>.

> [l] e développement humain ne se limite pas, tant s'en faut, à la progression ou au recul du revenu national. Il a pour objectif de créer un environnement dans lequel les individus puissent développer pleinement leur potentiel et mener une vie productive et créative, en accord avec leurs besoins et leurs intérêts. La véritable richesse des nations, ce sont leurs habitants. Le rôle du développement consiste donc à élargir les possibilités pour chacun, de choisir la vie qui lui convient. Ce concept dépasse ainsi largement celui de croissance économique. En effet celle-ci n'est qu'un moyen — aussi important soit-il — d'accroitre ces choix[233].

Cette définition du PNUD nous parait être une expression fidèle de la combinaison de l'aspect qualitatif et quantitatif de la notion du développement.

Pour mettre l'accent sur l'interface entre l'investissement, l'environnement et le développement[234], la Commission mondiale sur l'environnement et le développement a utilisé l'expression « développement durable »[235]. Dans la perspective de cette Commission, le développement durable est celui « qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »[236]. Sous cette acception, on peut soutenir que la préservation de l'environnement et des ressources naturelles conditionnent la vie humaine tout comme le développement social et économique en dépend[237].

---

[233] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 2001, en ligne : UNDP <hdr.undp.org/fr/ rapports/ mon dial/rdh2001>.

[234] La Conférence de Stockholm de 1972 a engagé la réflexion sur les relations entre environnement et développement. On a fait référence notamment au concept d'écodéveloppement qui vise à réconcilier développement humain et respect de l'environnement (Rapport de la conférence, en ligne: South center < http://www.southcentre.org/publications/conundrum/conundrum-05.htm#P558_152125>).

[235] C'est le *Rapport Notre Avenir à tous*, élaboré par la Commission mondiale sur l'Environnement et le Développement dirigé par G H Brundtland en 1987, qui consacre le concept de *Sustainable Development* traduit en français tantôt par « Développement soutenable » tantôt « Développement durable » ou « Développement viable ».

[236] *Ibid*; Voir aussi Jean Salmon, dir, *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001à la p 336.

[237] Voir la Résolution 2/2002 issue de la *Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable* qui précise :

> [l]'objectif du développement durable implique une approche exhaustive et intégrée des processus économiques, sociaux et politiques, axée sur l'utilisation durable des ressources naturelles de la terre et la protection de l'environnement dont la nature et la vie humaine tout comme le développement social et économique dépendent, et qui vise à réaliser le droit de tous les êtres humains à un niveau de vie adéquat sur la base de leur participation active, libre et effective au développement et à la répartition équitable des bienfaits qui en résultent, compte dûment tenu des besoins et des intérêts des générations futures (*Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable*, avril 2002, Résolution 2/2002, en ligne: Ilahq <http://www.ilahq.org/pdf/Sustainable%20Development/Sus%20Dev%20Resolution%20+%20Declaration%202002%20French%20.pdf>).

L'Agence de garantie multilatérale des investissements (AMGI) utilise le critère de contribution au développement pour déterminer les investissements auxquels elle offre sa garantie[238]. Pour évaluer la contribution de l'investissement au développement, l'Agence prend en considération la possibilité du projet d'investissement de procurer des recettes au pays d'accueil, l'expansion des possibilités d'emploi, l'amélioration de la répartition des revenus, la contribution du projet à transférer des connaissances et des compétences et ses effets sur l'infrastructure sociale et l'environnement du pays d'accueil[239]. En outre, l'Agence veuille à ce que le projet satisfasse aux exigences de la législation du pays d'accueil – y compris le droit interne du travail — et à ses objectifs et ses priorités déclarés en matière de développement[240].

Ces définitions qu'adoptent les institutions internationales pour définir le développement rendent compte de leurs missions. Toutefois, elles contribuent à confirmer que le développement est un concept interdisciplinaire dont on ne doit pas confiner la compréhension dans les aspects quantitatifs. Sur ce, notre étude se propose de l'appréhender dans une approche intégrée. Celle-ci prend bien sûr en compte l'aspect de croissance économique auquel elle incorpore l'aspect social. En effet, le développement est au service de la vie en société et doit par conséquent se définir en considération des éléments qui élèvent ladite société au statut de développement. Comprise de cette manière, la notion de développement économique englobe d'autres éléments comme la protection de la santé, de l'environnement, des droits des travailleurs, des droits de l'homme, de la culture, etc[241].

---

[238] Voir Hamida, « La prise en compte », *supra* note 71 à la p 17.
[239] *Multilateral Investment Guarantee Agency Act, 1988*, art 12 d(i) (iii).
[240] *Ibid* au para 3.09 [Traduction tirée de Hamida, « La prise en compte », *supra* note 71 à la p 17].
[241] Voir Arghyrios A Fatouros, « International Investment Agreements and Development – Problems and Prospects at the turn of the Century » dans Hafer Gerhard et al, dir, *Liber amicorum – Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, The Hague, Kluwer Law International,1998, 115 aux pp 115-32 [Fatouros] .

Globalement, l'intérêt de la définition de ce concept de développement économique répond aux soucis d'appréhender ce que peut être la contribution attendue des investisseurs étrangers aux PED. La conclusion revient à souligner que l'aspect pécuniaire n'est pas la seule forme de contribution des investisseurs étrangers au développement économique des PED qui participe dans l'arbitrage d'investissement.

B. Participation des PED dans les TBI

On observe un engagement des PED dans les accords bilatéraux d'investissement dans deux sens. D'une part, ces pays ont signé entre eux-mêmes plusieurs TBI[242]. Le premier de ceux-ci est apparu en 1964[243]. En 1990 les TBI entre PED s'élevaient à 44. Ils ont atteint 653 en 2004 soit 28 % du total des TBI à cette époque[244]. En 2005, 20 des 70 TBI enregistrés ont été conclus entre les PED alors qu'en 2006, les mêmes pays en avaient conclu entre eux 23 sur un total de 73 TBI[245]. Cette tendance s'est maintenue en 2007 où 13 des 44 TBI conclus étaient entre les PED. Sur les 59 TBI enregistrés en 2008, les PED en ont conclu 13 entre eux[246] pendant qu'en 2010, ils en ont conclu 20 entre eux sur un total de 54 conclus cette année. D'autre part, les PED concluent des TBI avec les PD. Les PED, et spécifiquement ceux de l'Afrique, se sont engagés dans les TBI avec les PD quelques années après l'entrée en vigueur de la *Convention de*

[242] Cependant, le fait que les PED signent des TBI entre eux peut aussi montrer « qu'ils commencent à considerer ces instruments comme un moyen de protéger aussi les investissements de leurs propres investisseurs dans d'autres pays »(voir CNUCED, *Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement : Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2009/5 (2009) à la p 25 [CNUCED, *Contribution des accords*]).

[243] Voir UNCTAD, *South-South Investment agreements proliferating*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ WEB/ ITE/IIT/2006/1 (2006).

[244] *Ibid*.

[245] *Ibid*.

[246] Voir UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ WEB/DIAE/IA/2009/8 (2009) [CNUCED, *Recent developments*].

Washington. Ainsi, le premier TBI liant le Tchad à l'Italie date du 11 juin 1969. Il prévoit l'arbitrage d'investissement en son article 7 libellé comme suit :

> tout différend concernant les investissements, objet du présent accord, qui s'élèverait entre un État contractant (ou n'importe quelle institution ou organisation dépendantes ou contrôlées par le même État) et une personne physique ou morale ayant la nationalité de l'autre État, sera réglé par la voie diplomatique. Si un différend ne peut être réglé de cette façon il sera soumis à la juridiction du Centre International du règlement des différends relatifs aux investissements, conformément à la convention internationale de Washington du 18 mars 1965[247].

La même année (1969), en date du 23 juillet, l'Italie a conclu un TBI avec la Côte d'Ivoire contenant, en son article 7, une disposition sur l'arbitrage similaire à celle de son TBI avec le Tchad[248]. Ces traités ont été signés dix ans après le premier TBI signé entre l'Allemagne et le Pakistan le 25 novembre 1959 qui ne contenait pas cependant de dispositions sur le recours à l'arbitrage[249]. On rapporte que 60 % des TBI conclus par la Chine entre 2002 et 2007 étaient avec les PED et particulièrement les pays d'Afrique. Jusqu'en 2011, les PED avaient conclu 1300 TBI avec l'Union européenne.

Les PED affichent aussi une nette participation à l'arbitrage d'investissement CIRDI. Au 30 juin 2013, le CIRDI avait enregistré un total de 433 affaires sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire[250]. Dans 65 % de cas, l'instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI était les TBI. Les PED de l'Afrique subsaharienne étaient parties dans 16 % de différends; occupant ainsi le 3e rang des régions les plus poursuivies devant le CIRDI après l'Amérique du Sud et l'Europe de l'Est et l'Asie

[247] Walid Ben Hamida, « La participation des personnes publiques subsahariennes à l'arbitrage relatif aux investissements », Conférence donnée par l'auteur lors d'un colloque organisé par la CCI et le JADA sur « L'Afrique Subsaharienne et l'Arbitrage International », le 27 mai 2011 à la CCI, en ligne: L'extenso <http://www.lextenso.fr/ weblextenso/article/print?id=CAPJA2012-3-005>.
[248] *Ibid*.
[249] *Ibid*.
[250] CIRDI, Affaires du CIRDI –statistiques, (Numéro 2013-2) à la p 7, en ligne : CIRDI<https://icsid. worldbank.org /ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=French42>[Affaires du CIRDI –statistiques, (Numéro 2013-2)].

centrale[251]. Dans les 43 nouvelles affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire au cours de l'exercice 2013, 74 % invoquaient le TBI pour établir le consentement à la compétence du CIRDI et les PED y occupent encore une fois une bonne place[252].

Les plaintes des investisseurs étrangers touchent des secteurs qui présentent un intérêt particulier pour les PED en raison de leur importance pour leur développement économique[253]. Pour la plupart, il s'agit des secteurs pétrolier, minier et gazier qui cumulent à eux seuls 25 % des conflits[254]. Le secteur d'électricité et autres sources d'énergie qui compte pour 12 % des différends est aussi conflictuel[255]. Les conflits sur l'eau, l'assainissement et la protection contre les inondations totalisent 6 %[256].

Ces conflits naissent des contestations, par les investisseurs étrangers, des actions et mesures étatiques des gouvernements d'accueil. Les montants de dommages pour compensation que les PED paient aux investisseurs étrangers et les frais de procédure encourus privent les PED d'une partie des ressources qu'ils pourraient consacrer à leur priorité économique. Ces réclamations peuvent constituer un motif de relâchement dans l'exercice du pouvoir réglementaire ou aboutir à des réglementations à minima par peur d'indemnisation élevée des investisseurs étrangers.

[251] *Ibid* à la p 11.
[252] *Ibid*. L'Afrique subsaharienne occupait le 3e rang.
[253] Voir Moshe Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993 à la p 4.
[254] Voir Affaires du CIRDI –statistiques, (Numéro 2013-2), *supra* note 250 à la p 12.
[255] *Ibid* à la p 12.
[256] *Ibid*.

Paragraphe 2 : Développement économique comme intérêt général des PED dans les TBI

L'adhésion massive des PED à la *Convention de Washington* et aux milliers des TBI qui codifient l'arbitrage d'investissement signale leur attitude favorable envers les investissements étrangers. En contrepartie, les PED s'attendent à ce que ces accords génèrent des flux d'investissement qui contribuent à leur développement économique[257] et tel est essentiellement l'intérêt général qu'ils poursuivent dans l'arbitrage d'investissement (C). Par ailleurs ces préoccupations de développement économique sont présentes dans la *Convention de Washington* (A) et dans les TBI malgré leur affirmation moins explicite et parfois hésitante (B).

A. Le « développement » dans la *Convention de Washington*

Les préoccupations de développement économique étaient au centre de la philosophie qui a entouré la naissance de la *Convention de Washington*. La BIRD[258] qui a parrainé sa rédaction a pour objectif de réduire la pauvreté dans les pays à revenu intermédiaire et dans les pays plus pauvres[259]. Son accord constitutif lui confie le mandat d'aider à la reconstruction et au développement des pays membres en facilitant l'investissement du capital pour des fins

[257] Guzman confirme cette attente de contrepartie en ces termes:

> *the popularity of BITs among developing nations that is based on the economic interests of those nations […] Developing countries have demonstrated that they do not feel an international legal obligation to provide full compensation for expropriation or to honor their contractual commitments to investors. On the other hand, they have, in pursuit of their economic self interest committed themselves to such behavior through BIT. BITs, therefore, do not reflect a sense of legal obligation but are rather the result of countries using the international tools at their disposal to pursue their economic interests* (Andrew T Guzman, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties » (1998) 38 Va J Int'l L639 aux pp 686-87 [Guzman]).

[258] La BIRD compte 186 pays membres, en ligne : Banque mondiale < http://donnees.banquemondiale.org/a-propos/classification-pays>.

[259] La BIRD a pour objectif de réduire la pauvreté dans les pays à revenu intermédiaire et dans les pays plus pauvres, (enligne :BM<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20862984~menuPK:72312~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html >).

productives[260]. En vue de réaliser cet objectif de développement, la « BIRD » s'est dotée de la *Convention de Washington*. Le préambule de cette Convention met l'importance sur « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux »[261]. À la lumière de ce préambule et de la motivation d'avoir un instrument pouvant aider la « BIRD » à atteindre son objectif de développement, on peut déduire que la coopération internationale au moyen des accords d'investissement a pour but ultime de promouvoir le développement économique des pays qui y sont engagés. Sous cet angle, l'encouragement et la protection des investissements apparaissent comme des moyens au service du développement lesquels ne sauraient être par conséquent les seuls objectifs de la *Convention de Washington*[262].

Le Rapport des administrateurs de la « BIRD » corrobore cette idée en rappelant que « bien que l'objectif général de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes »[263].

De notre point de vue, ces intérêts étatiques envisagés par les rédacteurs de la Convention se résument à la recherche du développement économique de la société dont les États sont responsables. La ratification de la *Convention de Washington* « pourrait constituer un attrait additionnel et stimuler un large apport de capitaux privés internationaux […], ce qui correspond

[260] *Accord relatif à la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, 1947, 2* RTNU135 art 1(i) :

> *[t]o assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, including the restoration of economies destroyed or disrupted by war, the reconversion of productive facilities to peacetime needs and the encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries* [*Accord relatif à la Banque Internationale*].

[261] *Convention de Washington, supra* note 35, préambule.

[262] Voir Anne Van Aaken et Tobias A Lehmann, « Investment and Sustainable Development: Developing a New Conceptual Framework » (2011), Working paper N0. 2011-10, en ligne: SSRN <www.ssrn.com> [Aaken et Lehmann].

[263] Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 13.

à l'objet principal de la Convention »[264]. Sur ce, il nous parait logique de considérer que les investissements étrangers protégés soient ceux susceptibles de contribuer au développement des PED par l'apport des capitaux, de la technologie, de la création d'emploi, etc[265].

La *Convention de Washington* s'inscrit dans le prolongement de la mission de développement des PED que poursuit la « BIRD ». Celle-ci dispose par ailleurs de l'influence sur les mécanismes d'accès des PED à l'aide multilatérale. En effet, la « BIRD » ne prête qu'à ses membres. Cette place prépondérante de la « BIRD » dans l'environnement juridique et institutionnel relatif aux investissements explique en partie l'adhésion massive de ces pays à cette institution ainsi qu'à sa vision du développement[266]. Un PED qui n'adhèrerait ni à la *Convention de Washington* prévoyant l'arbitrage CIRDI ni aux conditionnalités de la « BIRD » concernant l'octroi de l'aide serait isolé du circuit de financement et courrait le risque d'être économiquement étouffé. Comme le déclare Alvarez, « *[i]n today's global market, not participating in the free trade and investment regimes is tantamount to fiscal (and possibly political) suicide [. . .]* »[267]. Dans cette ligne de pensée, nous estimons que les investissements que la BIRD et la *Convention de Washington* encouragent et dont les TBI sont les premiers véhicules sont ceux qui sont productifs; c'est-à-dire des investissements qui contribuent au développement économique.

---

[264] Le Rapport des administrateurs de la Convention précise : « En revanche, l'adhésion d'un pays à la Convention pourrait constituer un attrait additionnel et stimuler un large apport de capitaux privés internationaux dans son territoire, ce qui correspond à l'objet principal de la Convention » (Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 12).

[265] Zhan résume les avantages que peut procurer un investissement étranger dans les termes suivants: « *[i] n reality, foreign investment is a 'package' of resources, such as capital, technology, knowledge and skills, which TNCs can harness and transfer into the host country. This process can generate employment and increase fiscal revenues* [. . .] » (Voir James Zhan, « Investment Policies For Sustainable Development: Addressing Policy Challenges In A New Investment Landscape » dans Roberto Echandi, Pierre Sauvé, *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 16 à la p 16).

[266] Voir Kenneth J Vandevelde, « Investment Liberalization and Economic Development: the Role of Investment Bilateral Treaties » (1998) 36 Colum J Transnat'l L 501à la p 502 [Vandevelde, « Investment Liberalization »].

[267] José E Alvarez, « Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'? » (2009) 60 Am U Int'l L Rev 943 à la p 972.

B. Préoccupations de développement économique des PED dans les TBI

Les investissements étrangers peuvent être des sources non négligeables des capitaux externes indispensables pour financer le développement[268]. C'est ainsi qu'afin d'accéder à ces capitaux, chaque pays essaie de créer un environnement juridique qui lui permet d'être plus attrayant envers les investisseurs étrangers[269]. C'est dans cet esprit que les PED ont massivement conclu des TBI[270]. L'intérêt qui est au centre de l'engagement de ces PED est que les investissements attirés leur fournissent des capitaux pour financer leur priorité de développement. Dans cet esprit, leur participation dans les TBI, garantissant l'accès à l'arbitrage international, dissipe le scepticisme des investisseurs étrangers relativement aux mauvais traitements dont ils pourraient faire objet et constitue une assurance de protection de leurs droits[271].

Les investissements étrangers permettent d'éviter l'étouffement économique en apportant le financement aux pays engagés dans la coopération économique si et seulement ils sont adéquatement gérés et ciblés et concordent avec les stratégies de développement. C'est cette attente de participation des investissements étrangers au développement économique qui explique principalement l'attitude bienveillante des PED envers les investissements étrangers[272].

---

[268] Voir Neumayer et Spess, *supra* note 7 à la p 1569.

[269] Voir Guzman, *supra* note 257 à la p 643: « *It is demonstrated that although an individual country has a strong incentive to negotiate with and offer concessions to potential investors-thereby making it self a more attractive location relative to other potential hosts developing countries […]* ».

[270] *Ibid* à la p 643: « *BITs are signed by developing countries in pursuit of their economic self interest […]* »).

[271] Voir Neumayer et Spess, *supra* note 7 à la p 1567. Pour les droits des investisseurs étrangers ; voir UNCTAD, *Bilateral Investment*, *supra* note 7 aux pp 73-83.

[272] Cette attitude se reflète d'emblée dans les titres des TBI. Ceux-ci utilisent fréquemment les formulations de Convention, Traité ou Accord pour ou concernant la promotion ou l'encouragement et la protection réciproques des investissements (voir *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi-Maurice, 18 mai 2001, art 4(5), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius> [*Accord* Burundi-Maurice]; *Convention concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union économique belgo-luxembourgeoise et Burundi, 13 avril 1989, (entrée en vigueur: 12 septembre 1993, en ligne: Kluwer arbitration, <http://www .kluwerarbitration.com/document.aspx?id =ipn28569>; *Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Burundi et Pays-Bas, 30 mai 2007, en ligne: Kluwer arbitration, <http://www.kluwerarbitration. com/ BITs.aspx?country=Burundi>).

Ce comportement favorable des PED contraste avec la configuration de la majeure partie des TBI qui sont soit silencieux, ambigus ou moins explicites dans l'affirmation de l'objectif de recherche du développement économique. Ce manquement ouvre la voie à des interprétations trop libérales des dispositions des TBI en faveur des intérêts économiques des investisseurs étrangers[273].

La protection des investissements a un coût[274]. Et les PED, n'étant pas des organismes de charité, ils assument le prix dans l'attente légitime d'une contrepartie[275]. Sur ce, continuer à soutenir que le seul objectif des TBI est la protection des investisseurs étrangers nous parait minimiser la protection de l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement[276]. Quoique cette étude considère que la recherche du développement économique soit la fin principale que poursuivent les PED dans l'arbitrage d'investissement, elle ne réfute pas que dans certaines situations d'autres intérêts autres qu'économiques puissent motiver la signature des TBI[277]. Mahbubani soutient par exemple que la décision des États-Unis d'inclure le Mexique dans l'Accord de libre-

[273] Voir *Siemens A.G. c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/02/8, Décision sur la compétence, (3 août 2004) au para 81: *« [t]he 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 […] It is to create favorable conditions for investments […] »* [*Siemens*]; Kenneth J Vandevelde, « Treaty Interpretation from a Negotiator´s Perspective » (1988) 21 Vand J Transnat'l L 281à la p 299 [Vandevelde, « Treaty Interpretation »].

[274] Voir Ignacio A Vincentelli, « The Uncertain Future of ICSID in Latin America » (2010) 16 Law & Bus Rev Am 409 à la p 19 [Vincentelli].

[275] Voir Jeswald W Salacuse et Nicholas P. Sullivan, « Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain » (2005) 46 Harv Int'l LJ 67à la p 77 [Salacuse et Sullivan, « Do BITs Really Work? »]. Vincentelli soutient implicitement cette idée lorsqu'il s'interroge en ces termes: « *if the credible commitments toward foreign investment (BITs, MITs and Investment Protection Laws granting Jurisdiction to ICSID) have not attracted significant investment to the host country, why would such country continue to assume those costs* »? (Vincentelli, *supra* note 274 à la p 419).

[276] Pour souligner cette contrepartie que les PED escomptent tiré des investissements protégés, Aaken et Lehmann se posent la question de savoir :

> *Why would a state conclude a treaty to protect foreigners for the sake of protecting foreigners? We know of no theory of International Relations or International Law assuming altruistic states. Rather then, it seems that one needs to conclude that, since both countries need to agree to the IIA, they have differing purposes in mind; investment protection can surely not be the sole purpose.(* Voir Aaken et Lehmann, *supra* note 262 à la p18)

[277] Voir Neumayer qui affirme:« *We find evidence that both economic interests of developed countries' foreign investors and political interests of developed countries determine their scheduling of BITs* » (Eric Neumayer, « Self interest, Foreign Need and Good Governance: Are Bilateral Investments Treaty Programs Similar To Aid Allocation? » (2006) 2:3 Foreign policy analysis 245 à la p 245); Alvarez confirme :« *It is in all probability wrong to suggest that LDCs (or any BIT party) enter into such a treaty only for "economic" reasons [. . .] [the] mono-causal view of the reasons states conclude BITs is not supported by the evidence we have* » (José Alvarez, « A BIT on Custom » (2009) 42 NYU J Int'l L & Pol 17 à la p 41).

échange nord-américain (ALENA) était motivée par « *a cold calculation that if America did not help to strengthen the Mexican economy (even at the cost of exporting jobs to Mexico), Mexico would end up sending more illegal immigrants to America* »[278].

En somme, les préoccupations économiques sont au cœur de la participation des PED dans le régime juridique des investissements étrangers. La question qui reste à analyser est maintenant de savoir si l'adhésion massive des PED au TBI a effectivement drainé des flux d'investissement ayant contribué à leur développement économique. À ce titre, un rapport de la BM a confirmé que beaucoup d'investisseurs étrangers ne seraient pas au courant de l'existence du TBI lorsqu'ils choisissent la destination de leurs investissements[279]. Ce constat prouve que d'autres éléments entrent en ligne de compte dans l'attraction des investissements étrangers et relance l'interrogation sur le véritable rôle que jouent les TBI dans ce domaine de stimulation des opérateurs économiques étrangers[280].

C. Apport des TBI à la stimulation des investissements étrangers

L'engagement des PED dans les TBI continue d'alimenter le débat sur le rôle de ces accords dans l'attraction des flux d'investissements étrangers. Selon l'étude de la CNUCED réalisée en

[278] K Mahbubani, *The New Asian Hemisphere: The Irresistible Shift of Global Power to the East*, New York, Public Affairs, 2008 aux pp 268–70.
[279] World Bank, *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, Washington DC, World Bank, 2005 à la p 177.
[280] Selon UNCTAD:

> *As far as BITs are concerned, their indirect impact on FDI has been measured in a series of econometric studies published between 1998 and 2008 . . . The findings of early empirical studies on the impact of BITs on FDI flows were ambiguous, with some showing weak or considerable impact, and one or two showing no impact at all. However, more recent studies published between 2005 and 2008—based on much larger data samples, improved econometric models and more tests—have shifted the balance towards concurring that BITs do have some influence on FDI inflows from developed countries into developing countries.[. . .] There is consensus in the literature that host-country market-size variables remain the dominant factor for inward FDI, including in developing countries and—as noted later in this paper—there is no and can never be a mono-causal link between the conclusion of an IIA and FDI flows* (The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2009/5 (2009) à la p xiii).

1998, les TBI stimuleraient les investissements peu de temps après leur conclusion[281]. Plus tard, Egger et Merlo ont confirmé que l'effet immédiat des TBI est beaucoup moins prononcé que celui qui se produit à long terme[282]. Pour Hallward-Driemeier, l'effet des TBI sur la stimulation de l'investissement direct étranger est très insignifiant[283]. Neumayer et Spess ont analysé l'impact des TBI en prenant comme hypothèse que ces accords agissent comme un signal[284]. Leurs conclusions soutiennent que les TBI conclus avec des PD contribuent à accroitre les flux d'investissements étrangers vers les PED[285]. En testant le même effet signal des TBI, Aisbett a conclu : « *I find no evidence for the claim that BITs signal a safe investment climate* »[286].

De l'avis de Egger et Pfaffermayer, le simple fait de signer un accord semble avoir un effet positif, bien que celui-ci soit moins significatif dans la plupart de cas[287].

Pour Busse *et al*, les TBI ne stimulent pas les flux d'investissement étranger direct vers les PED quoiqu'ils peuvent compenser leurs faiblesses institutionnelles[288].

---

[281] *Ibid* à la p 26.

[282] P Egger et V Merlo, « The Impact Of Bilateral Investment Treaties On FDI Dynamics » (2007) 30 The World Economy 1536 aux pp1536–49.

[283] M Hallward-Driemeier, « Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit…and They Could Bite » (2003), World Bank Policy Research, Working Paper no 3121 à la p 22.

[284] Neumayer et Spess, *supra* note 7 à la p 1568.

[285] Neumayer et Spess estiment :

> *Importantly, we find a positive effect of BITs on FDI inflows that is consistent and robust across various model specifications. The effect is sometimes conditional on institutional quality, but is always positive and statistically significantly different from zero at all levels of institutional quality. To our knowledge, we provide the first hard evidence that there is a payoff to developing countries' willingness to incur the costs of negotiating BITs and to succumb to the restrictions on sovereignty contained therein* (*Ibid*).

Par contre, Banga dans son étude sur l'impact des politiques gouvernementales et des TBI sur les flux d'investissements a soutenu que seuls les TBI conclus avec des pays développés avaient un impact notable sur les flux d'investissements étrangers directs (Banga R, « Impact Of Government Policies And Investment Agreements On FDI Inflows », Working Paper no. 116 (November), Indian Council for Research on International Economic Relations, New Delhi, 2003 à la p 29); CNUCED, *Contribution des accords*, *supra* note 242 à la p 26; Aisbett Emma, « Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation », (2007) CUDARE, Working Paper, 1032, en ligne: Purl <http://purl.umn.edu/7188> [Emma]. Cette auteure a cherché à savoir l'effet direct des TBI sur l'investissement direct étranger des pays développés vers leurs partenaires en développement. Elle a confirmé l'existence du lien entre la ratification du TBI et les entrées d'investissements étrangers directs.

[286] Emma, *supra* note 285.

[287] P Egger et M Pfaffermayr, « The Impact Of Bilateral Investment Treaties On Foreign Direct Investment » (2004) 32:4 Journal of Comparative Economics 788.

À leur tour, Rose-Ackerman et Tobin ont examiné l'effet des TBI sur le total des entrées d'investissements étrangers directs[289] et l'interaction entre l'existence du TBI et le risque politique auquel est exposé un investisseur dans un pays d'accueil[290]. Ces auteures ont trouvé que la relation entre les TBI et l'attraction des investissements était très faible alors qu'en 2006, elles avaient affirmé que lesdits accords avaient un effet positif[291]. Pour elles, les TBI ont seulement un impact positif sur l'investissement direct étranger pour les pays dont l'environnement des affaires est stable[292]. De plus, elles soutiennent que le nombre de TBI qu'un PED a conclu avec un pays riche a un effet positif significatif sur les entrées d'investissement étranger[293]. Elles ajoutent que l'augmentation du nombre total des TBI en vigueur dans le monde pourrait accroitre leur effet positif; celui-ci diminuant à mesure que le nombre total des TBI signés entre des PED et les pays de l'OCDE augmente[294].

Buthe et Milner[295] confirment également l'existence d'une corrélation positive notable et statistiquement significative entre les TBI et les entrées ultérieures d'investissements étrangers directs dans les PED[296]. Tout compte fait, ils estiment que les TBI ne sont certainement pas indispensables pour attirer les investissements étrangers directs « même si la dynamique de la

---

[288] M Busse, J Koeniger et P Nunnenkamp, « FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than A BIT? », (février 2008), Kiel Working Papers, no.1403, Kiel : Kiel Institute for the World Economy.
[289] J Tobin et S Rose-Ackerman, « Foreign Direct Investment And The Business Environment In Developing Countries: The Impact Of Bilateral Investment Treaties » (2003) William Davidson Institute Working Paper no. 587, Michigan, The University of Michigan Business School [Tobin et Rose-Ackerman, « Foreign Direct Investment »].
[290] *Ibid*.
[291] J Tobin et S Rose-Ackerman, « Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment? » (2006), Yale University [Tobin et Rose-Ackerman, « Bilateral Investment »]. Pour l'effet signal des TBI, voir aussi *Contribution des accords*, *supra* note 199 à la p 25.
[292] Tobin et Rose-Ackerman ont trouvé « *a very weak relationship between BITs and FDI* » (Tobin et Rose-Ackerman ont trouvé, « Foreign Direct Investment », *supra* note 289).
[293] *Ibid*, *supra* note 291 à la p 21.
[294] *Ibid* aux pp 21-22.
[295] T Büthe et H.V Milner, « Bilateral Investment Treaties And Foreign Direct Investment: A Political Analysis » dans Sauvant KP et Sachs LE, dir, *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, New York, Oxford University Press, 2004, 171.
[296] *Ibid* à la p 213.

concurrence peut rendre le fait de n'avoir conclu aucun TBI ou de n'en avoir conclu qu'un petit nombre de plus en plus coûteux »[297].

De leur part, Salacuse et Sullivan ont observé qu'un pays d'accueil qui signe un TBI avec les États-Unis dispose de plus de chances d'accroitre l'ensemble des flux d'investissements étrangers directs provenant de tous les autres pays de l'OCDE qu'un pays qui n'en a pas conclu[298]. La justification que ces auteurs avancent est que les États-Unis concluent des TBI qui offrent une forte protection des investisseurs étrangers comparativement à ceux des autres pays de l'OCDE[299].

Ce survol des études sur le rôle des TBI dans l'attraction des flux d'investissement impose quelques observations. D'ores et déjà, nous partageons la conclusion que tire Mainguy sur ces études lorsqu'elle observe :

> le champ des Études sur les effets des IDE est encore largement ouvert dans la mesure où les travaux empiriques existants reposent sur des statistiques perfectibles, que les approches économétriques posent souvent des questions d'interprétations; elles permettent de poser des questions pertinentes, mais n'apportent pas toujours de réponse généralisable. Ces travaux ne permettent pas d'appréhender toute la complexité des mécanismes générateurs des effets observés […][300].

Ces études utilisent plusieurs variables comme les facteurs institutionnels qui incluent par exemple la qualité du système juridique, le respect de l'état de droit, le risque politique ou des indicateurs synthétiques de la qualité des institutions[301]. Ces indicateurs sont très subjectifs. Les investissements attirés sont le résultat d'une interaction de plusieurs données variables qu'une étude ne peut prétendre toutes utiliser. Parmi les variables utilisées dans une étude, il y a la

[297] CNUCED, *Contribution des accords*, *supra* note 242 à la p 33.
[298] Salacuse et Sullivan, « Do BITs Really Work? », *supra* note 275 à la p104.
[299] *Ibid* aux pp 67-130.
[300] Claire Mainguy, « L'impact des investissements directs étrangers sur les économies en développement » (2004) 20 Revue Région et Développement 65 à la p 84.
[301] Voir CNUCED, *Contribution des accords*, *supra* note 242 à la p 28.

difficulté de mesurer la pertinence de l'effet de chacune d'elles sur le processus décisionnel des investisseurs étrangers d'exporter leurs capitaux.

Il convient également d'observer avec la CNUCED que les TBI constituent un élément parmi tant d'autres qui contribuent à canaliser les flux d'investissement étranger[302]. Leur rôle serait même mineur par rapport à celui que joue la taille du marché intérieur du pays d'accueil[303]. Cette taille se mesure par « son PIB, sa population, son PIB par habitant et sa stabilité économique − taux d'inflation, volatilité du taux de change − et autres atouts connexes »[304]. Il en résulte qu'un PED qui offre aux investisseurs étrangers un régime généreux de protection, mais dont les ressources institutionnelles et réglementaires sont inefficaces, parait moins apte à attirer des investissements qui vont contribuer à son développement économique.

En bref, les TBI ont un impact, mais celui-ci demeure moins déterminant dans la stimulation des investissements étrangers. Selon les données de la BM, les flux d'IDE en direction de l'Afrique subsaharienne ont été multipliés par plus de six au cours de la dernière décennie, passant de quelques 6,3 milliards de dollars EU à 35 milliards de dollars EU en 2010[305]. Cependant cette somme ne représente que 2,5 pourcent du total des flux mondiaux. Les PMA ont moins profité de cette croissance car pour l'année 2012, 15 pays se partagent 80% des flux d'investissements

[302] CNUCED, *Contribution des accords*, *supra* note 242 à la p 28.

[303] Voir Lim, qui souligne que parmi les autres facteurs, il y a : « *market size, infrastructure quality, political/economic stability, and free trade zones are important for FDI […]* »(Voir Ewe-Ghee Lim, « Determinants of, and the Relation Between, Foreign Direct Investment and Growth: A Summary of the Recent Literature » (2001), International Monetary Fund (IMF), IMF Working Paper no 01/175).

[304] Ces atouts connexes renvoient à :

> la disponibilité de ressources naturelles, mesurée par les exportations de produits énergétiques et de minerais ou par l'intensité de ressources naturelles, ou encore l'attrait du pays pour les investisseurs à la recherche de gains de productivité, à savoir le degré d'ouverture au commerce extérieur mesuré par le ratio commerce extérieur/PIB, la disponibilité d'une main-d'œuvre compétente ou l'existence d'écarts de coûts entre le pays d'accueil et le pays d'origine (CNUCED, *Contribution des accords*, *supra* note 242 à la p 28).

[305] Banque mondiale, Flux d'investissements directs étrangers en Afrique subsaharienne, mars 2004, en ligne : World Bank <http://wwwwds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/03/18/000456286_20140318110911/Rendered/PDF/860600BRI0FREN00Box382147B00PUBLIC0.pdf> [Banque mondiale, Flux d'investissements].

directs étrangers en direction de l'Afrique[306]. La CNUCED confirme cette augmentation des flux d'investissement pour l'annee 2012[307]. Les PMA qui ont le plus profité de ces investissements sont ceux qui ont des ressources minières car ces flux ont été en partie alimentés par des investissements dans le secteur des industries extractives dans des pays tels que la Mauritanie, le Mozambique, l'Ouganda et la République démocratique du Congo[308]. L'apport de TBI est à relativiser dans cette augmentation, car les flux les plus importants concernent soit les secteurs dans lesquels la région bénéficie d'un avantage comparatif (tels que les ressources naturelles et l'agriculture), soit les domaines où il existe un besoin d'investissement et où les rendements sont élevés, tels que la construction[309].

Conclusion

Aux termes de ce chapitre, nous avons effectué une étude de la notion d'intérêt général dans la perspective de l'arbitrage d'investissement CIRDI. Nous avons dégagé des caractéristiques de ce concept qui, selon nous, expliquent sa relative facilité à migrer d'une discipline à l'autre. Il est entre autres doté d'une flexibilité qui lui permet de couvrir différentes réalités dans divers contextes. Il n'est donc pas assujetti à un contenu uniforme; ce qui à notre avis concorde avec ses caractères variables et évolutifs. Sur ce, nous avons défini cette notion d'intérêt général tout en la distinguant du concept voisin d'intérêt public vu le manque de distinction rigoureuse qui caractérise parfois l'usage de ces deux notions. La notion d'intérêt général est aussi parfois confondue avec la somme des intérêts particuliers. Nous avons levé cette équivoque en

[306] *Ibid.*
[307] CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2013 : vue d'ensemble* : « Les flux d'IED vers l'Afrique ont augmenté pour la deuxième année consécutive, en hausse de 5 %» à la p 27 .
[308] *Ibid*.
[309] Banque mondiale, *Flux d'investissements*, *supra* note 305

démontrant que malgré les relations fortes qui existent entre ces deux notions, il y a un rapport de hiérarchie plutôt que d'égalité qui sépare les deux notions. L'analyse de la notion d'intérêt général a aussi permis de la distinguer de celle de bien commun en démontrant que l'intérêt général s'est substitué à la notion de bien commun marquée de connotations religieuses qui contrastent avec la laïcisation de l'État. Étant donné que la protection de l'intérêt général est envisagée dans l'optique de l'arbitrage CIRDI, cette étude a analysé le rôle du CIRDI dans le processus de règlement des différends d'investissement. Elle a abordé l'exigence de consentement qui conditionne le déploiement de la compétence CIRDI et par conséquent le déclenchement de l'arbitrage d'investissement.

Après avoir défini ce cadre d'étude et la notion d'intérêt général, l'étude a déterminé la nature de l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement. À ce sujet, nous avons recouru à l'analyse des motivations de la Convention de Washington et de l'engagement des PED dans les TBI. À ce propos, notre analyse a conclu que la recherche du développement économique constitue l'intérêt général que poursuivent les PED dans l'arbitrage d'investissement. L'étude a par ailleurs examiné la participation de ces pays à l'arbitrage pour se focaliser par après à la définition du concept de développement économique. L'intérêt de la définition de ce concept répondait à la nécessité de cerner les contours de la contribution attendue des investisseurs étrangers aux pays d'accueil.

Sur ce, nous avons décidé d'appréhender cette notion de développement dans une approche intégrée. Celle-ci va au-delà du simple aspect de croissance économique pour inclure dans cette notion la dimension sociale. Une telle inclusion rend compte de l'idée que le développement est au service de la vie en société et que sa définition ne devrait pas ignorer les éléments qui élèvent

une société au statut de développement. Comprise de cette manière, la notion de développement économique englobe d'autres éléments comme la protection de la santé, de l'environnement, des droits des travailleurs, des droits de l'homme, de la culture, etc.

Ayant conclu que les normes sur l'investissement étranger ne sont pas étranges aux préoccupations d'ordre économique, l'étude s'est appuyée sur les travaux déjà faits pour examiner le rôle des TBI d'investissement dans la stimulation des flux d'investissement dans le cadre spécifique des PED. Des conclusions de ces travaux, nous en avons dégagé que le simple fait de ratifier ces instruments ne suffit pas pour attirer les investisseurs étrangers. Cette faible capacité attractive signale la nécessité pour les PED d'envisager d'autres efforts, sur lesquels nous reviendrons dans nos recommandations[310], pour ratifier des TBI qui favorisent la contribution des investissements étrangers à leur développement économique.

[310] Voir chapitre 4 de la deuxième partie de cette thèse.

Chapitre 2 : Prise en compte de l'intérêt général dans le cadre normatif des investissements

Introduction

Le droit international des investissements a connu une évolution mouvementée au cours de la période de décolonisation des PED. La recherche de la souveraineté économique sur les ressources était au centre des préoccupations de ces pays d'instaurer un nouvel ordre économique international « traduisant, sur le terrain juridique, la volonté [des PED] de retrouver la maîtrise de leur destin économique »[311]. Le souci de forcer la mise en place des règles d'investissement étranger qui prennent en compte les besoins économiques a pris un tournant décisif avec l'accession à l'indépendance des PED. Ceux-ci ont mobilisé leurs efforts pour conquérir le contrôle des ressources naturelles exploitées alors par les entreprises multinationales de l'occident[312]. Les PED considéraient que ces ressources ont été toujours les leurs[313] et que cette possession a survécu à la période coloniale[314]. Dans leur conception, il s'agissait non d'un octroi, mais plutôt d'une rétrocession du droit de possession usurpé durant la domination coloniale. Ils remettaient en cause les droits des entreprises multinationales qui d'après eux ont reçu *« excessively favourable treatment during the colonial era […]»*[315] et soutenaient qu'ils avaient *« the unilateral right to establish grounds for nationalization and the appropriate compensation should nationalization occur »*[316].

---

[311] P Noel, « La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re) construction du marché mondial » (2000) 20 Cahier de recherche de l'Institut d'économie et de politique de l'énergie 1à la p 9.
[312] Voir Stephen D Krasner, *Structural Conflict : The Third World Against Global Liberalism*, Berkeley, University of California Press, 1985 à la p 180 [Krasner].
[313] Anghie résume la position des PED en ces termes : « *Third world people asserted a sovereignty which preceded the colonial encounter; this argument implied that native sovereignity survived the international law of colonialism* » (voir Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, New York, Cambridge University press, 2005 à la p 212: [Anghie]).
[314] *Ibid*: « *First, the third world argued that the natural resources of a territory had always belonged to the people of the territory, and that this ownership continued through the colonial episode* » (*ibid* à la p 212).
[315] Krasner, *supra* note 312 à la p 181.
[316] *Ibid*.

La renégociation des contrats de concession et les nationalisations des entreprises étrangères que prônaient les PED s'inspiraient de cette conception « souverainiste »[317].

Le courant doctrinal proche de la conception juridique occidentale a rejeté cette thèse des PED en affirmant :

> *Not only are newly independent states bound by international law as a condition of becoming a sovereign state; but, they possess no history or existence which may be asserted in international law until that precise time when they are created by colonialism. They enter the international realm by being conquered- this is, they come into existence as a result of the very act which nullified their sovereignty. Title presupposes the existence of personality to exercise it. Colonial territories had no pre-colonial personality cognizable by international law; as a consequence, their resources were unprotected by international law. In this sense they belonged to no one and could, presumably, be appropriated by the colonial state even as it brought into existence the unit, the people to which PSNR ostensibly refers*[318].

Les PED se sont opposés à ce droit international prôné par les PD lui reprochant d'être un instrument légitimant la conquête et la dépossession[319].

Pour s'assurer le contrôle de leurs intérêts économiques, les PED se sont alors tournés vers l'ONU pour avancer et défendre leurs revendications sur la reconnaissance de leur souveraineté sur les ressources se trouvant à l'intérieur de leurs territoires. C'est dans ce climat de tension qu'il fut voté au sein de l'ONU une série de résolutions et de recommandations qui reflétaient en quelque sorte un cadre normatif sur les investissements étrangers (section 1).

La *Résolution 1803*[320] et la Résolution 3281 sur *la Charte*[321] faisaient partie de ce cadre onusien qui n'a pas eu d'effets escomptés sur la prise en compte des préoccupations économiques des PED. Sa mise en application a manqué de soutien des PD qui le trouvaient peu protecteur des intérêts économiques de leurs investisseurs en territoire étranger. Les PD ont alors instauré de

[317] *Ibid*.
[318] Anghie, *supra* note 313 à la p 219.
[319] *Ibid*.
[320] *Résolution 1803*, *supra* note 1.
[321] *La Charte*, *supra* note 2.

nouvelles modalités conventionnelles qui ont débouché à la mise en place des TBI pour assurer la protection de leurs investissements à l'étranger. Nonobstant le peu d'intérêts que ces accords portaient aux préoccupations économiques des PED, ceux-ci y ont adhéré, car ils étaient en quête de ressources financières pour assurer leur développement et de l'expertise requise pour exploiter les ressources naturelles (section 2).

Section 1 : Préoccupations de développement économique dans le cadre normatif onusien sur les investissements étrangers

À l'acquisition de leur indépendance, les PED se sont retrouvés face aux impératifs d'assurer le développement économique. Les seuls moyens dont ils disposaient, mais qui échappaient à leur contrôle étaient leurs ressources et richesses naturelles. En se servant du cadre de l'ONU, ils ont déployé des efforts pour définir un régime juridique des investissements qui prend en compte leurs préoccupations de développement économique. Le Chili a été ainsi le premier à soulever le principe de souveraineté sur les ressources naturelles lors des travaux de la Commission des droits de l'homme[322]. Ce principe figurera à l'alinéa 2 de l'article premier du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[323]. L'Uruguay a proposé *la résolution A/626 (VII)* intitulée « *Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles* » que l'AGNU a votée à sa septième session le 21 décembre 1952[324]. Cette résolution établissait explicitement pour la première fois le lien entre la souveraineté et « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter

[322] Voir Sandrine Davanture, Les limites de l'application du droit sur les ressources naturelles : le cas des territoires palestiniens et du Sahara occidental, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2006 à la p 23[Davanture].
[323] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : 23 mars 1976).
[324] *Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles*, Rés AG 626 (VII), Doc off AGNU, 7e sess, supp no 20, (1952) 8[Rés AG 626 (VII)].

librement leurs richesses et leurs ressources naturelles »[325]. Toutes ces initiatives procédaient de la détermination des PED de se battre pour acquérir le droit de réglementer l'usage et l'exploitation de leurs ressources naturelles (& 2). Cette volonté d'assoir leur souveraineté économique (& 1) a suscité la méfiance des PD qui y voyaient une menace de déclin de normes de protection des investissements[326].

Paragraphe 1 : Efforts pour assoir la souveraineté économique

Les PED nouvellement indépendants ont constaté le décalage entre leur souveraineté politique, c'est-à-dire l'accession à l'indépendance politique et leur incapacité de contrôler concrètement la vie économique nationale. Leurs structures économiques héritées de la colonisation étaient dominées par les entreprises étrangères[327]. Ils ont réalisé que la main-mise sur le tissu économique était fonction de l'accès aux ressources naturelles et du pouvoir de contrôler l'exercice des activités économiques des investisseurs étrangers. C'est de là que la lutte pour la souveraineté économique, qui constitue le pilier de la souveraineté politique, pesait de toute son importance[328]. La résolution *Action concertée en vue du développement économique des pays économiquement peu développés* a marqué le premier pas le plus important de la conquête, par les PED, du contrôle des PED sur leurs ressources[329]. Le texte de cette résolution prévoyait le respect du droit souverain de chaque État de disposer de ses richesses et de ses ressources

[325] *Ibid.*
[326] Voir Davanture, *supra* note 321 à la p 24.
[327] Voir Frédéric Deroche, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : Un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008 à la p 259[Deroche].
[328] Voir D Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Coll Droit et Jurisprudence, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983 à la p 24.
[329] *Action concertée en vue du développement économique des pays économiquement peu développés*, Rés 1515 (XV) AGNU, 948e séance prénière (1960).

naturelles conformément aux droits et devoirs des États en droit international[330] (B). Ladite résolution a été consécutive au dialogue de sourds entre les PD et PED sur le régime juridique des investissements étrangers (A).

A. Dialogue de sourds entre les PD et les PED sur le régime juridique des investissements

Pour les PED nouvellement arrivés sur la scène internationale, la jouissance pleine et entière de la liberté d'action dérivée de leur indépendance politique avait une double signification. Elle signifiait le droit exclusif d'exercer les activités étatiques ainsi que l'absence de toute soumission d'un État indépendant à d'autres sujets de droit international[331]. L'indépendance supposait également la présomption de la régularité des actes étatiques et l'autonomie constitutionnelle[332]. Sous l'angle du droit des investissements, cette autonomie était entendue comme conférant aux États indépendants le droit de réglementer, de manière contraignante, l'usage des ressources de leur territoire[333].

Pour les PD, le contrôle des ressources naturelles devait respecter le principe dit « des droits acquis ». En vertu de ce principe, « le droit international garantissait les droits et les biens légalement acquis par les étrangers de toute atteinte de la part de l'État souverain sur le territoire duquel ils se trouvaient »[334]. Dans les termes de la doctrine juridique internationale, la question

[330] *Ibid*.
[331] Il s'agit de la référence faite à l'art 2, au para 1 de *la Charte des Nations Unies*, 1945, *R T Can 1945 n7* (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).
[332] Voir *Île de palmas c les États-Unis (les États-Unis c les Pays-Bas)*, (1928) 2 Recueil des sentences arbitrales 829.
[333] Voir *Recommandations concernant le respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes*, Rés AGNU 1314 (XIII), Doc off AGNU, 788e séance (1958) 27 [Rés AG 1314 (XIII)].
[334] M Bettati, *Le nouvel ordre économique international*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983 à la p 17.

des « droits acquis » des étrangers était reliée à la succession d'États, plutôt qu'à la protection des investissements dans le sens moderne du terme[335].

Les PED ont résisté à ce régime de droit international qu'ils considéraient d'abord comme légitimant l'usurpation et la spoliation de leurs ressources[336]. Ensuite, ils le trouvaient mal adapté à protéger leurs intérêts économiques[337]. En l'occurrence, ils affirmaient qu'on ne pouvait pas :

> traiter de la même manière la propriété étrangère acquise au moment où les deux États intéressés étaient souverains et la propriété étrangère acquise quand l'un des États était souverain et l'autre non. On ne saurait automatiquement appliquer à une situation où la plupart des pays sont indépendants, les normes du droit international qui étaient appliquées lorsque la moitié du genre humain vivait dans un état de dépendance[338].

Les positions juridiques se radicalisaient davantage alors que la pression pour répondre aux impératifs de développement économique s'accentuait chez les PED. Pour combler cette absence de consensus sur les normes de traitement des intérêts des investisseurs étrangers et de l'intérêt général, les PED ont porté leurs revendications de souveraineté économique devant l'ONU. Celle-ci a graduellement voté plusieurs résolutions qui, sur le plan formel, ont reconnu aux PED le droit d'exploiter librement les ressources naturelles.

---

[335] Voir M Salem, « Investissement étranger et droit international » dans Leben Ch. Loquin E et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle*, vol 20, Paris, Litec, 2000, 367 à la p 368.

[336] Les actes de résistance comprenaient les politiques d'expropriation sans indemnisation des entreprises multinationales des investisseurs occidentaux (voir Richard Falk, « The New State and International Legal Order » (1966-II) 118 Rec des Cours 1à la p 34 [Falk]).

[337] Pour souligner l'idée que le droit international n'était pas approprié pour traiter la problématique des investissements étrangers dans les PED, Röling affirme : « *Law has the inclination to serve primarily the interests of the powerful. ''European'' international law, the traditional law of nations makes no exception to this rule. It served the interest of prosperous nations* **»** **(**Voir BVA Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan, 1960 tel que cité dans Falk, *supra* note 336 à la p 35).

[338] Georges Fischer, **«** La souveraineté sur les ressources naturelles **»** (1962) 8 AFDI 516 à la p 521.

B. Reconnaissance du droit d'exploiter les ressources naturelles

Le 12 janvier 1952, l'AGNU a voté la résolution sur le *Développement économique intégré et Accords commerciaux*[339] dans laquelle elle affirmait que « les pays insuffisamment développés ont le droit de disposer librement de leurs richesses naturelles [...] »[340]. Cependant, cette résolution n'envisageait pas de souveraineté, autrement elle aurait exclu les PD qui exploitaient les ressources des PED. Ce droit était en outre sélectif, car seuls les « pays insuffisamment développés », expression qui restait encore à définir, pouvaient en être titulaires et en réclamer l'exercice. En établissant un lien entre l'avenir de ces pays et leurs besoins de développement, l'AGNU considérait que les PED devaient « utiliser ces richesses de manière à se mettre dans une position plus favorable pour faire progresser davantage l'exécution de leurs plans de développement économique conformément à leurs intérêts nationaux et pour encourager le développement de l'économie mondiale »[341]. Cette résolution propose en outre de développer des accords commerciaux pour faciliter aux PED l'acquisition de biens d'équipement et de matières premières industrielles[342]. En 1952, la lutte pour le contrôle des intérêts économiques a connu un nouveau développement avec le vote de la Résolution *Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles*[343]. Dans le texte de cette Résolution, l'AGNU déclare que « le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de *la Charte* des Nations Unies »[344]. Ce rattachement du droit d'exploiter et d'utiliser les ressources à la notion de la souveraineté a provoqué de vifs débats et même l'opposition des PD, car il semblait donner le

[339] *Développement économique intégré et Accords commerciaux,* Rés AG 523 (VI), Doc off AGNU, 6e sess, supp no 20, (1952) 20.
[340] *Ibid.*
[341] *Ibid.*
[342] Voir M'Rini, *supra* note 28 à la p 45.
[343] Rés AG 626 (VII), *supra* note 323.
[344] *Ibid*

droit aux PED de nationaliser, sans indemnisation, les investissements étrangers. C'est donc l'aspect économique de la question de la souveraineté qui a posé plus de désaccords entre les PD et les PED et non le principe de souveraineté en lui-même[345]. Les PD redoutaient les pertes financières liées à l'accès des PED à la souveraineté sur leurs propres ressources naturelles[346].

Les déchirements sur le régime juridique des ressources naturelles ont entrainé la mise sur pied de la *Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*[347]. La Résolution *Recommandations concernant le respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes* ayant créé cette Commission affirmait que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes « comprend un droit de souveraineté permanent sur leurs richesses et sur leurs ressources naturelles »[348]. Cette affirmation a dicté la mission de la Commission qui consistait à « procéder à une enquête approfondie sur la situation de cet élément fondamental [qu'est le "droit de souveraineté permanent sur leurs richesses et leurs ressources naturelles"] du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes »[349]. Ces travaux d'enquête ainsi que les diverses Recommandations et Résolutions de l'ONU ont abouti à la reconnaissance de la légitimité des revendications des PED sur le contrôle de leurs ressources naturelles.

Paragraphe 2 : Affirmation du droit de réglementer l'usage des ressources naturelles

La consécration du droit de réglementer l'usage des ressources naturelles a été consécutive au vote des résolutions 1803 (A), 3201(S-VI) sur *l'instauration du NOEI* et 3281 (XXIX) sur *la Charte* (B).

[345] Voir Davanture, *supra* note 321 à la p 23.
[346] *Ibid*.
[347] Rés AG 1314 (XIII), *supra* note332.
[348] *Ibid*.
[349] *Ibid*.

A. La *résolution 1803*

La *résolution 1803*[350] a affirmé que tout État avait « le droit inaliénable de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles conformément à ses intérêts nationaux et dans le respect de l'indépendance économique des États »[351]. Rappelons que pour la question de nationalisation la *résolution 1803* prévoyait :

> La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité *du droit international*. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur Accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à *l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international* [nos italiques][352].

La *Résolution 1803* constituait l'aboutissement des efforts des PED pour la reconnaissance de leur droit d'appropriation et d'exploitation de leurs ressources et richesses naturelles. Elle a solennellement consacré « [l] e droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles »[353]. La résolution associe cette souveraineté permanente à la nécessité d'exercer les droits qui en dérivent « dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé »[354].

Le principe de souveraineté étant affirmé, il reste donc à modeler son contenu juridique. Les auteurs du droit international ont considéré que cette notion de souveraineté englobait « le pouvoir exclusif, limité uniquement par le droit international, que possède chaque État, en tant

[350] *Résolution 1803*, *supra* note 1, préambule.
[351] *Ibid*.
[352] *Ibid* au para 4.
[353] *Ibid* au para 1.
[354] *Ibid*.

que sujet du droit international échappant à l'autorité de tout autre sujet de ce droit »[355]. La reconnaissance de cette souveraineté avait pour corollaire d'autoriser les PED à imposer des limitations aux droits des étrangers et les PED vont invoquer ultérieurement ce texte comme base légale de leur droit à nationaliser les investissements étrangers[356]. L'orientation économique de ce principe de souveraineté permanente reposait sur le fait que « pour un PED qui vient de conquérir ou d'acquérir l'indépendance politique, la souveraineté n'a de sens que si elle recouvre au moins un contrôle sur les capitaux, le mouvement des hommes et surtout le contrôle sur les ressources naturelles et la technologie permettant de les valoriser »[357]. Cette orientation faisait également partie intégrante de la résolution qui, en traitant la question d'admission des investissements, affirmait que :

> [l] a prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conforme aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaire ou souhaitable pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités[358].

La résolution affirme que le but de la coopération économique internationale, quelle qu'en soit la forme d'investissement, est de favoriser le développement économique des PED dans le respect de leur souveraineté sur les ressources naturelles[359]. Elle préconisait que « les États et les organisations internationales [devaient] respecter […] la souveraineté des peuples et des nations

[355] Simone Dreyfus, *Droit des relations internationales : Éléments de droit international public*, Paris, Cujas, 1981 à la p 76.
[356] Voir Antoine Mekinda Beng, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la conjoncture institutionnelle actuelle des états du tiers-monde en mutation » (2004) 58 Rev trim dr h 503 à la p 511[Beng].
[357] Voir Ahmed M Ahiou, « Les implications du nouvel ordre économique et le droit international », Communication présentée au colloque organisé par la Faculté de Droit d'Alger du 11 au 14 octobre 1976 sur le thème suivant : Droit international et développement.
[358] *Résolution 1803*, *supra* note 1 au para 2.
[359] *Ibid* au para 6.

sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à *la Charte* et aux principes énoncés dans la présente résolution »[360].

En reconnaissant aux PED l'exercice libre de la souveraineté sur leurs ressources naturelles, la *Résolution 1803* consacre l'aptitude de ces pays à « exercer leur autorité conformément au droit international, aussi bien sur les biens que sur les situations, les personnes et les activités placées ou exercées à l'intérieur de leur territoire »[361]. À propos de la portée juridique de cette Résolution, Dupuy explique que c'est la référence au droit international pour ce qui est de la nationalisation et de l'inclusion du passage relatif à l'importance de la coopération internationale pour le développement économique dans son préambule qui ont conféré le caractère consensuel à cette résolution[362].

Cette consécration solennelle du droit de réglementer les activités économiques des investisseurs étrangers et l'usage de leurs ressources a encouragé les PED à poursuivre leurs efforts de créer un environnement juridique international moins hostile à leurs préoccupations de développement économique. C'est dans ce cadre que s'inscrivait leur tentative de créer un nouvel ordre économique international.

[360] *Ibid* au para 8.
[361] Beng, *supra* note 356 à la p 511.
[362] Dupuy souligne : « la *résolution 1803* (XVII) du 14 décembre 1962 a été votée à l'Assemblée Générale par 87 voix contre 2, avec 12 abstentions. Il est tout particulièrement important de noter que ce texte a été voté à la majorité, celle-ci comprenant de nombreux États du Tiers Monde, mais également plusieurs pays occidentaux développés à économie de marché, dont le plus important, les États-Unis » (*Texaco-Calasiatic (TOPCO) c Gouvernement de Libye*, (1977) JDI *350*, *Sentence* du 29 janvier 1977 au para 84 point 1: *[TOPCO*]).

B. Efforts de création d'un environnement juridique des investissements favorables aux préoccupations de développement économique

Les PED ont essayé de créer un nouvel ordre économique international (NOEI) compatible avec leurs préoccupations de développement économique. Le NOEI comportait une idéologie qu'ils ont articulée dans la *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*[363] ainsi qu'une Charte qui détaillait les droits et les devoirs économiques des États[364].

B.1. L'idéologie du NOEI

Les PED voulaient substituer l'ancien ordre, auquel ils imputaient tous leurs problèmes économiques, par le NOEI[365]. Les PED entendaient ainsi rejeter le libéralisme économique « en tant que soubassement d'un système économique international inégalitaire »[366]. Ils voulaient aller au fonds dans la contestation des « règles traditionnelles d'un droit international élaboré par et pour les États nantis »[367]. La contestation va pour cela se cristalliser sur le rejet du principe juridique de l'égalité souveraine qui, en présence de l'inégalité de puissance entre les États, est un « principe abstrait », une « pure fiction », une « formule hypocrite », une « illusion »[368]. Les PED se sont rassemblés sous le groupe 77 pour renforcer leur pouvoir afin de défendre leurs intérêts économiques aux Nations unies[369].

[363] *Déclaration sur le nouvel ordre*, *supra* note 49.
[364] *La Charte*, *supra* note 2.
[365] *Déclaration sur le nouvel ordre*, *supra* note 49.
[366] Voir M'Rini, *supra* note 28 à la p 49.
[367] J Castaneda, « The Underdeveloped Nations and the Development of International Law » (1961) 15 Int'l Org 38 aux pp 38-48.
[368] Jean A Salomon, « Le procédé de la fiction internationale » (1974) 11 Rev b dr intern11à la p 35.
[369] Le groupe fut fondé le 15 juin 1964 par la Déclaration commune des 77 pays à la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement. Créée par 77 pays, l'organisation a grandi et compte en 2012 132 pays membres. Mais il continue à être désigné comme le G77 dans les négociations et sessions de l'ONU.

En 1974, ils ont pressé l'ONU à voter la *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*[370]. Le texte de cette déclaration couvrait les thèmes de souveraineté permanente et illimitée des PED sur leurs activités économiques[371]. Cette déclaration reprenait le droit de nationalisation, de réglementer l'investissement étranger et les activités des sociétés transnationales, la restitution des ressources provenant de toutes les formes de domination ou de coercition étrangères, qui figuraient en partie dans la *résolution 1803*[372].

L'idéologie du NOEI s'articulait également autour des obligations faites aux PD de corriger le sous-développement dont ils étaient accusés d'être responsables. Pour mettre en application cette ligne idéologique que véhiculait la Déclaration sur le NOEI, les PED ont fait voter la résolution sur le *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*[373]. Ce programme consacrait un volet au problème particulier de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles. Sous la rubrique « Aide à l'exercice de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles », le programme d'action préconisait que « tous les efforts possibles devraient être faits pour neutraliser les initiatives tendant à empêcher les États d'exercer librement et effectivement leurs droits à la souveraineté entière et permanente sur leurs ressources naturelles [...] »[374]. Ces aspirations des PED seront consignées dans *la Charte*.

B.2. *La Charte* des droits et des devoirs économiques des États

[370] *Déclaration sur le nouvel ordre*, *supra* note 59.
[371] Voir Albert Tévoédjré, « Pour un contrat de solidarité » (1976) 4 Revue internationale des sciences sociales 706.
[372] Voir M'Rini, *supra* note 28 à la p 49.
[373] *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés AGNU 3202 (S-VI), Doc off AGNU, 6e sess extra, supp no 1, Doc NU N9596 (1974) 5[Rés AGNU 3202 (S-VI)].
[374] *Ibid* à la p 10.

L'AGNU a adopté *la Charte* en 1974 en sa 29e session[375]. Le texte de *la Charte* traite des « Éléments fondamentaux des relations économiques internationales », des « Droits et devoirs économiques des États » et des « Responsabilités communes des États envers la communauté internationale »[376.]

Dans la conception de ses promoteurs, *cette Charte* devait constituer « un instrument efficace en vue de la mise en place d'un nouveau système international de relations économiques fondé sur l'équité, l'égalité souveraine et l'interdépendance des intérêts des pays développés et des pays en voie de développement »[377]. Le préambule envisage quatre moyens à mettre en œuvre pour arriver à cette fin. Elle préconise : l'instauration de relations économiques plus rationnelles et la transformation des structures de l'économie mondiale; une expansion « plus poussée » du commerce et une coopération économique « plus intense » entre toutes les nations; le renforcement de l'indépendance économique des PED; la promotion de relations économiques internationales qui tiennent compte des différences reconnues — sur le plan du développement — entre les PED, ainsi que de leurs besoins particuliers[378].

L'idée maitresse sur laquelle les 28 articles du chapitre deux de *la Charte* sont bâtis est celle qui admet que « [l]'autodétermination et la souveraineté politiques sont inséparables de l'autodétermination et de la souveraineté économiques »[379]. L'article premier confirme ce souci d'autodétermination politique en rappelant le droit souverain et inaliénable dont dispose chaque État « de choisir son système économique, de même que ses systèmes politique, social et

[375] *La charte*, *supra* note 2.
[376] *Ibid*.
[377] Rés AGNU 3202 (S-VI), *supra* note 373 au point VI. Selon Feuer, le NOEI se fonde sur « l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt et la coopération entre tous les États » (Guy Feuer, *La théorie de la souveraineté sur les ressources naturelles dans les résolutions des Nations Unies*, Paris, Université René Descartes, 1983 à la p 4).
[378] *La charte*, *supra* note 2.
[379] Daniel Colard, « La Charte des droits et devoirs économiques des États » (1975) 6 : 4 Études internationales 439 à la p 439 [Colard].

culturel, conformément à la volonté de son peuple, sans ingérence, pression ou menace extérieure d'aucune sorte »[380].

En son article 2(1), *la Charte* réaffirme l'aspect économique de la souveraineté en disposant que « chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer »[381]. Aux termes de l'article 2(2) (a), *cette Charte* consacre le droit de l'État « de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux »[382]. L'article 2(2) (b) envisage de réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale[383]. De façon très détaillée, *la Charte* codifie en son article 2(2) (c) le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers[384].

Cette Charte s'est nettement démarquée de la *résolution 1803*[385] en ne se référant pas aux normes juridiques internationales sur la compensation en cas d'expropriation ou de nationalisation.

La Charte disposait plutôt qu'en cas de désaccord, la compensation sera déterminée par les juridictions du pays d'accueil en fonction du droit national à moins que les pays concernés aient

[380] *La charte, supra* note 2.
[381] *Ibid*.
[382] *Ibid*.
[383] *Ibid*.
[384] *Ibid*.
[385] *Résolution 1803, supra* note 1.

convenu sur une autre solution pacifique de règlement des différends[386]. Ces dispositions sur la nationalisation et la compensation qui ne se référaient pas au droit international ont suscité la désapprobation de *la Charte* par les PD. Ceux-ci ont exprimé leurs désaccords en votant contre la Résolution ayant consacré la naissance de *la Charte*[387].

Dans l'affaire qui opposait la Libye à la compagnie américaine *Texaco*, le tribunal arbitral a tenu à rappeler l'opposition des PD à *la Charte* en déclarant que les États exportateurs de capitaux n'étaient pas liés par ces résolutions majoritairement soutenues par les pays du Tiers monde[388]. La sentence *Texaco* a soutenu que l'article 2 de *cette Charte* doit être analysé comme une déclaration politique dont la stratégie idéologique vise le développement soutenu par les pays non industrialisés[389]. Juillard souligne l'effet limité qu'a eu *cette Charte* qui, selon l'auteur, « n'a jamais joui d'une bonne réputation auprès des pays développés : ceux-ci y ont vu une Charte des droits économiques de PED et des devoirs économiques des pays développés »[390]. Juillard soutient par ailleurs que *la Charte* n'a jamais bénéficié du degré d'acceptabilité internationale contrairement à la *résolution 1803* et que les conditions de vote de la résolution 3281 ont entaché la « Charte d'une faiblesse congénitale et qu'elle ne parviendra jamais à surmonter »[391].

La Charte comportait des contradictions internes qui ont miné sa valeur juridique. À cet effet, Colard lui reproche de consacrer solennellement les thèses des pays du Tiers-Monde et des pays

[386] *La charte*, *supra* note 2au para 2 (c).
[387] Six États ont voté contre : cinq nations européennes appartenant à la CEE (Belgique, Danemark, RFA, Luxembourg, Royaume-Uni) plus les États-Unis d'Amérique. Et dix se sont abstenus, à savoir : Autriche, Canada, Espagne, France, Irlande, Israël, Italie, Japon, Norvège, Pays- Bas. L'analyse objective de ce scrutin démontre que, parmi les seize États qui n'ont pas cautionné *la Charte*, on trouve toutes les grandes puissances économiques capitalistes. Ce qui revêt une grande signification politique, car celles-ci monopolisent l'essentiel des échanges commerciaux, monétaires et financiers mondiaux (voir Colard, *supra* note 378 à la p 439) .
[388] Le paragraphe 2 (c) de l'art 2 de cette Résolution a été soumis à un vote séparé. 104 États ont voté en faveur et 16 contre majoritairement les pays industrialisés et 6 abstentions (voir *TOPCO*, *supra* note 362 à la p 489).
[389] *TOPCO*, *supra* note 362 à la p 492.
[390] Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 Rec des Cours 9 à la p 150.
[391] *Ibid*.

socialistes, alors que l'instrument concernait théoriquement tous les États[392]. Cet auteur a également soulevé son degré de généralité qui dissimulait des interprétations pouvant différer d'un État à l'autre[393].

Tous ces éléments ont contribué à l'affaiblissement de *la Charte* qui est devenue un instrument sans aucune valeur juridique aux yeux des PD. Conséquemment, on a assisté à l'éloignement de l'instauration du NOEI et au maintien du *statu quo.*

Les PED ont sous-estimé les rapports de forces, notamment les capacités de résistance et de nuisance des PD. Ceux-ci, minoritaires à l'AGNU, ne pouvaient pas mathématiquement s'opposer avec succès au vote de la Résolution consacrant la naissance de Charte. Mais par contre, ils pouvaient l'ignorer et la priver d'effets et c'est cette option qui a prévalu. Les PD sont parvenus à marginaliser ces instruments juridiques onusiens en mettant à contribution leur expertise juridique et leur supériorité économique pour exploiter les faiblesses des PED. C'est ce que révèle en substance la position de la France qui a souligné que « consensus ne signifie pas entente sur tout »[394] et qui a rappelé que la structure des échanges internationaux ne saurait être modifiées par « de simples votes »[395]. Les PED ont surestimé l'importance de leur supériorité numérique qui leur a facilement permis de faire voter les diverses résolutions et recommandations à l'ONU. Ils ont perdu de vue que si pour eux « la résolution a pour finalité de

[392] Colard, *supra* note 378 à la p 451.
[393] *Ibid*.
[394] *Ibid*.
[395] *Ibid*.

structurer l'avenir, elle peut avoir pour objectif pour les pays développés de gérer la conjoncture avant qu'elle ne subisse l'obsolescence du temps »[396].

L'effort des PED était certes louable, mais il dissimulait les forces des uns et des faiblesses des autres dans l'action collective. Cela est la réalité des réactions de masse et il nous parait que le mouvement de revendication du contrôle des ressources naturelles dont le leadership revenait incontestablement aux pays de l'Amérique latine[397] a été suivi par les autres PED, particulièrement ceux de l'Afrique, sans que bon nombre de ceux-ci soient forcement en mesure de s'en approprier les acquis et de les traduire dans leurs politiques de développement. Par ailleurs, les PED avaient certes en commun le besoin d'accès à leurs ressources, mais pris individuellement, chacun avait ses limites, ses particularités et ses propres intérêts au regard de l'ampleur des besoins de développement et des moyens pour les satisfaire.

Il ressort de l'examen de ce cadre normatif onusien sur les investissements que les PED luttaient pour la mise en place d'un système juridique qui prend en compte leurs besoins de développement; et dans lequel ils jouiraient d'un droit de réglementer le contrôle des ressources naturelles et autres richesses économiques. Le droit de réglementer les activités économiques des investisseurs étrangers qu'ils ont acquis n'a abouti qu'à une prise en considération très réduite de leurs préoccupations économiques.

---

[396] M'Rini, *supra* note 28 à la p 49; Leur naïveté, écrit Dumas, a été de « croire qu'en vertu de la négociation le système actuel pourrait se convertir du jour au lendemain en quelque chose de fondamentalement nouveau » (Michel Dumas, « Qu'est-ce que le nouvel ordre économique international? » (1976) 17 : 66 Tiers-Monde 265 à la p 267).

[397] Bon nombre de pays d'Amérique latine ont adhéré à la doctrine de Calvo qui prévoyait que les investisseurs étrangers avaient droit au traitement que les pays d'accueil réservaient à leurs investisseurs nationaux (voir généralement. Donald R Shea, *The Calvo Clause: A Problem Of Interamerican And International Law And Diplomacy*, Minnesota, University of Minnesota Press, (1955) aux pp17-20); Le 16 avril 1952, lors des débats qui se sont déroulés à la Commission, le Chili a présenté un projet de résolution (E/CN.4/L.24) contenant la disposition suivante : « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comprend en outre un droit de souveraineté permanente sur leurs richesses et leurs ressources naturelle ». Le 8 mai 1952, la Commission a adopté la résolution I qui s'inspirait très largement du projet de texte susmentionné (en ligne: UN<http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_f.pdf>).

L'incohérence entre la volonté des PED d'imposer un nouvel environnement juridique des affaires et leurs mains tendues vers l'Occident pour avoir de l'aide financière augurait déjà leur échec. Plus est, la maitrise du régime juridique international que les PED venaient d'intégrer en tant qu'États indépendants leur faisait défaut. En accédant à l'indépendance, ces pays ont trouvé un système juridique national calqué à celui de leur ancienne puissance coloniale et qui, par conséquent, était en déphasage avec les réalités économiques de leurs nouveaux pays. Il leur manquait d'expertise requise pour concevoir des normes juridiques qui reflètent leurs aspirations de développement économique et qui soient compatibles avec les obligations du droit international auquel ils étaient désormais soumis.

Ces faiblesses ont conduit ces PED à la soumission aux principes de droit international de compensation, d'expropriation et de traitement juste et équitable des investisseurs étrangers qu'ils rejetaient. Ils n'ont pas réussi à réformer l'ordre économique international. Conséquemment, le vœu de définir leur place dans les relations internationales économiques et de supprimer ainsi les limitations imposées par les PD pour déterminer eux-mêmes leur propre développement reste toujours à réaliser[398].

Ces quelques données de l'analyse documentent la genèse des contraintes ainsi que des difficultés des PED à intégrer l'intérêt général dans les TBI délibérément conçu pour renforcer la protection des investisseurs étrangers.

Section 2 : Préoccupations d'intérêt général dans les TBI

Les préoccupations économiques des PED bénéficient d'un traitement marginal dans la majeure partie des TBI en comparaison avec la prépondérance des droits que ces traités accordent aux

[398] Voir Deroche, *supra* note 327 à la p 260.

investisseurs étrangers. Ces préoccupations sont généralement exprimées dans les préambules et dans les dispositions sur les réserves (& 1). D'autres clauses permettant de prendre en compte les préoccupations économiques des PED sont celles relatives aux exceptions (& 2). Or, ces dispositions sont très rares et dans les TBI qui les prévoient, les PED éprouvent des difficultés à appréhender leur langage très complexe et partant à leur assigner un contenu qui reflète leur intérêt général.

Paragraphe 1 : Prise en compte de l'intérêt général au moyen des réserves et préambules

Cette section analyse la prise en compte des préoccupations de développement économique aux moyens des réserves dans les accords d'investissement et dans (A) les préambules (B).

A : Les réserves dans les TBI

Selon l'article 2(1) (d) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[399], une réserve est « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État »[400]. Cette même Convention précise que les pays peuvent exprimer des réserves par écrit[401].

En fait, l'essence des réserves « est de poser une condition : l'État ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués, que ce soit par l'exclusion ou la modification d'une règle ou par l'interprétation ou l'application de celle-ci »[402]. Les réserves peuvent donc contribuer à prendre en considération les préoccupations économiques en

[399] *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), art 2(1) (d) [*Convention de Vienne*].
[400] *Ibid*.
[401] *Ibid* art 23(1).
[402] Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3e éd, Revue et augmentée par Philippe Cahier, Paris, Presses Universitaires de France, 1995 à la p 71.

permettant d'exclure, de la compétence du CIRDI, certaines matières ou certains secteurs d'activité dont le contrôle s'avère indispensable pour le développement économique du pays. C'est ainsi que le Vietnam et le Royaume-Uni exclut par exemple les secteurs de presse, d'importation et de distribution de services, les services de télécommunication, du secteur touristique, bancaire et de l'assurance, l'exploitation du pétrole et du gaz ou de la pêche sont, par exemple, exclus du traitement national[403]. Cet accord exclut également, de sa portée, la propriété et l'utilisation des terres et des résidences, les subsides gouvernementaux et l'aide aux entreprises locales, les prix et les tarifs de certains produits et services sous contrôle étatique[404]. Ces exclusions s'apparentent ainsi « à un traitement spécial et différentiel favorisant une partie de l'industrie nationale »[405].

Le TBI Panama-Royaume-Uni comporte aussi des réserves excluant les secteurs économiques et les activités qui constituent une exception constitutionnelle et légale du champ d'application de la protection due aux investisseurs britanniques[406]. Cette exclusion touche le secteur des communications, les banques, les sociétés privées d'utilité publique, la production énergétique, l'exploitation des ressources naturelles ou la production hydroélectrique[407]. L'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Cariforum comporte aussi plusieurs

[403] *Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Royaume Uni et Irlande du nord et Vietnam, 1er août 2002, Annexe intitulée « Exceptions to the grant of national treatment to investments and returns of investments of nationals or companies of the United Kingdom », en ligne: kluwer arbitration <http:// www. Kluwer arbitration .com/document.aspx?id= ipn29687>.
[404] *Ibid*.
[405] Nitish Monebhurrum, « L'utilisation contemporaine du développement en droit international des investissements : la méconnaissance des réalités régionales », Régionalisme et droit international, 5 ème conférence biennale de la société européenne de droit international, Valence, 13 au15 septembre 2012 à la p11 [Monebhurrum].
[406] *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Royaume Uni et Irlande du nord et Panama, 7 octobre 1983, (entrée en vigueur : 7 novembre 1985), Annexe, en ligne: Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1042221-n>.
[407] *Ibid*.

réserves[408]. Celles-ci se rapportent aux investissements, à la distribution de certains services et à la présence commerciale[409].

Ces exclusions peuvent accroitre la marge d'action des PED pour mettre en œuvre les politiques de développement économique sans tordre le cou aux obligations internationales issues des accords d'investissement. Elles se présentent comme une solution à la difficulté des PED de « trouver l'équilibre délicat et complexe entre l'utilisation de ces AII (Accords d'investissement international) pour attirer les investissements étrangers directs d'une part, et d'autre part la conservation de la dose de flexibilité nécessaire pour atteindre les objectifs de développement national »[410]. Les réserves sont donc utiles surtout en matière d'investissement où « l'interdépendance croissante des pays dans une économie mondialisée et l'apparition des règles régissant les relations économiques internationales »[411] posent des contraintes à l'autonomie réglementaire des PED.

Les réserves permettent de réconcilier les désaccords entre les parties à un accord en leur offrant la possibilité de prendre en considération leurs intérêts divergents; facilitant de ce fait le développement de la coopération économique internationale. Les réserves diminuent les tensions que pourraient causer certaines dispositions et donnent aux États l'opportunité d'encourager des investissements qui tiennent en compte des intérêts de chaque partie signataire[412]. Toutes ces possibilités qu'offrent les réserves pour prendre en compte l'intérêt général sont limitées en

[408] *Accord de partenariat économique*, États du Cariforum et Communauté européenne et ses États membres, 15 octobre 2008, en ligne : Europa < http://eurlex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:289: 0003:1955:FR:PDF>.
[409] *Ibid*, art 66, 69 et Annexe IV.
[410] CNUCED, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, *Conserver la flexibilité dans les AII: utilisation des réserves*, New York, Nations Unies, 2006 à la p 6.
[411] CNUCED, *Consensus de Sao polo, São Paulo*, Distr. Générale, TD/410 (2004) adopté à la 269e séance plénière, le 18 juin 2004.
[412] Voir Fon,Vincy, « Treaty Formation and Reservations », (August 25, 2010), en ligne: SSRN <http:// ssrn.com/abstract=1665251 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1665251> à la p 15.

raison de la rareté de leur usage. L'absence de fréquence de ces dispositions sur les réserves peut s'expliquer chez les PED par la crainte de limiter les flux d'investissement étranger en imposant des restrictions aux domaines attractifs de l'investissement. Mais, il est possible aussi que certains des PED en ignorent l'existence et que ceux qui en sont informés ont peu ou parfois pas d'expertise technique pour cibler les domaines stratégiques dans lesquels l'ouverture aux activités des investisseurs étrangers représente un danger pour leurs intérêts économiques. Tous ces obstacles empêchent plusieurs des PED de recourir efficacement aux réserves alors qu'elles peuvent les aider à réconcilier le besoin de flexibilité et la nécessité de respecter ses engagements internationaux[413].

Les préoccupations de développement économique sont aussi enchâssées dans les préambules des TBI. C'est au sein de cette partie de l'Accord que les tribunaux recherchent parfois l'intérêt général que poursuivent les pays dans l'arbitrage d'investissement[414].

B. Préoccupation de développement économique dans les préambules

Les préambules sont des outils auxquels les PED peuvent recourir pour affirmer que leur intérêt général dans les relations issues des TBI est la recherche du développement économique[415]. Ils jouent un rôle important dans l'interprétation des dispositions des TBI. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* confirme ce rôle en prévoyant qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »[416]. Le préambule fait partie du contexte[417] et sert de référence pour

[413] Voir *Ibid*.
[414] *Voir Saluka Investments BV c la Tchécoslovaquie,* Sentence partielle rendue sous le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, (17 mars 2006) au para 299.
[415] Hamida note particulièrement la prédominance des préocupations économiques dans les TBI lorsqu'il souligne que *« [e]n se référant au seul développement économique ou du commerce, ces préambules ne visent pas d'autres formes de développement tels que le développement social ou culturel* » (Voir Hamida, « La prise en compte », *supra* note 71 à la p 3).
[416] *Convention de Vienne*, *supra* note 399.

rechercher l'objet et le but de l'Accord[418]. Le tribunal arbitral peut donc recourir aux dispositions des préambules pour interpréter les clauses litigieuses du traité[419]. Une affirmation clairement exprimée dans les préambules participe donc dans l'amélioration de la prévisibilité de l'interprétation de l'accord en cas de différend opposant les PED aux investisseurs étrangers[420]. À cet effet, la CNUCED recommande aux PED d'identifier le développement économique dans les objectifs du traité[421].

Cela étant, il y a une multitude de formulations qui sont fréquemment utilisées dans les accords d'investissement. Par exemple, le TBI Maurice-Guinée envisage de « développer et de renforcer leur coopération économique et industrielle […] de stimuler le flux des investissements et des initiatives individuelles en matière d'affaires, en vue de promouvoir *la prospérité économique* des deux Parties » [*nos italiques*][422]. Le TBI France-Madagascar se propose de « stimuler les

---

[417] Voir Quoc Dinh Nguyen, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 5e éd, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994 à la p 255; Vandevelde, « Treaty Interpretation », *supra* note 273.

[418] Voir *Affaire relative à la sentence du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal)*, [1991] CIJ rec 53, Opinion dissidente du juge Weeramanrty à la p 142 [*Affaire Guinée-Bissau c Sénégal*].

[419] C'est ainsi que dans l'affaire *Salini c Maroc*, le tribunal arbitral s'est référé au préambule de la *Convention de Washington* pour dégager la condition de l'existence d'investissement relative à « la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur » (*Salini Costruttori*, *supra* note 217).

[420] La Cour de justice internationale se réfère souvent aux préambules des traités pour en déterminer ou en confirmer la portée. Voir *Affaire des ressortissants américains au Maroc*, [1952] CIJ rec 176; *Affaire du différend territorial Tchad/Libye*, [1994] CIJ rec 6 aux pp 24-26; *Affaire Guinée-Bissau c Sénégal*, *supra* note 418 à la p 72; *Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières* [1959] CIJ rec 209à la p 221; Mohammed Bedjaoui, Emile K.M. Yakpo, Tahar Boumedra, *Liber Amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 1999 à la p 256[Bedjaoui, Yakpo, Boumedra].

[421] UNCTAD, *Bilateral Investment*, *supra* note 7 à la p 37.

[422] L'*Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements* entre la Maurice et Guinée prévoit en son préambule:

> Désireux de développer et de renforcer leur coopération économique et industrielle dans le long terme et en particulier de créer les conditions favorables pour la réalisation d'investissements par les investisseurs d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante. Reconnaissant la nécessité de protéger les investissements réalisés par les investisseurs des deux Parties Contractantes et de stimuler le flux des investissements et des initiatives individuelles en matière d'affaires, en vue de promouvoir la prospérité économique des deux Parties Contractantes […] (*Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, Maurice et Guinée, 18 mai 2001en ligne : Kluwer arbitration<http://www. kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Guinea>).

transferts des capitaux et de technologie entre les deux pays, *dans l'intérêt de leur développement économique* » [*nos italiques*][423].

Les autres TBI prévoient de « promouvoir les relations de coopération économique entre les deux pays […] *accroitre la prospérité des deux pays* » [*nos italiques*][424].

On peut ajouter à ces exemples, les modèles d'accord élaborés par le Comité juridique consultatif des pays d'Afrique et d'Asie qui mettent l'accent sur la nécessité d'« une plus large coopération entre les pays de la région Afrique-Asie pour accélérer *leur croissance économique* et pour encourager les investissements des PED dans d'autres PED » [Nos italiques][425].

Ces quelques exemples traduisent certes les soucis de développement économique que les PED ont en vue en contractant les obligations internationales dans les TBI[426]. Toutefois, elles sont rédigées dans des termes parfois généraux qui ne laissent pas entrevoir clairement l'intention des parties. De plus, ils sont souvent très courts[427] et « peu amènent à contribuer réellement à l'interprétation du traité »[428]. Le défi que les PED sont appelés à relever pour avoir des préambules qui incorporent leurs préoccupations de développement est d'améliorer leur capacité de négociation pour ne pas acquiescer passivement les propositions de la partie adverse.

En outre, ces pays peuvent réaffirmer dans cette partie du TBI leur droit à définir les conditions pour l'admission d'un investissement étranger[429] et assortir leur traitement d'exception.

---

[423] *Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Madagascar-France, 27 juillet 2003, (entrée en vigueur : 17 avril 2005), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration. com/BITs. aspx?country=Madagascar>.

[424] *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union économique belgo-luxembourgeoise-Gabon, (entrée en vigueur : 28 mai 2005), en ligne: Kluwer arbitration < http://www.kluwer arbitration.com/BITs.aspx?country=Belgium>.

[425] Carmen Rodica Zorila, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, thèse de doctorat en droit, Université d'Auvergne, Clermont 1, 2007 à la p 202.

[426] Voir Jeswald W Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 114: « *A careful reading of investment treaty preambles reveals these long-term objectives [_« economic cooperation », « economic development », or _mutual prosperity'*] ».[Salacuse, *The Law of Investment Treaties*].

[427] Bedjaoui, Yakpo, Boumedra, *supra* note 420 à la p 255

[428] *Ibid*.

[429] Voir N Huu-Tru, « Le réseau suisse d'Accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements » (1988) 92 RGDI Pub 597 aux pp577-623.

Paragraphe 2 : Incorporation de l'intérêt général par l'entremise des exceptions

L'obligation de protéger les investissements étrangers et la nécessité de la liberté normative pour définir et conduire les politiques de développement économique créent des tensions entre les intérêts privés des investisseurs étrangers et l'intérêt général des PED. Les obligations qu'imposent les accords d'investissement pourraient indument entraver la capacité des PED de légiférer pour contrer les effets négatifs des activités des investisseurs étrangers[430].

Les exceptions constituent quelques-uns des moyens auxquels les PED peuvent recourir pour apaiser cette tension[431]. Elles offrent la marge de manœuvre aux PED pour accomplir plusieurs autres objectifs légitimes dans divers secteurs sans contrevenir aux obligations des TBI[432].

Les exceptions fréquentes portent sur la clause du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) (A) souvent libellé comme suit :

> Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investissements ou les revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements et aux revenus de ses propres investisseurs ou à ceux des investisseurs d'un État tiers. 2. Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un État tiers[433].

Certains autres accords incluent des exceptions particulières qui cherchent à redresser

[430] Andrew Newcombe, « General Exceptions in International Investment Agreements », Draft Discussion Paper Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference 13th and 14th May 2008, London à la p 1.
[431] Voir Chunbao Liu, « The Evolution of Chinese Approaches to IIAs » dans Armand de Mestral et Céline Lévesque, dir, *Improving International Agreements*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge, 2013,59 à la p 73.
[432] Voir le commentaire officiel du Modèle canadien d'Accord sur la protection des investissements étrangers, en ligne: Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa-purpose.aspx?lang=en&view=d>.
[433] *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*,
Mexique et Royaume-Uni, 12 mai 2006, (entrée en vigueur : 27 juillet 2007), art 4.

les inégalités économiques et à préserver la culture (B). Mais on rencontre aussi des exceptions de sécurité que nous oborderons au chapitre 4 de cette thèse.

A. Les exceptions au traitement de la nation la plus favorisée

Les exceptions au traitement NPF varient selon le niveau de libéralisation et de flexibilité que les parties souhaitent imprimer à l'accord d'investissement. Certaines exceptions se rapportent ainsi à la phase post-établissement. Les accords du type post-établissement spécifient qu'ils accordent le traitement NPF aux phases de gestion, d'entretien, d'utilisation, de jouissance ou d'aliénation de l'investissement[434]. À cet effet, le TBI Burundi-Maurice prévoit :

> Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un quelconque État tiers, le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant[435].

Après l'établissement de l'investissement, « le traitement NPF est accordé pour le reste de son cycle de vie, ce qui inclut l'obligation de ne pas modifier le régime qui l'encadre en édictant de nouvelles mesures qui établiraient une discrimination entre investisseurs étrangers »[436].

D'autres accords couvrent la phase pré-établissement. Celle-ci s'entend de la phase d'entrée de l'investissement dans le pays d'accueil. Dans les accords qui prévoient la protection pré-établissement, la clause NPF confère des droits aux « pré-investisseurs », c'est-à-dire les investisseurs qui cherchent à réaliser un investissement ou sont en train de le faire. Ce type

[434] Voir *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi et Commores, 18 mai 2001, art 4(5), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius>.
[435] *Accord* Burundi-Maurice, *supra* note 272 art 4(5).
[436] CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux Accords internationaux d'investissement II, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2010/1 (2010) à la p 51 et 20 [CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*].

d'accord n'autorise pas aux pays d'accueil d'appliquer une mesure discriminatoire entre les investisseurs et investissements étrangers pour ce qui est de leurs conditions d'entrée[437].

A.1. Les exceptions au traitement NPF dans les accords post-établissement

En vue de prendre en considération les impératifs de développement économique, les États soumettent le traitement NPF, dans les accords post-établissement, à l'exception relative aux organisations régionales d'intégration économique (ORIE). Celles-ci peuvent être des unions monétaires comme l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)[438], des unions économiques telles que la Communauté économique des pays des Grands Lacs[439] (CEPGL), des accords établissant une zone de libre-échange, ou encore un marché commun à l'exemple du Marché commun de l'Afrique orientale et australe aussi connu sous son acronyme anglais *COMESA*[440]. L'exception ORIE est souvent libellée comme suit :

> Toutefois, pareil traitement et pareille protection ne s'étendront pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou à toute autre forme d'organisation économique régionale[441].

Il convient de faire observer que les exceptions aux clauses NPF relatives aux accords d'intégration économique ne déchargent pas le pays d'accueil de l'obligation de traitement NPF. L'État doit toujours accorder le traitement NPF à l'investisseur étranger. Seulement, cette exception vient préciser qu'il n'a tout simplement pas l'obligation de donner à ce dernier le même niveau de protection (supérieure) existant pour les investisseurs étrangers des États parties à un accord d'intégration économique. Ce faisant, ces exceptions confèrent aux PED plus de

[437] Voir *Ibid* à la p 40.
[438] En ligne : UEMOA <http://www.uemoa.int/Pages/Home.aspx>.
[439] En ligne : CEPGL < http://www.cepgl-cepgl.org/>.
[440] Common Market for Eastern and Southern Africa, en ligne: COMESA <http://www.comesa.int/>.
[441] *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Bénin-Union économique belgo-luxembourgeoise, 18 mai 2001 (entrée en vigueur : 30 août 2007), art 3(4), en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration.com/ document.aspx?id=ipn28565>.

liberté d'action dans les interventions réglementaires visant à protéger leur intérêt général[442]. L'exception ORIE permet de sauvegarder l'intégrité des arrangements préférentiels régionaux et d'éviter d'étendre les avantages aux « bénéficiaires sans contrepartie »; c'est-à-dire les investisseurs dont les pays de territorialité ne sont pas parties à ces ORIE et qui pourraient en réclamer le bénéfice[443].

L'absence de l'exception de cette nature aurait pour effet de contraindre les membres d'une ORIE à garantir tous les privilèges, inhérents à leur appartenance à ces institutions, aux investisseurs en provenance des pays qui n'en sont pas membres[444]. Certaines des ORIE accordent généralement un traitement spécial et différencié aux membres économiquement moins avancés lorsqu'il existe des inégalités pouvant empêcher une partie à jouir des avantages escomptés de son adhésion à l'organisation[445]. Ce traitement spécial et différencié serait en péril s'il n'était pas protégé par ladite exception.

Les accords du type post-établissement prévoient aussi des exceptions qui excluent le traitement NPF aux avantages particuliers accordés aux institutions financières de développement, par exemple en matière fiscale. C'est l'exemple du TBI Burundi-Comores qui prévoit que « Pour prévenir toute équivoque, il est confirmé que les principes visés aux alinéas (3) et (4) du présent article ne seront pas applicables en ce qui concerne les avantages particuliers accordés aux

[442] Burke-White confirme que « *such treaties often incorporate significant exceptions that preserve state freedom of action in exceptional Circumstances* » (William W Burke-White et Andreas von Staden, « Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties » (2008) 48:2 Va J Int'l L 307 à la p316 [Burke-White et von Staden, « Investment Protection »].
[443] CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, *supra* note 436 à la p 16.
[444] Voir UNCTAD, *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/2004/7 (2004), en ligne : UNCTAD <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20047_en.pdf>[UNCTAD, *The REIO Exception*].
[445] Voir Gibbs Murray, « Special and Differential Treatment in the Context of Globalization », Note présentée au G15 Symposium on Special and Differential Treatment in the WTO Agreements, New Delhi, 10 décembre 1998.

institutions financières de développement, par exemple en matière fiscale »[446]. D'autres excluent le traitement NPF pour ce qui concerne les avantages issus des accords de double imposition[447]. Par exemple, le TBI Tchécoslovaquie-Paraguay qui dispose : « [l] e traitement accordé aux termes du présent article ne concerne pas les avantages que l'une des Parties contractantes accorde aux investisseurs d'un État tiers en vertu d'un Accord visant à éviter la double imposition ou d'un autre Accord relatif aux questions fiscales »[448].

Les pays utilisent les mesures de réduction et exonération fiscales pour stimuler l'économie et encourager les investissements dans divers secteurs de la vie économique. Vu que le budget de plusieurs PED provient de l'imposition des contribuables, la fiscalité occupe ainsi une place de choix dans la mise en œuvre des politiques de développement économique. C'est ce rôle central qui justifie que dans les accords sur la double imposition, les pays « abandonnent en partie, sur une base mutuelle, leurs droits d'imposition vis-à-vis des investisseurs établis sur leur territoire […] »[449]. Ces exceptions constituent des outils auxquels les PED peuvent recourir pour intégrer la dimension « développement » dans les accords d'investissement.

A.2. Exceptions au traitement NPF dans les accords pré-établissement

L'application du traitement NPF dans les accords du type pré-établissement empêche le pays hôte d'appliquer une mesure existante non conforme au traitement NPF et d'en instaurer une nouvelle.

---

[446] *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements*, Burundi et Comores, 18 mai 2001, art 4(4), en ligne : Kluwer arbitration, <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mauritius>.

[447] Voir *Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Tchécoslovaquie et Paraguay, 21 octobre 1998, art 4 (4), en ligne: <WIPO http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=245601>.

[448] *Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Tchécoslovaquie et Paraguay, 21 octobre 1998, art 4 (4), en ligne: <WIPO http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=245601>; Voir *Agreement concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, Allemagne et Egypte, 16 juin 2005, art 3(4) , en ligne: Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration. com/document. aspx?id=ipn30152>.

[449] UNCTAD, *The REIO Exception, supra* note 444.

Autrement dit, « dans le cadre de ce modèle, l'État d'accueil accepte une certaine limitation de sa souveraineté en ce qui concerne la réglementation de l'investissement étranger »[450]. Pour assouplir cette contrainte réglementaire et prendre en compte la dimension développement, les TBI de ce type assujettissent le traitement NPF aux exceptions. L'article 19 de l'accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements prévoit que le traitement de la nation la plus favorisée :

> ne s'appliquent pas : a) aux achats effectués par une Partie contractante ou par une entreprise d'État;b) aux subventions ou dons accordés par une Partie contractante ou par une entreprise d'État, y compris aux emprunts bénéficiant du soutien de l'État, aux garanties ou aux assurances. […] L'article 6 (Traitement de la nation la plus favorisée) du présent Accord ne s'applique pas aux services financiers[451].

L'autre exemple d'exception se trouve dans l'accord Canada/Jordanie[452] qui dispose que le traitement NPF ne s'applique pas « à un programme d'aide à l'étranger, actuel ou futur, visant à promouvoir le développement économique, que ce soit au titre d'un Accord bilatéral ou en application d'un arrangement ou d'un Accord multilatéral, tel que l'Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public de l'OCDE »[453].

Les accords du type pré-établissement comportent le piège d'une libéralisation passive surtout pour les PED qui manquent de capacité pour identifier les secteurs d'activités, les politiques ou

---

[450] CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, *supra* note 436 à la p 40.

[451] *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, en ligne: Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/benin-text.aspx?lang=fra#a22>.

[452] *Accord concernant la promotion et la protection des investissements*, Canada-Jordanie, (entrée en vigueur le 1er octobre 2012), annexe III, en ligne: Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/jordan-jordanie/
agreement-toc-Transnational Dispute Managment -accord.aspx ?lang=fra>.

[453] *Ibid*.

les programmes à soustraire à l'application du traitement NPF[454]. De là, la flexibilité qu'offrent ces exceptions pour tenir en considération les préoccupations d'intérêt général ne constitue pas une fin en elle-même vu la complexité et parfois le désordre qui caractérisent les réglementations nationales de plusieurs des PED[455].

Au regard des difficultés à anticiper la portée des clauses des TBI, surtout avant la naissance des conflits liés à leur application, l'inventaire des mesures non conformes à l'accord d'investissement est un travail ardu pour les PED en manque d'expertise. Ils éprouvent donc des difficultés à mettre à leur profit ces exceptions pour protéger par exemple leurs industries naissantes de la concurrence des entreprises multinationales et appliquer des politiques de développement présentant des risques sur la rentabilité des activités des investissements étrangers[456]. Il suffirait par exemple de considérer, par erreur, les subventions accordées à une industrie quelconque, comme contraire aux dispositions de l'accord pour ruiner sa rentabilité. Fatouros rapporte que le travail d'identification a pris quelques années au Canada aux États-Unis et au Mexique pour établir la liste des mesures non conformes dans le cadre l'ALENA[457]. Ce même travail peut prendre des décennies dans le cas des PED qui ne disposent pas de ressources administratives et institutionnelles comme celles de ces pays membres de l'ALENA. En plus de

[454] « L'absence d'une vision claire des secteurs stratégiques a pour conséquence de diluer l'action publique, d'affaiblir ses capacités de réaction, notamment dans le domaine de la guerre économique où l'État ambitionne de défendre les entreprises stratégiques […] contre des prises de participation hostiles » (voir Les Échos, « La nécessité d'une définition dans le futur : Livre blanc sur la Défense et Sécurité nationale » (26 septembre 2011) , en ligne : Les Échos, « La nécessité d'une définition dans le futur : Livre blanc sur la Défense et Sécurité nationale » (26 septembre 2011), en ligne: Lesechos <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/societe/autres/221138059/secteurs-strategiques-necessite-definition-futur-livre-bla>.
[455] Voir Fatouros, *supra* note 241 aux pp 124-25.
[456] Voir Shafaeddin M, « What did Frederick List actually say? Some Clarifications on the Infant Industry Argument », UNCTAD, Discussion Papers, Geneva, CNUCED, 2000 à la p 2: « *Both early industrialized and newly industrialized countries applied the same principle, although to varying degrees and in different ways* »; Stiglitz, *Un autre monde, supra* note 43 aux pp138-39.
[457] Fatouros, *supra* note 241 aux pp 124-125.

ces exceptions au traitement NPF, les PED peuvent aussi se servir des exceptions particulières pour protéger leur intérêt général[458].

B. Les exceptions particulières

Nous traiterons l'exception visant à redresser les inégalités économiques et l'exception culturelle.

B.1 : Exception pour inégalités économiques

Certains États, parties aux accords d'investissement, se distinguent par des inégalités économiques et sociales qui caractérisent leurs diverses communautés et collectivités. Le redressement de ces situations d'injustice exige des mesures et politiques de « discrimination positive » susceptibles d'être incompatibles avec les obligations contractées dans les TBI.

L'inclusion d'exception pour inégalités économiques dans l'accord permet donc de soustraire les mesures correctives entreprises à d'éventuelles poursuites des investisseurs étrangers. C'est en substance ce qu'ont fait la Chine et le Pérou en se réservant dans leur accord de libre-échange « le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié […] à des minorités et des groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés »[459]. Notons que le modèle d'accord de l'Institut international pour le développement durable (IIDD)[460] propose une exception pour inégalité économique libellée comme suit :

[458] Voir *CMS Gas Transmission Company c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/08, Sentence, (12 mai 2005) au para 359 [*CMS Gas Transmission*].

[459] *Accord de libre-échange*, Chine-Pérou, prévoit en son art131: « les Parties se réservent le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié : a) à des minorités et des groupes ethniques socialement ou économiquement défavorisés […] » (*Accord de libre-échange*, Chine-Pérou, 6 décembre 2009, (entrée en vigueur : 1er mars 2010), art131, en ligne: Sice <http://www.sice.oas.org/ TPD/PER_CHN/Texts_28042009_e/Chapter_10.pdf>[Chine-Pérou]).

[460] L'IIDD est un organisme indépendant, sans but lucratif, ayant son siège à Winnipeg au Canada. Il a pour mission de promouvoir les pratiques novatrices favorisant le développement durable des sociétés. Créé par les États canadien et manitobain,

> Les dispositions du présent Accord, sauf l'article 8, ne s'appliquent à aucune loi ou autre mesure prise par un État d'accueil aux fins de promouvoir la réalisation de l'égalité sur son territoire, ou conçue pour protéger ou reconnaître les droits de personnes ou catégories de personnes désavantagées par une discrimination de longue date sur son territoire, à condition que ladite loi ou autre mesure, soit compatible avec les exigences de l'article 19[461].

L'IIDD justifie l'adoption de cette exception par sa potentialité à permettre aux pays d'accueil à mettre en œuvre des politiques économiques visant à soutenir l'élimination de la discrimination à l'encontre des peuples autochtones dans un grand nombre de pays[462].

L'Afrique du Sud offre une bonne illustration des difficultés réglementaires en matière des investissements que les PED peuvent rencontrer pour redresser les inégalités économiques au sein de leurs diverses communautés raciales et en tenir compte[463]. Dans les années 1990, ce pays a mis sur pied la politique du *Black Economic Empowerment* pour redresser les inégalités économiques, entre Noirs et Blancs, héritées de la période d'apartheid[464]. Il a alors adopté *The Mineral and Petroleum Resources Development Act (MPRDA)* pour mettre en application cette politique qui visait à promouvoir la participation et l'intégration des populations majoritairement noires historiquement désavantagées (PHD) dans le tissu économique national[465].

Cette législation confère à l'État tous les droits dans les secteurs minier et pétrolier et lui permet d'octroyer des licences d'exploitation aux entreprises qui se conforment aux objectifs de ladite politique[466]. Certains de ces objectifs concernent :

---

l'IIDD bénéficie de leur soutien financier, ainsi que de financements apportés par d'autres États, des organismes des Nations Unies, des fondations et le secteur privé, en ligne: IIDD< http://www.iisd.org/pdf/enviro trade_handbook_fr.pdf>.

[461] IIDD, Commentaire art 51(a), en ligne : IIDD< http://www.iisd.org/pdf/envirotrade_handbook_fr.pdf>.

[462] *Ibid* art 51.

[463] *Ibid*.

[464] Voir Rencontre nationale avec le peuple d'Afrique du Sud, « Black Economic Empowerment, discrimination positive » (17 janvier 2009), en ligne: RENAPAS <http://renapas.rezo.net/article.php3?id_article=269>.

[465] Voir Luke Eric Peterson, « European Mining Investors Mount Arbitration Over South African Black Empowerment » (2007) IISD Investment Treaty News Investment, en ligne: IIDD <http://www.iisd.org/pdf/2007/itn_feb14_2007 .pdf> [Peterson, « European Mining Investors »].

[466] *Ibid*.

> le développement des ressources humaines dont notamment l'équité du recrutement, le développement des compétences, l'Empowerment direct dont la participation au capital, le positionnements hiérarchique (% administrateurs et cadres supérieurs) et l'Empowerment indirect qui prévoit la Politique préférentielle de passation de marchés en faveur des fournisseurs des populations historiquement défavorisées ainsi que l'investissement dans les entreprises des populations historiquement défavorisées par le biais de prise de participation et compagnonnage[467].

L'accord établi avec le secteur privé pour mettre en œuvre cette politique prévoit l'obligation, pour les entreprises de tous les secteurs économiques, de mettre en place des réglementations internes prévoyant les mesures à mettre en application pour atteindre ces objectifs du *Black Economic Empowerment*[468].

Cette politique a été la cible d'attaque des investisseurs étrangers devant le CIRDI en 2007[469]. Ces investisseurs prétendaient que le gouvernement sud-africain avait violé des dispositions de ses TBI avec l'Italie et le Benelux[470]. De plus, ils alléguaient qu'ils avaient été privés du traitement juste et équitable en les obligeant à engager des PHD et à leur céder 26 % de leurs investissements[471].

À l'occasion de cette réclamation, abandonnée quelque temps après, l'Afrique du Sud a réalisé sa vulnérabilité à protéger son intérêt général dans les TBI. Elle a alors entrepris un réexamen de ses accords pour en déterminer la portée sur ses intérêts[472].

---

[467] Habchi Laetitia, « Les chartes sectorielles du Black Economic Empowerment : Une transition en douceur? » (2004) 2:210 Afrique Contemporaine109 aux pp109-17.
[468] Voir Peterson, « European Mining Investors », *supra* note 465.
[469] *Voir l'affaire Piero Foresti, Laura de Carli and others c Republic of South Africa, Affaire* CIRDI no ARB (AF)/07/1).
[470] Voir IIDD, « Tribunal Prepares for Amici curiae in Miners' Dispute with South Africa » (2008) IISD Investment treaty news, en ligne: IISD <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2008/10/21/tribunal-prepares-for-amici-curiae-in-miners-dispute-with-south-africa.aspx>.
[471] Voir *Ibid*.
[472] Dans la situation de l'Afrique du Sud, Klaaren et Schneiderman ont recommandé que « *South Africa include only state-state dispute resolution mechanisms and omit dispute mechanisms to which investors have had direct access* »(Voir Jonathan Klaaren et David Schneiderman, « Investor-State Arbitration and SA's Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review », Working Paper, 10 août 2009 à la p 2, en ligne: University of Witwatersland <http://www.wits.ac.za/academic/clm/law/centres) clinics research/mandelainstitute/11050/working_paper_series.html>:

Cet exemple montre la difficulté de concilier les interventions réglementaires tendant à corriger les inégalités en opérant par exemple un partage équitable des ressources avec les obligations issues des accords d'investissement. La liberté normative que cette exception est censée conférer aux États n'est donc pas acquise par avance.

Nous sommes d'avis que l'exception pour inégalités économiques constitue une possibilité d'accorder de la place à l'intérêt général poursuivi par les PED dans la mesure où elle favorise une répartition inclusive des fruits de l'investissement étranger. Cependant, comme le démontre l'exemple sud-africain, c'est un outil dont l'efficacité dépend de la capacité à évaluer la conformité des mesures envisagées aux engagements internationaux contractés dans les TBI, et les PED sont nombreux à manquer cette aptitude. Les préoccupations de développement économique qui justifient cette exception sont aussi derrière l'inclusion de l'exception culturelle dans certains TBI[473].

B.2 : Exception culturelle

Cette exception figure dans l'accord de libre-échange Chine-Pérou[474]. Ces deux pays excluent le traitement NPF en se réservant le droit « d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié […] à des industries culturelles liées à la production de livres, revues,

[473] Voir *Accord de libre-échange*, Canada-Chili, 5 décembre 1996, (entrée en vigueur : 5 juillet 1997), art B-01, art O-06 relatives aux industries culturelles et Annexe O-06, en ligne: Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx?lang=fra> [*Accord de libre-échange*, Canada-Chili]; *Accord de libre –échange*, Canada-Israël, 1er janvier 1997, art 10.5, en ligne : Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ agr-acc/israel/index.aspx?lang=fra>; *Accord de libre-échange*, Canada-Costa-Rica, (entrée en vigueur : 1er novembre 2002), art xiv.6, en ligne : Gouvernement du Canada, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/costarica/index. aspx?lang=fra>.

[474] *Accord* Chine-Pérou, *supra* 484 art 131. Traduction tirée de CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, *supra* note 436 à la p 51.

périodiques, journaux imprimés ou électroniques et partitions musicales »[475]. L'article 2006 de l'ALENA explicite davantage les activités rattachées à l'industrie culturelle en précisant que l'exception culturelle couvre toute personne qui se livre à l'une ou à l'autre des activités suivantes :

> a) La publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications, b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo, c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo, d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine, ou e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite[476].

L'insertion de l'exception culturelle dans les TBI participe de la volonté des pays d'accueil d'intégrer les politiques culturelles dans les stratégies de développement économique[477]. C'est ainsi que la France a cherché et obtenu l'exclusion de l'audiovisuel des négociations de l'accord de libre-échange avec les États-Unis. La France avait menacé d'opposer son veto politique aux négociations[478]. L'exclusion de l'audiovisuel du mandat de négociation de la Commission européenne dans ses discussions futures avec les États-Unis permettra aux pays membres de l'Union de continuer à aider financièrement et par des quotas de diffusion les industries de la production musicale et cinématographique[479]. Par cette exception, l'Union européenne pourrait

---

[475] *Ibid* « les Parties se réservent le droit d'adopter ou de maintenir une mesure qui accorde un traitement différencié : À des industries culturelles liées à la production de livres, revues, périodiques, journaux imprimés ou électroniques et partitions musicales », Traduction tirée de CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, *supra* note 436 à la p 51.

[476] *Accord de libre-échange nord-américain*, Canada, États-Unis et Mexique, 17 décembre 1992, R T Can 1994 no 2, 32 ILM 289, (entrée en vigueur : 1er janvier 1994), art 2006 [ALENA].

[477] Voir Chimène Keitner, *L'UNESCO et la question de la diversité culturelle : bilan et stratégies, 1946-2000* :
Paris, Division des politiques culturelles et du dialogue interculturel, UNESCO, 2004.

[478] En ligne : France 24 <http://www.france24.com/fr/20130615-accords-libre-echange-etats-unis-europe-paris-parvient-preserver-expection-culturelle-audiovisuel-commerce>.

[479] Voir France 24, dépêche, « Libre-échange : l'exception culturelle française reconnue » (15 juin 2003), en ligne: France 24 <http://www.france24.com/fr/20130615-accords-libre-echange-etats-unis-europe-paris-parvient-preserver

sauvegarder ses intérêts économiques dans un secteur qui compte environ un million d'emplois[480]. C'est donc une exception qui vise à sauvegarder un secteur culturel hautement stratégique pour le développement économique. On peut donc soutenir qu'au-delà du domaine artistique, la culture joue un rôle important dans « l'économie, l'innovation technologique, la vie privée et […] dans le développement en général »[481].

Les liens entre la culture et le développement ont été au menu des discussions en 1999 lors de la table ronde des ministres de la Culture organisée à l'occasion de la 30e session de la Conférence générale de l'UNESCO, où l'un des sujets débattus portait sur « la contribution de plus en plus importante que la création peut apporter au développement économique, notamment grâce à l'essor des industries culturelles »[482]. Cette table ronde a été le moment de souligner la spécificité des produits culturels en affirmant que « tous les biens et services culturels et audiovisuels méritent un traitement particulier, dans la perspective des négociations commerciales internationales, car ils sont le reflet des diverses identités culturelles »[483].

En mettant en évidence l'importance de la culture dans le développement économique, Bernier affirme qu'une raison « de considérer la diversité culturelle comme un facteur de développement économique réside dans le fait que le patrimoine d'une communauté ainsi que sa production culturelle constituent un actif important – un capital culturel si l'on veut – qui peut être utilisé pour créer de l'emploi, générer des revenus et mobiliser les citoyens »[484].

-expe ction-culturelle-audiovisuel-commerce>.

[480] Voir *Ibid*.

[481] Voir *Ibid.*

[482] UNESCO, en ligne: UNESCO <http://www.unesco.org/culture/development/highlights/activities/html_fr/round table3.htm>.

[483] UNESCO, Conférence générale, « La culture et la créativité face à la mondialisation », Paris, 30 C/INF.39, 30e session, 13 novembre 1999.

[484] Ivan Bernier, « Les pays en développement et le projet de convention internationale sur la diversité culturelle », Chronique 4, en ligne: Diversité culturelle <http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/ chro nique03-06.pdf>.

Maheu s'inscrit dans cette ligne de pensée lorsqu'il affirme que « le centre de gravité de la notion de développement s'est ainsi déplacé de l'économique vers le social et nous en sommes arrivés au point où cette évolution débouche sur le culturel »[485].

Cette exception aide à préserver l'apport de la créativité culturelle au développement économique, en permettant aux pays de soustraire la culture au danger de l'uniformisation qui conduirait à l'inhibition de la créativité et de l'innovation dont les spécificités culturelles et identitaires constituent des fonds d'inspiration[486]. La Conférence de Stockholm sur les politiques culturelles pour le développement soutenait que « l'une des fonctions des politiques culturelles c'est d'assurer l'espace nécessaire à l'épanouissement des capacités créatrices »[487]. Afin d'éviter que les difficultés de préservation de la diversité culturelle compromettent « les possibilités d'épanouissement de la créativité et, en fin de compte, le développement économique »,[488] l'UNESCO suggère d'exploiter les produits culturels pour des raisons économiques pour autant que ladite exploitation tienne compte « des impératifs éthiques, d'équité et de justice »[489]. Au vu des risques d'acculturation et de l'érosion identitaires que présenterait la libéralisation sans limites dans le secteur de la culture, on considère que :

> les biens et services culturels […] ne sont pas comparables à d'autres marchandises et services. C'est pourquoi ils méritent un traitement différent ou exceptionnel qui les protège de la standardisation commerciale […] Cela implique logiquement, au minimum, un traitement, lui aussi « différend », à l'intérieur des Accords qui régissent le commerce

[485] René Maheu tel que cité dans Ivan Bernier, « Document de réflexion sur : Mondialisation de l'économie et diversité culturelle: les arguments en faveur de la préservation de la diversité culturelle » à la p 25 (12 décembre 2000), Deuxième Concertation intergouvernementale sur le thème de la promotion de la diversité culturelle, en ligne : francophonie < http : //www. Franco phonie.org / IMG / pdf/Mondialisation _ economie_et_div_cult.pdf>.

[486] Filipek met en évidence le danger de l'uniformisation culturelle en soulignant: « *the unchecked importation of foreign-produced television programs would risk acculturation and the erosion of national identity, values and identities* » (voir Jon Filipek, « European Quotas: The Controversy over the European Community's Broadcasting Policy », (1992)28 Stan JInt'l L 323 à la p 351).

[487] UNESCO, en ligne: UNESCO <http://www.unesco.org/culture/development/ highlights/background /html_fr/ index_fr.htm>.

[488] *Ibid*.

[489] UNESCO, *Culture, commerce et mondialisation, Questions et réponses*, Paris, Éditions UNESCO, 2000 à la p 68.

> international ainsi que la possibilité de mettre en place un cadre réglementaire efficace et définir les politiques gouvernementales culturelles qui permettent de promouvoir et de renforcer la production des industries culturelles[490].

Somme toute, cette exception permet de sauvegarder la culture qui est une source du développement économique. Cependant, son usage soulève des inquiétudes en raison de la difficulté à délimiter la notion même de culture[491]. Sa signification (culture) « est assez vague, et si l'on voulait déterminer précisément quels sont les critères de démarcation de la culture […], il est garanti que l'on s'égarerait »[492]. Par voie de conséquence, « la détermination de la nature des biens culturels est fondamentalement handicapée par l'introuvable définition de la culture »[493].

Au regard de cette difficulté conceptuelle, l'efficacité de l'exception culturelle pour protéger l'intérêt général dépend de l'interprétation qu'en feraient les tribunaux arbitraux en cas de différend. Si l'exception est interprétée restrictivement, son rôle protecteur diminue et l'avantage de flexibilité qu'elle est censée conférer aux États s'éloigne[494].

Malgré la potentialité de ces exceptions à permettre aux PED de prendre en compte l'intérêt général[495], certains commentaires soutiennent qu'elles peuvent nuire aux efforts d'attirer les investissements qui génèrent des capitaux dont les PED ont besoin[496]. On leur reproche par

---

[490] *Ibid* à la p 44; Mayer- Laurence Robitaille, *Le statut juridique des biens et services culturels dans les Accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2008; Voir Kern, Alexander et Mads Tonnesson Andenæs, dir, *The World Trade Organization and Trade in Services*, Boston, Martinus Nijhoff, 2008 à la p 854 : « *a cultural product, service or industry reflect, reinforce or shape a nation's values and tradition* ».

[491] Grawitz et Leca relatent les difficultés de définition de la culture en ces termes: « [p]résent, mais insaisissable, le concept de culture […] est une invention théorique de l'anthropologie assez rebelle aux critères des définitions juridiques » (voir Madeilene Grawitz et Jean Leca, *Traité de sciences politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985 à la p 260).

[492] Bernard Baertschi, « Quel patriotisme à l'âge de la mondialisation? » (2003) 47Archives de philosophie du droit 121 aux pp 126-27.

[493] Voir aussi Nébila Mezghani et Marie Cornu, *Intérêt culturel et mondialisation : Les aspects internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2004 à la p 234.

[494] Carmody estime notamment que « *exceptions, being difficult to implement and interpreted restrictively appear to be inadequate tools to safeguard culture in living, expansive manner* » (Voir Chi Carmody aux pp 309-10 tel que cité dans Patrick F J Macrory, Arthur F Appleton et Michael G Plummer, *The World Trade Organization: Legal economic, and political analysis*, USA, Springer, 2005 à la p 4232).

[495] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 520.

[496] Selon Burke-White, « [*I*]*n an ever more globalized world in which the very kinds of exceptional circumstances covered by NPM clauses—financial crises, terrorist threats, and public health emergencies—are all too common, NPM clauses fundamentally limit the legal regime protecting foreign investors* » (Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra*

ailleurs d'affaiblir les obligations des TBI et de diminuer leur rôle régulateur des comportements des États vis-à-vis des investisseurs étrangers[497]. Cependant, les quelques décisions déjà rendues dans les conflits contre l'Argentine où les exceptions ont été soulevées comme moyens de défense ne semblent pas valider pour le moment la thèse de l'affaiblissement[498].

En dernière analyse, on peut affirmer que l'inclusion des exceptions augmente la flexibilité normative de prendre en considération la dimension « développement », mais que tout dépend de la maitrise que l'on a du langage des TBI et de leur interaction avec les autres politiques et réglementations au plan interne. Aussi, la pratique des exceptions est très peu courante dans les accords d'investissement[499]. Selon les données de la CNUCED, sur plus de 3000 accords internationaux sur l'investissement, très peu contiennent des exceptions générales[500]. Burke-White et von Standen soulignent cette rareté des exceptions en observant qu'elles apparaissent dans au moins 200 accords internationaux d'investissement et que la majorité d'entre elles sont relatives aux obligations spécifiques de traitement national ou aux exceptions spécifiques sur les intérêts sécuritaires essentiels, l'ordre public, ou la taxation[501]. Toutes ces données d'analyse

---

note 442 à la p314);Voir Kenneth J Vandevelde, « Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs » (1993)11 11 Int'l Tax & Bus Law 159[Vandevelde, « Of Politics and Markets »].

[497] Voir Vandevelde, « Of Politics and Markets », *supra* note 521; Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p316 et s.

[498] *Sur l'impact des exceptions sur la protection des investissements,* voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442.

[499] Voir UNCTAD, *Recent developments*, *supra* note 246.

[500] *Ibid*. Le peu d'accord qui contiennent les exceptions générales suivent le modèle d'exception de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Voir GATT de 1994, 1867 UNTS 187, 33 ILM 1153 art XX :

> Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :a) nécessaires à la protection de la moralité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; […] g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales.

[501] Burke-White et Von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 aux pp311 et s.

nous poussent à soutenir que la prise en compte de l'intérêt général au moyen des exceptions est très limitée dans les dispositions des accords d'investissement.

Conclusion du chapitre 2

Tout au long de ce chapitre, nous avons démontré le traitement que les instruments normatifs relatifs aux investissements ont réservé aux préoccupations de développement économique des PED. Notre étude a fait ressortir que les résolutions 1803, 3201(S-VI) *sur l'instauration du nouvel ordre économique international*, 3202(S-VI) sur le *programme d'action du nouvel ordre économique international* et 3281 (XXIX) sur *la Charte des droits et des devoirs économiques* élaborées dans le cadre de l'ONU avaient pour prétention de prendre en considération les intérêts économiques des PED. Ces divers textes ont ainsi consacré le droit, pour les PED, de réglementer les activités des investisseurs étrangers et la souveraineté sur leurs ressources naturelles. Seulement, la mise en œuvre de ces droits a eu une portée limitée sur la protection des intérêts économiques des PED en raison du manque d'expertise requise dans la conception des normes d'investissement et de la dépendance économique qui ont empêché ces pays à assurer l'effectivité de ces normes onusiennes.

Les camouflets que les PD ont imposé aux tentatives des PED de changer l'ordre économique international n'auguraient pas une entrée en force de ces pays dans l'univers des TBI. Ils ont adhéré passivement aux modèles de TBI que les PD ont spécifiquement conçus pour faire échec aux déclarations et résolutions onusiennes auxquels ils reprochaient de légaliser le relâchement de la protection juridique des investissements étrangers. Cette adhésion aux TBI, sans analyse

profonde, traduit la difficulté de ces pays à négocier des dispositions compatibles à leur intérêt général[502].

Ce manque de capacité est dommageable d'autant que par l'entremise des préambules, des réserves et des exceptions, ces accords offrent une opportunité d'accroitre la marge de manœuvre pour réglementer restrictivement certains domaines ou certaines matières présentant un intérêt vital pour le développement économique.

Par ailleurs, l'absence de clarté et le niveau de complexité du langage de ces clauses limitent leur efficacité dans la prise en compte de l'intérêt général. Moins précis le langage est, moins prévisible l'interprétation sera. En outre, une exception, une réserve et un préambule efficaces se formulent après l'analyse de l'importance stratégique des matières ou secteurs d'activités dont l'État d'accueil veut s'assurer le contrôle. Or, cet exercice est inextricablement lié à la capacité de comprendre le contenu de TBI qui se complexifie et se diversifie avec le temps; entraînant ainsi de nouveaux défis surtout pour les PED[503].

Conclusion de la première partie

Cette première partie a défini la notion d'intérêt général dans une perspective de l'arbitrage d'investissement tout en la situant par rapport à ces notions voisines d'intérêt public, de bien commun et d'intérêts particuliers. Ainsi avons-nous retenu que la notion d'intérêt général se compose des valeurs ou objectifs dont l'observation ou la réalisation vise à satisfaire tous les

[502] Genady a souligné que la négociation d'un TBI, dans le cas des États-Unis et les pays d'Amérique latine, n'est pas une discussion entre des États souverainement égaux. Garcia assimile ces négociations à un intense séminaire de formation conduit par les États-Unis, sous les conditions des États-Unis sur les ajustements à prendre en considération pour se conformer au modèle des États-Unis, (Genady, *supra* note 52 aux pp 534-36); Garcia *supra* note 52 à la p 316.

[503] On peut prendre pour exemple la naissance des questions connexes à l'investissement, au développement, au commerce, aux droits de la personne, etc.

membres de la société[504]. Étant donné que l'étude se fait sous le prisme de l'arbitrage du CIRDI, nous avons démontré que dans l'arbitrage d'investissement, les objectifs dont les PED poursuivent sont d'ordre économique et que l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement concerne essentiellement la recherche du développement économique. À travers l'analyse des motivations de la *Convention de Washington* et le rôle de la BM qui parraine le Centre d'arbitrage CIRDI, notre étude a démontré que les préoccupations économiques constituent les motivations essentielles de l'adhésion des PED aux TBI et par conséquent de l'acceptation de l'arbitrage d'investissement. Sur ce, nous avons examiné le rôle des TBI dans la stimulation des investissements vu que la contribution au développement que les PED attendent des investisseurs étrangers provient des flux d'investissement dont les accords d'investissement sont les premiers véhicules. Des analyses que nous avons faites, il s'avère que les TBI constituent un élément parmi tant d'autres qui attirent les investissements étrangers et que d'autres efforts sont indispensables pour conclure des TBI et stimuler plus d'investissements qui ne mettent pas en péril l'intérêt général[505].

Après ces considérations qui ont permis de jeter la lumière sur la nature de l'intérêt général des PED dans l'arbitrage d'investissement, l'étude a examiné sa prise en compte dans les TBI. Dans une perspective d'évolution juridique, l'étude a d'abord démontré que les préoccupations de développement économique étaient au centre des instruments juridiques sur l'investissement international que l'ONU a développés dans le cadre des revendications des PED de la souveraineté sur leurs ressources naturelles. Se servant de ce cadre normatif onusien, l'étude a montré que ce sont les préoccupations économiques qui ont été à l'origine la

[504] Voir Toupictionnaire, *supra* note 100.
[505] Pour les efforts à faire en vue d'accroitre la protection de l'intéret general des PED, voir nos recommandantions au chapitre 4.

Résolution 1803[506].Celle-ci affirmait que tout État a « le droit inaliénable de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles conformément à ses intérêts nationaux et dans le respect de l'indépendance économique des États »[507]. Cette souveraineté avait pour corollaire d'autoriser les PED à imposer des limitations aux droits et aux biens des étrangers[508]. Bien que les PED aient acquis ce droit de réglementer les activités des investisseurs étrangers et de contrôler l'usage de ressources naturelles, ils ne sont pas parvenus à imposer leur vision du droit international aux PD. Leur adhésion aux TBI qui reproduisaient, et c'est toujours le cas, le droit international auquel ils reprochaient de légitimer la conquête[509] et la dépossession[510] contrastait avec les idéaux de changement de l'ordre juridique dont ils étaient porteurs.

Pour notre part, ces TBI consacrent une place d'exception aux préoccupations de développement économique. Leur prise en considération se fait habituellement par leur insertion dans les exceptions, dans les réserves et dans les préambules alors que les dispositions substantielles des TBI mettent l'accent sur les droits des investisseurs étrangers. À cette prise en compte réduite, s'ajoute le fait que peu d'accords sur les milliers en existence comportent des dispositions relatives aux exceptions de sécurité par exemple. C'est au regard de toutes ces observations que nous estimons que les TBI n'assurent pas suffisamment la prise en compte de l'intérêt général. Notre étude soutient par ailleurs que les PED manquent l'expertise technique requise pour négocier des clauses des TBI favorables à leurs besoins de développement économique. Ils adhèrent aux TBI dont le canevas est déjà tracé dans les modèles que leur proposent les PD et

[506] *Résolution 1803*, *supra* note 1.
[507] *Ibid*.
[508] Beng fait remarquer que « les PED invoqueront ultérieurement ce texte et le principe de souveraineté qu'il mentionne comme base légale de leur droit à nationaliser les investissements privés étrangers réalisés dans l'exploitation desdites ressources » (Beng, *supra* note 356 à la p 511).
[509] Anghie, *supra* note 313 à la p 219 .
[510] Voir Falk, *supra* note 336 à la p 34.

lorsqu'ils concluent des accords entre eux, ils imitent, dans bon nombre de cas, les mêmes modèles sans analyse profonde de leur impact sur leur intérêt général.

Deuxième partie : le sort de l'intérêt général

Introduction

Dans le cadre de notre étude qui considère que l'intérêt général revient à la contribution au développement que les PED attendent des investisseurs étrangers, la notion d'investissement revêt une importance capitale. Ainsi, nous examinons la notion d'investissement à la lumière de l'intérêt général des PED (chapitre 3). C'est ainsi que nous analysons les pratiques étatiques, de la doctrine et celles des institutions à vocation économique pour identifier les faiblesses de conceptualisation de cette notion. En nous appuyant sur l'examen de la jurisprudence CIRDI sur les contestations relatives à l'existence d'un investissement, nous démontrons les interprétations inconstantes et l'absence de consensus qui caractérisent la compréhension de la notion d'investissement.

Il s'avère que les difficultés conceptuelles dans la définition du concept d'investissement dans les pratiques étatiques (TBI), le silence de la *Convention de Washington* à ce sujet et les interprétations imprévisibles de cette notion dans la jurisprudence CIRDI sont source d'insécurité juridique qui fragilise la protection de l'intérêt général des PED.

Notre examen du sort de l'intérêt général dans les TBI est aussi conduit sous l'analyse des exceptions de sécurité dans les TBI (chapitre 4). Nous retraçons l'évolution de ces exceptions

pour démontrer que leur but est de permettre aux parties aux accords de se réserver une marge de manœuvre pour intervenir réglementairement en cas de survenance des situations graves et imprévisibles. L'analyse de leur champ de couverture permet d'évaluer leur portée au regard de la flexibilité normative qu'elles peuvent offrir aux États parties aux accords. Mais cet examen permet aussi d'identifier les objectifs admissibles qui justifient les mesures que les États peuvent prendre au titre de cette exception de sécurité pour sauvegarder leur intérêt général. Nous démontrons que la marge de manoeuvre que confèrent ces exceptions de sécurité pour assurer la préservation de l'intérêt général dépend de leur formulation, mais aussi des spécificités de chaque accord. Nous nous servons des contestations que les investisseurs étrangers ont lancées devant le CIRDI contre l'Argentine pour contester les mesures de normalisation économique et politique à la suite de la crise économique et financière de 2001/2002. De la lecture des arbitrages contre les mesures anticrise argentines, les tribunaux arbitraux du CIRDI ont parfois utilisé des critères stricts pour contrôler les interventions réglementaires donnant parfois l'impression de substituer leurs choix à ceux des autorités argentines.

Pour corriger les faiblesses des TBI et atténuer les interprétations divergentes que font les tribunaux arbitraux de leurs dispositions, nous proposons des pistes pour une meilleure prise en compte de l'intérêt général (chapitre 5). Cette Étude préconise alors deux approches pour améliorer la protection de l'intérêt général. L'une des approches est institutionnelle; et l'autre juridique. L'approche institutionnelle vise à renforcer la capacité des institutions des PED pour accroitre leur compétence en termes d'expertise technique requise pour appréhender la portée des dispositions des TBI et mettre en place des normes d'investissement qui reflètent leurs objectifs de développement économique. S'agissant de l'approche juridique, elle vise à accroitre la flexibilité des PED pour réglementer les activités économiques des investisseurs étrangers. Le

premier volet de cette approche concerne l'introduction des normes de RSE dans les TBI. Ces normes sont de toute évidence non contraignante. Mais comme nous le démontrons ci-dessus (section 2 chapitre 5), elles peuvent contribuer dans l'interprétation des dispositions des traités et permettre au droit des investissements de tenir compte de la volonté des parties.

Le deuxième volet propose de restreindre la portée du concept d'investissement en vue de limiter les interprétations extensives des tribunaux arbitraux et limiter le risque pour les PED de protéger des opérations qui ne contribuent pas au développement économique. Les restrictions que nous proposons consistent à exclure les investissements de portefeuille et les opérations commerciales de la portée des investissements ainsi qu'à attribuer à la notion d'investissement une définition limitée au moyen d'une liste fermée d'actifs constitutifs d'un investissement.

Comme troisième volet de cette approche juridique, nous recommandons d'utiliser la marge d'appréciation comme norme de contrôle des interventions étatiques au niveau des arbitrages d'investissement. Cette norme permettrait d'accroitre la flexibilité des interventions réglementaires, car dans son essence, son usage cherche à laisser au pays qui prend les mesures d'apprécier leur opportunité et leur nécessité.

Chapitre 3 : Intérêt général: Protection tributaire de l'encadrement de la notion «investissement»

Introduction

Selon un rapport du Parlement européen, l'investissement est considéré comme un des termes clés qui ont besoin de clarification si les États veulent protéger de façon équilibrée l'intérêt privé et l'intérêt général[511]. Cette observation est particulièrement justifiée dans le cadre de cette étude en ce qu'elle traduit le lien entre l'investissement et les préoccupations d'intérêt général (section 1).

Les opérations d'investissement constituent le véhicule de la coopération économique internationale, qui est l'un des piliers du développement économique[512]. Dans cette logique, la contribution au développement que les PED attendent des investissements étrangers[513] est intimement liée aux activités économiques ayant le statut d'investissements protégés. La compréhension du concept d'investissement commande alors la protection de l'intérêt général dans la mesure où elle permet de mieux délimiter les opérations éligibles à la protection et qui sont susceptibles de contribuer au développement[514].

---

[511] Voir European Parliament International Trade Committee, communiqué, « EU Investment Policy Needs to Balance Investor Protection and Public Regulation, says International Trade Committee » (17 mars 2011), en ligne : Parlement européen </News/www.europarl.europa.eu>).

[512] Voir *Convention de Washington, supra* note 35, préambule.

[513] L'*Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, France-Algérie, souligne la préoccupation économique de ces deux parties en déclarant: « Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et […] que l'encouragement et la protection de ces investissements contribuent à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique [...] » (*Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, France-Algérie, 13 février 1993, (entrée en vigueur : 27 juin 2000) , en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration. com/document.
aspx?id=ipn28399>).

[514] Cette nécessité de comprehension des contours de la notion d'investissement ressort aussi des préoccupations de du parlement européen qui estime que « *Since the EU Treaties do not explicitly define "foreign direct investment", the committee also stresses the need for a "clear definition of the investments to be protected," and insists that "speculative forms of investment, as defined*

Le concept d'investissement fournit ainsi un cadre juridique approprié pour étudier la protection de l'intérêt général des PED qui, rappelons-le, se ramène à la recherche du développement économique par l'entremise de l'investissement étranger. Pour se prévaloir de la protection qu'offre la *Convention de Washington* et accéder à son mécanisme d'arbitrage d'investissement, un investisseur étranger doit posséder un investissement[515]. Cette exigence ressort de l'article 25(1) de cette Convention qui soumet la compétence du CIRDI à l'existence d'un « différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement »[516]. Le concept d'investissement constitue par conséquent le soubassement autour duquel sont bâtis la *Convention de Washington* et l'arbitrage d'investissement du CIRDI[517]. C'est un concept pivot sans la maitrise duquel il apparait difficile à concilier les exigences de protection des investisseurs étrangers et l'intérêt général des PED[518].

En dépit de cette importance, la notion d'investissement continue à susciter des controverses quant à sa conceptualisation. Le défi consiste à concilier les définitions de ce concept dans les TBI avec la condition objective[519] d'existence d'investissement qui dérive de l'article 25(1) de la *Convention de Washington*[520]. Au fait, cette Convention ne définit pas la notion

---

by the Commission, shall not be protected » (Voir European Parliament International Trade Committee, communiqué, « EU Investment Policy Needs to Balance Investor Protection and Public Regulation, says International Trade Committee » (17 mars 2011), en ligne : Parlement européen </News/www.europarl.europa.eu>).

[515] Voir Schreuer, *The ICSID Convention,* 2e éd, *supra* note 182 à la p 82; *Autopista Concesionada de Venezuela c le Venezuela*, (2001) 16 ICSID Rev 469, Affaire CIRDI no ARB/00/5, Décision sur la compétence, (27 septembre 2001) au para 96; *Convention de Washington, supra* note 35 art 25(1)

[516] *Convention de Washington, supra* note 35 art 25(1).

[517] Voir Monebhurrum, « L'utilisation », *supra* note 405 à la p 2.

[518] Voir Barton Legum, « Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim? », Communication présentée au Symposium co-organisé par le CIRDI, l'OCDE et la CNUCED, Paris, 12 décembre 2005: « *I can say with confidence that the definition of "investor" and "investment" is the key to making the most of international investment agreements.Why is it the key?* », en ligne: OCDE<http://www.oecd.org/dataoecd/51/10/36370461.pdf>.

[519] Krishan met l'accent sur cette condition objective en estimant que « *the term investment in article 25 has an independent meaning to that ascribed by the parties to the arbitration. The term sets the "outer limits" of Article 25: Transactions falling outside those limits are not ICSID investments notwithstanding any agreement between the parties* » (Voir D Krishan, « A notion of ICSID investment » (2009) 6 Transnational Dispute Managment 1 aux pp5-6: [Krishan]).

[520] *Convention de Washington, supra* note 35 art 25(1).

d'investissement[521]. Le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage a repris la même condition d'existence d'investissement, mais il n'a pas non plus défini ce concept[522]. Cette absence de définition dans la *Convention de Washington* et les interprétations divergentes des définitions de la notion d'investissement issues des TBI au sein de l'arbitrage CIRDI précarisent la protection de l'intérêt général (section 2).

Section 1 : examen de la notion d'investissement à l'aune des préoccupations d'intérêt général

Au sein des TBI, deux grandes tendances de définitions émergent. La première tendance définit la notion à partir du concept d'entreprise et la deuxième articule la définition sur la notion d'actifs[523]. En plus des TBI, la doctrine ainsi que les institutions internationales à vocation financière et économique ont contribué à la conceptualisation de cette notion d'investissement. Cette étude passe en revue la conception de cette notion dans le cadre des instruments relatifs aux investissements (& 1) et en dehors du cadre conventionnel pour mieux appréhender sa portée sur la protection de l'intérêt général (& 2).

Paragraphe 1 : Notion d'investissement dans les instruments relatifs aux investissements

Sous cette rubrique, l'étude examine d'abord la définition de la notion d'investissement dans les TBI (A). Elle analysera ensuite cette notion à l'aune de la *Convention de Washington* (B).

A. Notion d'investissement dans les TBI

Nous explorons d'abord la définition fondée sur la notion d'entreprise qui est couramment adoptée dans les accords d'investissement que les PED ont signés avec le Canada. À ce sujet,

[521] Voir nos développements sur l'absence de définition de la notion d'investissement au paragraphe 2 de cette section.
[522] Voir *supra* note 149.
[523] La CNUCED confirme que «[*t*]*raditionally, IIAs either contain broad, asset-based or narrow, enterprise-based definitions of investment, with the large majority (especially BITs and FTAs) adopting the former* » (voir UNCTAD, *World Investment Report: The Shift towards Services*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/WIR/2004 (2004) à la p 255).

certains auteurs rapportent que la définition du concept d'investissement fondée sur l'entreprise aurait été utilisée pour la première fois dans l'accord de libre-échange Canada et États-Unis d'Amérique[524]. Nous analyserons ensuite la définition fondée sur les actifs qui est la plus fréquemment adoptée dans les TBI entre PED et dont nous nous servirons principalement pour examiner les préoccupations de ces pays relativement à la protection de leur intérêt général.

A.1. Définition fondée sur l'entreprise

L'accord de libre-échange Canada-Chili définit l'entreprise comme « toute entité privée ou publique, constituée ou organisée légalement à des fins lucratives ou non, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, coentreprise, ou autre association »[525]. Cet Accord dispose que l'investissement s'entend[526] :

> a) d'une entreprise; b) d'un titre de participation d'une entreprise; c) d'un titre de créance d'une entreprise (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un titre de créance d'une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle; d) d'un prêt à une entreprise (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un prêt à une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle; e) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise; f) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d); g) des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales; et h) des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise;

[524] Voir Nieuwenhuys Eva Constant *et* Marcel Brus, dir, *Multilateral Regulation* of *Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 2001à la p 196; *Accord de libre-échange*, Canada et États-Unis, 2 janvier 1988. Notons que cet accord a été remplacé par l'ALENA.
[525] *Accord de libre-échange*, Canada-Chili, *supra* note 473.
[526] *Ibid* art G40.

> *mais ne s'entend pas*[527] : i) des créances découlant uniquement (i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie, ou (ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou j) de toute autre créance ne se rapportant pas à des avoirs des types visés aux alinéas a) à h); ou k) s'agissant des « prêts » et des « titres de créance » visés aux alinéas c) et d) dans leur application aux investisseurs de l'autre Partie et à leurs investissements dans des institutions financières sur le territoire de la Partie, (i) d'un prêt ou d'un titre de créance établi par une institution financière qui n'est pas considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située, (ii) d'un prêt consenti ou d'un titre de créance possédé par une institution financière, autre qu'un prêt ou un titre de créance visé au sous-alinéa (i), et (iii) d'un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État d'une Partie ou d'un titre de créance établi par une Partie ou par une entreprise d'État d'une Partie [nos italiques][528].

En même temps que cette définition établit une liste exhaustive de ce qui constitue un investissement, elle donne des indications sur les actifs qui n'en font pas partie. L'énumération des éléments qui sont exclus de la catégorie des investissements protégés est introduite par la formule « mais ne s'entend pas […] »[529]. On retrouve aussi cette définition basée sur l'entreprise dans l'ALENA[530].

Cette définition centrée sur l'entreprise est moins fréquente et la majorité des TBI recourent à la définition de l'investissement fondée sur les actifs.

A.2. Définition fondée sur les actifs

L'étude présente la configuration de cette définition avant d'en décortiquer les éléments constitutifs et leurs ramifications sur l'intérêt général.

[527] Cette formule est fréquente dans les TBI qui définissent l'investissement en se basant sur l'entreprise. Voir par exemple ALENA, *supra* note 476 art 1139.
[528] *Accord de libre-échange*, Canada et Chili, *supra* note 498 art G40.
[529] *Ibid*.
[530] *ALENA*, *supra* note 476 art 1139.

A.2. 1. Configuration de la définition

Comme le remarque Gilles, les accords d'investissement liant les PED entre eux apportent peu d'innovations dans la définition de la notion d'investissement[531]. Ils reproduisent, sauf quelques rares exceptions, les modèles de TBI des PD et conséquemment leur définition de cette notion[532].

Les définitions fondées sur les actifs suivent, malgré l'existence de légères différences de formulations, cet exemple de l'accord Algérie-Mali que nous utilisons dans cette analyse. Au regard de la définition de cette notion d'investissement, cet accord prévoit :

> 1) Le terme « investissement » désigne des avoirs tels que les biens, droits de toutes natures et tout élément d'actif quelconque en lien avec une activité économique et, plus particulièrement, mais non exclusivement : a) les biens meubles et immeubles et tous autres droits y relatifs tels qu'hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues; b) les actions, parts sociales, titres et obligations ou toute autre forme de participation dans une société; c) les créances et droits à toutes prestations contractuelles ayant valeur financière; d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles ou maquettes industrielles, les procédés techniques, les noms déposés, le savoir-faire et la clientèle; e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un accord, notamment les concessions relatives à la prospection, l'extraction, ou l'exploitation de ressources naturelles. 1.1. Ces investissements sont ceux effectués conformément à la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle ils sont effectués. 1.2. Les investissements de nationaux ou sociétés d'une partie contractante effectués sur le territoire de l'autre partie contractante, avant l'entrée en vigueur du présent accord, ne peuvent bénéficier des dispositions de celui-ci qu'après leur mise en conformité avec la législation relative aux investissements étrangers de la dernière partie contractante en vigueur à la date de signature du présent accord. 1.3. Toute modification de la forme d'investissement des avoirs et actifs ci-dessus, n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification soit conforme à

[531] Anne Gilles, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012 aux pp 99-100 [Gilles].
[532] Malik, *supra* note 22 aux pp.1-5.

la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé[533].

Cette définition comporte des éléments tels la partie énumérative, l'élément légal, la protection du réinvestissement, la modification juridique et l'élément de territorialité. Nous analysons tour à tour la portée de ces éléments sur l'intérêt général en commençant par la détermination de la nature, c'est-à-dire la catégorie (économique, comptable, fiscale) à laquelle se rangent les 5 séries d'actifs couramment énumérées dans les définitions fondées sur la notion d'actif.

A.2.2. Éléments de la définition de l'investissement et leur portée sur la protection de l'intérêt général

L'examen de la nature des catégories d'actifs habituellement énumérées dans la définition de l'investissement précédera celui de la portée des autres éléments constitutifs ci-haut mentionnés.

A.2.2.1 Nature des 5 catégories d'actifs habituellement énumérés dans la définition de l'investissement

Le concept d'investissement change de signification selon le domaine ou même le contexte dans lequel il est employé. Cette rubrique décortique donc les matières dont sont issus les différents actifs qui sont habituellement sériés en 5 catégories dans la définition de l'investissement. Ce concept recouvre des aspects économiques, financiers et comptables qui sont difficiles à cerner. Cette difficulté constitue une source de confusion dans la recherche du sens de la notion d'investissement[534].

[533] Accord Algérie-Mali, *supra* note 54 art 1.

[534] Voir Sandrine Clavel et Yves Derains, « La définition de l'investissement, Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement? » Dossier d'orientation, Journée d'étude du 27 mars 2013, en ligne: Conventions < http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf>[Clavel et Derains].

En commençant par l'aspect économique du concept d'investissement dans le système CIRDI, Krishan explique que la phrase de l'article 25(1) *en relation directe avec un investissement* [nos italiques] est certes une exigence pour la compétence du tribunal, mais qu'elle figure aussi dans la Convention pour souligner le mandat à caractère économique de la BM qui se consacre à la problématique du développement économique de ses pays membres[535]. Gopal avance que l'inclusion de cette phrase visait à « *justify the connection of the ICSID convention to the World Bank. At the outset, the Centre was to have an administrative link to the Bank* […] »[536]. Pour souligner la nature économique de ce concept, Delaume mentionne qu'« à cette notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature […] »[537]. Muller confirme ce caractère économique du concept en affirmant que « cette notion dynamique de l'investissement reste un phénomène essentiellement économique. Elle présente des formes multiples et demeure soumise à une évolution constante et rapide d'où la difficulté pour les juristes de délimiter le concept d'investissement »[538].

Dans ce sens économique, Pradel définit l'investissement comme étant «l'opération, due généralement à l'intervention active d'un agent humain, qui a pour objectif de créer un capital, c'est à dire un bien durable procurant des satisfactions différées»[539]. Cependant, l'investissement

[535] Pour souligner le lien entre la mandat à caractère économique de la BM et les activités couvertes par l'arbitrage CIRDI, Krishan explique que (« *the phrase was indispensable because without such limitation, the World Bank Executive directors were acting ultra vires when formulating the ICSID convention since their mandate extended only to economic matters and not general matters[…]* » (Krishan, *supra* note 519 à la p 5).
[536] *Ibid* à la p 3.

[537] Emmanuel Gaillard, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » dans Jean-Marc Sorel, dir, *Le droit international économique à l'aube du XXÎ siècle n° 21, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, coll Cahiers internationaux, Paris, Pedone, 2009,17 à la p 20[Gaillard, « Reconnaître ou définir? »].
[538] Daniel Muller, « L'investissement étranger : Tentative d'identification » dans Patrick Daillier, dir, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Édition pedone, 2004, 645 à la p 649.
[539] Pierre-Marie PRADEL, L'épargne et l'investissement, Paris, PUF, 1961, aux pp 7-8.

tend à « revêtir des formes de plus en plus variées, de plus en plus éloignées de ce qui était son contenu traditionnel, c'est-à-dire l'achat d'un bien d'équipement par un entrepreneur »[540]. Il faut donc comprendre cette dimension économique pour évaluer la portée de la définition sur l'intérêt général. Par exemple, Sasson affirme que si la notion d'investissement dans les TBI inclut le concept de propriété, les tribunaux pourraient prendre en considération deux aspects à savoir la nature économique de l'activité et les droits qui lui sont dérivés[541]. Dans cette ligne de pensée, Douglas a indiqué que « *an investment, in order to qualify for investment treaty protection must incorporate certain legal and economic characteristics* »[542]. Presque toutes les définitions incorporent ce sens économique. Par exemple, la dimension économique dans la définition de l'investissement de l'accord Algérie-Mali se caractérise par les actifs énumérés dans la catégorie a). Celle-ci cite les biens meubles et immeubles et tous autres droits y relatifs tels qu'hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues[543].

Dans son aspect comptable, le concept d'investissement renvoie à une « [d] épense effectuée par l'entité en vue d'acquérir, de construire, de développer, de mettre en valeur ou d'améliorer une immobilisation qui lui procurera des avantages au cours d'un certain nombre d'exercices »[544]. Dans ce sens, l'investissement englobe plusieurs opérations notamment celles qui sont

[540] Yann Gaillard et Guy Thuillier, « Qu'est-ce qu'un investissement? » (1968) 19: 4 Revue Économique 607 à la p 607 [Gaillard et Thuillier].
[541] Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration : The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Netherlands, Kluwer Law International, 2010 à la p 31.
[542] Zackary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2009 à la p 163.
[543] *Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1; Voir aussi l'*Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements* entre la Suisse et l'Algérie qui dispose: « Le terme «investissements» englobe toutes les catégories d'avoirs et en particulier:(a) la propriété de biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits réels, tels que les hypothèques et autres gages immobiliers et mobiliers, les servitudes, les usufruits, ainsi que les droits analogues » (*Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, Suisse-Algérie, 30 novembre 2004, (entrée en vigueur : 15 août 2005), art 1 (2) (a), en ligne: Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28409>.
[544] Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique*, en ligne: OQLF<http:// www.oqlf.gouv.qc.ca/ressources/gdt.html>.

énumérées aux catégories d) et e) de l'accord Algérie-Mali[545]. La catégorie d) regroupe les opérations suivantes : les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles ou maquettes industrielles, les procédés techniques, les noms déposés, le savoir-faire et la clientèle. Les actifs de la catégorie e) comprennent : les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un accord, notamment les concessions relatives à la prospection, l'extraction, ou l'exploitation de ressources naturelles relèvent aussi de l'aspect comptable[546].

Dans sa dimension financière, le concept d'investissement inclut « *the purchase of bonds, stocks or real estate property* »[547]. En recourant encore à l'accord Algérie-Mali, les actifs qui revêtent l'aspect financier sont énumérés dans la catégorie b) qui comprend les éléments suivants[548]: des actions, parts sociales et toutes autres formes de participation directe ou indirecte, même minoritaire, dans le capital de sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes. Les autres éléments qui constituent cet aspect financier sont : les droits de créance et tous les autres droits concernant des prestations ayant une valeur économique[549].

Le fait de savoir qu'un élément relève de l'un ou l'autre aspect constitue à notre avis un point de départ pour en examiner les implications sur l'intérêt général et partant l'étendue de la protection que l'on peut garantir aux diverses opérations inventoriées dans la définition sur l'investissement. Or, il n'est pas aisé de déterminer si une opération visée relève de telle ou telle autre discipline. Parfois les concepts multidisciplinaires changent de signification en fonction du

[545] *Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1.
[546] *Ibid.*
[547] Investopedia: « *In the financial sense investments include the purchase of bonds, stocks or real estate property* », en ligne: <Investopedia http://www.investopedia.com/terms/i/investment.asp#axzz2CawTylgD>.
[548] *Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1.
[549] *Accord concernant la promotion et la protection des investissements*, Burkina Faso-Ghana, 18 mai 2001, art 1(1) (3), en ligne< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28701>.

contexte et la maitrise d'une notion dans une matière donnée aide à sa compréhension lorsqu'elle est transposée dans une autre discipline.

A.2.2.2. Autres éléments de la définition de l'investissement et leurs ramifications sur la protection de l'intérêt général

Nous aborderons successivement la partie énumérative, l'élément légal, la protection du réinvestissement, la modification juridique et l'élément de territorialité.

A.2.2.2.1. Énumération illimitée des actifs

L'élément « Énumération illimitée des actifs » est introduit par la portion de phrase « [l] e terme "investissement" désigne des avoirs tels que […] et, plus particulièrement, mais non exclusivement »[550] ou l'investissement inclut « tout type d'actif » ou encore « tout type d'intérêt économique […] » [551] suivi de l'énumération, en 5 catégories, des actifs considérés comme des investissements.

Ces formulations laissent « entendre que l'expression *investissement* englobe tout ce qui a une valeur économique, pratiquement sans limitation » [nos italiques][552]. Ce langage suggère que la liste des actifs à protéger n'est pas exhaustive. Ladite énumération l'est donc à titre indicatif. Ainsi, « les actifs de "tout type" sont inclus, même s'ils ne relèvent d'aucune des cinq catégories susvisées »[553]. Ces formules ne permettent pas de discriminer les activités ou avoirs de l'investisseur qui échappent à la qualification d'investissement. La notion d'investissement

[550] *Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1.
[551] Cette formulation permet d'éviter d'avoir à distinguer entre « actif » et « intérêt » et est sans doute encore plus général (voir CNUCED, *Portée des définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2010/2 (2011) à la p38 [CNUCED, *Portée des définitions*]).
[552] *Ibid* à la p 38.
[553] *Ibid* à la p 39.

devient alors presque insaisissable par défaut de délimitation. Les interprétations divergentes de ces définitions sont donc intrinsèques à leurs pauvres formulations[554]

De l'analyse de « l'élément énumération illimitée des actifs », il s'avère que la définition de l'investissement est infiniment ouverte et qu'on peut tout y inclure. En définitive, on pourrait dire qu'en l'absence de toute limite, l'énumération des actifs qui y est faite « dépasse de loin la notion juridique de l'investissement international, pour recouvrir toutes les formes possibles des biens étrangers »[555]. Cette définition élastique comporte des conséquences sur la protection de l'intérêt général des PED. Elle dilue la notion d'investissement et la prive par conséquent de spécificités puisqu'elle la confond à tout[556].

En effet, nous avons, dans nos développements antérieurs, indiqué que la protection a un coût [557]. Pour s'apprêter à l'assumer, les PED doivent évaluer les retombées potentielles de l'investissement à protéger sur leur développement économique. Or, cette évaluation dépend de la maitrise du concept d'investissement. C'est là où cette définition qui assimile presque tout à un investissement ne permet pas d'appréhender ce concept.

A.2.2.2.2 clause de conformité

La clause de conformité se rapporte à l'exigence selon laquelle un investissement valide est celui qui est conforme aux lois nationales du pays d'accueil[558]. Pour des raisons d'opérationnalité, les pays traduisent leurs politiques de développement dans leurs réglementations nationales. Donc,

[554] Voir nos développements sur l'interprétation de la définition d'investissement à la section 2 de ce chapitre.
[555] Patrick Juillard, « Investissements privés » (1984) 30 AFDI 744 à la p 784 [Juillard, « Investissements »].
[556] Voir Clavel et Derains, *supra* note 534.
[557] Voir les développements à ce sujet au chapitre 1 à la section 1 de la première partie.
[558] Dans *Accord Algérie-Mali*, l'élément légal est configuré comme suit : « Ces investissements sont ceux effectués conformément à la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle ils sont effectués » (*Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1(1) (1)); *Railroad development Corporation c Guatemala*, Affaire CIRDI no ARB/07/23, 2e décision sur l'objection (18 mai 2010) au para 140 [*Railroad development Corporation*].

un investissement effectué au mépris de ce cadre légal présente le danger de ne pas répondre aux priorités et orientations du pays d'accueil en termes de développement économique et ne jouit pas de la protection[559].

C'est dans ce sens que pour le tribunal arbitral, dans l'affaire *RDC c Guatemala*, cet élément légal était une condition de validité de l'investissement sous le droit interne[560]. Le tribunal dans l'affaire *Anderson c Costa-Rica* a souligné sans ambages l'importance de cette clause de conformité et sa portée sur l'intérêt général[561]. Dans sa décision de rejet de compétence, il a affirmé que l'investissement avait été fait en contravention avec la réglementation nationale du pays d'accueil[562]. En substance, le tribunal a indiqué que la formule « conformément aux lois et règlements de la partie contractante » englobe les politiques publiques et les pratiques en matière d'investissement[563]. Revenant sur l'importance de cet élément vis-à-vis de l'intérêt général, le tribunal a affirmé que « *[…] The assurance of legality with respect to investments has important, indeed crucial, consequences for the public welfare and economic well-being of any country* »[564].

L'étendue de ce rôle s'analyse comme suit :

> Inclure la clause [de conformité] dans la définition de l'investissement des TBI conduit à un paradoxe : d'une part la loi de l'État hôte devient un point de référence quant à l'étendue de la compétence du Tribunal. Dans cette fonction la loi de l'État d'accueil peut limiter la portée de l'examen juridique par le Tribunal. D'autre part, la loi de l'État hôte est souvent l'objet même de l'examen juridique par le Tribunal, qui doit déterminer si le

[559] Dans l'affaire *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c Philippines*, le tribunal a observé que : « *[t]he [bilateral investment treaty ("BIT")] is, to be sure, an international instrument, but its Articles [. . .] effect a renvoi to national law, a mechanism which is hardly unusual in treaties [. . .]A failure to comply with the national law to which a treaty refers will have an international legal effect* » (*Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide v. Republic of the Philipines*, Affaire CIRDI no ARB/03/25, Sentence 16 /08/ 2007au para 394)[*Fraport AG Frankfurt*].
[560] *Ibid*.
[561] *Alasdair Ross Anderson and others c le Costa Rica*, Affaire CIRDI no ARB(AF)/07/3, Sentence (19 mai 2010).
[562] *Ibid* au para 53.
[563] *Ibid* au para 58.
[564] *Ibid* au para 53.

> droit de l'État hôte et de son application conduit à des violations du TBI. Par conséquent, le droit de l'État d'accueil devient à la fois le critère et l'objet de l'examen[565].

Le recours à cette clause de conformité reflète diverses pratiques au niveau des États et des tribunaux arbitraux du CIRDI.

A.2.2.2.2.1 : Les pratiques étatiques

La pratique d'inclusion des clauses de conformité au droit local tend à se généraliser dans les récents TBI[566]. Le droit du pays d'accueil occupe un rôle central dans la détermination de la protection avec cette pratique d'inclusion de la clause dans la définition. Dans l'affaire *Tokios Tokelės c Ukraine*, le tribunal a affirmé la présence grandissante de cette clause en déclarant : « *[t]he requirement in Article 1(1) of the Ukraine-Lithuania BIT that investments be made in compliance with the laws and regulations of the host state is a common requirement in modern BITs* »[567]. La configuration de la clause varie d'un traité à l'autre même si l'objectif poursuivi est similaire; c'est-à-dire l'exclusion de la protection des investissements qui ne respectent pas les lois et réglementations du pays d'accueil[568]. Les TBI des PED recourent à diverses formules pour exprimer cette exigence de légalité[569]. Mais, la formule fréquemment utilisée est celle qui prévoit que les investissements valides sont ceux qui sont effectués « conformément aux lois et

[565] Ursula Kriebaum, « Investment Arbitration : Illegal Investment » dans Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Arbitration Yearbook 2010, (C.H.Beck, Stämpfli & Manz 2010) 307 à la p 308.

[566] Voir en général Christina Knahr, « *Investments in Accordance with Host State Law* » (2007) 4 TDM no 5 [Knahr]; Andrea Carlevaris, « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction ofInternational Tribunals » (2008) 9 The Journal of World Investment and Trade 35.

[567] *Tokios Tokelės c Ukraine*, Affaire CIRDI no ARB/02/18, Décision sur la Compétence (29 avril 2004) au 84.

[568] Voir *Salini*, *supra* note 217 au para 46.

[569] Voir l'*Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements* entre le Burkina Faso et la Guinée prévoit : « ces investissements doivent être effectués selon les lois et les règlements en vigueur dans le pays hôte » (voir *Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements*, Burkina Faso-Guinée, 25 mars 2003 , (entrée en vigueur : 26 août 2004) art 1(1) [Accord Burkina Faso-Guinée]); *Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment*, Éthiopie-Soudan, 7 mars 2000, (entrée en vigueur : 15 mai 2001) art 1(a), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28956>[*Accord Éthiopie-Soudan*]; *Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Éthiopie-Tunisie, 14 décembre 2000, (entrée en vigueur : 2 octobre 2004) art 1(a), en ligne : Kluwer Arbitration<http:// www. Kluwer arbitration.com/document.aspx?id=ipn28957>.

règlements de la partie contractante »[570]. D'autres formulations sont plus précises et mentionnent que ces lois et règlements auxquels l'investissement se conforme sont ceux qui sont en vigueur dans le pays hôte[571]. L'emplacement de cette clause change d'un TBI à l'autre. Certains TBI incluent cette clause dans la définition de l'investissement. C'est le cas du TBI Allemagne-Philippines qui accorde la protection aux avoirs « *accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State* »[572] ou du TBI Pakistan-Turquie qui assure la protection aux investissements faits « *in conformity with the hosting Party's laws and regulations* »[573].

Une autre pratique d'inclusion des clauses de conformité consiste à les insérer dans les dispositions du TBI relatives à la promotion, à la protection ou à l'admission des investissements[574]. Par exemple le TBI Bolivie–Pays-bas prévoit en son article 2 :

> *Either Contracting Party shall, within the framework of its law and regulations, promote economic cooperation through the protection in its territory of investments of nationals of the other Contracting Party. Subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations, each Contracting Party shall admit such investments.*

Dans cette ligne de pensée, certains TBI exigent que l'investissement soit seulement conforme aux lois d'accueil au moment de sa réalisation[575]. Les formulations des TBI varient à tel point

---

[570] Voir *Accord sur la promotion et la protection des investissements*, Égypte-Sénégal, 5 mars 1998, art1, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Egyp>.
[571] Voir *Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Burkina Faso-Mauritanie, 18 mai 2001, art 1(e) : « Ces investissements doivent être effectués selon les lois et règlements en vigueur dans le pays hôte ».
[572] *Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Allemagne-Philippines, 18 avril 1997, 2108 UNTS 19, art 1 [TBI Allemagne-Philippines].
[573] *Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, Pakistan-Turquie, 16 mars 1995, art 2.
[574] Voir Christina Knahr, « Investments In Accordance with Host State Law » dans International Investment Law In Context, August Reinisch & Christina Knahr eds., 2008, 27 à la p 27.
[575] Voir *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c Ghana* (2010), Affaire CIRDI no ARB/07/24, Sentence, (18 juin 2010) au para 127 [Gustav F W Hamester]:

que certains d'entre eux exigent seulement la conformité aux lois nationales du pays d'accueil régissant les investissements[576]. Ainsi, l'effet de la clause sur la protection de l'intérêt général dépend de sa formulation. En guise de synthèse, les clauses de conformité interviennent pour examiner la façon dont l'investissement a été établi tout comme la conduite des activités. Ces clauses touchent seulement la légalité de l'investissement et non sa définition[577]. Par ailleurs, l'emplacement de ces clauses dans les TBI ne semble pas jouer une influence sur leur interprétation par les tribunaux[578]. Par ailleurs, il y a des TBI qui ne contiennent pas des clauses de conformité. Mais comme nous le démontrons ci-dessous, cette absence ne signifierait pas que les investissements réalisés en contravention de la loi nationale bénéficient d'une protection[579].

A.2.2.2.2.2 : Les pratiques des tribunaux arbitraux

Les pratiques des tribunaux au regard de l'interprétation de la clause de conformité au droit local figurant dans les TBI peuvent être analysées à la lumière des sentences arbitrales rendues dans les affaires où le TBI contenait expressément la clause de conformité. Cependant, la démarche des tribunaux arbitraux du CIRDI qui se sont prononcés sur la question de conformité en l'absence de la clause y relative dans le TBI mérite une discussion.

Article 10 legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal's jurisdiction [. . .] Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue [. . .]. As the tribunal in Hamester added, [l]egality in the subsequent life or performance of the investment . . . may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT.

[576] Voir *Saba Fakes c la Turquie*, Affaire CIRDI no ARB/07/20, Sentence, (14 juillet 2010) au para 119 [*Saba Fakes*].

[577] Voir *Salini*, *supra* note 217 au para 46.

[578] Voir Andrea Carlevaris, « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals » (2008) 9 The Journal of World Investment and Trade 48.

[579] Voir dans cette section les pratiques arbitrales en l'absence de clause de conformité.

A.2.2.2.2.2.1. Les pratiques des tribunaux dans les TBI incluant la clause de conformité

Dans l'affaire *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c Philippines*, le tribunal a d'abord affirmé que le TBI exige explicitement que pour être éligible à la protection, un investissement doit se conformer au droit du pays d'accueil[580]. En se basant sur cette position, les arbitres ont affirmé que l'investisseur « avait sciemment et volontairement contourné la loi "*Anti-Dummy*", une législation nationale limitant la capacité d'un investisseur étranger à intervenir dans la gestion, l'exploitation, l'administration ou le contrôle d'un service public des Philippines »[581]. Le tribunal en a alors tiré la conclusion que le demandeur ne pouvait pas se prévaloir d'avoir fait un investissement conformément à la loi et qu'il manquait par conséquent de compétence *rationae materiae*[582].

Le tribunal dans l'affaire *Desert Line c Yémen* a reconnu que cette clause exclut de la protection les investissements « faits en violation des principes fondamentaux de droits de l'État hôte, par exemple, au moyen de déclarations frauduleuses ou de la dissimulation de véritable propriétaire »[583]. Comme l'a affirmé le tribunal arbitral dans l'affaire *Fakes c Turquie*, un traité d'investissement qui comporte cette clause exige que les tribunaux du CIRDI soient seulement

[580] *Fraport AG Frankfurt, supra* note 559 au para 398; TBI Allemagne-Philippines, supra note 572, art. 1.
[581] Voir *Fraport AG Frankfurt, supra* 559 au para 401.
[582] *Ibid*. Rappelons cependant que la sentence *Fraport* a été annulée au motif que le demandeur n'a pas bénéficié du droit d'être entendu sur certains éléments de preuve intervenus après la clôture des procédures (*Fraport AG Frankfurt,* Affaire CIRDI no ARB/03/25,décision d' annulation (23 décembre 2010) aux para 219-247[*Fraport AG Frankfurt,décision d'annulation*]. Tout compte fait, cette annulation ne remettait pas en cause les conclusions du tribunal au regard de l'interprétation du tribunal de la disposition sur la clause de conformité figurant dans le TBI ou la constatation selon laquelle le demandeur avait contrevenu au droit des Philippines en faisant son investissement au para 112.
[583] *Desert Line Projects LLC c Yémen*, Affaire CIRDI no ARB/05/17, Sentence (6 février 2008) au para 104–05; Voir *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c/République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI no ARB/05/3, Décision sur la compétence, (12 juillet 2006) au para83(iii) [*L.E.S.I. S.p.A.*] (« [L] a mention que fait le texte à la conformité aux lois et règlements en vigueur ne constitue pas une reconnaissance formelle de la notion d'investissement telle que la comprend le droit algérien de manière restrictive, mais selon une formule classique et parfaitement justifiée, l'exclusion de la protection pour tous les investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur. »).

compétents à connaitre des réclamations dont les investissements sont conformes aux lois du pays d'accueil[584].

En définitive, le but de cette disposition sur la légalité est d'empêcher le TBI de protéger des investissements qui n'auraient pas dû l'être en raison de leur illégalité[585]. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana S.L. c El Salvador* a décliné sa compétence au motif que l'investissement en cause avait été fait en violation avec les lois et les réglementations du pays d'accueil. Les arbitres ont examiné le langage du TBI et ses travaux préparatoires avant de conclure : « *the will of the parties to the [El Salvador-Spain] BIT was to exclude from the scope of application and protection of the Agreement disputes originating from investments which were not made in accordance with the laws of the host State* »[586]. Dans cette affaire, le tribunal relève que le demandeur s'est frauduleusement présenté dans un processus d'appel d'offres pour des marchés publics. En conséquence, il a déterminé qu'il n'avait pas compétence pour statuer sur la réclamation parce que l'investissement de *Inceysa* ne répondait pas à l'exigence de légalité contenue dans le TBI[587]. Pour motiver son raisonnement juridique, le tribunal a puisé d'abord sa justification en droit international[588]. Premièrement, il observe: « *the BIT, as valid law in El Salvador, is the primary and special legislation this Tribunal must analyze to determine whether Inceysa's investment was made in accordance with the legal system of that Nation* »[589]. En examinant la conformité de l'investissement au regard du TBI, le tribunal trouve que ce dernier

[584] *Saba Fakes*, *supra* note 576 au 115.
[585] *Salini*, *supra* note 217 au para 46: « *the obligation upon the host State to admit an investment by a foreign investor (i.e., in the present context, to allow the purchase of shares in a local company) only arises if the purchase is made in compliance with its laws* ».
[586] *Inceysa Vallisoletana, S.L. c Salvador, Affaire CIRDI no* ARB/03/26, Sentence (2/8/2006) au para 195 et au para 208 (« *The Tribunal having decided that the consent given by the Kingdom of Spain and the Republic of El Salvador excludes investments not made in accordance with the laws of the host State, it must determine whether the investment that generated the dispute raised before it was made in accordance with the laws of . . . El Salvador, and in order to determine thereafter whether this Tribunal is competent or not to hear the dispute submitted to it* ») [*Inceysa Vallisoletana*].
[587] *Ibid* au para 335.
[588] *Ibid* aux para 224-27
[589] *Ibid* au para 219-20.

« *does not contain substantive rules that permit a determination whether Inceysa's investment was made in accordance with the law of El Salvador* »,[590] mais, que la référence dans l'accord aux « *generally recognized rules and principles of International Law* »[591] lui permet de se pencher sur ces principes pour examiner si l'investissement était légalement créé. C'est cette gymnastique intellectuelle qui a conduit le tribunal à déterminer que l'investisseur avait violé le principe de bonne foi[592], selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude[593], la politique internationale publique et l'interdiction d'enrichissement illégal ou sans cause[594]. Certains commentateurs estiment que cet exercice du tribunal n'était pas indispensable et qu'il pouvait arriver à la même conclusion en constatant que la passation des marchés de l'investissement par des moyens frauduleux violait le droit interne salvadorien contre la fraude et qu'en tant que tel, il était exclu de la protection du TBI[595].

Dans l'affaire *Alasdair Ross Anderson et al. c Costa Rica*, le tribunal a rejeté les allégations des requérants sur la base que l'investissement en question ne cadrait pas avec la loi[596]. Dans cette affaire, 137 ressortissants canadiens avaient déposé des plaintes contre le Costa Rica pour des violations alléguées du TBI Canada-Costa Rica pour leur investissement réalisé par le biais des frères Villalobos qui avaient participé dans une opération de change. Le TBI entre le Canada et le Costa Rica définit le concept d'investissement comme :

> Avoirs de toute nature détenus ou contrôlés directement ou indirectement par une entreprise ou une personne physique d'un État tiers, par un investisseur d'une Partie

[590] *Ibid* au para 223.
[591] *Ibid* au para 224.
[592] *Ibid* aux para 220-244.
[593] *Ibid* aux para 253-257.
[594] *Ibid* au para 223.
[595] Voir Rahim Moloo and Alex Khachaturian, « The Compliance With The Law Requirement In International Investment Law » (2011) 34:6 Fordham International Law Journal 1473 à la p 1480[Moloo].
[596] *Alasdair Ross Anderson and others c le Costa Rica*, Affaire CIRDI no ARB(AF)/07/3, Sentence, (19 mai 2010)[*Alasdair Ross Anderson*].

> contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante en conformité avec les lois de cette dernière [. . .][597].

Le tribunal a conclu que les frères Villalobos avaient violé la loi organique de la Banque centrale du Costa Rica en s'engageant dans des opérations d'intermédiation financière sans autorisation[598]. Pour le tribunal, « *the transaction by which the Claimants obtained ownership of their assets [. . .] did not comply with the requirements of the [law;] [. . .] The Claimants did not own their investment in accordance with the laws of Costa Rica* »[599]. Par conséquent, les arbitres ont estimé qu'ils étaient « *without jurisdiction to hear and decide the Claimants » claims* »[600]. Pour arriver à cette conclusion, le tribunal a souligné que « *Costa Rica, indeed any country, has a fundamental interest in securing respect for its law* »[601]. Le tribunal a fait un commentaire qui éclaire sur la prudence que devrait avoir un investisseur pour assurer la légalité de son investissement. En substance, il a souligné:

> *prudent investment practice requires that any investor exercise due diligence before committing funds to any particular investment proposal […] "[a]n important element of such due diligence is for investors to assure themselves that their investments comply with the law," which the tribunal found was "neither overly onerous nor unreasonable*[602].

Des jurisprudences *Anderson*, *Fraport* et *Inceysa*, il ressort que les tribunaux maintiennent que si un TBI exige expressément la conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil, la volonté des parties était de protéger les seuls investissements couverts par le TBI[603]. Tout compte fait, on doit éviter de généraliser cette interprétation, car la clause peut soulever certaines

[597] *Ibid* au para 46.
[598] *Ibid* au para para 55.
[599] *Ibid* aux para 57 et 59.
[600] *Ibid*.
[601] *Ibid* au para 58.
[602] *Ibid*.
[603] Voir Moloo, *supra* note 595 à la p 1480.

questions dont la résolution est à déterminer en fonction du langage spécifique du TBI[604]. Nous pouvons retenir que pour la plupart des tribunaux examinant cette clause de conformité à la loi lorsqu'elle figure dans le TBI, ils doivent évaluer si l'investissement en question a été fait en conformité avec le droit du pays d'accueil pour exercer leur compétence et statuer sur le conflit dont ils sont saisis.

A.2.2.2.2.2.2. Pratiques des tribunaux arbitraux du CIRDI en l'absence de l'exigence de conformité au droit local dans les dispositions du TBI

Comme précédemment souligné, tous les TBI ne contiennent pas de clause de conformité. Tout compte fait, l'absence de cette disposition ne signifie pas que les investissements illégaux jouissent de la protection du TBI. En l'absence de clause de conformité, la pratique montre que les arbitres ont exploré plusieurs pistes d'interprétation. D'emblée, il convient de faire remarquer que lorsque le TBI ne contient pas expressément la clause de conformité aux lois du pays d'accueil, la question de la légalité de l'investissement n'est pas une condition de compétence du tribunal[605]. Le tribunal peut examiner s'il y a un principe général de droit qui exige tout de même de considérer la question de conformité de l'investissement au droit du pays d'accueil au stade d'examen de l'affaire au fond[606].

La décision rendue dans l'affaire *Plama Consortum Ltd. C Bulgarie* sous le traité de la Charte d'énergie fournit un bon exemple de la position des tribunaux lorsque le TBI ne comporte pas de clause de conformité[607]. Le tribunal a observé que le traité de la Charte d'énergie ne comporte

[604] Voir *Convention de Vienne*, *supra* note 399 art 31(1) qui explique que les traités doivent être interprétés selon le sens ordinaire des termes dans leur contexte à la lumière de l'objet et du but.
[605] Voir Moloo, *supra* note 595 à la p 1483.
[606] Les principes généraux de droit sont considérés comme constituant une partie du droit international.Voir Statuts de la Cour internationale de justice art 38 (1)(c); Voir en général Bin Cheng, *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*, Cambridge University Press, 1993.
[607] *Plama Consortium Limited c Bulgarie*, Affaire CIRDI no ARB/03/24, Sentence (27 août 2008)[*Plama Consortium*].

pas de disposition exigeant la conformité de l'investissement au droit du pays d'accueil[608]. Mais il devait tout de suite rappeler que l'absence d'une telle disposition ne signifiait cependant pas que la protection prévue par la Charte s'étend à toutes sortes d'investissement y compris ceux qui sont contraires au droit national ou international[609]. Pour le tribunal, le traité de la Charte de l'énergie, par son adoption, était conçu pour être appliqué et interprété en conformité avec « *generally recognized rules and principles of observance, application and interpretation of treaties [. . .]* »[610]. Le tribunal a déclaré que le refus de la protection pour les investissements réalisés en contravention avec le droit local renforçait l'objectif général du traité de la Charte d'énergie de « *strengthen[ing] the rule of law on energy issues* »[611]. Le tribunal affirme sans ambages que l'absence de la disposition sur la conformité au droit local ne l'empêchait pas à analyser la légalité de l'investissement en évaluant l'admissibilité de la réclamation du demandeur en relation avec cet investissement. Le tribunal poursuit en concluant que « *the substantive protections of the ECT cannot apply to investments that are made contrary to law* »[612]. Pour le tribunal dans l'affaire *Plama*, le droit substantiel applicable comprenait le droit international[613]. Si une compagnie a failli en ne fournissant pas les informations nécessaires pour l'obtention de l'approbation de son investissement, il peut en résulter un comportement contraire au principe de bonne foi. C'est cette conclusion que le tribunal a tiré dans l'affaire *plama* après avoir constaté que ce principe faisait parti du droit bulgare et international[614]. Conséquemment,

[608] *Ibid* au para 138.
[609] *Ibid*.
[610] *Ibid*.
[611] *Ibid* au para139.
[612] *Ibid*
[613] Voir Traité sur la Charte de l'énergie (et documents connexes) (en anglais),art 26(6) qui exige aux tribunaux d,appliquer les règles applicables et les principes de droit international, en ligne: Charte d'énergie , <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf>.
[614] *Plama Consortium*, *supra* note 607 aux para 135, 144.

le tribunal en a conclu que l'investisseur n'avait pas droit à la protection[615]. Selon Moloo, cette démarche du tribunal est cohérente avec la doctrine des mains propres qui est un principe général de droit qui devrait être appliqué dans tous les différends[616]. L'allégation sur la violation ou non du principe des mains propre est analysée à l'étape de l'examen au fond de l'affaire[617].

Dans l'affaire *Hamester c Ghana*, le tribunal a tracé la voie pour comprendre les principes généraux de droit à l'appui desquels la légalité de l'investissement doit être examinée indépendamment du langage du traité. Le tribunal a notamment souligné:

> *[A]n investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; […] if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID [International Centre for the Settlement of Investment Disputes] Convention[;] [or] if it is made in violation of the host State's law*[618].

En statuant à cette réclamation, le tribunal affirme clairement que « *[t]hese are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty* »[619]. Tout compte fait, il convient de signaler que le traité applicable dans cette affaire contenait la clause de conformité de l'investissement au droit local du pays d'accueil, mais au stade de la constitution de l'investissement. Dans l'affaire *Phoenix Action, Ltd. c Czech Republic*, le tribunal en se référant à l'affaire *Plama* a confirmé que l'exigence de conformité au droit local du pays

[615] *Ibid aux para* 135, 146
[616] Moloo, *supra* note 595; Voir Gerald Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » *dans* Recueil des cours de l'academie de droit international 119 (1957) à la p 119 qui observe que « *a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in judicio for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality-in short were provoked by it* ».
[617] Voir *Hulley Enters Ltd. (Cyprus) c Russie*, Cour permanente d'arbitrage, no AA 226, au para 435 (2009), en ligne :Italaw < http://italaw.com/documents/HELvRussianFederation- InterimAward-30Nov2009.pdf>
[618] *Gustav F W Hamester, supra* note 575 au para 123.
[619] *Ibid*.

d'accueil « *is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT »*[620]. Cependant, le TBI Israel-Czech Republic applicable dans cette affaire faisait explicitement référence au droit local.

En analysant la pratique des tribunaux arbitraux du CIRDI, la tendance majoritaire est de considérer que dans le cas de l'inclusion expresse de la clause de conformité dans le TBI, les tribunaux doivent se servir de ces accords pour examiner la légalité de l'investissement au stade de la compétence[621]. Dans l'affaire *Inceysa*, le TBI Espagne — Salvador contenait la clause sur la légalité et le tribunal a rendu sa décision en se basant sur les conditions de la compétence. En motivant son raisonnement, il a précisé :

> *because Inceysa's investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre*[622].

Lorsque la clause de conformité absente du traité, « *the only way that the investment's failure to comport with the law should serve as a bar to an investor's claims is on grounds of inadmissibility* »[623]. Dans l'affaire *Hamester*, le tribunal a souligné la prudence dont les tribunaux devraient faire pour ne pas imposer l'exigence de conformité à la phase de la compétence lorsque le TBI applicable ne comporte pas expressément cette condition[624].

A.2.2.2.3.Protection du réinvestissement

[620] *Phoenix Action, Ltd. c la Tchécoslovaquie,* Affaire CIRDI no ARB/06/5, (15 avril 2009) au para 101[*Phoenix Action*].
[621] Voir *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c le Pakistan*, Affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence, (14 novembre 2005) au para 110[*Bayindir*]; *Fraport AG Frankfurt, supra* note 559 aux para 335, 356, 398.
[622] *Inceysa Vallisoletana, supra* note 586 au para 257.
[623] Voir Moloo, *supra* note 595 à la p 1489. Pour la différence entre la competence et l'admissibilité, voir Jan Paulsson, « Jurisdiction and Admissibility » dans *Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution*, Gerald Aksen Et Al. Eds., ICC publication, 2005, 601.
[624] *Gustav F W Hamester, supra* note 575 au para 127.

Lorsqu'on parle du réinvestissement, on veut signifier l'investissement des recettes générées par l'investissement initial[625]. Plusieurs TBI entre PED prévoient que l'investissement couvre le réinvestissement[626]. Par exemple, l'accord entre le Burkina Faso et la Guinée sur la promotion et la protection réciproque des investissements protège le réinvestissement en disposant que le terme investissement désigne « tout élément d'actif quelconque, en nature ou en service, investi ou réinvesti »[627]. La protection du réinvestissement est susceptible de poser un problème articulé sur l'origine non étrangère des fonds à réinvestir. En effet, l'engagement des PED dans les TBI et dans le système d'investissement international repose sur la volonté d'attirer les flux d'investissements étrangers sur leur territoire[628]. Or, si les sommes réinvesties ne proviennent pas de l'extérieur et ont été gagnées dans le pays d'accueil, elles peuvent être perçues par les pays hôtes comme ne remplissant pas les conditions requises[629].

A.2.2.2.4. La modification juridique

La formulation de cet élément « modification juridique » varie en fonction des accords. À titre d'analyse, nous retenons la formule de l'accord Algérie-Mali dont le libellé se lit comme suit : « [t]oute modification de la forme d'investissement des avoirs et actifs ci-dessus n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification soit conforme à la

[625] Voir l'*Accord Éthiopie-Soudan* qui dispose: « *A change in the form in which assets or capitals have been invested or reinvested shall not affect their designation as "Investments" for the purpose of this Agreement* » (*Accord Éthiopie-Soudan, supra* note 569 art 1(1)).
[626] Voir CNUCED, *Portée des définitions, supra* note 551 à la p39.
[627] *Accord Burkina Faso-Guinée, supra* note 585 art1(1); L'*Accord Éthiopie-Soudan* prévoit : « *A change in the form in which assets or capitals have been invested or reinvested shall not affect their designation as "Investments" for the purpose of this Agreement* » (voir *Accord Éthiopie-Soudan, supra* note 569 art 1(1));Voir *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Maroc-Bénin, 15 juin 2004, (entrée en vigueur : 15 décembre 2007) art 1, en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28624>.
[628] Voir nos développements à la section 1 du chapitre premier de la première partie.
[629] Voir CNUCED, *Portée des définitions, supra* note 551 à la p 43.

législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé »[630]. L'effet de cette disposition est de conférer le statut d'investissement protégé aux actifs étendus, modifiés ou transformés sans qu'il soit nécessaire de les soumettre à une nouvelle procédure d'approbation. Comme l'affirme Brown et Krishan, cette clause revêt une importance particulière étant donné que beaucoup d'entreprises à capitaux étrangers changent la forme de leur investissement initial par exemple à partir d'une joint-venture pour une entreprise entièrement sous contrôle étranger[631]. Ainsi, les actifs investis originalement sous une forme restent protégés même si un changement de législation ou de situation économique et politique du pays d'accueil a pour conséquence le changement de la forme initiale. Cette clause assure ainsi que ce nouvel investissement continuera à bénéficier de la protection du TBI applicable. Comme le soutient Salacuse:

> Le but de cette clause est de veiller à ce que le traité couvre le réinvestissement du produit de l'investissement initial dans la même mesure qu'il s'applique à des actifs d'origine. Dans le même temps, des restrictions imposées par le gouvernement sur l'investissement initial, par exemple qu'elles soient limitées à un certain secteur économique, s'appliqueront également au réinvestissement [notre traduction][632].

À notre avis, ces possibilités de changement ou modification de la forme juridique renforcent l'idée que la protection de l'intérêt général des PED est soumise à leur capacité de comprendre les restructurations des investissements ainsi que leur portée juridique. Or, cette compréhension reste tout au moins à prouver surtout dans le cas des sociétés multinationales qui ont des

---

[630] *Accord Algérie-Mali*, *supra* note 54 art 1.

[631] Chester Brown, Devashish Krishan, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 1ère éd , 2013 à la page 148.

[632] Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, *supra* note 426 à la p 162; Clarisse Ribeiro, « Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty », Institute Of The Stockholm Chamber Of Commerce Arbitration à la p 63,en ligne: ICCA< http://www.arbitration icca.org/media/0/12178517157230/investments_and_ect_eg.pdf>; Voir à ce sujet Brazell qui a souligné l'importance de cet élément de modification juridique dans des situations de changement politique et économique comme celles qui sont intervenues dans l'ex union soviétique. Cette auteur estime que *This provision is essential in the face of the ongoing radical transformation of the economies and legal systems of the potential capital importing parties;" it is impossible to predict in what form investments may appear in the future* (Brazell Lorna, « Draft Energy Charter Treaty: Trade, Competition, Investment and Environment » (1994)12 J Energy & Nat Resources L 299 à la p 320.

structures très complexes et dont le régime juridique relève parfois de plusieurs ordres juridictionnels.

A.2.2.2.5. Élément de territorialité

L'élément territorialité figure dans presque tous les TBI. Il sert à opérer la délimitation spatiale du champ d'application de l'accord. L'article 2 de l'Accord Suisse-Botswana formule cet élément en ces termes : « [l'accord] est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie contractante, conformément à ses lois et règlements, par des investisseurs de l'autre Partie contractante, avant ou après son entrée en vigueur »[633]. Dans cet accord, le territoire comprend les zones maritimes adjacentes à l'État côtier pouvant exercer sur elles des droits souverains ou une juridiction conformément au droit international[634]. Autrement, les investissements qui jouissent de la protection sont ceux qui se trouvent dans l'espace territorial soumis à l'ordre juridique du pays d'accueil. En incluant la référence au territoire maritime, les TBI couvrent expressément les investissements dans le domaine de l'exploration et l'exploitation « *offshore* »[635].

Le test de territorialité est relativement facile à passer pour les investissements étrangers directs qui ont leur présence physique dans le pays d'accueil. Cependant la question de territorialité

---

[633] *Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, Confédération suisse-Botswana, 26 juin 1998, (entrée en vigueur: 13 avril 2000), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration. com/BITs.aspx?country=Botswana>.

[634] *Ibid* art 2 4); Selon l'*Accord Chine-Inde :*

> *Territory" means the territory of each Contracting Party including its territorial waters and the airspace above it and other maritime zones including the Exclusive Economic Zone and continental shelf over which the Contracting Party has sovereignty, sovereign rights or exclusive jurisdiction in accordance with its laws in force and International Law including the l982 United Nations Convention on the Law of the Sea* (*Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, Chine-Inde, 21 novembre 2006, (entré en vigueur: 1er août 2007) art 1(d), en ligne: Kluwer arbitration<http://www.kluwerarbitration.com /document.aspx?id=KLI-KA-1226109-n>).

[635] Voir Juillard, « Investissements », *supra* note 555 à la p 784.

devient complexe pour certaines formes d'investissement qui ont un caractère transnational. C'est le cas pour les contrats de fourniture de services où une partie de ceux-ci est exécutée dans un autre pays; affaiblissant ainsi le lien territorial de l'investissement avec le pays d'accueil. La qualification de ces contrats comme investissement est très controversée étant donné qu'un lien solide entre l'investissement et le pays d'accueil est justifié par les contraintes de souveraineté de l'État et le rôle de l'investissement dans le développement économique du pays d'accueil[636]. Dans les affaires *SGS*[637], les tribunaux ont décidé que les contrats de fourniture de services d'inspection et de certification des expéditions portuaires dont l'exécution se déroulait à partir des pays d'origine des marchandises importées avaient un lien territorial substantiel avec le pays d'accueil du moment que l'investisseur y avait injecté du capital à travers les dépenses et l'établissement des bureaux de liaison qui y effectuaient une partie importante du travail[638]. Cette double territorialité peut aboutir à une répartition disproportionnée de la protection de l'investissement et de la contribution de ce dernier au développement. Il serait injuste que l'un des pays soit seulement un lieu d'écoulement alors que l'autre pays abrite les infrastructures de production et bénéficie des emplois et autres retombées secondaires associées à de la présence d'un investissement. On constate ainsi que la territorialité pose, au cas où elle est partagée entre deux pays, la difficulté d'établir le seuil de territorialité requis pour qu'une opération soit qualifiée d'investissement[639].

---

[636] Voir *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c le Pakistan* (2003), 42 ILM 1290, 18 ICSID Rev 307, Affaire CIRDI no ARB/01/13, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, (6 août 2003)[*SGS c Pakistan*, Décision du tribunal sur les objections à la compétence] ; *SGS c Philippines*, Décision sur les objections sur la compétence, *supra* note 12; Angelos Dumopoulos, *EU Foreign investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011 aux pp 25 à 27.

[637] *SGS c Pakistan*, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, *supra* note 636; *SGS c Philippines*, Décision sur les objections sur la compétence, *supra* note 12.

[638] *Ibid*.

[639] Voir F Yala, « The notion of "investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS and Mihaly » (2005) 22: 2 J Int'l Arb 105 aux pp 114-20 [Yala]. Manciaux souligne les difficulties d' interpretation de ce critère en ces termes: « *But one could recall that the territoriality criterion set forth by the BIT are sometimes very loosely interpreted, such as in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines* » (Voir Sébastien Manciaux, « The

Rappelons que dans l'affaire *Abaclat* contre l'Argentine cet élément territorial a divisé les membres du tribunal arbitral, car il y a eu une opinion dissidente[640]. Pour repousser les allégations des investisseurs étrangers l'Argentine soutenait que les investissements en question n'avaient pas été faits à l'intérieur du territoire argentin comme le prévoit l'article 1 du TBI Argentine- Italie[641]. En se prononçant sur cette exigence de territorialité, les arbitres majoritaires ont précisé que « *the determination of the place of the investment[...] depends on the nature of such investment* » pour conclure que « *investment of purely financial nature" need not be "linked to a specific economic enterprise or operation taking place in the territory of the host State* »[642]. La majorité du tribunal a ramené l'importance de l'exigence de territorialité à la question de savoir si le pays d'accueil a bénéficié des fonds investis et si ces fonds ont contribué à son développement économique[643]. Pour l'opinion dissidente, le lien de territorialité est une exigence inhérente à l'article 25 de la Convention de Washington, du préambule du TBI Italie/Argentine et des dispositions de fond de ce traité[644]. Elle a soutenu que ce lien faisait défaut dans cette affaire car:

Notion of Investment: New Controversies » (2008) 9:6 Journal of World Investment & Trade 443 à la p14, n 62: [Manciaux, « The Notion »]*);* Y Shany, « Contract Claims vs. Treaty Claims : Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims » (2005) 99 AJIL 835.

[640] *Abaclat and Others c l'Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité (4 août 2011) au para 234; 341(ii), 373[*Abaclat and Others*]; Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab (on the Tribunal's Decision on Jurisdiction and Admissibility) (28 October 2011) au para 3[*Abaclat*, opinion dissidente]. (Notons que l'opinion dissidente a reproché aux arbitres majoritaires de n'avoir pas traité les questions principales et de les avoir noyées dans de détails minutieusement élaborés plutôt que de les affronter, voir *Abaclat*, opinion dissidente au para 3.

[641] *Abaclat and Others*, *supra* note 640 au para 341. (Les porteurs italiens de bons qui poursuivaient l'Argentine lui reprochaient d'avoir violé les dispositions sur le traitement juste et équitable, la protection et la sécurité intégrales, et des normes d'indemnisation de l'expropriation contenues dans le TBI, *Abaclat and Others*, *supra* note au para 840. Ces investisseurs souhaitaient obtenir du gouvernement argentin le remboursement de la valeur nominale des bons en question, des intérêts et des autres dommages, ainsi que des coûts d'arbitrage (*Ibid* au para 239;Voir aussi Anne Van Aaken, « Des clauses de flexibilité intelligentes dans les Accords internationaux d'investissement » (2013) 3:4IISD Investment Treaty News, 3 à la p 3, en ligne : IISD< http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_june_2013_fr.pdf>.)

[642] *Ibid* aux para 374-75.

[643] *Ibid* au para 374.

[644] *A territorial link or nexus is inherent in the concept of "investment" in article 25 of the ICSID Convention. The whole idea behind the Convention was to encourage the flow of private foreign investment to developing countries by offering an*

> *the financial securities instruments that constitute the alleged investment, i.e. the security entitlements in Argentinean bonds, have been sold in international financial markets, outside Argentina, with choice of law and forum selection clauses subjecting them to laws and fora foreign to Argentina. In fact, they were intentionally situated outside Argentina and out of reach of its laws and tribunals. There is no way then to say (and no legal basis for saying) that they are legally located in Argentina*[645].

Des analyses qui précèdent, force est de constater que la définition de la notion d'investissement a une portée juridique presque illimitée. Le tribunal dans l'affaire *Romak c Ouzbékistan*, conduite sous le règlement d'arbitrage de la CNDCI, a apporté une contribution qui pourrait servir de référence pour limiter les interprétations larges de la définition extensive de la notion d'investissement[646]. Le tribunal affirme d'abord : «*Le tribunal arbitral considère que le terme "investissements" visé par l'ABI a un sens spécifique (quel'investisseur ait recours à la procédure d'arbitrage du CIRDI ou de la CNUDCI) impliquant une contribution qui s'étale sur une certaine période de temps et comportant certains risques* »[647].

En abordant la notion large d'investissement, le tribunal a dégagé que « le terme "investissement" a, au regard de l'ABI, un sens intrinsèque qui implique une contribution s'étendant sur une certaine période de temps et comportant des risques »[648]. Ainsi a-t-il retenu que, l'investisseur étranger n'avait pas d'investissement au sens de l'article 1 du TBI. Celui-ci comportait la définition élastique « tout type d'actifs et en particulier…». Pour justifier sa décision de rejet de sa compétence[649], le tribunal a estimé que les droits de l'investisseur étaient énoncés dans un contrat de vente et découlait de ce contrat. Cette approche du tribunal « ne fait

---

international guarantee in the form of an alternative neutral adjudication of disputes arising out of such investment in the territory of the host States, typically subject to its laws and courts, (*Abaclat,* opinion dissidente, *supra* note 640 au para 74).

[645] *Abaclat*, opinion dissidente, *supra* note 640 aux para 76 et 78.

[646] *Romak S.A.* c *Ouzbékistan*, CPA, Affaire no AA280, Sentence, (26 novembre 2009).

[647] *Ibid* au para 207 (italiques dans l'original)[Romak].

[648] *Ibid* au para 207.

[649] *Ibid* aux para 242-43

pas encore l'unanimité, si bien que si un gouvernement tient à s'assurer qu'un tribunal tiendra compte des caractéristiques objectives d'un investissement, il a tout intérêt à les inclure dans la définition »[650].

Nous soutenons qu'il ne suffit pas de tout admettre comme investissement pour en attirer et, surtout, en profiter. La réalité demeure qu'il faut aussi développer un climat d'affaires crédible marqué par des politiques de développement cohérentes avec les engagements internationaux[651]. Autant dire que le fait que le concept d'investissement soit aussi complexe et que la *Convention de Washington* ne le définisse pas aggrave les difficultés de sa compréhension et entrave même les efforts d'évaluation de la protection à accorder à l'intérêt général.

B. Notion d'investissement dans la *Convention de Washington*

Durant les travaux préparatoires à la *Convention de Washington*, plusieurs arguments furent invoqués pour justifier l'absence de définition. On a tantôt associé cette carence de définition à l'imprécision de la notion d'investissement, tantôt on a soulevé les désaccords entre les États sur le contenu de la notion d'investissement ou encore son caractère évolutif et qu'il serait inopportun de limiter la compétence du CIRDI[652]. La lacune a été aussi justifiée par la possibilité, pour les parties à cette Convention, de décider elles-mêmes de ce qui constitue un investissement, en consentant à l'arbitrage CIRDI[653]. Nous offrons une analyse détaillée pour mettre en relief que l'absence de définition du concept d'investissement dans la *Convention de*

[650] Voir CNUCED, *Portée des définitions*, *supra* note 551à la p 46,

[651] Pollan met un accent particulier sur cette cohérence en faisant remarquer que « *[i]t is not only important for a country to aim at and attract the "right" kind of investment but also to develop complementary internal policies* » (voir Thomas Pollan, *Legal Framework for the Admission of Foreign Direct Investment,* Utrecht, Eleven International Publishing, 2006 à la p 6 [Pollan]).

[652] Voir Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement : la notion maudite du système cirdi? » (2007) 349 Gazette du Palais 33[Hamida, « La notion d'investissement »].

[653] Voir G. Delaume, « ICSID And The Transnational Financial Community » (1986) 1: 2 ICSID Rev 237 à la p 237.

Washington entretient la controverse relativement à la question de l'encadrement juridique de cette notion et fragilise par conséquent la protection de l'intérêt général.

B.1. Investissement : absence de définition dans la *Convention de Washington*

Selon l'article 25(1) de cette Convention « [l] a compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement […] »[654]. Cependant, cette Convention ne définit pas le terme « investissement ».

Au sujet de cette absence de définition, Crawford et Lee soulignent : « *It is an accepted fact that the ICSID did not define an investment …* »[655]. C'est le même son de cloche chez Sornarajah qui constate que l'article 25 de la Convention ne contient pas de définition du terme investissement, mais exige simplement que le différend soit en relation avec un investissement[656]. Par cette exigence de « différends en relation directe avec un investissement », la Convention affirme implicitement que toutes les opérations ne sont pas des investissements; ce qui explique l'existence d'une signification intrinsèque du concept d'investissement dans cet instrument juridique. D'ailleurs, certains commentaires doctrinaux sur l'absence de définition le laissent entendre. Par exemple, Reed, Paulsson et Blackaby observent que « *[t]he ICSID does not offer a specific definition of the term investment* » [nos soulignements][657]. Cohen affirme: « *article 25 of the ICSID convention requires that in order for a dispute to be arbitrable, it must arise directly out of an "investment". Unfortunately, the ICSID did not precisely set out the meaning of this*

[654] *Convention de Washington supra* note 35 art 25 (1) :
[655] James Crawford et Karen Lee, *ICSID Reports*, vol 13, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 131 au para 42.
[656] M Sornarajah,*The International Law on Foreign Investment*, 2e éd, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2004 à la p 308.
[657] Reed, Paulsson et Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, *supra* note 64 à la p 14.

central condition » [nos soulignements][658]. Nous considérons que les expressions « *specific definition* » et « *precisely* » laissent penser que les négociateurs de cette Convention avaient en vue une signification de l'investissement dont les paramètres n'ont toutefois pas été précisés. Ils n'entendaient pas considérer toute opération comme investissement éligible à la protection qu'offre le CIRDI. Schreuer confirme cette position lorsqu'il affirme que « *it was always clear that ordinary commercial transactions would not be covered by the Centre's jurisdiction no matter how far-reaching the parties' consent might be* »[659]. Dans ce même ordre d'idées, le comité d'annulation dans l'affaire *Malaysian* a déclaré: « *It appears [. . .] that use of the term 'investment' excluded a simple sale and like transient commercial transactions from the jurisdiction of the Centre* »[660].

Cette *Convention de Washington* pose le principe (un différend d'ordre juridique directement relié à un investissement). Elle laisse le pouvoir aux États parties dans les TBI ainsi qu'aux tribunaux arbitraux du CIRDI de continuer l'œuvre de définition du concept[661]. Cependant, les efforts de clarification du concept d'investissement ont de part et d'autre donné lieu à une multitude de définitions et aux interprétations divergentes du concept d'investissement. En bref, la controverse sur ce qu'est un investissement suit son cours, car les diverses conceptions concurrentes ne permettent pas de dégager une définition consensuelle de cette notion.

---

[658] Abby Cohen, « State Responsibility And Attribution:When Is A State Responsible For The Acts Of State Enterprise » dans T Weiler, dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005 à la p 52 [Cohen]; Noah Rubins, « The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration » dans Horn, Norbert et Stefan Michael Kröll, dir, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, aucun lieu Kluwer Law International 2004, 283 à la p 283[Rubins].

[659] Ch H. Schreuer, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, art 25 au para 89 [Schreuer, *The ICSID Convention* 2001].

[660] CIRDI, Comité ad hoc, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, Affaire CIRDI no ARB/05/10, décision sur la demande d'annulation, (16 avril 2009) au para 69 [CIRDI, Comité ad hoc, *Malaysian Historical*].

[661] Voir Reed, Paulsson et Blackaby pour qui, les rédacteurs de la Convention ont préféré laisser le soin aux Parties de définir ce qui constitue un investissement « *under particular circomstances* » (Reed, Paulsson et Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration, supra* note 64 à la p 15).

B.2. Comprendre les raisons de l'absence expresse de la définition

L'absence de définition dans la *Convention de Washington* ne nous semble pas rentrer dans ce que le professeur Juillard qualifie de « tendance fâcheuse du droit international à réglementer sans définir »[662]. Les parties aux négociations ont fait plusieurs tentatives pour définir la notion d'investissement. Le premier projet de la Convention CIRDI contenait une définition en son article 30 (1) libellé en ces termes : « Aux fins du présent chapitre investissement signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins 5 ans »[663]. Cette définition n'a pas été reprise dans les négociations ultérieures en raison de la durée de 5 ans jugée arbitraire et la présence des termes de « contribution » et « avoirs » aux significations juridiques incertaines[664].

Dans la suite des travaux de l'élaboration de la Convention, les négociateurs ont tenté une seconde proposition de définition qui considérait que

> le terme investissement signifie l'acquisition : (i) des droits de propriété ou droits contractuels (y compris les droits dérivant d'une concession) en vue de la création ou au cours de la gestion d'une entreprise industrielle commerciale agricole, financière ou de services; (ii) de participation à une telle entreprise ou actions d'une telle entreprise; (iii) d'obligations financières d'une entité de droit public ou privé, à l'exception des obligations se rapportant à des facilités bancaires ou de crédits à court terme[665].

Cette définition n'a pas non plus fait unanimité. Sa faiblesse principale que soulève la doctrine est qu'il lui « manquait de souffle synthétique que l'on attend d'une définition et son apparente exhaustivité semblait interdire toute prise en compte d'une éventuelle évolution du contenu de la

[662] Juillard, « Investissements », *supra* note 555 à la p775; Le tribunal dans l'affaire *Joy Mining Machinery* a réaffirmé cette absence de definition en observant:« *It is an accepted fact that the ICSID Convention did not define an investment and that this was left to the consent of the parties, expressed by means of contracts, national legislation or bilateral investment treaties, among other features* » (*Joy Mining Machinery Limited c l'Égypte,* Affaire CIRDI no ARB/03/11, Décision sur la compétence, (6 août 2004) au para 42: [*Joy Mining Machinery*, Décision sur la compétence]).

[663] Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, Washington DC 1970, vol I à la p 116 (communément appelé historique de la Convention CIRDI) [Historique *de la Convention CIRDI*].

[664] Voir Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 46.

[665] Historique *de la Convention CIRDI*, vol III, *supra* note 663 à la p 674.

notion d'investissement »[666]. Au-delà de ces désaccords persistants sur la définition de ce concept, la pomme de discorde entre les négociateurs de cette Convention était plutôt la nécessité même d'inclure ou non une définition de la notion d'investissement dans la *Convention de Washington*[667]. Ces développements montrent qu'il n'est donc pas juste de parler d'oubli ou de se contenter des justifications qui présentent « un échec par rapport aux visées initiales des concepteurs de la Convention comme le résultat d'un choix délibéré »[668]. C'est le défaut de consensus qui a bloqué l'inclusion de la définition de la notion d'investissement dans la *Convention de Washington*[669]. Le problème de conceptualisation de la définition s'est révélé comme le principal désaccord entre les partisans de l'inclusion d'une définition dans la Convention. Ils redoutaient l'extension démesurée du champ d'intervention du CIRDI qui n'aurait que « comme seule limite le consentement de l'État d'accueil, consentement difficile à refuser au regard des besoins en investissement de la plupart des États et aux conséquences qu'un refus entraînerait vis-à-vis de la communauté économique internationale »[670].

En définitive, les divergences ont abouti à une solution par défaut (ne pas inclure de définition dans la Convention) et les rédacteurs de la Convention se sont rangés derrière la position britannique qui rejetait l'inclusion d'une définition dans la Convention. Le Rapport des administrateurs de la Convention présente cette solution comme suit :

> il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme investissement compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance

[666] Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 46.
[667] Voir Gilles, *supra* note 531 à la p 60.
[668] Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 46.
[669] Cohen, *supra* note 658 à la p 52.
[670] Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 45.

> les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (art 25(4)[671].

Parmi les arguments en faveur de cette absence de définition, Delaume inclut le fait que la définition aurait eu « l'inconvénient de limiter arbitrairement la portée de la Convention en rendant impossible la soumission au C.I.R.D.I. de différends considérés par les Parties comme se rapportant à un investissement, mais ne figurant pas dans une liste préétablie »[672]. C'est pour cette raison que certains auteurs ont vu dans l'absence de cette définition la flexibilité de la Convention à accommoder les nouvelles formes d'investissement[673]. Les rédacteurs de la Convention ont estimé que

> [l] es principes généraux énoncés dans le préambule, l'emploi du terme différends relatifs aux investissements et la nécessité que le différend soit d'ordre juridique par opposition aux différends d'ordre politique, économique ou strictement d'ordre commercial, ont été jugé satisfaisant pour limiter la portée de la convention à cet égard. Les États contractants seront libres, dans le cadre de ces limites de déterminer pour chaque cas particulier les différends qu'ils soumettront au centre[674].

En plaçant cette absence de définition dans la perspective historique, on doit garder à l'esprit que le but des négociateurs était de définir un régime de protection des investissements qui traversait une période d'incertitude. Celle-ci était consécutive, rappelons-le, au rejet des PD du régime juridique d'expropriation, de nationalisation et de compensation que prônait la *Charte des droits et des devoirs économiques des États.* Les PED rejetaient à leur tour les principes de droit international chers aux PD. Ces divergences nous amènent à soutenir que les négociations de la Convention ressemblaient à une « messe » juridique pour définir les normes de protection d'une

---

[671] Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 27.

[672] Georges Delaume tel que cité dans Édouard Didier et Thierry Jacomet, *Les relations financières avec l'Étranger*, 2e éd, Juridictionnaires Joly, 1984 à la p 800 [Didier et Jacomet].

[673] Voir Cohen, *supra* note 658 à la p 52. Voir aussi Fernando R, Tesón et al, « Should Investment in the Third World Be Internationnally Protected? What Role for the United Nations? » (1985) Proceedings 79th American Society of International Law of the Annual Meeting, New York, 27 avril 1985 aux pp 378-394 à la p 379: « *The Convention [ICSID] does not define the term ''investment''This lack of definition, which was deliberate, has enabled the convention to accommodate both traditional types of investment, i.e capital contributions, and new types of investment, including service contracts and transferts of technology* ».

[674] *Historique de la Convention CIRDI*, *supra* note 663, vol III, Commentaires sous article II à la p 21.

plus grande variété d'opérations d'investissement. La logique d'une compréhension extensive de la notion d'investissement qui se dessine derrière l'absence de définition allait dans le sens de la philosophie libérale de la BM qui se propose de soutenir « *the more usefull and urgent projects large and small alike* »[675]. Nous sommes en accord avec Delaume lorsqu'il soutient qu'une définition qui limite la compétence du CIRDI quant aux opérations d'investissements couvertes aurait eu du mal à fédérer les positions des négociateurs au regard de l'hétérogénéité des positions exprimées dans les travaux préparatoires de la Convention[676].

En laissant la liberté aux pays de définir au moyen de leur consentement les opérations qu'ils veulent considérer comme investissement, la Convention a renforcé davantage la position des PD vu le manque d'expertise des PED de négocier des TBI conformes à leur intérêt général et le besoin d'attirer l'investissement étranger pour financer le développement. La définition de cette notion au sein des institutions internationales est teintée de cet esprit d'élargissement alors qu'au niveau de la doctrine les critères de sa définition sont souvent imprécis[677].

Paragraphe 2 : Notion d'investissement en dehors des instruments juridiques sur l'investissement TBI

La notion d'investissement est utilisée dans beaucoup d'institutions internationales à vocation financière et économique (B). Cette notion n'est pas non plus restée en marge de la doctrine (A). Plusieurs auteurs se sont intéressés à ce concept d'investissement pour essayer d'en déterminer le sens.

[675] *Accord relatif à la Banque Internationale*, *supra* note 260 art 1(iV).
[676] Georges Delaume tel que cité dans Didier et Jacomet, *supra* note 672 à la p 800.
[677] Voir les analyses sur les difficultés d'interprétation des critères d'investissement à la section 2 de ce chapitre.

A. Définition de l'investissement dans la doctrine

Plutôt que de définir le concept, les auteurs ont cherché des éléments qui permettraient d'identifier un investissement. Dans ce sens, Gaillard soutient que « [s]' il convient [...] de prendre en compte en tout premier lieu le sens ordinaire des termes, la notion d'investissement évoque bel et bien un apport, une certaine durée, et l'attente, incertaine, d'un retour sur investissement [...] »[678]. L'attente incertaine d'un retour sur investissement fait référence au critère « risque » au sujet duquel Juillard mentionne : « qu'il s'agisse d'investissements actifs ou d'investissements passifs, ceux-ci sont constitués aux risques et périls de l'investisseur, qui recueille le bénéfice ou supporte les pertes de l'opération économique »[679]. L'apport de l'investisseur que l'on qualifie aussi de contribution constitue, aux yeux de certains auteurs, « un noyau dur qui paraît irréductible »[680]. Il peut être libellé soit en espèces soit en nature[681].

Dans son commentaire sur l'article 25(1) de la Convention CIRDI, Schreuer a dégagé, comme critère d'investissement: « *(i) a certain duration » of the enterprise, (ii) « a certain regularity of profit and return », (iii) « an assumption of risk », (iv) a «substantial commitment by the investor » and (v) some « significance for the host State's development* »[682].

Notons que Delaume avait avancé ce critère de contribution au développement économique qu'évoque Schreuer en affirmant :

> [à] cette notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept […] qui repose non plus sur l'apport en propriété, mais au contraire, sur la contribution escomptée, sinon toujours effective, de l'investissement au développement économique du pays intéressé[683].

---

[678] Emmanuel Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales » (2009) 136: 1JDI 334 à la p 413[Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales » (2009)].
[679] Juillard, « Investissements », *supra* note 555 à la p 777.
[680] Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, l[crc] éd, Paris, Dalloz, 2003 à la p 390.
[681] Voir i*bid.*
[682] Schreuer, *The ICSID Convention 2001*, *supra* note 659 au para 122.
[683] Georges Delaume, « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (1982) 109 JDI 775 tel que cité dans Gaillard, « Reconnaître ou définir? », *supra* note 537 à la p 20.

D'autres auteurs qui incorporent ce critère de contribution au développement économique dans la définition de l'investissement en tirent la source du préambule de la *Convention de Washington*[684]. Celle-ci déclare : « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux »[685]. Certaines analyses situent aussi la source de ce critère dans le Rapport des Administrateurs de cette Convention qui explique : « [e]n soumettant la Convention ci-jointe aux gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique »[686].

En résumé, dans la conception du concept d'investissement, la doctrine dégage les critères suivants : l'apport (contribution), la durée, le risque, la contribution au développement économique. Cependant, comme nos développements ultérieurs vont le montrer, ces critères sont loin de faire l'unanimité et il n'existe pas de consensus sur les réponses aux questions qu'ils soulèvent[687]. De même, plusieurs institutions internationales à vocation économique et financière utilisent ce concept d'investissement en essayant de le comprendre des fins qu'elles poursuivent.

B. Concept d'investissement dans les institutions internationales à vocation économique

La première institution au sein de laquelle il importe d'analyser la conception de la notion d'investissement est la BM. Nous verrons par la suite la définition de l'investissement que donne l'OCDE

B.1. La BM et la définition de l'investissement

[684] *Convention de Washington*, *supra* note 35, préambule.
[685] *Ibid*.
[686] Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139 au para 9.
[687] Voir nos développements à la section 2 de ce chapitre.

La BM conçoit l'investissement direct comme « la somme des fonds propres, des bénéfices réinvestis, des autres capitaux à long terme et des *capitaux à court terme comptabilisés dans la balance des paiements* » [nos italiques] et les « flux [...] d'investissement vis [e] nt à acquérir une participation durable (au moins 10 % des actions avec droit de vote) dans la gestion d'une entreprise opérant dans une économie autre que celle de l'investisseur »[688]. La balance des paiements comporte un compte financier où il est détaillé les opérations d'investissement direct, d'investissement de portefeuille, d'autres investissements et de produits financiers dérivés[689]. Cette définition de la BM couvre ainsi presque tous les mouvements de capitaux que l'investisseur étranger peut effectuer dans le pays d'accueil. Elle s'inscrit par conséquent dans l'approche extensive de la compréhension de la notion d'investissement au sein de cette institution[690]. Dans ce cadre de la BM, on peut aussi explorer la définition de la notion d'investissement que donne l'AMGI. Celle-ci a été mise en place par la *Convention de Séoul*[691]. Selon l'article 12 de cette *Convention*,

> les investissements admissibles comprennent des prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'Administration […] Lesdits investissements peuvent comprendre : i) tout transfert de devises effectué en vue de moderniser, de renforcer ou de développer un investissement existant; et ii) l'utilisation du produit d'investissements existants qui pourrait être transféré à l'étranger […][692].

[688] En ligne : Banque mondiale <http://www.banquemondiale.org/donnees/methodes définitions bpaiements.htm>.
[689] Voir en ligne : <http://homepages.ulb.ac.be/~rplasma/Rappel%20th%E9orique%20chapitre%208.pdf>.
[690] Voir *Accord relatif à la Banque Internationale*, *supra* note 260 art 1(iV).
[691] *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements*, 11 octobre 1985, 24 ILM 1598 (entrée en vigueur: 12 avril 1988) [*Convention AMGI*]. L'Agence a « pour objectif d'encourager les flux d'investissement à des fins productives entre les États membres, en particulier vers les États membres en développement, complétant ainsi les activités de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement(voir art 2 de la *Convention AMGI)*
[692] *Ibid* art 12(a) et (b).

Les dispositions de l'article 12 restreignent l'accès à la garantie, car l'Agence doit entre autres s'assurer que ledit « investissement […] contribuera au développement du pays d'accueil; ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil; iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement […] »[693].

Cette limitation à l'accès aux garanties de l'AMGI ne contredit pas la vision libérale de la notion d'investissement par la BM, car la Convention de Séoul ne constitue pas un fondement de l'arbitrage d'investissement. L'investisseur saisit le CIRDI en se fondant sur les TBI qui consacrent cette vision libérale de la notion d'investissement prônée par la BM. Il nous semble donc qu'il y a une harmonie entre la conception de la notion d'investissement au sein de la BM et de l'AMGI. Cette limitation à l'accès aux garanties de l'AMGI ne contredit pas la vision libérale de la notion d'investissement par la BM, car la Convention de Séoul ne constitue pas un fondement de l'arbitrage d'investissement. L'investisseur saisit le CIRDI en se fondant sur les TBI qui consacrent cette vision libérale de la notion d'investissement prônée par la BM. À la lumière du paragraphe 20 du commentaire qui précise que l'investissement doit s'entendre *«* de tous autres arrangements, à moyens ou à long terme, visant l'apport d'actifs »[694], il nous semble donc qu'il y a une harmonie entre la conception de la notion d'investissement au sein de la BM et de l'AMGI. Cette harmonie résulte aussi du fait que l'Agence, dont le texte a été approuvé par

[693] *Convention AMGI, supra* note 691 art 12 (d). Cette définition laisse entendre que seuls les investissements directs sont admissibles aux garanties de l'Agence. Cette restriction d'accès aux garanties est indispensable pour une institution de garantie opérant avec des moyens financiers limités. La limitation des investissements admissibles lui permet de maintenir sa viabilité financière. Celle-ci serait compromise si elle devait assurer toutes les formes d'investissement. Pour les développement au sujet de la justification des restrictions à l'accès aux garanties, voir art 25 qui dispose : « L'Agence conduit ses activités conformément aux principes d'une pratique commerciale saine et d'une gestion financière avisée de façon à préserver en toutes circonstances son aptitude à s'acquitter de ses obligations financières »; Voir aussi Ichrak Ayed et Mohamed Abida, « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain (2004) et canadien (2005) » dans Horchani, *Où va le droit, supra* note 147,139 à la p 143.

[694] voir Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 Rec des Cours 9 à la p 24 n 5.

le Conseil des gouverneurs de la Banque Mondiale, est rattachée à cette institution[695]. Le président de la Banque Mondiale est membre de droit de son comité directeur, ce qui maintient l'influence de la Banque Mondiale sur son activité[696]. Cette relation d'harmonie n'est pas seulement avec la Banque mondiale mais également avec le FMI[697].

L'autre cadre au sein duquel il convient d'analyser la définition donnée à la notion d'investissement est l'OCDE.

B.2. Notion d'investissement au sein de l'OCDE

Pour commencer, cette Organisation a parrainé l'Accord multilatéral sur les investissements dont les négociations ont commencé dans les années 1990 avant d'échouer en 1998 avec le retrait des négociations de la France[698]. La définition de l'investissement dans l'AMI était calquée à celle que les TBI donnent couramment à cette notion. Il s'agissait en fait d'une définition par énumération, car elle inventoriait tous les types d'actifs. Son article 1(b) prévoyait que le terme investissement signifiait :

> un actif détenu ou contrôlé directement ou indirectement, par un investisseur qui a les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un bénéfice ou la prise en charge d'un risque dans l'exercice d'une activité industrielle commerciale, y compris :(i) une entreprise (personne morale ou autre entité constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante, avec ou sans but lucratif, privée ou appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle, y compris une société de capitaux, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, succursale, co-entreprise, association ou organisation) ;(ii) les

[695] TOUSCOZ J. – « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) », Journal de Droit International, n°4, 1987, p.904

[696] BAKER C.J., *Foreign Direct Investment in Less Developed Countries : The Role of ICSID and MIGA*, Quorum Books, London, 2000 à la p113

[697] À cet égard, Juillard considère que les stipulations de la Convention de Séoul, à cet égard, traduisent fidèlement celles des statuts du fonds monétaire international, d'après lesquels il n'y a d'investissement que pour autant qu'il y a création des « liens économiques durables» (voir Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) 250 Rec des Cours 9 à la p 19.

[698] Les négociations de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) ont eu lieu entre 1995 et 1998, en ligne : OCDE <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ ng/ng9817f.pdf>.

> actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise et les droits en découlant; (iii) les obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes de créance et les droits en découlant; (iv) les droits au titre de contrats, notamment les contrats clés en main et les contrats de construction, de gestion, de production ou de partage des recettes; (v) les créances monétaires et les droits à prestations; (vi) les droits de propriété intellectuelle1; (vii) les droits conférés par la loi ou par un contrat, tels que les concessions, licences, autorisations et permis; (viii) tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et tous droits connexes de propriété tels que location, hypothèque, privilège et gage[699] .

La critique majeure que cette définition a essuyée était que son extension est telle qu'elle fait coïncider la notion d'investissement avec la notion de bien alors que celle-ci est nécessairement plus large que le concept d'investissement[700]. Cette conception large de la notion d'investissement est une caractéristique des diverses définitions que l'OCDE utilise. Cette organisation privilégie l'emprise des investisseurs étrangers sur le contrôle des entreprises avec lesquelles ils ont des liens économiques. Son Code de libération du mouvement des capitaux confirme la prééminence du contrôle en affirmant que les investissements sont effectués :

> en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition considérée par des non-résidents au moyen : 1. de la création ou de l'extension d'une filiale d'une entreprise existante; 2. d'une participation à une entreprise nouvelle ou existante; 3. d'un prêt à cinq ans ou plus[701].

Cette approche libérale de l'OCDE reflète sa philosophie qui consiste à cibler toutes les actions et opérations qui s'effectuent entre l'entreprise étrangère et l'entreprise du pays d'accueil de l'investissement en vue de maximiser la protection des investisseurs de ses pays membres qui s'installent à l'étranger. Sa définition de référence intègre une approche extensive de la notion d'investissement en disposant que « [l] investissement direct comprend à la fois l'opération

[699] Voir *L'Accord multilatéral sur l'investissement*, Rapport du président au groupe de négociation, DAFFE/MAI (98) 17, 1998.
[700] Voir Patrick Juillard, « À propos du décès de l'AMI » (1998) 44 AFDI 595 à la p 605 et s.
[701] OCDE, Comité de l'investissement étranger, *Codes de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes : Guide de référence (*2007), en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/dataoecd/ 22/41/38073320.pdf> [OCDE, *Guide de référence 2007*].

initiale entre les deux entités et toutes les opérations ultérieures en capital entre elles et entre les entreprises affiliées, qu'elles soient constituées ou non en sociétés »[702].

L'OCDE a fixé le critère quantitatif qui permet d'évaluer le degré de contrôle de l'investisseur étranger sur l'investissement établi dans le pays d'accueil. C'est ainsi que la définition de référence de l'OCDE fixe à 10 % la participation que doit avoir un investisseur pour acquérir le droit de contrôle dans une entreprise locale[703]. Ce critère numérique de détention de 10 % est considéré comme un instrument de mesure de l'existence d'une relation d'investissement direct[704]. L'OCDE estime ainsi que l'acquisition de 10 % des actions ordinaires ou des droits de vote permet à l'investisseur étranger d'influer sur la gestion d'une entreprise ou d'y participer[705]. Au regard de cette conception de la notion d'investissement dans le cadre de l'OCDE, on pourrait dire que le critère déterminant c'est l'apport de l'investisseur étranger.

Après analyse de toutes ces définitions de la notion d'investissement, nous sommes d'accord avec la position de la CNUCED qui affirme que « *[tjhere is no single, static conception of what constitutes foreign investment. Rather, the conception has changed over time as the nature of international economic relations has changed* »[706].

Eu égard aux définitions issues des diverses institutions, il apparaît difficile de cerner avec précision la notion d'investissement.

L'enseignement que l'on tire de toutes ces définitions de la notion d'investissement est que chaque discipline, domaine ou institution cherche à appréhender ce concept en fonction des fins

---

[702] OCDE, *Définition de référence de l'OCDE pour les investissements directs internationaux*, 4e éd, Paris, OCDE, 2008, en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/dataoecd/39/45/40632182.pdf> [OCDE, *Définition de référence*].

[703] *Ibid* au para 117.

[704] Voir OCDE, *Mesurer la mondialisation : Les indicateurs économiques de la mondialisation, Manuel de l'OCDE*, Paris, OCDE, 2005 à la p 51.

[705] *Ibid*.

[706] UNCTAD, *Scope and definition*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/11, vol II, (1999) à la p 8, en ligne: CNUCED <http://unctad.org/en/docs/psiteiitdl lv2.en.pdf> [*Scope and definition*].

qu'ils poursuivent. Cela étant, nous partageons les observations que Gaillard et Thuillier ont émises à propos de cette notion d'investissements[707]. Ces auteurs soutiennent :

> La fortune d'une expression s'explique par la pauvreté de son contenu : le mot d'investissement n'échappe pas à cette règle. On se trouve en face d'une multiplicité de conceptions dont les unes ont un caractère théorique, dans l'œuvre de Keynes et de ses successeurs, les autres sont le résultat de conventions adoptées pour des raisons de commodité, dans le cas de définitions comptables, ou des définitions fiscales. Cette multiplicité s'explique parce qu'une définition n'est jamais qu'un outil et que chaque technique économique, comptable, juridique, retient de la notion d'investissement un certain complexe de faits et d'idées qui lui est nécessaire pour atteindre ses propres fins[708].

En lisant ces définitions avec une perspective de protection de l'intérêt général des PED en vue, nous en concluons qu'elles s'inscrivent dans le prolongement des TBI qui définissent le concept d'investissement sans lui apporter une limitation. L'arbitrage d'investissement fondé sur des TBI aux dispositions qui consacrent la prédominance de la protection des intérêts des investisseurs étrangers offre moins de garanties à la protection de l'intérêt général, car il opère sur des bases qui précarisent celui-ci.

Section 2 : Précarité de la protection de l'intérêt général consécutive aux difficultés d'encadrement de la notion d'investissement

Tel que nous l'avons indiqué, presque la quasi-totalité des TBI présente de façon hétéroclite des définitions du concept d'investissement au moyen d'une liste d'opérations représentatives d'investissements[709]. Étant donné que la Convention de Washington n'offre pas de définition de ce concept, les tribunaux du CIRDI, confrontés à la défense des pays défendeurs déniant à certaines opérations énumérées dans les définitions des TBI la qualité d'investissement, sont

[707] Gaillard et Thuillier *supra* note 540 à la p 607.
[708] *Ibid*.
[709] Voir section 1 de ce chapitre.

tenus de définir l'investissement protégé par le CIRDI. Pour les fins de la définition de cette notion, deux théories dominent dans la jurisprudence CIRDI. Il y a d'abord la théorie objective puis la théorie subjective[710]. L'approche subjective de la notion d'investissement postule qu'une opération d'investissement est celle qui a été qualifiée comme telle par les parties[711]. Pour ce qui est de la théorie objective, elle repose sur l'existence d'une condition objective d'investissement, extérieure au consentement des parties[712]. L'application de ces deux approches aboutit à des situations où, le sens du concept d'investissement devient imprévisible; fragilisant ainsi la protection de l'intérêt général (& 1). De plus, l'usage de la conception objective a conduit à l'élaboration des critères d'investissement (& 2) dont le flou sur leur portée exacte ne facilite pas le discernement des opérations d'investissement de celles qui ne le sont pas.

Paragraphe 1 : Protection imprévisible en raison des interprétations divergentes du terme « investissement »

Les deux conceptions objective et subjective du terme investissement entretiennent la confusion quant au fait de savoir quelle activité économique répond à la qualification d'investissement. Étant donné que les PED éprouvent des difficultés à discerner les conséquences de leurs propres réglementations à l'égard de ces investissements, les divergences qui caractérisent l'interprétation de ce concept entraine la difficulté supplémentaire de définir la notion d'investissement d'une manière qui prend en considération les deux visions concurrentes de cette notion dans l'arbitrage d'investissement. Comme le souligne Malik,

> *if states opt for ICSID arbitration they should bear in mind that some tribunals may apply an objective test approach [..] However, some tribunals apply a subjective approach […] The language of the IIA will be therefore be the determining factor and*

[710] Voir Hamida, « La notion d'investissement », *supra* note 652.
[711] Voir Clavel et Derains, *supra* note 534.
[712] Voir Gilles, *supra* note 531à la p 184.

> *must be carefully thought through and drafted[…]Consequently, it is essential for states to design the definition of investment in the IIA with sufficient detail to reflect their understanding of its scope*[713].

Pour évaluer l'impact de ces conceptions sur la protection de l'intérêt général (B), nous nous proposons d'analyser d'abord leurs fondements juridiques (A).

A : Fondements juridiques des conceptions subjective et objective

Comme la Convention de Washington ne définit pas la notion d'investissement, les tribunaux arbitraux du CIRDI doivent s'atteler à la délicate tâche interprétative pour délimiter les limites de leur propre compétence. La question d'existence d'investissement sous l'article 25(1) était moins discutée dans les premières affaires sur l'arbitrage d'investissement. Mais dans un nombre d'arbitrages récents, les pays d'accueil ont prétendu que la condition d'existence d'investissement n'était pas remplie et que le tribunal devait se dessaisir. En tentant d'éclaircir la notion d'investissement, les tribunaux ont adopté une variété d'approches. Celles-ci se résument à trois[714] : approche objective, approche subjective et l'approche dite double-barrelled test ou test à deux coups. Tour à tour, nous analyserons les trois conceptions.

A.1. Conception objective

Les tenants de cette théorie estiment qu'il y a une limite objective qui doit être assignée à la définition de l'investissement aux fins de la Convention de Washington. Comme l'explique Todd, « in as much, the ICSID Convention is seen as establishing an objective and autonomous limitation on ICSID jurisdiction as distinct from the issue of consent »[715]. Ayant donc un sens

[713] Mahnaz, Malik. « Definition of Investment in International Investment Agreement, Best practices series » (2009) 1 IISD best practices series, Bulletin1 à la p 14.
[714] Todd Weiler , *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London : Cameron May, 2005 à la p 52[Weiler].
[715] *Ibid* à la p 54.

inhérent dans la Convention de Washington, « the constraints placed by this meaning cannot be removed by the parties to a dispute »[716]. Par voie de conséquence, même si les parties au conflit ont convenu que la transaction sous contestation constitue un investissement, et qu'elles souhaitent utiliser l'arbitrage CIRDI, le tribunal arbitral devrait décliner sa compétence pour défaut des conditions objectives de l'article 25(1). Certains tribunaux ont considéré que la définition conventionnelle ne pourrait pas élargir la définition de l'investissement sous l'article 25(1)[717] de la Convention de Washington. D'autres tribunaux affirment expressément que la compétence du Tribunal était subordonnée à l'existence d'un investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention du CIRDI[718].

Sous cette approche, l'article 25 (1) de la Convention de Washington restreint implicitement la compétence des tribunaux arbitraux en imposant des limites extérieures sur la notion d'un investissement[719]. Sous des formules variées, plusieurs tribunaux arbitraux du CIRDI affirment qu'il existe une « outer limit » ou « limite extérieure » que l'article 25(1) de la Convention de Washington place impose à la volonté des parties au TBI pour ce qui est de l'investissement admissible au titre de la compétence CIRDI. En retraçant l'origine du concept de outer limit, Michael Hwang souligne :

> *The term outer limit was first used by the Chairman of the Regional Consultative Meeting of Legal Settlement of Investment Disputes when he reported on 9 July 1964 that: The purpose of Section 1 is not to define the circumstances in which recourse to the facilities to the Center would in fact occur, but rather to indicate the outer limits within which the Center would have jurisdiction provided the parties' consent had been attained. Beyond*

[716] Tony Cole, *The Structure of Investment Arbitration, Oxfordshire*, England; New York: Routledge, 2013 à la p 10 [Cole].
[717] *Phoenix Action, supra* note 620
[718] *Bayindir, supra* note 621.
[719] Voir Krishan, *supra* note 519 aux pp 5-6.

these outer limits no use could be made of the facilities of the Center even with such consent[720].

Alors que c'est le Venezuela qui a été en premier confronté à la question d'existence d'investissement dans l'affaire Fedax[721], c'est la sentence *Salini contre Maroc* qui va systématiser cette approche objective[722]. Dans cet arbitrage *Salini,* le tribunal a cherché à délimiter le champ d'application matérielle de la Convention du CIRDI en introduisant un ensemble de critères qu'une partie au différend devrait satisfaire afin d'établir que le différend est en relation avec un investissement. Dans ce conflit *Salini contre Maroc*, la société nationale des autoroutes du Maroc (Société ADM) avait lancé un appel d'offres pour la construction d'une autoroute qui a été remporté par deux sociétés italiennes *Salini Construttori S.P.A* et *Italstrade S.P.A.* Ces deux entreprises, non satisfaites du décompte général consécutif à la réception de l'autoroute, ont saisi le CIRDI en 2000. C'est là que le Maroc a objecté à la compétence du CIRDI arguant qu'aucun investissement n'a été réalisé sous la *Convention de Washington* et le traité d'investissement le liant avec l'Italie. Pour déterminer si un contrat pour la construction d'une autoroute constituait un investissement, le tribunal a établi une distinction entre la définition de l'investissement dans le TBI et l'investissement applicable à une exigence de compétence à l'article 25 (1) de la Convention de Washington[723]. Il a jugé que le fait que les États parties au TBI ont convenu de considérer ces actifs comme un investissement était

[720] Michael Hwang, « Definition Of "Investment": A Voice From The Eye Of The Storm », A Presentation for The Second Biennial Conference, The Asian Society of International Law, en ligne: Society of International Law <http://asiansil-jp.org/wp/wp content/uploads/2012/07/michael_hwang.pdf> [Hwang, « A Voce »].

[721] *Fedax N.V. c le Venezuela* (1998) 37 *ILM* 1378, Affaire CIRDI no ARB/96/3, Décision du tribunal sur les objections sur la compétence (11 juillet 1997) [*Fedax*]. Le Venezuela dans son conflit qui l'opposait à l'entreprise *Fedax* a objecté à la compétence du CIRDI au motif que l'endossement des billets à ordre par cette entreprise n'était pas un investissement au sens de la Convention de Washington. Se fondant sur l'article 25(1) de la Convention de Washington, le tribunal a dégagé des critères d'investissement suivant : « *a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development* » au para 43.

[722] Au regard de la paternité du *test Salini*, Stern estime que « le soi-disant test Salini aurait mieux été baptisé le 'test Fedax' comme le tribunal dans cette affaire avait déjà évoqué les critères dans sa sentence sur la compétence » (voir Brigitte Stern, « The Contours of the Notion of Protected Investment » (2009) 24:2 ICSID Review 534 à la p 536 [Stern, « The Contours »]).

[723] *Salini, supra* note 217. Voir aussi *Fedax, supra* note 721. On trouve aussi *Salini test* dans *Joy Mining Machinery*, *supra* note 662 au para 50 .

insuffisant pour satisfaire à l'exigence de compétence posée à l'article 25[724]. Pour trancher le différend, le tribunal a estimé que l'existence d'un différend relatif aux investissements selon la *Convention de Washington* ne se réduit pas au consentement des parties contractantes[725].

Cette sentence, couramment prise comme référence au sujet des critères d'investissement au point que des auteurs affirment que « le test objectif inauguré par la jurisprudence *Salini* constitue la colonne vertébrale de l'analyse de la notion d'investissement au sens de la *Convention de Washington* »[726], exige la présence de 4 critères pour qu'une opération réponde à la qualification d'investissement[727]. Il s'agit entre autres « des apports, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération »[728]. Le tribunal s'est référé au préambule de la *Convention de Washington*, pour dégager le 4e critère concernant « la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur »[729]. Selon la jurisprudence *Salini*, ces critères sont interdépendants et doivent être par conséquent cumulativement satisfaits[730]. Plusieurs décisions ultérieures ont repris cette sentence *Salini*[731]. Cette ligne de raisonnement a été empruntée dans l'affaire *Joy Mining c Égypte*[732] où les arbitres ont jugé :

> le fait que la Convention n'ait pas défini la notion d'investissement ne signifie pas que tout ce que les parties auront été d'accord pour qualifier d'investissement entrera dans la notion d'investissement au sens de la Convention […] La liberté des parties de définir un investissement connaît certaines limites si elles souhaitent donner compétence à un tribunal CIRDI. Les parties à un litige ne peuvent pas, au moyen d'un contrat ou d'un traité, qualifier d'investissement aux fins de la compétence du Centre, quelque chose qui

[724] *Salini Costruttori*, *supra* note 217 au para 5.
[725] *Salini Costruttori*, *supra* note 217 aux para 50-58.
[726] J. Fouret et D. Khayat, « Chronique CIRDI » (2006) 19 :1RQDI 257.
[727] *Salini Costruttori*, *supra* note 217 aux para50-58.
[728] *Ibid*.
[729] *Ibid*.
[730] *Ibid* au para 52.
[731] *Consortium RFCC c Maroc*, Affaire CIRDI no ARB/00/6, Décision sur la compétence (1er juillet 2001) aux para 58-66; *Jan de Nul NV & Dredging International NV c Égypte*, Décision sur la compétence (16 juin 2006) [*Jan de Nul*].
[732] *Joy Mining Machinery*, Décision sur la compétence, *supra* note 662 au para 49-50.

> ne satisfait pas aux conditions objectives de l'article 25 de la Convention. Si tel n'était pas le cas, l'article 25 et la condition d'investissement qu'il pose, même si celui-ci n'est pas défini précisément, perdraient toute signification[733].

Dans la décision d'annulation rendue dans l'affaire *MHS c Malaisie*, l'opinion dissidente a affirmé que le concept d'investissement dans l'article 25(1) de la Convention de Washington devait être interprété de manière à placer une « outer limit » ou une limite extérieure à la notion d'investissement au sein du CIRDI au-delà duquel l'accord des parties sur ce qui constitue un investissement serait inefficace pour créer un investissement CIRDI. En justifiant son opinion, l'arbitre dissident a affirmé:

> *A reasonable inference is that Contracting States [to the ICSID Convention] did not agree that these burdens on them would apply to benefit transactions which did not promote the economic development of the host State. It is difficult to see why a purely commercial entity, intended only for the enrichment of its owners and not connected with the economic development of the host State, is entitled to bring before ICSID a dispute concerning an investment in the host State. Schreuer notes that "it was always clear that ordinary commercial transactions would not be covered by the Centre's jurisdiction…"*

Mais, selon ce que Stern qualifie d'"approche libérale ou intuitive" au sein de cette conception objective, les tribunaux du CIRDI considèrent les critères du *test Salini* comme point de départ sans toutefois exiger que tous les critères soient cumulativement remplis[734]. En suivant cette tendance libérale, l'absence de l'un ou de l'autre critère n'entrainerait pas la disqualification de l'opération au statut d'investissement[735]. En dépit de sa forte influence sur la pratique arbitrale, cette approche objective caractérisée par le *test salini* a généré beaucoup de critiques et d'oppositions dont celle qui est la plus vigoureuse est bâtie autour de la théorie subjective de la

[733] *Ibid*. Traduction tirée de Hamida, « La notion d'investissement », *supra* note 620.
[734] Stern, « The Contours », *supra* note 722 à la p 536.
[735] Voir Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales » (2009), *supra* note 678.

notion d'investissement[736]. Cette dernière privilégie la définition de l'investissement contenue dans les TBI.

A.2. Conception subjective[737]

Cette conception soutient que la notion d'investissement est subjectivement définie par les parties au TBI lorsqu'elles expriment leur consentement à l'arbitrage CIRDI[738]. C'est notamment dans ces accords d'investissement que les pays déterminent les genres d'activités qu'ils reconnaissent comme investissement au sens de l'article 25(1) de la *Convention de Washington* en cas de différend[739]. Par conséquent, la définition du terme « investissement » contenu dans le TBI est déterminante pour qualifier d'investissement une opération ou activité quelconque de l'investisseur étranger[740]. Donc, si les deux parties au conflit se sont entendues pour traiter une transaction comme un investissement, leur conflit est relatif à un investissement et satisfait d'office à la compétence du CIRDI[741]. C'est de là que certains auteurs estiment que cette approche subjective débouche à la « fusion de la condition d'investissement avec celle relative au consentement »[742]. Broches va dans ce sens lorsqu'il écrit : « *The requirement that the dispute*

---

[736] Mavluda Sattorova ,« Defning Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos, and Beyond » (2012): 2 Asian JIL 267 à la p 269 [Sattorova].

[737] La terminologie d'approche subjective et objective est beaucoup utilisée dans la littérature juridique sur la caractérisation des diverses techniques juridiques adoptées par le tribunal pour chercher l'existence d'un investissement dans le cadre de l'arbitrage CIRDI (voir Walid Ben Hamida, « Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control–Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo » (2007) 24:3 J Int'l Arb 287 aux pp 289-90 [Hamida, « Two Nebulous »]; Bruno Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions? » dans Kahn Philippe et Thomas Wälde, dir, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 121 aux pp 123; 125-127; Yala *supra* note 612 à la p 106.

[738] Voir Hamida, « Two Nebulous », *supra* note 737 à la p 289.

[739] Voir *Ibid*.

[740] Hoffmann, Anne K, dir. *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration: Diversity and Harmonisation*, no 34, ASA Special Series, Suisse, Association Suisse de l'Arbitrage, 2010 [Hoffmann].

[741] Weiler, *supra* note 714 à la p 53. « *The notion of investment has been left to the parties disposition in framing their consent. In agreeing to ICSID arbitration, the parties would be left to determine the kinds of activity which could give rise to a dispute contemplated in article 25(1)* »; Krishan souligne l'importance du consentement des parties en soutenant :

> *if the parties have expressly (in their arbitration agreement, investment treaty, investment law, or investment contract) or implicitly (by their conduct) agreed to characterize a transaction as an investment, that agreement controls the constitution of an ICSID investment for the purpose of article 25. Acording to this line, any transaction may be included or excluded from the meaning of investment by the parties' consent* (voir Krishan, *supra* note 545 à la p 5).

[742] Hamida, « La notion d'investissement », *supra* note 652.

must have arisen out of an investment may be merged into the requirement of consent to jurisdiction »[743]. Rappelons qu'une position similaire était incluse dans le rapport des administrateurs de la Convention qui précise: « *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)* »[744].

Ainsi entendue, « la théorie subjective consiste à déduire l'existence d'un investissement au sens de la *Convention de Washington* du seul accord des parties »[745].

La sentence CIRDI rendue dans l'affaire *Goetz c Burundi* est l'une des toutes premières qui rendent compte de cette conception subjective[746]. Dans ce conflit, le gouvernement burundais avait, par Ordonnance no 750/184 du 29 mai 1995, retiré à *Goetz* le statut d'entreprise de zone franche ainsi que les avantages fiscaux qui y étaient rattachés[747]. L'entreprise a contesté ce retrait devant le CIRDI. Dans l'examen de cette réclamation, le tribunal s'est uniquement appuyé sur la Convention belgo-burundaise relative à la promotion et à la protection des investissements. Il a alors admis que les opérations de l'investisseur étranger constituaient un investissement en déclarant :

> Le différend satisfait également à l'exigence d'un « rapport direct avec un investissement » : il suffit en effet de se référer à l'article 8, paragraphe 1 de la

[743] Broches, « The Convention », *supra* note 183 à la p 268.

[744] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139. À ce sujet, l'article 25(4) de la Convention de Washington dispose : Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1). Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 arts 25 (4).

[745] Julien Cazala, « Traitement juste et équitable (transparence — protection des attentes légitimes) » (2007) Gazette du Palais — Les Cahiers de l'arbitrage, n° 348-349.

[746] *Goetz et consorts c Burundi*, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence [10 février 1999] au para 81 [*Goetz et consorts*] au para 83.

[747] *Ibid* au para 15.

> Convention belgo-burundaise d'investissement pour constater que le différend soumis au Tribunal est de ceux que cette disposition définit comme des différends relatifs à un investissement, à savoir les différends qui concernent « l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'État hôte régissant les investissements étrangers » ainsi que « l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement[748].

Le recours à la conception subjective ressort également de l'affaire *Middle East Cement Shipping and Handling co. S. A c Égypte*[749]. Dans cette affaire, le tribunal s'est contenté de faire la qualification de l'opération litigieuse sur la seule base du TBI Grèce-Égypte[750]. Dans l'affaire *Bernardus Henricus Funnekotter and others c Zimbabwe*, le tribunal a suivi cet axe d'analyse et s'est fondé sur la définition de l'investissement du TBI Zimbabwe-Pays Bas pour se prononcer comme suit :

> *the subject matter of the dispute before this Tribunal clearly arises directly out of an investment by the Claimants in the territory of the Respondent. As the Claimants note, the BIT uses a very broad definition of investment to include property of all kinds, rights derived from shares in firms, and title to assets, among other things. The physical properties, shares in companies, and other assets at issue in this dispute plainly are within that definition*[751].

Pour réaffirmer cette conception subjective dans la définition de l'investissement, le tribunal dans l'affaire *Saba Fakes c Turquie* a déclaré :

> *To the extent that contracting States to investment treaties have consented to ICSID jurisdiction in such treaties and the drafters of the ICSID Convention did not define the term „investment", such consent necessarily embraces their consent to the definition of protected investments as provided in those treaties. Under this latter approach, the definition of an investment by contracting States in their respective BITs is therefore the only relevant definition to be considered by an ICSID tribunal*[752].

---

[748] *Ibid* au para 83.

[749] Dans l'affaire *Middle East Cement*, les arbitres ont retenu le consentement exprimé par les parties et a conclu que « *[t] he BIT, in its Art. 1 "Definitions," expressly mentions that "Investment means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: .....d) business concessions conferred by law or under contract, […] [i]n the light of the above, there can be no doubt that the "License" qualifies as an "Investment" under the BIT* » (*Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c l'Égypte*, Affaire CIRDI no ARB/99/6, Sentence (12 avril 2002) aux para 100-101].

[750] *Ibid* au para 136.

[751] *Bernardus Henricus Funnekotter and others c Zimbabwe*, Affaire CIRDI no ARB/05/6, Sentence [22 avril 2009] au para 95.

[752] *Saba Fakes, supra* note 576 au para 106.

Cette conception subjective ressort aussi du raisonnement du tribunal dans l'affaire *Alpha Projejkholding Gmbh c Ukraine* dont la réclamation s'était fondée sur le TBI Autriche-Ukraine[753]. Les arbitres ont soumis la qualification de l'investissement à l'accord des parties, donc à la liste des activités définies comme telles et contenues dans le TBI. Ils ont estimé qu'en l'absence de définition du terme investissement dans la *Convention de Washington*, il convenait de s'en remettre aux définitions qu'en donnent les États dans les TBI[754].

On retrouve aussi l'affirmation de cette approche dans l'affaire *CSOB c Slovaquie* et dont la réclamation était fondée sur le TBI liant la Tchécoslovaquie à la Slovaquie[755]. Dans sa sentence, le tribunal CIRDI a déterminé l'existence d'investissement en s'appuyant sur le consentement des parties. En l'espèce, le tribunal a affirmé que l'absence de la définition de la notion d'investissement dans la *Convention de Washington* devait être lue comme révélant le vœu de ses rédacteurs d'en appeler à une conception libérale de l'investissement[756]. Les arbitres ont soutenu que le fait qu'il est offert la possibilité aux États de limiter le champ d'application de la notion d'investissement, le consentement des parties à la compétence du Centre pour connaitre des droits et obligations résultant de leur convention constitue une forte présomption de leur volonté de considérer l'opération comme un investissement[757]. Le tribunal a fait du consentement des parties l'élément central de son analyse lorsqu'il déclare que « *It follows that an important element in determining whether a dispute qualifies as an investment under the*

[753] *Alpha Projektholding GmbH c l'Ukraine*, Affaire CIRDI no ARB/07/16, Sentence [8 novembre 2010] au para 303, 307et s [*Alpha Projektholding*].
[754] *Ibid* au para 315.
[755] *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c la Slovaquie*, Affaire CIRDI no ARB/97/4, Sentence, (24 mai 1999] [*Ceskoslovenska Obchodni Banka*].
[756] *Ibid* au para 64.
[757] *Ibid* aux para 65-66.

Convention in any given case is the specific consent given by the Parties »[758]. En gros, la mention d'une opération au titre des investissements énumérés dans le TBI suffit pour justifier sa qualification d'investissement et la compétence arbitrale[759].

Notons qu'en plus de ces approches subjectives et objectives, certains tribunaux du CIRDI ont adopté une approche dualiste. Celle-ci, connue en anglais sous les expressions de *« double-barrelled test »*[760], *« two-fold test »*[761], *« double keyhole approach »*[762], exige que la transaction ait la qualification d'investissement sous la Convention de Washington et sous le TBI qui contient le consentement des parties à l'arbitrage[763]. Notons que l'on peut faire un rapprochement de cette démarche dualiste avec ce que Todd qualifie d'approche hybride[764]. Selon l'auteur, cette théorie « seems to use a subjective consent criterion, in addition to objective elements, to qualify the meaning of investment under article 25(1) of the ICSID convention »[765]. L'auteur précise que selon cette vision, « consent is merely a factor to be given considerable way in the overall consideration of the issue »[766].

Nous retrouvons l'application du « à deux coups » dans l'affaire *CSOB v. The Slovak Republic* (1999). Dans ce conflit la méthodologie du tribunal dans la définition du concept d'investissement était la suivante:

> A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to

[758] *Ibid* au para 66.
[759] Voir Clavel et Derains, *supra* note 534.
[760] *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c la Malaisie*, Affaire CIRDI no ARB/05/10, Sentence sur la compétence, (17 mai 2007) au para 55[*Malaysian Historical Salvors*, Décision sur la compétence].
[761] *Ceskoslovenska Obchodni Banka* supra note 755 au para 68.
[762] *Aguas del Tunari SA c Bolivie*, Affaire CIRDI no ARB/02/3, Décision sur la compétence (21 octobre 2005) au para 278[*Aguas del Tunari SA c Bolivie*].

[763] Céline Levesque, **«** Abaclat and Others v Argentine Republic: The Definition of Investment **»** (2012) ICSID Review 1
[764] Weiler, *supra* note 714 à la p 54.
[765] *Ibid*.
[766] *Ibid*.

> an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT[767].

L'affaire *Phoenix Action* illustre également cette approche en ces termes[768] :

> *It is common ground between the parties that the jurisdiction of the Tribunal is contingent upon the fulfillment of the jurisdictional requirements of both the ICSID Convention and the relevant BIT[769]. As stated in a recent ICSID case, « (u)nder the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of « investment » under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the criterion of an « investment » within the meaning of Article 25 ». This double test entails that the jurisdiction ratione materiae of the Tribunal rests on the intersection of the two definitions[770].*

En explicitant ce test « à deux coups », le tribunal dans l'affaire *Abaclat contre l'Argentine* déclare que ce test ne signifie pas que les deux définitions doivent correspondre l'une à l'autre; c'est l'investissement qui « doit s'inscrire dans ces deux concepts »[771]. La majorité du Tribunal dans *Abaclat* a mené sa propre version du « *double-barrelled* » test. Selon le tribunal, la notion d'investissement a deux aspects: la contribution que constitue l'investissement » et les « droits et valeur qui découlent de cette contribution »[772]. Le TBI se concentre sur les droits protégés, à savoir « les fruits et valeurs » générés par l'investissement, tandis que les critères élaborés en ce qui concerne l'article 25 de la Convention du CIRDI mettent l'accent sur la « contribution », qui constitue l'investissement et crée les « fruits et valeur »[773].

[767] *Ceskoslovenska Obchodni Banka, supra* note 755 au para 68.
[768] *Phoenix Action, supra* note 620 au para 74.
[769] *Ibid*.
[770] *Malaysian Historical Salvors*, Décision sur la compétence, supra note 760 au para 55.

[771] *Abaclat and Others, supra* note 640 au para 351.
[772] *Ibid* au para 346.
[773] *Ibid* au para 350.

B. Incidences des conceptions objectives et subjectives sur l'intérêt général

Si on considère la conception objective et subjective, il y a une faiblesse commune qui les caractérise. En effet, la définition de l'investissement est liée à la notion de consentement à la compétence du CIRDI. Dans ce contexte, on ne peut pas en inférer que les États ont consenti que la définition de l'investissement doit être déterminée uniquement par le TBI ou l'article 25 (1) de la Convention de Washington. La possibilité de conflit entre les deux méthodologies d'interprétation est donc évidente et elle pose la difficulté de réconcilier la notion objective de l'investissement implicite dans la Convention de Washington avec la définition extensive du concept d'investissement dans les TBI[774].

L'interprétation objective présente le danger de laisser trop de marge de manœuvre aux tribunaux arbitraux du CIRDI lorsqu'ils déterminent le sens de l'investissement au titre de l'article 25(1) de la *Convention de Washington* surtout en l'absence de limites dans le document contenant l'arbitrage[775]. Ils peuvent interpréter la notion d'investissement de façon élastique et méconnaitre l'intention des parties à la *Convention de Washington*[776] alors que certains auteurs estiment que parmi les motivations de l'incorporation du test objectif supposé « rationaliser » la définition des investissements figuraient la préoccupation « de ne pas étendre à l'excès une compétence CIRDI fondée sur des traités généraux; volonté de cantonner le CIRDI à son rôle statutaire d'institution contribuant au développement économique des États »[777]. Nous pouvons constater avec Onana qu'après l'affaire *Salini,* le courant des critères conjoints objectifs s'est

[774] Voir Sattorova, *supra* note 736 à la p 269.
[775] Voir Krishan, *supra* note 519 aux pp5-6.
[776] Voir Sattorova, *supra* note 736 à la p 6
[777] Clavel et Derains, *supra* note 534.

singularisé par une inconstance qui s'est manifestée par des décisions divergentes, que l'on peut classer en cinq tendances[778]. Cet auteur fait remarquer :

> La première tendance est celle qui reprend les quatre « critères Salini » tels quels. Quant à la deuxième tendance, elle consacre uniquement trois des quatre critères Salini. La troisième tendance fait plutôt de la contribution au développement de l'État d'accueil un critère incontournable et elle est le fait du Comité ad hoc qui a annulé la sentence Patrick Mitchell, au motif que cette dernière n'établissait pas en quoi l'activité de l'opérateur étranger, soit l'exploitation d'un cabinet juridique, avait contribué au développement économique de l'État d'accueil. En ce qui concerne la quatrième tendance, elle se satisfait de la simple complétude des critères de l'apport effectué et de sa rémunération. Enfin, la cinquième tendance ajoute aux quatre critères Salini un cinquième, celui de la régularité des revenus et des profits[779].

Au regard de cette systématisation sur les critères objectifs de l'investissement, il s'avère que les divergences de la jurisprudence empêche le consensus sur cette notion et que la rationalisation de sa définition reste encore à parfaire.

Toutefois, s'il y avait un consensus sur les critères et sur leur utilisation cumulative l'approche objective pourrait mieux contribuer à la protection de l'intérêt général des PED[780]. Mais, une pareille conditionnalité susciterait des inquiétudes quant à la diminution de la protection des investissements. Nous sommes d'avis que cette préoccupation n'est pas à écarter, mais en même temps, nous estimons que les investisseurs étrangers tiennent leur droit de la volonté des États parties au TBI. Si donc les États constatent une insuffisance quelconque de traitement de leurs investissements, ils peuvent revoir leurs stratégies. Par ailleurs, il est soutenu que l'État peut renoncer à une telle limite extérieure en consentant expressément à soumettre un différend

[778] Dieudonné Edouard Onguene Onana, *La qualification d'investissement étranger: Contribution à la notion juridique d'investissement et à la définition de l'extranéité*, Université Laval 2011, Thèse de doctorat en droit aux pp 206-207[Onana].
[779] *Ibid* aux pp 206-207
[780] Mais encore faudrait-il qu'un consensus se dégage sur les critères d'investissement à considérer; ce qui n'est pas le cas pour le moment.

particulier avec un investisseur spécifique à l'arbitrage du CIRDI ou en indiquant spécifiquement que la transaction sera considérée comme un investissement[781].

Pour ce qui est de l'approche subjective, rappelons que la plupart des définitions du concept d'investissement dans les TBI sont très larges. Elles érigent au statut d'investissement tout ce que les parties ont énuméré comme formes d'investissement. Autrement dit, on peut lire dans cette approche une présomption d'infaillibilité des États quant à la définition de l'investissement. En acceptant cette conception sans soumettre la définition à un contrôle juridique, cette approche semble donc promouvoir une application mécanique des définitions contenues dans les TBI.

À notre sens, cette façon de procéder vide de son sens la *Convention de Washington*, dont l'objectif se limite à protéger seulement des opérations d'investissement. Il n'y a presque pas d'opération qui échappe au champ d'application d'une définition qui prévoit que « l'investissement comprend toute sorte d'actif notamment […], mais non exclusivement ». Il est difficile d'imaginer que les États ont l'intention de s'ouvrir à l'arbitrage du CIRDI sur tout type d'actif ou chaque type d'investissement[782]. À ce sujet, Manciaux affirme:

> *Defining the notion of investment is thus necessary, not only for academic reasons. Aside from the issue of ICSID's future, it is a question of legal security for foreign investors and capital-importing countries, i.e. all the States on the planet. And if a definition is necessary, it could not result from an enumerative method retained in the near totality of international treaties, if not because an enumeration, no matter how long, has never constituted a definition*[783].

[781] Voir Rapport des administrateurs de la Convention, *supra* note 139. À ce sujet, l'article 25(4) de la Convention de Washington dispose : Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les États contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1). Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 art 25(4).

[782] Michael HWANG and Jennifer Fong Lee Cheng, « Definition of 'Investment'—A Voice from the Eye of the Storm » (2011) 1 Asian JIL 99 à la p107.

[783] Manciaux, « The Notion », *supra* note 639 à la p 6.

Comme le souligne Hwang, un accord international d'investissement est avant tout un accord entre deux ou plusieurs États contractants[784]. Alors que les États ont voulu que la définition de l'investissement soit plus large par rapport à la définition de leurs obligations conventionnelles envers d'autres États, il n'est pas clair s'ils ont consenti que la même définition extensive leur soit opposée par des investisseurs étrangers privés[785].

Une interprétation qui se baserait seulement sur ces définitions larges de TBI exposerait les pays en développement à la paralysie de la flexibilité pour réglementer dans l'intérêt général. La critique majeure de cette approche est que « *by contrast with the objective approach, then, the subjective approach adopts a view of ICSID that makes it fundamentally resemble a commercial arbitration facility, available to be used whenever two parties have agreed between themselves that it would be a desirable location for their arbitration* »[786].

Sous un point de vue technique, cette approche postule que seuls les conflits d'investissement peuvent être tranchés par le CIRDI mais que la question de détermination de cette présence relève de l'entente entre les parties et que le tribunal ne devrait pas en évaluer l'existence[787]. Cette conception rend complètement inutile l'article 25(1) qui encadre la compétence du CIRDI. La difficulté est donc de trouver une compréhension de la notion d'investissement qui prend en compte les exigences de l'article 25(1) de la *Convention de Washington*[788] et la volonté des États exprimée dans les TBI puisqu'après tout, ce sont ces accords qui stipulent l'arbitrage permettant aux investisseurs étrangers de saisir le CIRDI[789].

---

[784] Hwang, « A Voce », *supra* note 720.
[785] *Ibid.*

[786] Cole, *supra* note 716 à la p 10.
[787] *Ibid.*
[788] *Convention de Washington*, *supra* note 35.
[789] Voir Sattorova, *supra* note 736 à la p 7.

Les PED comptent sur l'investissement étranger pour assurer leur développement économique. À ce point, la compréhension du concept d'investissement se présente comme un impératif pour réaliser cet objectif. Or, la confrontation entre les deux interprétations objectives et subjectives amplifie la difficulté de saisir cette notion et n'aide pas les PED à mieux l'encadrer juridiquement. La qualification de l'investissement dépendra donc de l'approche choisie et surtout des termes utilisés dans le TBI. Ce faisant, la tension régnante entre les deux conceptions continue d'alimenter la controverse. Nous estimons que ces conceptions divergentes sont déroutantes. Elles donnent l'impression qu'il existe deux définitions différentes de la notion d'investissement notamment la définition issue des TBI et celle dérivée de la *Convention de Washington* et contribuent de la sorte à augmenter l'imprévisibilité de la protection de l'intérêt général[790].

Paragraphe 2 : Précarité de la protection de l'intérêt général au regard de l'imprécision des critères d'investissement

Pour définir la notion d'investissement, les tribunaux CIRDI ont dégagé les critères d'apport, de risque, de régularité des profits, de durée, de contribution au développement économique du pays d'accueil et de bonne foi de l'investisseur. L'utilisation de ces critères comporte, à des degrés divers, des incidences sur la protection de l'intérêt général vu qu'ils sont utilisés pour qualifier les opérations d'investissement desquelles les PED attendent la contribution à leur développement économique. Nous nous servons du critère controversé de contribution au développement économique du pays d'accueil pour souligner particulièrement les difficultés de conceptualisation qui caractérisent son usage et dont l'impact est dommageable sur l'intérêt général (A). Les critères de durée et de risque seront également analysés pour mettre en exergue

[790] Voir Sattorova, *supra* note 736 à la p 6.

leur caractère arbitraire qui fragilise la protection de l'intérêt général au sein de l'arbitrage d'investissement (B).

A. Difficulté de conceptualisation du critère de contribution au développement économique

Le critère de contribution au développement économique est emprunté par les tribunaux du CIRDI au préambule de la *Convention de Washington*[791]. En plus de mettre en relief que seuls des apports d'une certaine importance mériteraient d'être protégés par le biais du système d'arbitrage CIRDI, ce critère devait servir de tamis pour éliminer les opérations qui ne sont pas productives pour le pays d'accueil et permettre par là de distinguer les opérations d'investissement des autres activités internationales qui ne le sont pas[792]. Mais, les difficultés de conceptualisation qui caractérisent son incorporation dans la définition de la notion d'investissement font de ce critère un problème plutôt qu'une solution. Elles contribuent à enfler la controverse et l'éloignent davantage de son prétendu rôle de discernement des opérations susceptibles de contribuer au développement économique des PED. Les tribunaux arbitraux du

[791] La sentence *Salini* a tiré ce critère de la Convention de Washington en soutenant: « [l]a lecture du Préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement » (voir *Salini Costruttori, supra* note 217 au para 57). En abordant ce critère de développement économique, Onana se demande si la manière dont la contribution au développement de l'État hôte est énoncée dans la Convention en fait un critère. L'auteur répond par la négative et affirme: « Objectivement, la réponse est négative: la Convention n'institue aucun critère de l'investissement » (Onana, *supra* note 778 à la p216)

[792] La contribution au développement économique est un critère controversé. Des auteurs comme Onana rejetent catégoriquement l'idée que la Convention de Washington l'aurait institué. Il écrit :

> On pourrait nous rétorquer que si les rédacteurs de la Convention ont estimé devoir inclure cet élément, et précisément celui-là, dans le Préambule, on devrait peut-être en tenir compte dans l'interprétation de la Convention. Nous ne démordrons pas pour autant de notre position: une telle mention ne saurait en faire un critère. Le Préambule est un voeu pieu, cette formulation trouvant son fondement dans le souci des rédacteurs de rendre la Convention attractive pour les États en développement. Ce sont en effet de tels États qui avaient besoin de ce « développement ». C'est ici que la règle de l'effet utile « magis ut valeat quam ut pereat », qui est inférée par l'obligation de bonne foi contenue dans la Convention de Vienne doit être appliquée, ce qui amènerait à proscrire toute application caricaturale du recours aux travaux préparatoires et autres éléments d'interprétation voire du contexte de la Convention de Washington. La règle de l'effet utile mentionnée ci-dessus vise certes à ne pas priver d'effet un texte, mais aussi à ne pas donner au texte un sens qui n'est pas le sien (Onana, *supra* note 778 à la p217

CIRDI qui en font l'usage l'évoquent laconiquement sans s'appesantir sur sa clarification donnant ainsi l'impression d'un critère parachuté.

A.1. Critère inexpliqué

La faiblesse de l'arbitrage CIRDI eu égard à l'usage du critère de contribution au développement économique est de ne l'avoir pas conceptualisé pour en faciliter la compréhension. Le manquement n'est pas sans conséquence, car son appréhension dicte celle de la notion d'investissement. Le tribunal arbitral dans l'affaire *Fedax* a été l'un des premiers à dégager qu'un investissement se caractérise par un intérêt certain pour le développement d'accueil[793]. La décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Salini* a également retenu le critère de développement économique[794]. Le tribunal dans l'affaire *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c Algérie* a rejeté ce critère au motif qu'il s'agissait d'une « condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus *(i) un apport de l'investisseur dans le pays hôte de l'investissement ; (ii) une certaine durée ; et (iii) un certain risque* » [nos italiques][795]. Le tribunal annonce la difficulté d'établir ce critère et aussitôt, il se refuse toute démonstration et affirme que les trois éléments établis ci-dessus couvrent la « *contribution au développement économique de l'État hôte de l'investissement* » alors qu'il n'est pas évident.

Le malaise dans la conceptualisation de ce critère s'observe aussi dans l'affaire *Helnan international Hotels c l'Égypte,* où le tribunal a affirmé que pour ce qui est de la contribution au développement d'Égypte, « *the importance of the tourism industry in the Egyptian economy makes it obvious* »[796]. L'affaire *Jan de Nul c Égypte,* concernant l'élargissement et

[793] *Fedax, supra* note 706 au para 43; Voir Horchani, « Le statut », *supra* note 9.
[794] *Salini Costruttori, supra* note 217 au para 57 au para 57.
[795] *L.E.S.I. S.p.A. supra* note 583.
[796] *Helnan International Hotels A/S c l'Égypte*, Affaire CIRDI no ARB/05/19, Décision du tribunal sur l'objection sur la compétence, (17 octobre 2006) au para 77.

l'approfondissement de certaines parties sud du canal de Suez traduit également le manque de rigueur dans l'analyse du critère de contribution au développement[797]. Après avoir examiné si l'activité de l'investisseur étranger avait le statut d'un investissement protégé, le tribunal a conclu qu'en ce qui concerne le critère du développement, « *one cannot seriously deny that the operation of the Suez Canal is of paramount significance for Egypt's economy and development* »[798]. Cette démarche nous parait très simpliste. Elle apporte peu d'aide à la compréhension du concept. On peut comprendre que pour certaines opérations, telles que les constructions des autoroutes, des chemins de fer, des aéroports, des concessions minières, les tribunaux puissent faire économie d'arguments tellement la contribution de ces investissements prête moins à confusion. Mais là aussi les tribunaux ne sont pas exonérés de toute démarche méthodologique. MacCormick affirme que pour être justifiée, une décision de justice « *must show it to be the more acceptable given a consistent and principled "theory" […]* »[799]. En ne recourant pas à cette démarche méthodologique qui exige la théorisation de ce critère, « les tribunaux n'en apportent pas un grand éclairage, car leur méthode est, à ce niveau, souvent imprécise et semble parfois relever de l'impressionnisme »[800]. Les tribunaux auraient pu identifier les caractéristiques de ces critères, en chercher la signification ou en délimiter la portée. En réduisant l'existence de la contribution au développement à un simple constat d'évidence, le flou que ces tribunaux se proposaient d'éclairer persiste, et la controverse autour de la notion d'investissement suit son cours. À ce point nous sommes d'accord avec Hamida qui perçoit cette façon de procéder comme si l'on « a remplacé une notion ambiguë — la notion

[797] *Jan de Nul*, *supra* note 731 au para 92.
[798] *Ibid*.
[799] N MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, aux pp 212-213.
[800] Monebhurrum, « L'utilisation », *supra* note 405 à la p 12.

d'investissement — par un critère qui n'est pas dépourvu, lui-même, d'ambiguïté »[801]. Au reste, ces raisonnements des tribunaux arbitraux du CIRDI font ressortir le caractère subjectif prononcé de ce critère[802]. Cette subjectivité va à l'encontre de la sécurité juridique de l'intérêt général des PED

Ces raisonnements de certains tribunaux arbitraux, qui ne motivent pas leur position, inhibent les efforts de clarification du critère et contribuent à entretenir la confusion et la controverse qui entourent le concept d'investissement[803]. Nous convenons avec Monebhurrum lorsqu'il considère que « [l]es tribunaux n'ont aucune obligation d'utiliser le critère en question. Toutefois, s'ils le font et s'ils estiment que le critère du développement est d'une réelle importance, cela implique qu'ils se considèrent techniquement capables d'identifier et de définir ce critère »[804]. Ce défaut de conceptualisation a amené certains auteurs à remettre en cause sa pertinence et finalement à le rejeter[805]. Certains des tribunaux arbitraux du CIRDI affichent leur méfiance en son égard et d'autres l'écartent simplement en raison des difficultés à le mesurer[806].

A.2. Raisons des difficultés de motiver l'utilisation du critère

La mesure de la contribution au développement économique résultant d'un investissement étranger est l'un des défis que rencontrent les tribunaux arbitraux qui utilisent ce critère. Certains tribunaux l'ont rejeté au motif qu'il était difficile à évaluer[807]. Si la contribution au

[801] Hamida, « Two Nebulous », *supra* note 737.
[802] Voir Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 71.
[803] Cette idée s'inspire de ce passage: « *The policy element in the judicial decision maybe refined; It may be pushed back further and further; the area of uncertainty may be reduced. But there must always remain a point at which a choice has to be made; and it is necessary to determine the factors guiding the choice* » (tiré de W Friedmann, « Legal Philosophy and Judicial Lawmaking » (1961) 61 Colum L Rev 821à la p 826).
[804] Monebhurrum, « L'utilisation », *supra* note 405 à la p 13.
[805] Voir Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 72.
[806] Voir *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c Chili*, Affaire CIRDI no ARB/98/2, Sentence, (8 mai 2008) aux para 231 à 235[*Victor Pey Casado*].
[807] *Ibid*.

développement économique est aussi importante jusqu'à constituer un motif de rejet de la réclamation, on se demande pourquoi le tribunal ne pourrait pas l'évaluer[808]. Mais, la question va plus loin pour englober la préoccupation de savoir s'il est approprié pour les institutions externes d'évaluer le développement économique sans substituer leur propre vision du développement à celle des pays d'accueil[809]. Cette préoccupation est particulièrement délicate pour les tribunaux arbitraux du CIRDI qui doivent agir prudemment lorsqu'ils évaluent l'impact d'un investissement sur le développement économique du pays d'accueil[810]. En effet le critère de contribution au développement économique est né du raisonnement des tribunaux arbitraux du CIRDI qui adoptent une approche objective de la notion d'investissement. Comme le souligne un auteur, « la notion d'investissement ayant une dimension politique, sa définition ne relève pas des missions naturelles de l'arbitre, alors qu'elle est très étroitement liée à la souveraineté étatique »[811]. Si nous continuons l'analyse dans la logique de cette observation, force est de soutenir que si l'arbitre s'engage à chercher les critères, il glisse « sur un terrain dont on peut légitimement se demander s'il est le sien : il lui faut prendre une décision qui a un caractère éminemment politique s'il doit trancher le point de savoir si l'investissement contribue au développement (économique?) de l'État hôte »[812]. Nous soutenons, à l'instar de Stern, que :

> *it is the compelling duty of the States to ensure that foreign investors participate in the development of the countries in which they invest; it is not the task of international arbitrators to impose their personal views of development on States. Countries, and especially developing countries, should set development priorities*[813].

[808] Au sujet de certaines des difficultés qui peuvent constituer un obstacle pour évaluer la contribution de l'investissement au développement économique, (Sureda, *supra* note 11 à la p 3).
[809] Voir généralement Mason Edward Sagendorph et Robert E Asher, *The World Bank Since Bretton Woods*,Washington, Brookings Institution, 1973.
[810] Voir Sureda, *supra* note 11 à la p 69.
[811] Clavel et Derains, *supra* note 534.
[812] *Ibid.*
[813] Stern, « The Contours », *supra* note 722 aux pp543-44.

Certains tribunaux du CIRDI semblent avoir fait le constat de cette délicatesse et affichent leur prudence au regard de l'usage de ce critère dont ils sont parvenus à éviter le débat au fond[814].

L'autre difficulté que pose la mesure de la contribution au développement économique est relative à la question de savoir si l'importance du montant de la contribution au développement doit jouer un rôle déterminant dans l'évaluation de l'impact de l'investissement sur le développement du pays d'accueil. Dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c la Malaisie*, le tribunal arbitral, dans sa décision sur la compétence, a considéré l'importance de la contribution comme un élément déterminant. En substance, la décision affirme[815]:

> *[t]he requirements listed by the Salini Tribunal should be examined as to "the nature and degree of their presence" in a given case. For example, a contribution to host state's economic development should satisfy the requirement of significance in order for an operation to qualify as an investment under the ICSID convention*[816] .

Au regard du montant insignifiant de l'investissement, le tribunal arbitral a conclu qu'il n'y avait pas d'investissement sous la *Convention de Washington*[817]. De l'avis du tribunal arbitral, « *Were there not the requirement of significance, any contract which enhances the Gross Domestic Product of an economy by any amount, however small, would qualify as an investment* »[818].

Ce qui ressort de ce raisonnement du tribunal, c'est que l'investissement avait contribué au développement, mais que ladite contribution n'atteignait pas le seuil exigé de contribution significative au développement exigé. Hwang, l'arbitre unique dans cette affaire, ne fournit pas des indications pour évaluer la contribution au développement caractéristique de l'investissement. Sa décision ajoute une complication supplémentaire à un concept

---

[814] Voir *Phoenix Action, supra* note 620 au para 85 le tribunal affirmait que « *there are highly diverging views on what constitutes development. A less ambitious approach should therefore be adopted […]* ».
[815] *Malaysian Historical Salvors*, Décision sur la compétence, supra note 760 au para 106(e).
[816] *Ibid*.
[817] *Ibid* au para 143.
[818] *Ibid* au para 123.

d'investissement qui, selon Hamida, « demeure […] une notion mystérieuse, indéfinissable et impénétrable »[819]. Cette décision sur la compétence dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD* a subi la sanction du comité *ad hoc*, qui l'a annulée en considérant que le tribunal a erré en ne prenant pas en considération le fait que « *the drafters of the ICSID Convention purposely decided not to establish a monetary baseline for ICSID investments* »[820]. Il ressort d'une jurisprudence majoritaire de l'arbitrage d'investissement CIRDI que même si un investissement a été une perte[821] ou n'a pas contribué au développement économique du pays d'accueil, il ne perd pas pour autant sa qualité d'investissement[822]. C'est ainsi que la taille de la contribution n'a pas été déterminante non plus dans l'affaire *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c l'Albanie* où le tribunal a décidé que « *The monetary [magnitude] of investments cannot be accepted as a general restriction it was considered but rejected* »[823]. Dans la décision d'annulation rendue dans *l'affaire Mitchell*, le tribunal a pris le soin de préciser que « *the contribution needs not to be sizable or successfull to qualify as such* »[824].

La lecture de la jurisprudence CIRDI montre que les tribunaux du CIRDI ne s'accordent pas sur la teneur du critère de contribution au développement économique. Alors que dans la décision sur la compétence dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c Malaisie* le tribunal a

[819] Hamida, « La notion d'investissement », *supra* note 652.
[820] *Malaysian Historical Salvors*, Décision sur la demande d'annulation, *supra* note 660. Cependant on doit souligner que les membres du comité étaient divisés sur cette question de quantification de contribution au développement économique. Cette division apparaît dans l'opinion dissidente de Shahabuddeen qui considère que le CIRDI opère sous les auspices de la Banque Mondiale qui est une organisation intergouvernementale qui offre du financement aux gouvernements pour combattre la pauvreté. Il s'est référé aussi au préambule de la *Convention de Washington supra* note 35, préambule.
[821] Le tribunal, dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania)*, a décidé que « *even if the arbitral tribunal had concluded that the project was a loss leader, it remains unclear why it should not then benefit from the protection of ICSID convention* » (*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c la Tanzanie*, Affaire CIRDI no ARB/05/22, Sentence, (24 juillet 2008) au para 321).
[*Biwater Gauff (Tanzania)*].
[822] Le tribunal das l'affaire a estimé: « *An investment may prove to be useful or not to the host state without loosing its quality of investment* » (Voir *Victor Pey Casado, supra* note 806 au para 232).
[823] *Pantechniki c Albanie*, Affaire CIRDI no ARB/07/21, Sentence, (30 juillet 2009) au para 36.
[824] *Patrick Mitchell c République démocratique du Congo*, Affaire CIRDI no ARB/99/7, Décision d'annulation, (1er novembre 2006) au para 33.

minimisé la contribution de l'investisseur dans les secteurs culturels et patrimoniaux, le comité *ad hoc* lui en a vigoureusement reproché en observant :

> Commet un excès de pouvoir manifeste le Tribunal qui, tournant le dos à l'intention des rédacteurs de la *Convention de Washington*, ne tient pas compte de la définition large de l'investissement retenue par le Traité de protection des investissements en cause et impose artificiellement une condition de contribution à l'économie de l'État d'accueil le conduisant à exclure les investissements ne présentant pas une certaine importance ou concernant les domaines de la culture ou du patrimoine historique[825].

La méfiance envers les critères d'investissement est telle qu'en 2008, le tribunal, dans l'affaire *Biwater c Tanzanie*, a réfuté tout caractère obligatoire qui tendrait à imposer la prise en compte des critères issus du *test salini* pour définir un investissement. Le tribunal affirme :

> *In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention[…]Further, the Salini Test itself is problematic if, as some tribunals have found, the "typical characteristics" of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of "investment" (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of "investment" more broadly than the Salini Test, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly*[826].

Hamida dresse le constat d'échec de l'arbitrage CIRDI à encadrer la notion d'investissement en soutenant que « [t]iraillée entre une conception subjective trop large et une conception objective dont les critères sont flous et instables, la jurisprudence n'a pas réussi à dégager une interprétation convenable de cette exigence »[827].

---

[825] Clavel et Derains, *supra* note 534 à la p 13. L'auteur fait référence à la sentence *Malaysian Historical Salvors*, Décision sur la demande d'annulation, *supra* note 660 au para 80.
[826] *Biwater Gauff (Tanzania)*, *supra* note 821 aux para 312 et 314.
[827] Hamida, « La notion d'investissement », *supra* note 652.

Compte tenu de toutes ces analyses, nous nous rangeons du côté de Juillard qui défend que ce critère « ne permet guère […] de donner son fondement à une quelconque définition de l'investissement international »[828].

Toutes ces observations renforcent notre position à l'effet que la meilleure façon de prendre en compte les préoccupations de contribution de l'investissement étranger au développement économique du pays d'accueil consisterait à adopter une approche globale d'inclusion de la dimension « développement » dans l'ensemble de l'accord et des réglementations nationales d'investissement[829]. Les autres critères, d'investissement tel que le risque et la durée de l'investisement présentent le danger d'arbitraire et ne font pas non plus l'unanimité.

B. Les critères de durée et de risque

Certains tribunaux du CIRDI accordent une importance particulière aux critères de durée et de risque et estiment même que la contribution au développement économique est implicitement couverte par les deux critères et celui de l'apport de l'investisseur étranger[830]. Certains autres ont réduit leur portée à de simples exemples d'éléments caractéristiques d'investissements sans être des conditions de leur existence[831].

[828] Juillard, « Investissements », *supra* note 555 à la p 778.

[829] Voir paragraphe 1section 2 du chapitre 4. Voir notamment Marek Jezwski, « Development Consideration in Defining Investment » dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, supra note 24, 215 aux pp 234-235[Jezwski]; Andrew Newcombe, « Sustainable Development and Investment Treaty Law » (2007) 8 J World Investment and Trade 370.

[830] Voir *L.E.S.I. S.p.A. , supra* note 583 au para 73(iv).

[831] Le tribunal arbitral dans l'affaire *M.C.I. Power Group* affirme: « *the requirements that were taken into account in some arbitral precedents for purposes of denoting the existence of an investment protected by a treaty (such as the duration and risk of the alleged investment) must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for its existence* » (voir *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c l'Équateur*, Affaire CIRDI no ARB/03/6, Sentence, (31 juillet 2007) au para 164).

B.1. Critère de durée

C'est un critère qui met en relief l'engagement de l'investisseur étranger dans le temps. Contrairement aux opérations commerciales, l'opération d'investissement n'est donc pas ponctuelle[832]. En effet, que ce soit la contribution au développement économique escomptée, ou toute autre forme de retombées de l'investissement étranger, elles se réalisent avec l'écoulement d'un laps de temps. De ce point de vue, certains auteurs ont soutenu que « *one time sales or purchases of goods, or shot term commercial credit would normally not be investment* »[833]. Cette dimension temporelle explique le recours habituel à ce critère dans la qualification de l'investissement. Par exemple, aux termes de l'article 12(b) la Convention de Séoul ayant créé l'AGMI « le Conseil d'Administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure parmi les investissements admissibles toutes autres formes d'investissements à moyen ou à long terme »[834].

Au sein du CIRDI, on s'accorde pour considérer qu'une opération d'investissement est à moyen ou à long terme, mais, les tribunaux ne sont pas arrivés à identifier un temps minimum requis[835]. Certains pays considèrent que « *from the negociating history that the term investment in article 25(1) of the Washington Convention does not exclude from its scope an investment simply because it is a short-term investment* »[836].

L'importance rattachée à cette délimitation temporelle trouve sa justification dans l'utilité fonctionnelle de ce critère dont le rôle premier est d'opérer une distinction entre l'investissement

[832] Manciaux, *Investissements, supra* note 39 à la p 68.
[833] Rubins, *supra* note 658 à la p 297.
[834] *Convention* AMGI, *supra* note 659.
[835] Manciaux, *Investissements, supra* note 39 à la p 68.
[836] Voir Norbert Horn et Stefan Michael Kröll, dir, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal Aspects*, Netherlands, Kluwer Law International, 2004 à la p 297 citant US Senate 89th Congress 2d Session Executive Report no 2 à la p 15.

et les transactions purement commerciales[837]. Ce tamisage vise à écarter les opérations spéculatives de la protection de la *Convention de Washington*. C'est dans cette ligne de raisonnement que l'on peut lire la sentence *Fedax c le Venezuela* dans laquelle une opération qui n'a duré que quelques mois a passé le test de durée en raison de la conviction des arbitres que l'opération n'était pas de nature spéculative[838].

La délimitation d'une durée minimale a un impact sur la protection de l'intérêt général en ce sens que la notion d'investissement « peut fructuer au gré des affaires soumises au Centre (CIRDI) »[839]. C'est là que les désaccords sur cet élément temporel sont source d'imprévisibilité quant aux opérations à protéger et subséquemment au regard des interventions réglementaires envisagées par les PED pour gérer les activités économiques des investisseurs étrangers.

Pour rappel, les rédacteurs de la *Convention de Washington* dans leur première tentative de définir le concept d'investissement avaient prévu une durée minimale de 5 ans[840]. Eu égard aux critiques du comité juridique[841], cette limitation a été enlevée de l'ébauche finale de la Convention[842].

Le défaut de limitation de ce critère amoindrit sa capacité à aider à discerner des opérations de courte durée qui selon certains pays d'accueil « *are unpredictable and prone to withdrawal or non-renewal when conditions deteriorate, worsening financial volatility in the country rather*

[837] Voir *Salini Costruttori*, *supra* note 217 au para 54; *Bayindir*, *supra* note 621 au para 132; *Joy Mining Machinery*, Décision sur la compétence, *supra* note 662 aux para 53 et 57.
[838] Voir Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 68.
[839] Gilles, *supra* note 531 à la p 223.
[840] Voir *Historique de la Convention CIRDI*, *supra* note 663, Vol II aux pp 621–23.
[841] Voir i*bid* à la p 702.
[842] Voir i*bid* à la p 450.

than mitigating it »[843]. Cette absence de limite ne permet pas non plus de réduire l'imprévisibilité qui entoure la qualification d'une opération d'investissement.

B.2. Critère de risque

La doctrine identifie le risque ou l'incertitude comme un élément au centre de toute opération d'investissement[844]. C'est la probabilité de sa survenance qui justifie la nécessité de la protection des investissements[845]. Selon Oman, « les décisions d'investir traduisent les anticipations des investisseurs relatives à des événements à venir, donc incertains; l'investissement comporte par conséquent un risque »[846]. L'incertitude ou la réalisation des actes qui mettent en péril l'économie de l'investissement se produisent sur une période plus ou moins longue; augmentant ainsi l'éventualité de la réalisation d'éléments affectant l'investissement[847]. Le critère de risque apparait donc lié à celui de durée puisque le processus d'exécution du projet d'investissement et les gains de l'investisseur prennent du temps[848].

Avant la sentence *Salini c le Maroc*, le critère de risque avait été identifié dans les affaires *Fedax* et *CSOB*[849]. La doctrine a vivement critiqué la sentence *Fedax* pour avoir « confondu le risque

---

[843] Rubins, *supra* note 658 à la p 297.

[844] Voir Manciaux qui souligne: « *The risk accompanying any investment transaction is a unanimously accepted criterion, as much by Doctrine as by arbitrators* » (Manciaux, « The Notion », *supra* note 639 à la p 13).

[845] Selon Rubins, « *If the foreign entity bears little or no risk in concluding a deal, it is reasonable to assume that he will choose to engage in that activity even without the assurances of arbitral adjudication of future disputes* »(Voir Rubins, *supra* note 658 à la p 298).

[846] Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement international dans les pays en développement, Paris, 1984* Centre de développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques, 1984 à la p 19 [Oman].

[847] Voir Ch H Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, 2e éd, Cambridge England, Cambridge University Press, 2009 à la p 128; voir aussi Gilles, *supra* note 531 à la p 220.

[848] Voir Oman, *supra* note 846 à la p 23; Dans l'affaire *Toto Costruzioni Generali*, le tribunal a souligné l'effet de la durée sur la survenance du risque en déclarant :

> « *A construction contract in which the execution of the works extends over a substantial period of time involves by definition an element of risk. The duration of the contract is a determining factor with regards to the magnitude of the risk since the exposure to changes and unexpected occurrences increases in proportion to the duration of the contract* » (*Toto Costruzioni Generali S.p.A. c le Liban, Affaire CIRDI no ARB/07/12, Décision sur la compétence, (11 septembre 2009)* au para 78 [*Toto Costruzioni*]).

[849] *Fedax, supra* note 706; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, supra* note 755.

économico- politique de non-rentabilité du projet entrepris avec le risque juridique d'inexécution des obligations par l'un de ces cocontractants »[850]. Ce raisonnement parait ignorer que le risque d'inexécution est inhérent à toute obligation contractée et place par conséquent l'intérêt général dans une situation précaire. Comme Gaillard l'a observé, cela va avoir pour effet de qualifier toute opération d'investissement[851]. En utilisant le critère dans cette acception, la jurisprudence diminue sa capacité à discriminer les opérations d'investissement de celles qui ne le sont pas. Une telle qualification aurait pour conséquence de contraindre les PED à protéger toutes les opérations sans égards à leur statut d'investissement[852]. C'est la raison pour laquelle nous convenons avec Gilles que si le risque d'inexécution était retenu comme suffisant pour caractériser un investissement, il conduirait à faire tomber dans la catégorie des investissements la plupart des contrats[853]. La sentence dans l'affaire *Ceskoslovenska* a soulevé moins de contestation. Elle a adopté le critère de risque économique encouru par l'investisseur et qui, selon Manciaux, réside dans l'incertitude qui affecte la réussite du projet entrepris[854]. La sentence affirme que ledit risque est normalement associé à toute activité économique[855]. Analysée dans une perspective de l'intérêt général, cette position du tribunal consacre un recul de sa protection. Elle aboutit à ériger la majorité des opérations économiques au rang

[850] Manciaux, *Investissements, supra* note 39 à la p75.
[851] Emmanuel Gaillard, « Chronique des sentences arbitrales » (1999) 126 JDI 273 aux pp 290 et 293.
[852] Dans l'affaire qui l'opposait à *Toto Costruzioni,* le Liban avait soutenu que

> *an investment requires the specific risk that the operation might not be profitable, not the general risk that some contractual obligation will not be honoured, since the latter kind of risk is inherent to any contract whatsoever. The possibility that a contractual obligation will be defaulted or that a force majeure event may occur, is not the kind of risk required to qualify the operation as an "investment" under the ICSID Convention (*voir *Toto Costruzioni, supra* note 790 au para 73).

[853] Voir Gilles, *supra* note 531 à la p 221.
[854] Manciaux, *Investissements, supra* note 39 à la p75.
[855] *Ceskoslovenska Obchodni Banka, supra* note 755 au para 90.

d'investissement et par voie de conséquence, elle pourrait permettre aux opérations commerciales de bénéficier de la protection réservée aux seules opérations d'investissement.

Ainsi, certains auteurs considèrent les interventions réglementaires gouvernementales comme la caractéristique distinctive du risque relatif aux opérations d'investissement étranger[856]. La sentence *Salini* va dans ce sens, car elle retient le critère de risque justifié par l'apparition de nouvelles charges imposées au maitre d'oeuvre[857]. On pourrait se servir à *contrario* de l'argument qu'avance le tribunal dans cette affaire pour écarter les prêts des investissements protégés. Dans cette décision, les arbitres soutenaient que « *[a] construction that stretches out over many years, for which the total cost cannot be established with certainty in advance, creates an obvious risk for the Contractor* »[858]. Pour ce qui est des prêts, l'échelonnement dans le temps et le montant de la rémunération sont préalablement prévus. Le risque concerne l'inexécution de l'obligation et n'est donc pas économique[859]. L'affaire *Alpha projekholding contre l'Ukraine* semble pourtant consacrer que le risque d'inexécution est suffisant pour la qualification d'investissement en déclarant :

> *Many contracts, including typical loan agreements, have fixed payment terms. Indeed, as explained above, loan agreements can be a form of investment. The fact that a party is owed a fixed amount by the terms of a contract does not mean that all risk for that party has been eliminated, as the risk of default may remain at elevated levels. Removing all fixed payment contracts from the scope of investment protection would lead to a substantial loophole in the ICSID Convention, and Respondent has provided no convincing evidence that this was the intent of the drafters*[860].

Nous estimons que le fait que dans la majorité des cas, le risque émane du pays d'accueil n'exclut pas qu'il puisse provenir de l'investisseur étranger lui-même. Cette hypothèse peut se

[856] Voir M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 30 [Sornarajah, *The International* 2010].
[857] *Salini Costruttori*, *supra* note 217 au para 55
[858] *Ibid* au para 56.
[859] Voir Manciaux, *Investissements*, *supra* note 39 à la p 76.
[860] *Alpha Projektholding*, *supra* note 753.

produire si l'investisseur en question fait de mauvais choix stratégiques, technologiques, géographiques[861]. Le risque est aussi possible si un investisseur entreprend d'investir durant une période de récession[862]. Sur ce, nous sommes d'accord avec la position de Rubins qui affirme que l'on pourrait également utiliser ce critère pour disqualifier de la protection les opérations dans lesquelles « *the risk is primarily or entirely placed on the Host State […]* »[863].

Le critère de risque fait intervenir des notions dont les éléments pouvant les distinguer peuvent être arbitraires et fragiliser par conséquent la protection de l'intérêt général. Il n'est pas possible de savoir si l'arbitre va retenir le risque commercial, économique ou politique surtout que la démarcation entre ces genres de risque n'est pas aussi tranchée. Toutes ces incertitudes contribuent à rendre aléatoire la protection de l'intérêt général.

Conclusion

Ce chapitre s'est servi du concept d'investissement pour analyser la protection dévolue à l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement. À travers l'analyse des éléments constitutifs et celle des interprétations divergentes de la définition de cette notion d'investissement concept dans les TBI et l'analyse de ses éléments, notre étude a mis en relief la liaison étroite entre la protection de l'intérêt général et intimement liée à la maitrise des contours de cette notion d'investissement.

Dans leur quête d'identification de ce qu'est un investissement, les tribunaux du CIRDI divergent et deux conceptions de la notion d'investissement émergent. En l'occurrence, il s'agit de la conception subjective et de la conception objective. L'examen de ces deux visions concurrentes de la notion d'investissement révèle des incidences négatives de son interprétation

[861] Voir Manciaux, « The Notion », *supra* note 639 à la p 13.
[862] i*bid.*
[863] Rubins, *supra* note 658 à la p 298.

sur la protection de l'intérêt général. La conception subjective mine la protection de l'intérêt général, car elle équivaudrait à donner un chèque en blanc aux définitions illimitées de la notion d'investissement contenues dans les TBI en cas de leur application mécanique. Pareille application sans contrôle nuirait à l'intérêt général des PED étant donné que tout n'est pas investissement alors que même ce ne sont pas tous les investissements qui contribuent au développement économique. Cette application marginaliserait par ailleurs la condition d'investissement que pose la *Convention de Washington* en son article 25(1).

La conception objective présente également des limites dont notamment le risque de « geler » la notion d'investissement si les tribunaux appliquent rigidement les critères de durée, d'apport, de risque et de contribution au développement économique que la jurisprudence a dégagés. Cette conception risque de conduire aux interprétations extensives de l'article 25(1) de la *Convention de Washington* et d'aller ainsi à l'encontre de la volonté des parties à cette Convention. De plus, le manque de rigueur dans la conceptualisation des critères d'investissement sous cette conception et leur caractère arbitraire sont déroutants.

En définitive, l'analyse révèle que la protection de l'intérêt général laisse à désirer. Le concept d'investissement se définit par « tout » et donc, « tout » peut être potentiellement un investissement dans beaucoup de TBI. L'interprétation que font les tribunaux arbitraux de l'article 25(1) de la *Convention de Washington* provoque des tensions, car l'analyse de la compatibilité des définitions élastiques des TBI à cette exigence aboutit à des résultats imprévisibles. Le concept d'investissement nécessite donc une définition avec des limites déterminées pour assurer la prévisibilité des préoccupations de développement économiques

dans les TBI et diminuer l'inconstance des interprétations qu'en font les tribunaux arbitraux du CIRDI.

En plus de cette notion d'investissement, nous nous servons des exceptions de sécurité pour examiner les difficultés de prise en compte de l'intérêt général à la lumière des poursuites des investisseurs étrangers contre l'Argentine pour contester les mesures de redressement économique que ce pays avait engager pour combattre la crise économique.

Chapitre 4: Les exceptions relatives à des intérêts essentiels de sécurité

Introduction

Avec la crise Argentine de 2000-2001, le règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil a connu un développement important d'un moyen de défense centré sur l'exception de sécurité. Les États ont inclus cette exception « *with the intention of providing greater regulatory flexibility to pursue public interest objectives* »[864]. C'est dans ce sens que l'Argentine s'est fondée sur l'exception de sécurité contenue dans son TBI avec les États-Unis pour justifier les mesures restrictives des droits des investisseurs dont la prétention était de résorber la crise économique. Dans les conflits où cette exception a été discutée, la question qui a retenu l'attention des tribunaux arbitraux du CIRDI était donc de savoir si la situation de crise économique constituait une menace à la sécurité nationale et si elle justifiait par conséquent l'imposition des restrictions aux droits des investisseurs étrangers[865]. Comme nous le montrerons dans nos développements ultérieurs, les tribunaux du CIRDI ont adopté des positions variées au regard de cette question. Pourtant, le consensus sur l'importance et la nécessité de cette exception est moins discutable. L'une des raisons d' être de cette exception est que « *[s]ecurity is pre-eminent because without it a state has no sovereignty, and its very existence is in doubt* »[866]. À travers les clauses d'exception de sécurité, les États parties aux accords

[864] Voir Newcombe affirme que: « states have included general exceptions with the intention of providing greater regulatory flexibility to pursue public interest objectives », Andrew Newcombe, « General Exceptions in International Investment Agreements », Draft Discussion Paper, Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference , London 13th and 14th May 2008[Newcombe, « General Exceptions »].

[865] Voir à ce sujet les affaires suivantes : *CMS Gas Transmission, supra* note 458; *LG & E Energy Corp., L & E Capital Corp., LG & E International Inc c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/02/1,* Décision sur la responsabilité (3 octobre 2006)[*LG & E Energy*]; *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P.* c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/03, Décision (22 mai 2007) [*Enron Corporation*]; *Sempra Energy International* c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/02/16, Décision (28 septembre 2007)[*Sempra Energy*]; *Continental Casualty Company* c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/03/9A, Décision (5 septembre 2008)[*Continental Casualty*].

[866] Voir Raj Bhala, « Book Review: International Rules: Approaches from International Law and International Relations » (1998) 23 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 737 à la p 760.

d'investissement cherchent à conserver une flexibilité réglementaire pour déployer leur pouvoir normatif dans des domaines politiques très sensibles[867]. Ce faisant, cette exception apparait comme un outil réglementaire pouvant permettre d'atténuer la tension entre les préoccupations de préservation de souveraineté et la sauvegarde de l'intégrité des obligations internationales qu'ils ont librement contractées[868]. La portée de cette exception couvre les crises économiques à l'instar de celle qui a frappé l'Argentine. Dans l'affaire *Gas Transmission*, le tribunal arbitral a conclu qu'« il n'y avait rien ni dans le contexte du droit international coutumier ni dans l'objet ou dans le but du Traité qui pût, à lui seul, exclure les crises économiques majeures du champ d'application de l'article 11 »[869]. Dans ce chapitre, nous entendons évaluer le cadre normatif des exceptions dans les TBI (section 1) avant d'analyser les affaires d'arbitrage sur les exceptions de sécurité (section 2). Pour mener nos analyses, nous utilisons comme cadre d'analyse le contexte argentin. La pertinence de ce cadre tient au fait que ce sont les tribunaux du CIRDI constitués à la suite de la crise argentine qui ont en premier statué sur l'exception de sécurité dans les TBI. Rappelons aussi que l'Argentine a construit sa défense autour de l'intérêt général que lesdites mesures contestées étaient destinées à sauvegarder.

Section 1 : Analyse du cadre normatif des exceptions de sécurité

Dans cette section, notre étude se penche sur l'analyse de l'évolution des exceptions de sécurité dans les accords d'investissements (&1). Nous nous proposons de retracer l'historique de ces exceptions de sécurité et d'examiner par la suite leur champ de couverture. Notre analyse porte

[867] Voir Dapo Akande and Sope Williams, « International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO? » (2002–3) 43 Virginia Journal of International Law 365 à la p 372 [Sope].

[868] Voir Andrew Emmerson, « Conceptualizing Security Exceptions: Legal doctrine Or Political Excuse? » (2008) 11:1 Journal of International Economic Law 135 à la p138.

[869] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 au para 359.

un regard critique sur les pratiques étatiques (&2) en matière de configuration des exceptions de sécurité et de l'encadrement de leur portée dans les accords d'investissement.

Para 1 : Évolution des exceptions de sécurité dans les accords d'investissements

Tour à tour, nous aborderons l'évolution de l'usage des exceptions de sécurité(A) ainsi que de leur champ de couverture (B).

A. Évolution de l'inclusion des exceptions de sécurité dans le cadre normatif des investissements

Nous examinerons l'insertion des exceptions de sécurité dans les traités d'amitié de commerce et de navigation (TACN) et dans le cadre normatif national.

A.1. Les accords précurseurs de l'insertion des exceptions de sécurité dans les TBI

Les États-Unis ont été les premiers à préconiser l'inclusion des exceptions de sécurité dans leur programme de TACN perçu comme les ancêtres des TBI actuels[870]. Comme l'affirme Moon, les expressions de paix internationale et sécurité, intérêts essentiels sécuritaires sont des termes qui ont commencé à apparaitre comme des éléments réguliers dans les TACN des États-Unis d'Amérique juste après la Deuxième Guerre mondiale[871].

Son TACN de 1931 avec la Hongrie en contenait une libellée comme suit : « *in the event either High Contracting Party shall be engaged in war, it may enforce such import or export*

[870] Voir William J. Moon, « Essential Security Interests in International Investment Agreements » (2012) 15 J Int'l Econ L 481 à la p 496 [Moon]; *Traité d'amitié, de commerce et de navigation*, Japon/États-Unis, (2 avril 1953), 4 US. 2063, art. XXI (1) (d) [TACN Japon/États-Unis]; Kenneth J Vandevelde, « US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave » (1993)14 Mich J Int'l L 621 aux pp 624 et 636 [Vandevelde, « US Bilateral Investment Treaties »].

[871] Moon *supra* note 870 à la p 496; TACN Japon/États-Unis, *supra* note 870; *Traité d'amitié, de commerce et de navigation*, Pays Bas/ États-Unis, (27 mars 1956) 8 UST 2043, art. XXII (1) (d); Vandevelde, « US Bilateral Investment Treaties », *supra* note 870 aux pp 624 et 636.

restrictions as may be required by the national interest »[872]. Le dernier TCAN avec la Thaïlande incluait aussi une exception de sécurité formulée comme suit: « *Article XII(1)(e) of which provided that "[t]he present Treaty shall not preclude the application of measures [. . .] necessary to protect [either Party's]essential security interests »*[873].

La Conférence de La Havane sur le commerce et l'emploi proposait d'incorporer dans la Charte de l'organisation internationale du Commerce qu'elle entendait mettre sur pied une exception de sécurité[874]. Sous la poussée des États-Unis, le contenu de cette exception prévoyait :

> *nothing in the charter was to be construed to prevent a member from taking any action which it considered necessary for the protection of its essential security interests, where such action related to fissionable materials, to traffic in implements of war or to traffic in goods or services for supplying a military establishment, or taken in time of war or other emergency in international relations*[875].

Un langage similaire a été incorporé dans l'Accord général sur le commerce et les tarifs douaniers de 1947 (GATT)[876]. L'article XXI de cet accord se lit comme suit :

> Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée : a) comme imposant à une Partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité; b) ou comme empêchant une Partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité : i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication; ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées; iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale; c) ou comme empêchant une Partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de

[872] *Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires*, Autriche / États-Unis (27 mai 1931) 47 Stat 1876 art. VII.
[873] Traité d'amitié et de relations économiques, États-Unis/Thailande (29 mai 1966), 19 U.S.T. 5843 art XII (1)(e).
[874] UN Conference on Trade & Employment, Havana Charter for an International Trade Organization art 99 in Final Act and Related Documents, U.N. Doc. E/Conf.2/78,U.N. Sales No. 1948.II.D.4 (1948).

[875] U.S. Dep't of State, Pub. No. 2598, Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations art 49 (2) (1946), en ligne: World Trade Law <www.worldtradelaw.net/misc/Suggested%20Charter.pdf>.

[876] Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), (30 octobre 1947) 61 Stat A11, 55 UNTS 194 art XXI[GATT de 1947].

> la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales[877].

Quand les États-Unis ont inauguré en 1977[878], le programme de TBI, ils ont continué à inclure des exceptions de sécurité[879] avec un langage similaire à celui qu'ils employaient dans les TACN[880].

Selon Alvarez et Khamsi, «*[t]he US model BIT made public, in the early 1980s, was therefore , like the US-Argentina BIT an amalgamation of provisions drawn from US FCN practice as well as improvements drawn from european BIPAs* »[881].

Ainsi le premier modèle de TBI américain de 1982 prévoyait en son article 10(1) : « *[t]his Treaty shall not preclude the application by either Party or any political subdivision thereof . . . any and all measures necessary for[. . .] the protection of its own essential security interests*»[882].

Dans l'accord Argenine – États-Unis, cette exception de sécurité se lit comme suit :

> Le présent Accord n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des parties de mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public, l'exécution de ses obligations en ce qui concerne le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité[883].

On peut voir le rapprochement qu'il y a entre cette configuration et celle de l'Article XXI du TACN États-Unis d'Amérique-Japon de 1953 où cette exception est ainsi formulée : « Le présent

---

[877] *Ibid* .Traduction tirée de CNUCED, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, *La protection de la sécurité nationale dans les Accords internationaux d'investissement (AII)*, Doc off CNUCED, Doc NU. UNCTAD/DIAE/IA/2008/5 (2009) aux pp 73-74[CNUCED, *La protection*].

[878] Voir Kenneth J. Vandevelde, *United States Investment Treaties: Policy And Practice* , Boston: Kluwer Law and Taxation, (1992) aux pp 20-22.

[879] Voir Vandevelde, « US Bilateral Investment Treaties », *supra* note 870 à la p 636.

[880] Voir Kenneth J. Vandevelde, « Rebalancing Through Exceptions » (2013) 17:2 Lewis & Clark Law Review 449 à la p 452 [Vandevelde, « Rebalancing Through Exceptions »].

[881] Jose E. Alvarez and Kathryn Khamsi, « The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of Investment Regime » (2008-2009) The Yearbook of International Investment Law and Policy 379 à la p 411.

[882] U.S. Model BIT art. 10(1) (1982) dans Vandevelde, Kenneth J. U.S. *International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, (2009) 769 à la p 776.

[883] *Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, États-Unis-Argentine, (entrée en vigueur: 20 octobre 1994), US Treaty Doc no 103–2 (1993).

.

traité ne fait pas obstacle à l'application de mesures : (d) nécessaires pour remplir les obligations d'une Partie pour le maintien ou le rétablissement de la paix et la sécurité internationales, ou nécessaires pour protéger ses intérêts essentiels de sécurité »[884]. Cette exception se trouve aussi dans les arcanes de l'OCDE. Celle-ci recommande aux pays membres de faire preuve de modération dans les restrictions qu'ils apportent à l'application du traitement national pour des motifs tenant à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la sécurité, afin de limiter les mesures prises pour ces motifs aux domaines dans lesquels ces préoccupations jouent un rôle prédominant[885]. À travers son Code de libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes, l'OCDE se réfère à l'exception relative aux intérêts sécuritaires essentiels[886]. Son article 3 prévoit que les dispositions de ce Code n'empêchent pas un Membre de prendre les mesures qu'il estime nécessaires : « i) au maintien de l'ordre public ou à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publiques; ii) à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité; iii) à l'exécution de ses obligations concernant la paix et la sécurité internationales »[887]. Selon le commentaire de cet article, ces clauses « permettent en principe aux Membres de mettre en place, de réinstaurer ou de maintenir des restrictions qui ne sont pas couvertes par les réserves aux Codes et dans le même temps, d'exempter ces restrictions du principe de libéralisation progressive »[888]. De même, le projet de l'OCDE de l'AMI contenait l'exception relative aux intérêts essentiels de sécurité configurée comme suit[889] :

[884] TACN Japon/États-Unis, *supra* note 870.

[885] OCDE, *Recommandation du Conseil concernant les mesures se rapportant au traitement national prises par les pays membres pour des motifs tenant à l'ordre public et aux intérêts essentiels de leur sécurité*, 16 juillet 1986 - C (86)55/FINAL
[886] OCDE, Guide de référence 2007, *supra* note 701 à la p 38.
[887] *Ibid*.
[888] *Ibid*.
[889] OCDE, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), DAFFE/MAI (98) 7/REV1, art 3, en ligne: OCDE <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> [OCDE, Negotiating Group]. Nous devons souligner que la mention de cette formulation de l'exception de l'AMI n'est pas surabondante dans la mesure où malgré son échec, cet accord a influencé la rédaction de plusieurs TBI et accords multilatéraux comportant des chapitres sur l'investissement. Voir à ce sujet Micheal D.

> *2. Nothing in this Agreement shall be construed: a. to prevent any Contracting Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: (i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in international relations; (ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons of mass destruction; (iii) relating to the production of arms and ammunition; b. to require any Contracting Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; c. to prevent any Contracting Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security. 3. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Contracting Parties, or a disguised investment restriction, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Contracting Party from taking any measure necessary for the maintenance of public order.*

Rappelons que la note 2 en bas de page relative à cette disposition (article 3 de l'AMI) clarifie la portée de l'application de cette exception en précisant : « *[t]he public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society* »[890]. Cette orientation de la clause montre que les mesures prises pour des raisons de sécurité n'ont pas vocation à s'appliquer ou à s'étendre à toutes les obligations du traité. Comme le soulignent Nolan et Sourgens, il s'agit d'un instrument dont la volonté est de répondre aux situations spécifiques de risque et non un outil pour se décharger que les États peuvent utiliser à leur discrétion[891].

Nolan and Frederick G Sourgens, « The Limits of Discretion? Self-judging emergency clauses in international investment agreements » dans in Karl P Sauvant, (2010/2011) Yearbook on International Investment Law and Policy,363 à la p 365[Nolan et Sourgens].

[890] OCDE, Negotiating Group, *supra* note 889 art 3.

[891] Nolan et Sourgens, *supra* note 889 à la p 366.

De nos jours, on constate que cette exception de sécurité ne se cantonne pas seulement à l'échelle des traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux investissements ou au commerce[892]. Elle est aussi présente dans les autres domaines du droit international. Elle figure par exemple dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)[893], dans les accords d'intégration économique[894], dans les Conventions sur les droits de l'homme, etc.[895]. Cette fréquence de l'exception sur la sécurité fait que certains auteurs la perçoivent comme un élément à part entière du droit international[896]. Avec l'intensification des échanges économiques et commerciaux, nous assistons également à l'émergence de cette exception de sécurité dans les réglementations sur les investissements à l'échelle nationale. La présence de cette clause de sécurité dans les instruments internationaux nous paraît être un prolongement logique de l'existence de cette exception dans les législations nationales[897].

A.2. exception de sécurité dans le cadre normatif national

Les États recourent aux clauses d'exception pour préserver et conserver « une certaine flexibilité dans l'optique des politiques de développement et des politiques réglementaires futures »[898]. Sur

[892] Voir Convention d'assistance mutuelle entre la France et le Djibouti en matière de lutte contre la criminalité, signée le 27 septembre 1986 et entrée en vigueur le premier août1992, UNTS vol 1695 no 297.

[893] Accord général sur le commerce des services, (15 avril 1994), 1869 U.N.T.S. 183, arts. XIV et XIV bis,

[894] On peut citer l'exemple du Traité établissant la Communauté européenne dans sa version consolidée notamment en son article 30, 24 décembre 2002, 2002 O.J. (C 325) 33, en ligne : http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2002/c_325/c_32520021224en 00010184.pdf.

[895] *Convention européenne de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales* en ses articles 8; 10; 11 au paragraphe 2 ainsi que l'article 15, ouverte à la signature le 11 avril 1950, 213 U.N.T.S. 221, E.T.S. 5; Le pacte des droits civils et politiques, AG Res 2200A (XXI), arts. 4 (1), 12 (3), 13, 19 (3), 21, 22 (2), 21 UN GAOR, Supp no. 16 at 52, UN Doc A/6316, 999 UNTS 171, 6 ILM 368 (16 décembre 1966).

[896] Voir Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlhoff , « Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence » (1999), 93:2 American Journal of International Law 424 à la p 426. Qui dit : « *the right of any nation state to protect it self in times of serious crisis byemploying otherwise un available means has been a bedlock feature of the international legal system. As long as the notion of sovereignty exerts power within this evolving system, national security will be an element of, as an exception to, the applicable international law* » [Schloemann et Ohlhoff].

[897] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442. Les auteurs citent l'article 6 de l'introduction du Code civil allemand qui, au titre de l'exception d'ordre public, dispose : « *A legal norm of another country is not to be applied if its application leads to a result that is manifestly incompatible with essential principles of the German legal order. In particular, it is not to be applied if its application is manifestly incompatible with [constitutional] basic rights* ».

[898] CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, *supra* 436 à la p 46.

le plan interne, les États se servent par exemple des raisons de sécurité pour faire échec aux acquisitions des entreprises dans des secteurs d'activités sensibles. Le refus de l'acquisition en 2006 des ports américains par la société *Dubai Ports World* participe de cette logique. Sous cette même justification de préservation de sécurité nationale, *les États-Unis* ont bloqué l'acquisition de la société pétrolière américaine *Unocal* par la *China National Offshore Oil Corporation*[899]. Ils ont aussi procédé à l'amendement de leur procédure d'examen des investissements étrangers conduite devant le *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) pour permettre au président de bloquer une opération visant une entreprise américaine mettant en jeu la sécurité nationale, et ce, à la suite d'une procédure d'examen menée devant le CFIUS dès lors qu'il existe une preuve crédible « *to support a belief that the foreign interest exercising control of the US person to be acquired might take action that threatens to impair the national security* »[900].

L'Australie a aussi adopté, en 2008, conformément au *Foreign Acquisitions and Takeovers Act* de 1975, de nouvelles lignes directrices destinées à guider l'action du *Foreign Investment Review Board* (FIRB)[901]. L'objectif poursuivi par cet amendement est de déterminer si les investisseurs « *with links to foreign governments may not operate solely in accordance with normal commercial considerations and may instead pursue broader political or strategic objectives that could be contrary to Australia's national interest* »[902].

[899] Voir Jean-Marc Puel, *Les fonds souverains – Instruments financiers ou armes politiques* ?, Paris, Éditions Autrement, 2009 à la p 46.
[900] Voir 31 CFR § 800.501(2); John TAYLOR, « Sovereign Wealth Funds and Their Regulation » dans Mario Giovanoli / Diego Devos (eds.*), International Monetary and Financial Law – The Global Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 275.
[901] Voir le communiqué de presse , « Government Improves Transparency of Foreign Investment Screening Process », 17 février 2008, en ligne: Gouvernement australien < http://www.treasurer.gov.au>.
[902] Voir Principles Guiding Consideration of Foreign Government Related Investment in Australia, février 2008, en ligne: Gouvernement australien <http://www.treasurer.gov.au>.

Dans cette même logique, le Canada a renforcé sa législation en mars 2009 en vue de permettre au ministre de l'Industrie de contrôler tous les investissements étrangers « [s]'il a des motifs raisonnables de croire que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale »[903]. L'Allemagne a aussi mis en place une procédure d'examen qui donne la possibilité au gouvernement de limiter certaines opérations afin de « sauvegarder les intérêts de sécurité vitaux »[904]. Il serait absurde d'exiger aux citoyens de ne pas déroger aux dispositions d'ordre public par exemple et le permettre aux investisseurs étrangers. Ceci explique en partie l'inclusion progressive des exceptions de sécurité pour objectifs « de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux […] »[905].

B. ***Champ de couverture de l'exception de sécurité : Des intérêts de défense de sécurité nationale aux intérêts économiques***

Traditionnellement, la clause de sécurité était entendue comme couvrant principalement l'intérêt général ayant trait à la défense de la sécurité nationale. Mais, à la faveur de l'intensification des échanges économiques, son champ de couverture a évolué pour couvrir d'autres secteurs comme celui des intérêts économiques des États.

[903] Voir les nouveaux articles 25-1 et s. de la Loi concernant l'investissement au Canada insérés par l'article 453 de la Loi d'exécution du budget de 2009,12 mars 2009, en ligne : Parlement canadien <http://www.parl.gc.ca>.

[904] Voir Till Müller Ibold,« Foreign Investment in Germany : Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU Law » (2010) 1European Yearbook of International Economic Law 103 aux pp 108 et s.

[905] Voir Accord entre les États de l'AELE et le Royaume du Maroc et La République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège, la Confédération suisse (ci-après dénommés « les États de l'AELE ») art 9; Voir aussi l'accord entre le Burkina-Faso et le Gouvernement du Royaume de Belgique concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements qui s'engage à accorder la sécurité et la protection constante aux investissements « sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public ». Cette même formulation se retrouve dans l'accord entre le gouvernement du Burkina-Faso et le gouvernement de la République du Tchad concernant la promotion et la protection réciproque des investissements. Voir aussi art. 3(2) de l'accord entre le Burkina-Faso et le Gouvernement du Royaume de Belgique concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements en ligne : http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belg_lux_burkina_fr.pdf

B.1. Des intérêts de défense de sécurité nationale comme terrain de redéploiement de la clause de sécurité

Selon la CNUCED, l'exception de sécurité remonterait de la guerre froide, période durant laquelle elle était un instrument conçu pour « décourager les investissements d'ennemis réels ou potentiels et [...] les empêcher de gagner l'accès à des technologies présentant un intérêt militaire »[906]. L'intérêt général qui dominait l'insertion de cette clause à cette époque était donc lié aux aspects de la défense nationale. Mais, l'intérêt général étant un concept évolutif, cette exception de sécurité a survécu à la fin de la guerre froide. De fait, la disparition de la guerre froide n'a pas mis fin à la nécessité de flexibilité pour les États en vue de répondre aux nouvelles formes de menaces à leurs intérêts de sécurité[907]. Comme l'affirme donc certains auteurs, cette clause de sécurité « *gives host states room to address and react to events within the core of thier police powers, or its sovereignty, security, public policy-or more generally- its essential security interests* »[908]. De nos jours, cette exception ne se limite plus « aux menaces militaires et à des événements comparables »[909]. Dans ce sens, l'article 6 du projet de Convention de l'OCDE qui prévoyait une exception de sécurité pour des motifs d'ordre public dresse un inventaire des situations qui vont au-delà de l'agression armée[910]. Dans son commentaire, le projet ci-haut cité inventorie la guerre civile, les perturbations civiles à grande échelle comme les catastrophes naturelles incluant les dommages causés par les ouragans, les

[906] CNUCED, *La protection*, supra note 877 à la p 28.
[907] Ibid à la p XV (« il y a aujourd'hui beaucoup plus de conflits locaux et régionaux, et aussi beaucoup plus d'attaques terroristes qui peuvent apparemment frapper au hasard »).
[908] Voir Nolan et Sourgens, *supra* note 889 à la p 364. Ces auteurs précisent que cette denomination est utilise pour couvrir une large portée.

[909] Voir CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 29
[910] Projet de convention sur la protection de la propriété des étrangers 2 I.L.M. 241 (1963) art 6.

tempêtes, les tremblements de terre ou les éruptions volcaniques aux effets à grande échelle[911] comme faisant appel à l'ordre public. Au regard de ces exemples, il appert que l'exception de sécurité ne se limite plus « aux menaces militaires et à des événements comparables »[912]. Cette exception englobe également les mesures « anticrise » comme celles qu'a prises l'Argentine pour redresser sa situation socio-économique[913].

B.2. Extension de l'exception de sécurité aux intérêts économiques des pays

L'une des interprétations de la clause de sécurité a été faite dans l'affaire des activités militaires contre le Nicaragua[914]. La Cour internationale de justice (CIJ) a fait une lecture extensive de l'exception de sécurité[915]. Pour la CIJ, « *the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past […]* »[916].

Dans l'affaire *Oil Platform*, le tribunal a réaffirmé cette position en jugeant que « *essential security interest* » comprend bien d'autres menaces telles que celles de l'économie du pays d'accueil[917].

Les commentaires doctrinaux développés dans le cadre du GATT où cette exception est insérée confirment cette inclusion des préoccupations économiques dans les intérêts essentiels et

---

[911] *Ibid* la Convention donne les exemples d'objectifs admissibles suivants: « *civil wars, riots, or other widespread civil disturbances" as well as natural disasters, including "storm damage, earthquakes, volcanic eruptions etc.…with effects on a national scale* ».

[912] Voir CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 29.

[913] Voir *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 359.

[914] *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)***,** [1986] CIJ rec 14 au para 222 [*Affaire des Activités militaires*].

[915] *Ibid* et au para 224.

[916] *Ibid*.

[917] Dans le conflit *Oil platforms* ayant opposé les États Unis d'Amérique à l'Iran devant la Cour internationale de justice, le contre mémoire des États-Unis soutenait: « *the uninterrupted flow of maritime commerce in the Gulf" which was "essential to the economy and security interests of many States, including the United States* » (*Counter Memorial of the United States, Oil Platforms* (Iran v. U.S.), (23 juin 1997), au para 3.11, en ligne: ICJ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=0a&case=90&code=op&p3=1>[*Counter Memorial*].

sécuritaires[918]. Schloemann et Ohlhoff estiment que « *[a] wide range of legitimate "essential security interests" are conceivable. In principle, any policy interest of a certain intensity may be legitimately protected under Article XXI* »[919]. Ces mêmes auteurs soutiennent que le concept de sécurité nationale ou d'intérêt essentiel de sécurité, « *is a function of contemporary sovereignty, and as such demands individualization, or individual definition, by the state concerned before its juridical application is possible* »[920].

En dressant l'inventaire des situations que l'exception de sécurité peut couvrir, Vandevelde établit une longue liste[921] en retient 4 principales catégories en affirmant que

> « *the list reflects the fact that most general treaty exceptions in BITs address one of four basic concerns, broadly defined: the security of the state against external threats or internal disorder, the preservation and protection of life (including the physical environment that makes life possible), the regulation of the economy, and the preservation of diverse cultures »*[922] *[nos soulignements*].

À ce titre, le TBI Japon – Corée rend compte de cette variété de domaines dans lesquels l'État peut recourir aux mesures qui rentrent dans la clause de sécurité. Ledit traité prévoit qu'une partie peut prendre des mesures parce qu'elle estime qu'elles sont nécessaires à

> « la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité […] en période de guerre […] au titre de l'application des politiques nationales, ou d'accords internationaux relatifs à la non-prolifération des armes; […] en application à ses engagements au titre de la charte des nations unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale; […] nécessaires à la protection de la santé, de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux; […] au maintien de l'ordre public […], mais seulement lorsqu'une menace réelle et suffisamment grave vise l'un des intérêts fondamentaux de la société » [notre traduction][923].

[918] Schloemann et Ohlhoff, *supra* note 896 aux pp 424-451.
[919] *Ibid* à la p 444.
[920] Schloemann et Ohlhoff, *supra* note 896 à la p 450.
[921] Pour la longue liste que l'exception de sécurité peut couvrir, voir Vandevelde, « Rebalancing Through Exceptions », *supra* note 880 aux pp 449-50.
[922] *Ibid* à la p 450.
[923] Art 16 du TBI Japon– Corée, signé le 22 mars 2002 et entré en vigueur le premier juin 2003.

L'exception de sécurité s'étend donc aux menaces telles que celles de l'économie du pays d'accueil[924]. Comme l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire *CMS*,

> si le concept d'intérêts essentiels de sécurité devait être limité à des préoccupations politiques et de sécurité nationale immédiate, notamment à caractère international, et exclure d'autres intérêts, par exemple les situations d'urgence économique majeure, il y aurait un risque d'interprétation déséquilibrée de l'article XI. Une telle approche ne serait pas totalement cohérente avec les règles d'interprétation des traités[925].

Dans cette même ligne de pensée, le tribunal arbitral dans l'affaire *LG & E contre Argentine* a débouté[926] l'investisseur étranger qui prétendait que l'expression « *essential security interest* » ne concernait que les situations de menaces physiques de la sécurité nationale ou d'invasion militaire[927]. Les arbitres ont affirmé :

> Estimer qu'une crise économique d'une telle gravité ne peut constituer un intérêt essentiel de sécurité revient à minimiser les ravages que l'économie peut faire sur les vies de populations entières et à diminuer la capacité du gouvernement à gouverner. Lorsque les fondations économiques d'un État sont en péril, la situation peut être aussi grave qu'en cas d'invasion militaire, quelle qu'elle soit[928].

La juridiction arbitrale dans l'affaire *Continental Casualty contre Argentine* a adopté cette ligne de raisonnement en confirmant que pour se prévaloir de cette exception, « il n'est pas nécessaire que la situation ait déjà créé des conditions imposant la suspension des garanties constitutionnelles et des libertés fondamentales »[929]. Les arbitres ont conclu que « la crise

[924] Voir *Counter Memorial*, *supra* note 917.

[925] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 359-360, traduction tirée de CNUCED, *La protection*, supra note 877 à la p 28.

[926] *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 231 qui dit: « *from 1 December 2001 until 26 April 2003, Argentina was in a period of crisis during which it was necessary to enact measures to maintain public order and protect its essential security interests* ».

[927] *LG & E Energy*, *supra* note 865.

[928] *Ibid* aux para 231-238.Voir traduction dans CNUCED, *La protection*, supra note 877 à la p 49.

[929] *Continental Casualty*, *supra* note 865 au para 180. Voir traduction dans CNUCED, *La protection*, supra note 877 à la p 49.

provoquait l'abandon soudain et chaotique du principe cardinal de la vie économique du pays »[930].

Les exceptions de sécurité incluent comme objectif admissible pour mettre en branle les mesures permises au titre de l'exception de sécurité la préservation de l'ordre public[931]. Et selon le dictionnaire juridique de Gérard Cornu, une règle d'ordre public est « une norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à *la marche de l'économie* ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux » [nos italiques][932].

Cette définition intègre, parmi les finalités de l'exception d'ordre public, les préoccupations économiques. Pour notre part, l'affirmation des préoccupations économiques comme faisant partie du champ de couverture de l'exception de sécurité nous parait une conséquence logique des politiques de privatisation et de libéralisation propulsées par la Banque mondiale et que plusieurs pays ont adoptées. Cette volonté d'ouverture a permis

> le contrôle par des intérêts étrangers de secteurs nationaux d'une importance vitale − tels que l'énergie, les télécommunications, le transport ou l'eau [...] perçu[s] comme un phénomène pouvant avoir des conséquences pour la sécurité nationale. Tant que ces secteurs stratégiques étaient la propriété de l'État, les gouvernements n'avaient pas à craindre de les voir tomber sous une influence étrangère. Maintenant que des pans considérables de ces secteurs ont été privatisés dans beaucoup de pays, l'éventualité d'une prise de contrôle par des intérêts étrangers est devenue une réalité[933].

---

[930] *Ibid* à la p 49.

[931] Voir *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union belgo — Luxembourgeoise /Ouzbékistan, (17 février 1998) art 3(2) : « Sous réserve des mesures destinées à maintenir l'ordre public et à garantir la sûreté de l'État, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements », en ligne : UNCTAD< http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belg_lux_uzbekistan_fr.pdf>[TBI Union belgo-Luxembourgeoise /Ouzbékistan].

[932] Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, v Ordre public. C'est nous qui soulignons.

[933] Voir CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 28.

Par ailleurs,

> les pays peuvent estimer que le contrôle intégral ou majoritaire − de secteurs stratégiques par des intérêts nationaux est un facteur crucial pour leur compétitivité. Pour les pays en développement, la question de la compétitivité comporte aussi une importante dimension développement. Étant donné qu'une érosion de la compétitivité économique et un déficit de développement économique et social peuvent générer une crise économique et sociale grave, il y a un rapport avec les préoccupations de sécurité nationale liées à l'investissement étranger[934].

Au regard de tous ces facteurs, il était prévisible que les préoccupations économiques soient envisagées dans le cadre de cette clause de sécurité. L'intensification des échanges économiques à l'échelle planétaire a accentué le besoin pour les États d'affirmer leur souveraineté pour contrôler les effets de leur politique d'ouverture sur leurs économies. Dans l'exercice de ce pouvoir, les préoccupations de sécurité nationale entrent en ligne de compte et les exceptions de sécurité répondent à cette logique.

Paragraphe 2 : Examen des clauses sur les exceptions de sécurité dans les TBI

D'emblée, il convient de souligner que très peu d'accords contiennent des exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité[935]. Ces clauses d'exceptions figurent aussi bien dans les TBI que dans des accords multilatéraux et ceux relatifs au libre-échange[936]. Leur configuration suit le modèle de l'article XX du GATT et/ou l'article XIV de AGCS[937]. Certains pays comme le Canada incluent l'exception de sécurité en incorporant l'article XX du GATT[938]. Les différentes configurations montrent qu'il n'existe pas de normes standards ou de dispositions de traité

[934] *Ibid*.
[935] Voir Note by the UNCTAD Secretariat, « International Investment Rulemaking », 22 May 2007, TD/B/COM.2/EM.21/2.
[936] Voir Stehpan Schill & Robyn Briese, « If The State Considers: Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement » (2009) 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law 61 à la p 110 [Schill et Briese].
[937] Voir Newcombe, « General Exceptions », *supra* note 864.
[938] *Ibid*.

uniformes à ce sujet[939]. Au regard de la diversité des pratiques dans l'incorporation des clauses de sécurité dans les TBI, Newcombe souligne que « *[s]ome IIAs incorporate Art. XX, GATT or Art. XIV, GATS, mutatis mutandis. Some incorporate both. The drafting of other general exceptions is based on Art. XX, GATT or Art. XIV, GATS, with minor changes »*[940]. Cette absence d'uniformité de pratiques existe même à l'intérieur des TBI d'un même pays où on peut déceler des différences dans la formulation de l'exception de sécurité ou des TBI qui n'en contiennent pas du tout[941]. Les exceptions de sécurité se distinguent les unes des autres par leur configuration (A) et par les objectifs de sécurité admissibles qu'elles visent (B).

A. Pratiques étatiques dans la configuration de l'exception de sécurité

Il existe une diversité d'objectifs admissibles pour lesquels des mesures d'exception peuvent être envisagées[942]. Cette rubrique se limitera aux catégories d'objectifs les plus fréquemment envisagées dans les TBI pour justifier le déclenchement des mesures au titre de l'exception de sécurité[943]. Il convient aussi de souligner que les configurations des définitions ci-dessus abordées mentionnent simultanément plusieurs objectifs admissibles.

[939] Voir Nolan et Sourgens, *supra* note 889 à la p 365. Ces auteurs précisent que cette dénomination est utilisée pour couvrir une large portée.
[940] Newcombe, « General Exceptions », *supra* note 864.

[941] Newcombe, « General Exceptions », *supra* note 864.

[942] Voir *Accord d'association Égypte/Union européenne* , (17 décembre 2000), JO no L317 en son article 83 qui dispose: « Aucune disposition du présent Accord n'empêche une partie de prendre des mesures : b) Qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre ou à la recherche, au développement ou à la production indispensables pour assurer sa défense, à condition que ces mesures n'altèrent pas les conditions de concurrence pour les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires »[*Accord d'association Égypte/Union européenne*].
[943] Pour une analyse approfondie sur les clauses d'exception, voir Bjorklund K. Andrea, « Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure », dans Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008[Bjorklund, « Emergency Exceptions »]; Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442.

A.1. Exception de sécurité pour motif d'ordre public

La notion d'*ordre public* figure dans beaucoup de clauses de sécurité en tant qu'objectif que peuvent poursuivre les interventions réglementaires prises dans le cadre de l'exception de sécurité. Le TBI Pérou/Union économique belgo-luxembourgeoise formule cette exception comme suit : « Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements »[944].

Dans cette même ligne de pensée, l'AMI prévoyait cette exception d'ordre public et préconisait de l'évoquer en cas de menace grave aux intérêts fondamentaux de la société[945].

Cet objectif d'ordre public figure presque dans tous les TBI signés par l'Allemagne, l'Union belgo-luxembourgeoise, l'Inde, le Pérou, l'Argentine et la Turquie[946].

L'ordre public est une notion très fluide. Comme l'affirment Burke-White et von Staden, « *such concepts tend to be deeply rooted in and infused with meaning by predominantly domestic legal and political practices* »[947]. Cette idée semble suggérer que l'ordre public est un concept territorial (c'est-à-dire un ordre public spécifique pour chaque État membre)[948]. Le concept d'ordre public recouvre des réalités et significations qui peuvent varier en fonction des usages

[944] Art 3(2) *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union Économique Belgo Luxembourgeoise/Pérou, en ligne : UNCTAD<http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belgium_peru_fr.pdf>.

[945] Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text, OECD Doc DAFFE/MAI (98) 7/REV1 (22 avril 1998), en ligne: OCDE<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>; Dans une note en bas de page, le projet explique : « *[t]he public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society* ».

[946] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442.

[947] Voir William W. Burke-White et Andreas von Staden « Non-Precluded Measures Provisions, the State of Necessity, and State Liability for Investor Harms in Exceptional Circumstances » dans Mary Helen Mourra, Thomas E. Carbonneau, *Latin American Investment Treaty Arbitration* : *The Controversies and Conflicts*, Kluwer 2008, 105 à la p 135[Burke-White et von Staden « Non-Precluded Measures »].

[948] Voir Catherine Kassedjian, « Public Order in European Law » (2007)1:1 Erasmus Law Review 25 à la p 28[Kassedjian].

disparates qu'en font les divers systèmes et traditions juridiques[949]. Ce concept est fluide, car son caractère évolutif peut emmener les États à ajuster son contenu à l'évolution des réalités sociales et des pratiques étatiques. Nous partageons l'idée des auteurs qui estiment que l'ordre public est sensible à la dimension temporaire et que personne ne sait ce que l'ordre public de demain sera[950]. Au regard de cette diversité des ordres juridiques et pratiques étatiques, la portée et le contenu de ce concept dépendent beaucoup du contexte qui sous-tend son usage[951]. De fait, la Common Law et le droit civil, deux systèmes juridiques dont sont issue la majorité des conflits d'investissement au CIRDI, appréhendent différemment la notion d'ordre public[952]. Dans la tradition juridique anglo-américaine, « *[t]he issue of public order arises primarily in the context of riots on the streets or the application of the criminal law* »[953]. Dans cet ordre d'idées, on signale qu'en Angleterre, « *The problem of public order becomes simply a problem of preventing riots* »[954].

Dans les systèmes de droit civil, la notion d'ordre public est très large. Son contenu couvre

> l'ensemble des principes de base qui gouvernent l'ordre juridique général d'un État démocratique, principes qui peuvent être classés en deux catégories : principes fondamentaux de cet État […], écrits ou non écrits, qui tendent à la protection des droits et des libertés fondamentales des individus et à définir les garanties et les règles à l'origine de l'ordre politique et juridique de cet État […]; et les autres principes essentiels […], qui tendent à protéger l'intérêt général réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de l'État, auquel il ne peut être porté attente par les particuliers[955].

---

[949] Voir William W. Burke-White et Andreas Von staden dans Mary Helen Mourra,Thomas E. Carbonneau, Latin American Investment Treaty Arbitration : The Controversies and Conflicts à la p 132.
[950] Voir Kassedjian, *supra* note 948 à la p 28.

[951] Voir State of Uttar Pradesh v. Hari Shankar Tewari, A.I.R. 1987 S.C. 998) (« *public order » determinations are extraordinarily fact sensitive and must be made on a case-by-case basis* »).
[952] Voir Seidl-Hohenveldern, Ignaz. « Ordre Public (Public Order) » dans Rudolf Bernhardt, dir, III Encyclopedia Of Public International Law, vol3, Amsterdam, 1997, 788.
[953] Voir Burke-White et von Staden « Non-Precluded Measures », *supra* note 947 à la p 132 n169.
[954] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 357 n 225.
[955] Voir J. F. Romain, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, dans l'ordre public : Concept et application », Bruxelles, 1995, à la p 59 no 25 10; H Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1973 à la p 199 et s.

Pour certains auteurs, la protection de l'ordre public semble concerner les mesures nécessaires pour maintenir la paix et l'État de droit plutôt que de viser les menaces sérieuses de guerre ou les conflits armés qui pourraient menacer les intérêts essentiels et sécuritaires de l'État[956].

Ces différences de conception provoquent des divergences d'appréciation de sa portée dans l'arbitrage d'investissement CIRDI qui est un forum où se côtoient plusieurs acteurs issus des systèmes et traditions juridiques différents. C'est du moins l'un des enseignements qui ressort de l'affaire *Enron contre Argentine*. Dans cette affaire, l'Argentine qui est de tradition de droit civil a soutenu que cette notion d'ordre public devait être interprétée largement pour inclure la sécurité économique et la stabilité politique[957].

A.2. Exception de sécurité pour motif d'intérêts essentiels de sécurité et/ou de sécurité nationale

Certains accords conditionnent le recours à la clause de sécurité à la nécessité de protéger les intérêts essentiels de sécurité tandis que d'autres conditionnent les mesures au titre de cette clause à la préoccupation de sauvegarder la sécurité nationale. On dénombre plusieurs formulations dans les pratiques étatiques au titre de l'objectif de sécurité comme justification pouvant déclencher le recours aux mesures prévues dans la clause de sécurité. Les TBI ratifiés par l'Allemagne utilisent l'expression de sécurité publique[958] alors que les TBI indiens et

[956] Voir J. Anthony VanDuzer, Penelope Simons, Graham Mayeda, *Integrating Sustainable Development Into International Investment Agreements*, London, United Kingdom : Commonwealth Secretariat, 2013 à la p 232[VanDuzer, Simons et Mayeda].
[957] *Enron Corporation*, *supra* note 865 au para 324.
[958] *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Chine/Allemagne, (1er décembre 2003) protocole 4(a), en ligne: UNCTAD < http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/china_germany.pdf>.

américains emploient le concept d'intérêts essentiels de sécurité[959]. Ainsi, dans l'accord de coopération économique de 2005 entre l'Inde et Singapour, l'exception de sécurité se lit ainsi :

1. Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée : a) Comme obligeant une Partie à fournir des renseignements dont elle considère que la divulgation est contraire à ses intérêts essentiels de sécurité; ou b) Empêchant une Partie de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité [nos soulignements][960].

Selon Burke White et Von Staden, les pays utilisent rarement les expressions de sécurité nationale interne et internationale[961] et le concept de sécurité de l'État[962]. D'autres dénominations rarement utilisées sont celles de sécurité nationale[963].

A.3. Exception de sécurité pour raison de paix et sécurité internationale

Pour invoquer l'exception de sécurité, certains accords mentionnent comme justification l'objectif de préservation de la paix et de la sécurité internationales. Dans cette catégorie, certains accords se réfèrent soit à la « paix ou à la sécurité », tandis que d'autres combinent « la paix et à la sécurité ». Le TBI États-Unis-Uruguay de 2005 mentionne en son article 18 relatif à la sécurité essentielle :

> Aucune disposition du présent article ne sera interprétée :[…] 2. Comme interdisant à une Partie d'appliquer les mesures qu'elle estime nécessaires pour l'exécution de ses obligations au regard du *maintien ou du rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale*, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité [nos italiques][964].

---

[959] *Accord concernant l'encouragement et la protection des investissements*, Inde/Royaume Uni, (14 mai 1994) art en ligne: UNCTAD< http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/uk_india.pdf> [TBI Inde/Royaume Uni].
[960] *Accord de coopération économique*, Inde/ Singapour, art 6(12).
[961] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 332 .
[962] TBI Union belgo-Luxembourgeoise /Ouzbékistan, *supra* note 931(« *Sous réserve des mesures destinées à maintenir l'ordre public et à garantir la sûreté de l'État*, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements »), art 3(2).
[963] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 332.
[964] Voir CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 85.

Dans l'accord de partenariat économique de coordination politique et de coopération de 2000 entre les États-Unis et le Mexique, son article 52 sur la clause de sécurité nationale dispose :

> Aucune disposition du présent Accord n'empêche une Partie de prendre les mesures :[…]c) Qu'elle estime essentielles pour sa sécurité dans l'éventualité de troubles internes graves pouvant mettre en péril l'ordre public, d'une guerre ou de tensions internationales graves qui pourraient déboucher sur un conflit armé, ou pour *s'acquitter d'obligations qu'elle a souscrites pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales* [nos italiques][965].

A.4. Exception de sécurité dans les situations d'extrême urgence

On remarque une autre approche qui consiste à subordonner le recours à l'exception de sécurité aux situations d'extrême urgence[966]. C'est l'exemple du TBI Inde-Égypte de 1997 qui prévoit en son article 11.2 :

> Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, aucune disposition du présent Accord n'empêche la Partie contractante d'accueil de prendre des mesures pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité ou dans des circonstances d'extrême urgence conformément à sa législation, appliquée d'une manière normale et raisonnable sur une base non discriminatoire [nos soulignements][967].

Les situations qui rentrent dans ce concept d'extrême urgence dans le contexte indien sont peu documentées étant donné que « *there is no case law or scholarly commentary from India onthe clause, nor are there available drafting materials from the Indian* »[968].

A.5. Exception de sécurité pour des raisons de moralité publique

Selon Burke-White et von Staden, l'objectif de moralité publique est un aspect fréquent des TBI allemands, américain et péruvien[969]. Le TBI Égypte-États-Unis de 1986 utilise la terminologie de

---

[965] *Ibid*.
[966] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 aux pp 366-67.

[967] TBI Inde/Royaume Uni, *supra* note 959 art. 11(2).
[968] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 367.

moralité publique comme condition de recours à l'exception de sécurité. Ainsi, son article X relatif aux mesures non interdites par le traité dispose :

> Le présent Traité n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des Parties ou par une subdivision quelconque desdites Parties, de l'une et de la totalité des mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la moralité publique, l'exécution de ses obligations internationales existantes, la protection de ses propres intérêts de sécurité, ou des mesures que les Parties estiment appropriées pour s'acquitter de leurs obligations internationales [nos soulignements][970].

Cet objectif de moralité publique est difficile à délimiter le contenu[971]. Comme le souligne la CNUCED, « [l] a définition de ce qui constitue une atteinte à la moralité publique dépend, dans une très large mesure, des traditions culturelles et de la religion, qui peuvent présenter des différences considérables entre les pays et les régions »[972]. Cette soumission du concept de moralité publique aux valeurs culturelles diverses et à la variation spatiale peut susciter des divergences d'opinions si les tribunaux arbitraux du CIRDI veulent évaluer la possibilité ou l'existence d'une atteinte à la moralité publique[973]. Rappelons que le commentaire de l'*Observation générale n° 22* du Comité des droits de l'homme de 1993 relative à la liberté de pensée, de conscience et de religion[974] a fait observer que concernant la restriction visant à protéger la « morale », prévue par l'article 18.3 du Pacte, « […] la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses; en conséquence, les

---

[969] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 334.

[970] Passage tirée de CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 84.

[971] Les principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations précisent : « la moralité publique variant selon les époques et les cultures, l'État qui invoque la moralité publique pour restreindre les droits de l'homme, tout en jouissant d'une certaine marge d'appréciation, doit démontrer que la restriction apportée est essentielle pour assurer le respect des valeurs fondamentales de la communauté » dans Nations Unies, Commission Des Droits de l'homme, E/CN.4/1985/4, 28 septembre 1984, *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, en ligne :UNHCR<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4672bc122> aux para 27-28.

[972] CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 84.

[973] Voir CNUCED, *La protection,* supra note 877 à la p 84.

[974] Voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 22 : Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion),* 30 juillet 1993, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 240 à la p 243.

restrictions apportées à la liberté de manifester une religion ou une conviction pour protéger la morale doivent être fondées sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique »[975].

Dans l'affaire *Hertzberg et autres* c *Finlande* relative à la censure, par les médias finlandais, de programmes portant sur l'homosexualité, le Comité des droits de l'homme a mentionné que la notion de moralité publique « [différait] *largement* » et qu'« il [n'existait] pas de norme commune universellement applicable » [et]; par conséquent le Comité considéra qu'« une certaine marge d'appréciation devrait être accordée aux autorités nationales compétentes »[976].

Au regard de ce caractère vacillant de la notion de moralité publique, la flexibilité, que les États qui l'invoquent comme objectif protégé pour être exonéré de leur responsabilité conventionnelle dépendra pour une large part de la formulation de la clause d'exception et de sa relation avec les autres dispositions du TBI. Par ailleurs, l'analyse des pratiques étatiques montre que la portée de l'exception de sécurité varie d'un accord à l'autre.

B. Portée de l'exception de sécurité dans les TBI

Lorsque l'on analyse les clauses d'exception de sécurité, le degré de flexibilité qu'elles confèrent dans le cadre du TBI qui l'envisage est étroitement lié à sa formulation. Certains pays utilisent des formulations qui leur donnent de pleins pouvoirs, c'est-à-dire des pouvoirs discrétionnaires pour décider de quel type de mesures ils estiment nécessaires pour répondre à la menace de sécurité. D'autres par contre, se réservent le droit de soustraire les mesures prises dans le cadre de l'exception au contrôle judiciaire des tribunaux arbitraux ou recours à d'autres procédés de limitation de la portée de l'exception de sécurité

[975] *Ibid* aux pp 241-242.

[976] Voir Nicolas Fairise, *L'exception de moralité publique dans les accords de l'OMC et son application dans le différend canadoeuropéen sur la chasse au phoque*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 2010 à la p 24 qui cite *Hertzberg et autres* c *Finlande*, 1982, n° 61/1979 au para 10.3.

B.1. Le caractère autonome (self-judging) des mesures prises au titre de l'exception

L'une des questions récurrentes dans les débats juridiques doctrinaux ou jurisprudentiels entourant la clause de sécurité est de savoir si cette clause est automatique (self-judging). Du raisonnement du tribunal dans l'affaire *CMS contre l'Argentine,* cette automaticité consisterait à déterminer si « *the State adopting the measures in question is the sole arbiter of the scope and application of that rule, or whether the invocation of necessity, emergency or other essential security interests is subject to some form of judicial review* »[977]. Une des pratiques étatiques entourant la détermination de la portée de cette clause nous vient des États-Unis. Dans leur *Statement of Administrave Action in the United States' NAFTA Implementaion Act of 1993*, les États-Unis ont précisé: « *the national security exception is self-judging in nature, although each government would expect the provisions to be applied by the other in good faith* »[978]. Avant que cette clause soit automatique, encore faudrait-il que sa formulation inclue le membre de phrase « *self judging* » ou « *it considers necessary* » pour lever l'équivoque. Rappelons que les tribunaux du CIRDI ont rejeté la prétention de l'Argentine qui soutenait que ses interventions réglementaires pour juguler la crise économique et financière qui l'assiégeait étaient couvertes par l'article XI sur l'exception de sécurité de son TBI avec les États-Unis[979]. Les tribunaux du CIRDI ont basé leur distinction sur « les mesures nécessaires pour la protection des intérêts essentiels de sécurité (1) » et « les mesures que *les États considèrent nécessaires* pour la protection des intérêts essentiels de sécurité (2) ». Ils en ont conclu que la première formulation

[977] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 au para 366.
[978] Voir United State's NAFTA implementaion Act of 1993, Reprinted in H.R, DOC.103-159,666.
[979] L'Argentine a invoqué le caractère automatique dans *CMS Gas Transmission, supra note 458* aux para 349-352; *LG & E Energy*, *supra* note 865 aux para 208-209, *Sempra energy*, *supra* note 865 aux para 366-368; *Enron Corporation*, *supra* note 865 au para 324-326, *Continental Casualty, supra* note 865 au para 183.

n'était pas automatique[980]. Selon l'argumentaire développé dans l'affaire *CMS contre Argentine*, « quand les États entendent créer pour eux-mêmes un droit à déterminer unilatéralement la légitimité des mesures exceptionnelles impliquant le non-respect des obligations qu'ils ont contractées dans le cadre d'un traité, ils le font expressément »[981]. Similairement, l'affaire *Enron contre Argentine* a pris cette orientation en concluant que « toute clause se voulant réellement exceptionnelle et extraordinaire, par exemple une disposition à caractère automatique (self-judging) doit en principe être rédigé de manière à indiquer expressément cette intention, car à défaut, rien n'empêcherait de présumer qu'elle n'a pas ce sens vu sa nature exceptionnelle » [notre traduction][982]. C'est le même son de cloche dans l'arbitrage *LG & E contre Argentine* qui a aussi conclu que « selon les éléments portés à sa connaissance concernant l'intention des parties en 1991, lorsque le traité a été signé, la disposition n'avait pas un caractère automatique »[983].

Avec ces conclusions des tribunaux arbitraux, on peut en déduire que les parties peuvent limiter le contrôle du tribunal arbitral en incluant expressément leurs intentions selon lesquelles elles considèrent ou estiment nécessaires les mesures envisagées. L'absence d'une formule d'automaticité ne signifie pas que les tribunaux ont automatiquement le feu vert pour procéder au contrôle desdites mesures. « [l] es objectifs admissibles de l'AII ou le libellé spécifique utilisé pour définir le lien exigé entre la menace perçue et la réponse à cette menace peuvent indiquer

[980] Voir par exemple *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para au para 366-373; *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 207-214; *Sempra energy*, *supra* note 865 au para 366-368.

[981] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 370. Traduction tirée de CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 28. à la p 53

[982] *Enron Corporation*, *supra* note 865 au para 355.

[983] *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 212.

ou même nécessiter un plus faible niveau de contrôle accordant une plus grande déférence à l'évaluation faite par l'État lui-même »[984].

Le pouvoir discrétionnaire que garantirait aux États une formulation de l'exception de sécurité ayant un caractère automatique n'est cependant pas hors de tout contrôle. Pour ne pas servir à la banalisation des engagements internationaux, lesdites mesures ou actions envisagées devront passer le test de bonne foi[985]. De l'avis de certains auteurs, « le contrôle par le tribunal de la bonne foi de l'État appliquant une disposition *self-judging* se fera donc automatiquement anéantissant de *facto* cette caractéristique »[986]. L'obligation d'agir de bonne foi est enracinée dans les pratiques étatiques et aujourd'hui, il est bien établi qu'en droit international, les États doivent remplir leurs obligations de bonne foi sous les principes et les règles du droit international généralement reconnus[987]. En effet, la bonne foi est même une condition que pose l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités en obligeant les États à s'acquitter de leurs obligations de « bonne foi »[988]. En vertu de ce principe de bonne foi, les parties qui s'engagent dans une relation juridique doivent « *to refrain from dishonesty, unfairness and conduct that takes undue advantage of one another. It also underlies the most fundamental treaty law norm, namely the principle of pacta sunt servanda* »[989]. C'est en l'occurrence dans cette direction que va la sentence dans l'affaire *LG & E contre Argentine* en

[984] Voir CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 45.

[985] Voir VanDuzer, Simons et Mayeda, *supra* note 956 à la p 231: Cette approche « *would seem to prevent an investor-state tribunal from finding that a measure was not related to a state's essential security interest if the state claimed that it was and relied on the exception. It may be that the only issue a tribunal could consider is whether the state was acting in good faith in invoking the exception* ».

[986] Voir Julien Fouret, « CMC c LG & E ou l'état de nécessité en question » (2007) 2 Rev arb 249 à la p 256 [Fouret « CMC c LG & E »].

[987] Voir Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res 2624, UN GAOR Supp (No. 28) 121, UN Doc A/8028 (1971).

[988] En ligne: untreaty <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>.

[989] Voir Michael J. Hahn, « Vital Interests And The Law Of Gatt: An Analysis Of Gatt's Security Exception » (1990 -1991) 12 Mich J Int' l L 558 à la p 599[Hahn].

déclarant: « *Were the tribunal to conclude that the provision is self-judging Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway, which does not significantly differ from the substantive analysis presented here* »[990].

Ainsi entendue, cette condition de bonne foi agit comme un filtre pour faire échec aux usages abusifs que les États pourraient faire de l'exception de sécurité pour se soustraire aux obligations du TBI[991]. Cette condition de bonne foi se dresse contre les interventions étatiques qui contreviennent aux principes de droit international coutumier voulant que « *the exercise of a right for the sole purpose of evading an obligation or of causing injury is unlawful* »[992].

La difficulté que pose cette exigence est alors de juger si une partie a agi de bonne foi en invoquant l'exception de sécurité.

Puisque les interventions étatiques doivent subir l'évaluation par les tribunaux arbitraux du CIRDI, l'un des moyens pour accroitre la discrétion de recourir à la clause et de minimiser les effets du contrôle juridique consisterait à améliorer la rédaction des exceptions de sécurité. Pour mieux les configurer, les pays devraient préciser leur portée quant aux objectifs admissibles envers lesquelles les mesures permises sont destinées. Par ailleurs, les États devraient veiller à ce que lesdites mesures permises soient effectivement destinées à redresser une quelconque situation rentrant dans l'objectif admissible[993]. Si ce lien entre l'objectif poursuivi et les mesures envisagées pour sa réalisation manque ou suscite des doutes, l'invocation de la clause avec succès est compromise[994]. Par ailleurs le recours à l'exception de sécurité pourrait accroitre la

[990] *LG& E Energy*, *supra* note 865 au para 214.
[991] Voir Rose-Ackerman S and Billa B, « Treaties and National Security », (2007) Yale Law and Economics research paper no. 351. à la p.35, en ligne : SSRN<http://ssrn.com/abstract=1001460>
[992] Voir Hahn, supra note 989 à la p 600.
[993] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 396.
[994] Pour l'analyse complète du lien entre les mesures envisagées et l'objectif poursuivi, voir Nolan et Sourgens, *supra* note 889 aux pp 400-01.Pour ces auteurs, « *the nexus requirement is the relationship between the measure taken by the host-state and the objective to which it is used* » à la p 400.

flexibilité réglementaire du pays d'accueil si celui-ci cadre mieux sa portée par rapport aux autres dispositions du traité[995].

B.2. Soustraction des interventions réglementaires au contrôle juridictionnel

Certains pays soustraient les mesures prises dans le cadre de cette exception au contrôle juridictionnel[996]. Ces accords prévoient que les investisseurs ne peuvent pas recourir au mécanisme de règlement des différends prévus dans l'accord si l'État justifie son action par des considérations basées sur la sécurité nationale[997]. À cet effet, l'accord de coopération économique globale de 2005 entre la République de l'Inde et la République de Singapour prévoit en son article 6.12 : « *4.* L'article sera interprété conformément à l'entente des Parties sur *la non-justiciabilité des exceptions de sécurité telle qu'elle est énoncée dans leur échange de lettres,* qui fera partie intégrante du présent Accord » [nos italiques][998]. Dans la « lettre de change » concernant l'article 6 (12) (4), de cet accord Inde-Singapour, ces deux pays ont convenu que « *a state decision that it could rely on the national security exception in the agreement could not reviewed by any tribunal* ». Dans l'accord Pays Bas-Mexique de 1998 en son article 12, les parties excluent tout recours au règlement des différends entre un investisseur et l'État pour toute mesure qu'une Partie contractante a prise pour des raisons de sécurité nationale[999]. Cet article est ainsi configuré : « Les dispositions de la présente annexe relatives au règlement des différends ne s'appliquent pas aux résolutions adoptées par une Partie contractante pour des raisons de sécurité

[995] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 396.
[996] Voir VanDuzer, Simons et Mayeda, *supra* note 956 à la p 231.
[997] Voir par exemple *Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, Mexique/Suède (3 octobre 2000) entré en vigueur le premier juillet 2001 en son art 18.

[998] CNUCED, *La protection*, *supra* note 877 à la p 102.
[999] *Ibid* à la p 107.

nationale »[1000]. Parfois, la restriction de la justiciabilité touche certaines mesures seulement. Le TBI de 2005 entre l'Islande et le Mexique va dans ce sen en prévoyant en son article 23 :

> Les dispositions du chapitre 2 relatives au règlement des différends ne s'appliqueront pas aux résolutions adoptées par une Partie contractante qui, pour des raisons de sécurité nationale, prohibent ou restreignent l'acquisition sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante, d'un investissement détenu en propriété ou contrôlé par ses nationaux, conformément à la législation de chaque Partie contractante[1001].

La condition qui revient fréquemment consiste à subordonner le recours à cette clause de sécurité au fait que la mesure ne doit pas être arbitraire ou ne doit pas constituer une discrimination injustifiable. Dans ce sens, l'article 99 de l'accord de partenariat économique de 2006 entre le Japon et les Philippines prévoit :

> Sous réserve que de telles mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable contre l'autre Partie, ou une restriction déguisée aux investissements d'investisseurs de l'autre Partie dans la zone d'une Partie, aucune disposition du présent chapitre autre que l'article 96 [protection contre les troubles] ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou d'appliquer les mesures[1002].

Une autre condition d'applicabilité est que la mesure envisagée au titre de l'exception de sécurité ne soit pas une restriction déguisée à l'investissement. C'est le cas de l'Accord d'investissement de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) de 1998 relatif à la zone d'investissement de l'ASEAN en son article 13 qui prévoit :

> Sous réserve de la disposition exigeant que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays dans lesquels prévalent des conditions analogues, ou une restriction déguisée aux flux d'investissements, aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par un État membre de mesures[1003].

[1000] *Ibid*.
[1001] *Ibid* à la p 108.
[1002] Voir CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 88.
[1003] CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 90.

Une autre approche consiste à soumettre l'application de l'exception de sécurité à l'Établissement d'une liste des cas dans lesquels il peut y avoir une menace aux « intérêts essentiels de sécurité »[1004]. Certains accords d'investissement se réfèrent aux troubles internes graves[1005]. D'autres accords disposent que toute mesure de recours à l'exception de sécurité soit conforme aux obligations internationales des Parties contractantes[1006]. D'autres prévoient que la mesure prise au titre de l'exception de sécurité doit être conforme à la législation nationale[1007]. Le TBI de 2003 entre la Hongrie et l'Inde offre un exemple en son article 12 qui est ainsi libellé :

> Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, aucune disposition du présent Accord n'empêche la Partie contractante d'accueil de prendre des mesures pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité; ou dans des circonstances d'extrême urgence conformément à sa législation normalement et raisonnablement appliquée sur une base non discriminatoire.

Il en existe d'autres qui se réfèrent aux troubles internes graves[1008] ou disposent que toute mesure de recours à l'exception de sécurité soit conforme aux obligations internationales des Parties contractantes[1009].

B.3. Autres conditions d'application des exceptions de sécurité

On peut aussi limiter l'application de l'exception de sécurité à des situations spécifiques. C'est le cas de l'accord de partenariat économique de 2007 entre le Chili et le Japon qui prévoit en son article 193 :

> Aucune disposition du présent Accord autre que l'article 76 ne sera interprétée :… b) Comme empêchant une Partie de prendre des mesures qu'elle estimera nécessaires pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité : i) Se rapportant au trafic d'armes, de munitions et d'équipements militaires et au commerce d'autres marchandises et

[1004] Voir *ALENA, supra* note 476 art 2102
[1005] Voir *Accord d'association Égypte/Union européenne*, *supra* note 942 art 83.

[1006] Voir art 8 de l'Accord-cadre de 2003 entre l'ASEAN et le Japon dans CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 90.
[1007] CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 89.
[1008] Voir *Accord d'association Égypte/Union européenne*, *supra* note 942 art 83.

[1009] Voir art 8 de l'Accord-cadre de 2003 entre l'ASEAN et le Japon.

> matériels, ou à la fourniture de services directement ou indirectement destinés à l'approvisionnement d'une force militaire; ii) Appliquées en temps de guerre ou autre situation de grave tension dans les relations internationales; ou iii) Se rapportant à des matières fissiles ou fusionnables ou aux matières utilisées pour leur fabrication[1010].

Une des approches consiste ainsi à limiter cette exception à certaines obligations comme le traitement national ou le traitement NPF. Ainsi l'article 3 (a) du traité Allemagne-Mexique indique : « *[t]he measures taken by reason of national security, public interest, public health, or morality shall not be considered as a less favorable treatment* ». Certains pays imposent une exigence procédurale comme condition d'éligibilité pour l'exception. Dans ce cas, il peut s'agir de l'obligation de notifier la mesure justifiée par l'exception et son but[1011].

L'autre pratique conventionnelle consiste à imposer la nécessité comme condition préalable à la prise des mesures dans le cadre de cette exception de sécurité. Le TBI de 1992 entre la Bulgarie et les États-Unis offre un exemple de cette approche en son article X qui dispose : « Le présent traité n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre des Parties des *mesures nécessaires* pour le maintien de l'ordre public, l'exécution de ses obligations concernant le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité » [nos italiques][1012].

On trouve une autre tendance qui limite cette exception à certaines obligations comme le traitement national ou le traitement NPF. Ainsi l'article 3 (a) du traité Allemagne-Mexique indique : « *The measures taken by reason of national security, public interest, public health, or morality shall not be considered as a less favorable treatment* »[1013]. D'autres pays imposent une

[1010] Voir CNUCED, *La protection, supra* note 877 à la p 98.
[1011] Voir *Accord sur la libéralisation, la promotion et la protection des investissements*, Japon-Vietnam, (le 14 novembre 2003), entré en vigueur le 19 décembre 2004, art 15[Japon-Vietnam, *Libéralisation*].
[1012] TBI de 1992 entre la Bulgarie et les États-Unis.
[1013] Article 3 TBI Allemagne – Mexique.

exigence procédurale comme condition d'éligibilité pour l'exception. C'est l'exemple de l'obligation de notifier la mesure justifiée par l'exception et son but[1014].

Section 2 : Analyse des affaires d'arbitrage sur les exceptions de sécurité

La crise économique argentine éclate vers les dernières semaines de 2001, année où l'économie s'est effondrée[1015]. En un jour, la monnaie argentine le peso a perdu 40 % de sa valeur[1016]. Cet effondrement a entrainé la chute du revenu moyen par habitant qui est passé de 7000 dollars à 3500 dollars, faisant monter le taux de chômage à 25 %[1017]. La crise qui était au départ économique a pris une allure politique et institutionnelle. En décembre 2001, une seule journée d'émeute a fait 30 morts et provoqué la démission du Président Fernando de la Rua et l'écroulement du gouvernement[1018]. Cette débâcle économique a accentué la pauvreté en Argentine et vers la fin 2002, la moitié de la population vivait en dessous du seuil de pauvreté[1019]. Blustein rapporte: « *a tragicomic spectacle of a succession of five presidents taking office over a mere ten days followed* »[1020]. Pour stabiliser l'économie et restaurer la confiance politique, le gouvernement argentin a mis en place plusieurs lois et réglementations qui ont eu des effets défavorables sur les intérêts économiques des investisseurs étrangers. Ceux-ci ont lancé plus de 50 réclamations[1021] devant le CIRDI pour protester contre la violation des engagements auxquels l'Argentine a souscrit dans les TBI qu'elle avait signés avec leurs pays

[1014] Voir Japon-Vietnam, *Libéralisation, supra* note 1041art 15.
[1015] Voir William W Burke-White, « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under Bits And The Legitimacy Of The ICSID System » (2008) 3 Asian J WTO & Int Health L&Policy 199[Burke-White, « The Argentine Financial Crisis »].
[1016] *Ibid* aux pp 3-6.
[1017] Voir The Economist « Argentina' s Collapse : A Decline Without Parallel » (2002) 26 à la p 26.
[1018] Voir Burke-White, « The Argentine Financial Crisis », *supra* note 1015.

[1019] *Ibid* au pp 3-6
[1020] *Ibid*.
[1021] Pour les affaires CIRDI contre l'Argentine, voir CIRDI, en ligne : World Bank <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>.

d'origine[1022]. La pertinence du contexte argentin dans cette analyse est qu'elle fournit un exemple unique dans le cadre d'arbitrage CIRDI en ce sens que ce sont les arbitrages d'investissement issus de la crise argentine de 2001-2002 qui ont en premier examiné l'usage de l'exception de sécurité[1023]. Dès lors, l'analyse du contexte d'intervention de cette crise (& 1) permet de comprendre les fondements juridiques des réclamations des investisseurs étrangers et de porter un regard critique sur les arguments de défense de l'Argentine (& 2) avant d'examiner en profondeur les interprétations que les tribunaux arbitraux du CIRDI ont faites de l'exception de sécurité (& 3).

Paragraphe 1 : Contexte de la crise argentine

Nous analyserons successivement les éléments factuels de la crise, la réponse réglementaire argentine et l'explosion des réclamations des investisseurs étrangers devant le CIRDI pour contester les effets dommageables des réglementations sur leurs intérêts économiques.

A. Éléments factuels de la crise

Pour maitriser le problème d'inflation dont l'économie argentine a longtemps souffert, le gouvernement a arrimé sa monnaie, l'australes, au dollar en 1991[1024]. L'inflation a décliné durant la première moitié des années 1990 et l'économie argentine a pris l'envol. Pendant ce temps, l'Argentine avec le soutien de la Banque mondiale a mis en œuvre de vastes programmes de réformes et a privatisé plusieurs secteurs économiques stratégiques. L'Argentine est ainsi devenue une destination achalandée des investissements étrangers directs qui ont

[1022] Pour la liste des TBI signés par l'Argentine, voir Conférence des Nations-Unis pour le commerce et le développement,en ligne: UNCTAD < *http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/Country-specific-Lists-of-BITs.aspx*>.

[1023] Voir Nolan et Sourgens, *supra* note 889 à la p 363.

[1024] Voir Independent evaluation office of the IMF in Argentina, 1991-2001, Report on the Evaluation of the Role of the IMF in Argentina, 1991–2001 Appendix IX à la p 154.

significativement augmenté dans la deuxième moitié des années 90. La privatisation de plusieurs entreprises de services publics a conduit à l'amélioration de la qualité des services et à la réduction des prix, ce qui a enchanté la population argentine.

Cependant, certaines réformes comme celles relatives à la retraite ont suscité des résistances et le pays est entré dans une période de turbulence politique. Au même moment, il convient de souligner que l'économie argentine n'a pas échappé aux séquelles de la crise économique mexicaine et brésilienne qui a touché les économies de plusieurs pays latino-américains. Cependant, c'est la détérioration des conditions économiques dans l'espace de l'Union européenne ainsi qu'aux États-Unis, principaux pays d'origine des investisseurs étrangers, qui a accéléré la chute des investissements directs étrangers en Argentine[1025]. Pendant que les flux des investissements directs étrangers atteignaient 24.000 millions de dollars en 1999, ils n'étaient que 478 millions de dollars en 2003 soit moins de 0,2 % du PIB. Celui-ci a chuté de plus de 10 % soit 235 236 millions de pesos argentins en 2002 avant d'enregistrer encore une croissance l'année suivante soit en 2003[1026]. En plus de cette conjoncture économique régionale et européenne et l'instabilité politique qui ont précipité l'économie argentine dans les ruines, d'autres facteurs externes ont grandement contribué à son effondrement. C'est notamment la suspension de l'aide financière de la BIRD consécutive au manque de confiance de cette institution dans les politiques de rechange que le gouvernement argentin a mises en œuvre en réponse à la crise économique. Notons que durant toute cette période (1991-2002), l'Argentine a toujours financé son déficit en recourant à l'endettement extérieur sauf en 2003 et en 2004. Sa dette extérieure a atteint son paroxysme en 2001 lorsque la BIRD a arrêté de financer le déficit et

[1025] Voir UNCTAD, *World Investment directory :Volume IX :Latin America and Caribbean 2004*, United States, New York and Geneva, 2004 aux pp1 et 75-92.

[1026] Voir Ministry of economy and production, « Argentina: Advantages of Investsting Today » à la p 8 en ligne: Argentinatrade<http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/material/adi2.pdf>.

de renouveler les arrangements existants. C'est à ce moment que le système économique et financier s'est effondré. En évaluant son rôle dans la crise argentine, la BIRD a conclu que « *[T]he collapse of the argentine economy in 2001-02 represents the failure of argentine policymakers to take necessary corrective measures at a sufficiently early stage. The IMF on its part, supported by its major shareholders, also erred in failing to call an earlier halt to support for a strategy that, as implemented, was not sustainable* »[1027]. En réagissant à cette évaluation, le gouvernement argentin a affirmé que: « *the structural reform policies included several weakenesses, but which were nevertheless strongly encouraged by the IMF as a part of their ideological stance, without assessing the genuine contribution to increased economic growth* »[1028]. Pour gérer cette crise et normaliser la situation économique, les autorités argentines ont pris une série de mesures que nous examinons pour comprendre leur portée sur les intérêts économiques des investisseurs étrangers.

B. Mesures anticrise sources des réclamations des investisseurs étrangers

Vers la fin de l'année 1999, l'Argentine a commencé à mettre en place plusieurs mesures pour juguler la crise. Par la loi du 14 novembre 2000, le gouvernement argentin a déclaré l'État d'urgence de la situation économique et financière du pays[1029]. Cette loi a également consacré l'annulation des contrats d'État dans le secteur public étant donné qu'il ne pouvait plus honorer ses obligations[1030].

[1027] Voir Independent evaluation office of the IMF in Argentina, 1991-2001, Report on the Evaluation of the Role of the IMF in Argentina, 1991–2001 à la p 105.
[1028] Esther Kentin, « Economic Crisis and Investment Arbitration: The Argentina cases » dans Philippe & Thomas W.Waelde eds, *New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 629 à la p 632.
[1029] Voir Elizabeth A. Martinez, « Understanding the Debate Over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases » (2012) 23 Duke Journal of Comparative & International Law 149 aux pp152-155[Martinez].
[1030] *Ibid.*

En décembre 2001, l'entrée en vigueur du décret 1570/2001 prévoyait un gel partiel du dépôt et du contrôle des capitaux[1031]. Le 23 décembre 2001, le gouvernement a déclaré le défaut partiel de paiement de la dette extérieure[1032]. Le 6 janvier 2002, le gouvernement a instauré la loi 25561 qui révoque la loi sur la convertibilité et a décrété l'état d'urgence public conformément à la constitution argentine[1033]. Le rattachement du peso au dollar a été abrogé. Les obligations contractuelles aussi bien publiques que privées libellées en dollars américains ou dans d'autres devises étrangères devaient être exprimées en peso[1034]. Avec une monnaie à valeur flottante comme le peso, c'était clair que la valeur de ces contrats au regard des devises étrangères tomberait[1035]. Eu égard aux services public et contractuel, la loi 25561 a décrété les clauses d'indexation des prix basée sur le dollar américain ou sur d'autres devises étrangères ou sur les mécanismes d'indexation étrangère des prix sans effet[1036]. De plus le pouvoir exécutif a été autorisé de renégocier les services publics et les contrats de service. Le gouvernement a aussi obligé les opérateurs privés à renégocier leurs contrats dans un délai de 180 jours pour partager la charge économique et financière de la crise ainsi que les mesures subséquentes[1037]. Par ailleurs, cette loi 25561 a donné au pouvoir exécutif des pouvoirs spéciaux pour une période de trois ans, mais qui ont été prolongés jusqu'en décembre 2005[1038]. Le 3 février 2002, le gouvernement a pris le décret 214/2002 qui a converti les dettes et les dépôts libellés en devises étrangères en peso, phénomène qu'on a qualifié de *pesification*[1039].

[1031] Decree No. 1570, Dec. 3, 2001, 29787 B.O. 1, *en ligne* http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70355
[1032] Voir Burke-White, « The Argentine Financial Crisis », *supra* note 1015 aux pp3-6.
[1033] *Ibid.*
[1034] *Ibid.*
[1035] *Ibid.*
[1036] *Ibid.*
[1037] *Ibid.*
[1038] *Ibid.*
[1039] *Ibid.*

Le décret 293/2002 a réglementé le processus de négociation des contrats de concession dans le secteur public et des autres services qui devait prendre fin le premier juillet 2002, mais cette échéance a été reportée plusieurs fois. Le décret 1090/2002 affirmait que ceux qui auront fait des réclamations concernant la rupture de leur accord de concession en dehors de ce processus de renégociation en étaient automatiquement exclus[1040]. Ce décret était une réponse aux investisseurs étrangers qui auraient l'intention de lancer leur réclamation devant le CIRDI, ce qui, pour l'Argentine, pourrait mettre en péril ce processus de renégociation. Bien qu'il y ait plusieurs autres réglementations, celles ci-haut évoquées ont constitué le fondement de la majeure partie des réclamations des investisseurs étrangers devant le CIRDI. Ces mesures ont eu un effet néfaste sur les intérêts économiques des investisseurs étrangers. Ceux-ci ont saisi le CIRDI pour se faire dédommager.

Paragraphe 2 : L'Argentine devant le CIRDI

Pour illustrer les faits saillants qui ont conduit les tribunaux arbitraux du CIRDI à évaluer les mesures du gouvernement argentin pour répudier la crise, nous avons choisi de nous concentrer sur quatre conflits à savoir : *CMS, Enron, Sempra et LG & E contre Argentine*[1041] (A). Dans tous ces conflits, la question au cœur du débat juridique était l'exception de sécurité contenue dans un même TBI, Argentine États-Unis. De plus, toutes ces compagnies œuvrent dans le même secteur d'industrie de gaz, mais aussi, elles ont allégué les mêmes violations dudit TBI par l'Argentine. Celle-ci en retour oppose à ces compagnies presque le même argument à savoir que les mesures

[1040] *Ibid*.
[1041] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458; *LG & E Energy*, *supra* note 865; *Enron Corporation*, *supra* note 865; *Sempra Energy*, *supra* note 865.

prises étaient admissibles au titre de l'exception de sécurité. L'Argentine s'est par ailleurs prévalue de la défense de l'état de nécessité qu'elle traversait durant la période de crise (B).

A. Sommaire des faits des arbitrages CMS, Enron, Sempra et LG & E

Tous ces conflits sont consécutifs aux mesures que le gouvernement argentin a prises pour éradiquer la crise économique. *CMS, Enron, Sempra* et *LG & E* sont toutes des compagnies américaines qui œuvrent dans le secteur du gaz. Ces investisseurs ont contesté la violation de leurs droits au titre du TBI Argentine-États-Unis. Les mesures qu'ils contestent sont presque identiques[1042]. Premièrement, les quatre compagnies protestent contre la rupture du régime d'indexation en fonction de l'indice des prix de production (IPP) en vigueur aux États-Unis[1043]. Ces 4 investisseurs ont allégué que le gouvernement argentin avait contrevenu à ses engagements au titre du TBI qui le liait avec les États-Unis en instaurant notamment le régime des tarifs spécialisés dans l'industrie du Gaz[1044]. Elles contestent la mesure du gouvernement argentin qui a mis fin à la convertibilité et à la parité du peso au dollar américain en vigueur depuis 1991[1045]. Deuxièmement, elles prétendent que l'Argentine n'a pas honoré son engagement concernant l'ajustement des prix tous les six mois conformément à l'indice des prix à la production des États-Unis (IPP) ainsi que celui de ne pas modifier les licences d'exploitation concédées à ces entreprises[1046]. En ne tenant pas compte des garanties de traitement favorables auxquelles elle

[1042] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 aux para 85-86; *Enron Corporation*, *supra* note 865 *au para* 88; *Sempra Energy*, *supra* note 865 *au para* 85; *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 42.
[1043] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 *aux para* 85-86; *Enron Corporation*, *supra* note 865 *au para* 88; *Sempra Energy*, *supra* note 865 *au para* 85; *LG & E Energy*, *supra* note 865 *au para* 42.
[1044] Voir Martinez, *supra* note 1029 à la p155.

[1045] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 aux para 85-86; *Enron Corporation*, *supra* note 865*au para* 88; *Sempra Energy*, *supra* note 865 *au para* 85; *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 42.
[1046] *Ibid.*

avait souscrit, les investisseurs étrangers ont fait valoir que le gouvernement argentin avait violé les articles II et IV du TBI Argentine – États-Unis. L'article II de ce TBI prévoit:

> *Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law. Neither party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments [. . .]Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*[1047].

Quant à l'article IV, il dispose :

> *Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization 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 investment provided for in Article II (2)*[1048].

Rappelons que l'Argentine et les États-Unis sont membres de la Convention de Washington et du CIRDI et que l'article VII du TBI Argentine — États-Unis prévoit l'arbitrage CIRDI pour le règlement des différends d'investissement nés de la violation des dispositions de cet accord[1049]. Les investisseurs ont alors saisi le CIRDI pour réclamer la compensation pour les dommages qu'ils ont encourus suite aux interventions réglementaires qui violaient les engagements de l'Argentine au titre du TBI.

B. Réponse juridique argentine devant le CIRDI

Soulignons que l'Argentine avait contesté, sans succès, la compétence des tribunaux qui ont siégé dans ces réclamations dont nous avons exposé les faits ci-dessus[1050]. Les arguments de l'Argentine qui seront développés dans cette partie sont ceux qui ont été avancés au stade de

[1047] *Treaty Between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, US-Arg, (14 novembre 1991), S.Treaty Doc no 103-2 (1991) [TBI Argentine /États-Unis].
[1048] *Ibid.*
[1049] *Ibid.*
[1050] La Convention de Washington autorise aux États défendeurs de contester comme objection préliminaire la compétence du tribunal. Voir *Convention de Washington*, *supra* note 35 article 32.

l'examen au fond des affaires que nous avons ci-haut relatées. Les autorités argentines ont articulé la défense autour de deux arguments majeurs dans ces conflits concernant l'industrie du gaz[1051]. L'Argentine s'est prévalue de l'état de nécessité dans lequel elle se trouvait[1052]. Elle a aussi soutenu que ces mesures étaient admissibles au titre de l'exception de sécurité, et que par conséquent elle était exonérée de sa responsabilité[1053].

B.1. Articulation de la défense autour de l'état de nécessité

L'article 25 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États reflète la doctrine[1054] de l'état de nécessité en droit international coutumier[1055]. C'est donc à partir de cette disposition que nous allons examiner les conditions exigées pour se prévaloir de la défense de l'état de nécessité. Cet article se lit comme suit[1056] :

> 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;
> 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 :

[1051] Voir Burke-White, « The Argentine Financial Crisis », *supra* note 1015 aux pp 4-5. Cet auteur souligne :

> *Specifically, Argentina has invoked the NPM clauses of its BITs and has asserted that the state of necessity in customary international law precludes the wrongfulness of its actions. These arguments suggest, first, as a matter of treaty law and, second, as a matter of customary law, that states in circumstances such as that which Argentina faced in 2001 and 2002 have a legal right to take actions that could harm investors and that would in ordinary circumstances violate BIT obligations.*

[1052] *CMS Gas Transmission, supra* note 458 au para 99; *LG & E Energy, supra* note 865 au para 201-02; *Enron Corporation, supra* note 865 au para 93; *Sempra Energy, supra* note 865 au para 98

[1053] Voir Burke-White, « The Argentine Financial Crisis », *supra* note 1015 aux pp 4-5.

[1054] Comme Ago l'affirme: « l'état de nécessité est reconnu par une règle coutumière du droit international comme circonstances excluant l'illicéité, en ce sens que le devoir de l'État d'observer certaines de ses obligations internationales pourrait être exceptionnellement suspendu dans des hypothèses extrêmes où leur observation risquerait de mettre en jeu son existence même » (Ago R, « Le délit international » (1939) 68 :2 RCADI à la p 544[Ago].

[1055] Voir *CMS Gas Transmission, supra* note 458 au para 317; *Enron Corporation, supra* note 865 *au para* 303; *Sempra Energy, supra* note 865 *au para* 344; *LG & E Energy, supra* note 865 au para 245.

[1056] *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), UN. Int' l Law Comm' n, UN. doc. A/56/10 (2001), art 25[Projet d'articles].

> 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[1057].

Dans son jugement dans *l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), la Cour internationale de justice (CIJ) a affirmé que le principe ci-haut mentionné a le statut de droit international coutumier[1058] et qu'il devait être très restrictivement interprété, étant donné qu'il sert d'excuse, pour les actes illicites, en droit international coutumier[1059]. La CIJ en a elle-même donné le ton en interprétant ces principes restrictivement. Cette juridiction a déterminé que ces conditions que pose l'article 25 doivent être cumulativement satisfaites par l'État qui les invoque[1060].

Conformément à cet article 25, la première condition d'invocation de la défense de l'état de nécessité est l'existence d'un intérêt essentiel. En se fondant sur les travaux de la commission de droit international, la CIJ a, toujours dans cette *affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros,* souligné que les intérêts essentiels n'étaient pas seulement ceux associés à l'existence de l'État[1061]. Pour ce qui concerne la mesure dans laquelle un intérêt donné peut être qualifié d'« essentiel », ledit commentaire précise que pareille caractérisation « dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. Il peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble […] »[1062].

Comme deuxième condition de l'invocation de l'état de nécessité, l'article 25 exige l'existence *d'un péril.* Il prévoit que quel que soit l'intérêt en cause, ce n'est que lorsqu'il est menacé par

---

[1057] *Ibid.*

[1058] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (*Hongrie/Slovaquie*), *C.I.J. Recueil 1997*, 7(25septembre) au para 51 [Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*]

[1059] Pour une analyse des conditions d'invocation de la défense de l'état de nécessité en droit international coutumier, voir Alberto Alvarez Jimenez, « Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law: A New Approach Based on the Complexity of Argentina's 2001 Crisis » (2010) 27 Journal Of International Arbitration 141 aux pp 143-145[Jimenez, « Foreign Investment »].

[1060] Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 1058 au para 51

[1061] Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 1058 au para 54.

[1062] Projet d'articles, *supra* note 1056, commentaire 15 à la p 217.

« un péril grave et imminent » [1063] que cette condition est satisfaite[1064]. Pour assurer le caractère restrictif de ces conditions d'invocation de nécessité, la nature du péril qui justifie son invocation est strictement définie[1065]. Le commentaire du projet d'articles verrouille les critères que le péril doit revêtir. Entre autres, il « doit être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire. Outre qu'il doit être grave, le péril doit être imminent, c'est-à-dire présenter un caractère de proximité »[1066].

Le seuil d'évaluation du recours à la défense de nécessité est donc élevé vu que selon la CIJ, les risques qui sont seulement probables ne sont pas admissibles pour invoquer la défense avec succès[1067]. Comme l'affirment les commentaires du projet d'articles, la restriction est de mise dans l'application du principe d'exclusion de la responsabilité pour fait illicite[1068]. Le commentaire 3 du projet d'articles souligne cette restriction en ces termes : « dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étayent le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions *très restrictives*, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25 » [nos italiques][1069].

La troisième condition que pose l'article 25 du projet d'articles et que les mesures envisagées par l'État soient *les seuls moyens à sa disposition* pour protéger l'intérêt essentiel menacé. Pour étayer les conditions d'évaluations de cette condition, les commentateurs du projet d'articles précisent :

> la ligne de conduite suivie doit être le "seul moyen" disponible pour protéger cet intérêt. L'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même

[1063] *Ibid.*
[1064] Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 1058au para 54.
[1065] voir Jimenez, « Foreign Investment », *supra* note 1059 aux pp 143-145.
[1066] Projet d'articles, *supra* note 1056 commentaire 15 à la p 217.
[1067] Affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* note 1058 au para 54.
[1068] Projet d'articles, *supra* note 1056, commentaire 14 à la p 216, commentaires 3 à la p 209.
[1069] *Ibid.*

> s'ils sont plus onéreux ou moins commodes »[1070]. Ainsi « l'exigence de nécessité étant inhérente à l'excuse invoquée, tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu[1071].

La quatrième condition que l'État qui invoque l'excuse doit remplir est celle énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 25 selon lequel le comportement en cause ne doit pas porter gravement atteinte à un *intérêt essentiel de l'autre État ou des autres États concernés ou de la communauté internationale dans son ensemble*. Le commentaire du projet d'articles indique que « le poids de l'intérêt invoqué doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs »[1072].

À ces conditions définies au paragraphe 1 de l'article 25, les rédacteurs du projet d'articles ont posé deux autres limites à l'invocation de l'état de nécessité[1073].

D'abord l'article 25(2) (a) interdit l'usage de la défense de l'état de nécessité si l'obligation internationale en question exclut la possibilité de l'invoquer[1074]. Selon le commentaire du projet d'articles, « l'alinéa *a* du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité par l'obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement »[1075].

[1070] *Ibid* au para 15 à la p 217

[1071] *Ibid*.

[1072] *Ibid* au para 17 à la p 218.

[1073] Voir James Crowford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press 2002, aux pp 178-184.

[1074] Projet d'articles, *supra* note 1056 art 25.

[1075] Projet d'articles, *supra* note 1056, commentaire au para 19 à la p 218. Le commentaire dit ce qui suit :

> certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. D'autres, sans exclure explicitement l'excuse de nécessité, sont destinées à s'appliquer dans des situations anormales de péril pour l'État responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts essentiels : en pareil cas, l'impossibilité d'invoquer la nécessité découle clairement de l'objet et du but de la règle énoncée.

En son paragraphe 2 (b), l'article 25 écarte la possibilité de recourir à cette défense de l'état de nécessité si l'État a contribué à la survenance de de l'état de nécessité[1076]. À ce propos, le commentaire sur l'article 25 indique qu'il « n'interdit à l'État d'invoquer la nécessité que si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. L'alinéa *b* du paragraphe 2 est formulé en termes plus catégoriques […] parce que la nécessité doit être plus étroitement délimitée »[1077].

Cette défense vise à éviter un coût social excessif issu de l'application inflexible du droit dans des situations imprévisibles[1078]. L'acceptation de l'état de nécessité comme motif d'exclusion de l'illicéité est donc un assouplissement de la règle qui parait raisonnable. Tout compte fait, il présente le danger de compromettre la sécurité juridique en raison de ses usages abusifs potentiels[1079]. Ce risque d'abus est avancé comme justification de l'encadrement strict de l'État de nécessité comme moyen de défense[1080]. Le commentaire au projet d'articles mentionne à cet effet que le recours à ce moyen de défense devrait être exceptionnel[1081].

[1076] *Ibid* art 25.

[1077] *Ibid* au para 20 à la p 219-20.

[1078] Dans le cas de la crise en Argentine, il n'y a pas d'unanimité autour de l'imprévisibilité de l'effondrement de son économie.

[1079] Voir Sarah Cassella, *La Nécessité en Droit International : De L'état de Nécessité Aux Situations,* Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011 à la p23 [Cassella].

[1080] Projet d'articles, *supra* note 1056, commentaires 1 et 2 à la p 208.

[1081] *Ibid* commentaire 14 à la p 216, voir aussi projet d'articles, Commentaires 2 aux pp 208-209. À cet effet, le commentaire sur l'article 25 souligne :

> la nécessité réside […] dans un péril grave menaçant soit les intérêts essentiels de l'État soit ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Elle naît de l'existence d'un conflit insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité. Ces caractéristiques particulières font que l'état de nécessité ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus.

Comme deuxième moyen de défense, l'Argentine a invoqué que les mesures envisagées pour restaurer sa stabilité économique et financière étaient couvertes par l'exception de l'article 11 du TBI qui le liait aux États-Unis.

B.2. Défense articulée sur l'article XI du TBI Argentine – États-Unis

Au cours des conflits *CMS*[1082], *LG & E*[1083], *Enron*[1084], *Sempra*[1085] dont nous avons précédemment relaté les faits, l'Argentine a aussi soutenu que les mesures fiscales qu'elle avait prises pour redresser la situation économique rentraient dans le cadre de l'article XI du TBI États-Unis/Argentine sur l'exception de sécurité libellée comme suit :

> Le présent traité ne saurait empêcher l'une ou l'autre des parties de prendre toutes mesures nécessaires au maintien et au rétablissement de l'ordre public, au respect de ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, ou à la protection des intérêts essentiels en matière de sécurité[1086] [notre traduction].

Ce traité prescrit ainsi trois objectifs réglementaires admissibles au titre de l'exception de sécurité. D'une part, il y a l'ordre public (1), l'obligation de maintenir ou de restaurer la paix ou la sécurité internationale (2) puis la nécessité de sauvegarder les intérêts essentiels de sécurité (3). De la configuration de cet article XI, il ressort aussi que les mesures prises doivent être nécessaires pour être admissibles au titre de l'exception de sécurité.

Cette formulation présente plusieurs imprécisions, car elle reste assez générale. Ceci fait que l'efficacité à son recours s'en trouve affaiblie. Certains commentaires reprochent par exemple à cette disposition de ne pas identifier la source de l'obligation de maintien de la paix ou de la sécurité internationale contrairement au GATT dont son exception situe la source de cette

[1082] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458.
[1083] *LG & E Energy*, *supra* note 865.
[1084] *Enron Corporation*, *supra* note 865.
[1085] *Sempra Energy*, *supra* note 865.
[1086] TBI Argentine /États-Unis, *supra* note 1047.

obligation dans la Charte des Nations Unies[1087]. Kurtz souligne l'importance de référer à cette source, car selon cet auteur, elle peut constituer le motif de déclenchement des mesures exceptionnelles même en l'absence de l'exception de sécurité dans le TBI[1088]. De plus, le TBI Argentine-États-Unis n'opère pas la limitation du concept d'intérêt essentiel de sécurité contrairement au GATT qui limite ce concept aux traditionnels objectifs interétatiques relatifs aux questions militaires et de défense[1089]. Après ces développements sur le cadre contextuel de la crise et les moyens juridiques avancés par les parties au soutien de leur prétention, analysons maintenant la position des tribunaux arbitraux du CIRDI au regard des mesures anticrise que l'Argentine a prises.

Paragraphe 3 : Les exceptions de sécurité dans l'arbitrage d'investissement CIRDI

L'insertion de l'exception de sécurité dans les accords a pour but de permettre aux États :

> d'entrer dans la coopération internationale sur la base des obligations contraignantes en retenant simultanément le pouvoir d'échapper à ces obligations dans certaines circonstances, et le plus fréquemment lorsque l'État détermine que son engagement pourrait mettre en danger sa souveraineté, sa sécurité et sa politique publique ou plus généralement ses intérêts essentiels de sécurité [notre traduction][1090].

À ce point de vue, la clause de sécurité constitue une « soupape de sécurité »[1091] qui permet de réconcilier la coopération économique internationale et la nécessité pour les États de prendre en considération d'autres impératifs de développement[1092]. C'est donc au regard de cette flexibilité réglementaire qu'offre l'exception de sécurité que certains des États n'ont pas voulu y renoncer et l'incluent expressément dans leurs TBI[1093]. Mais comme nous l'avons précédemment

[1087] Voir Jurgen Kurtz, « Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis » (2010) 59 International Comparative Law Quarterly à la p 340 [Kurtz].
[1088] *Ibid.*
[1089] *Ibid.*
[1090] Voir Schill et Briese, *supra* note 936 à la p 67, notre traduction.
[1091] Voir P. Daillier et A. Pellet, *Droit International Public*, 7e éd., LGDJ, Paris, 2001 à la p 787.
[1092] Voir Schill et Briese, *supra* note 936 à la p 67.
[1093] Voir Fouret « CMC c LG & E », *supra* note 986 à la p 252

souligné, les États ne sont pas les seuls juges à évaluer la légalité et même l'opportunité de leurs actes lorsque ces derniers portent préjudice aux investisseurs étrangers. Le tribunal arbitral a alors la tâche d'examiner la validité des interventions réglementaires contestées à l'aune des obligations conventionnelles étatiques envers les investisseurs étrangers. Dans ce paragraphe, nos développements démontrent que les tribunaux du CIRDI qui ont statué dans les affaires *Sempra, CMS* et *Enron* ont restrictivement interprété la défense de l'état de nécessité, fragilisant par-là la flexibilité réglementaire que l'exception de sécurité pouvait conférer à l'Argentine. Les tribunaux qui ont siégé dans ces conflits ont adopté une interprétation « fusionniste » que Kurtz a qualifié de *confluence*[1094]. Nous utilisons donc la désignation « fusionniste » pour qualifier cette méthodologie de l'incorporation de la défense tirée du moyen des TBI dans la défense de l'état de nécessité tirée du droit international coutumier[1095]. L'exemple de cette interprétation « fusionniste » est beaucoup plus direct dans l'affaire *Sempra*. Dans ce conflit, les arbitres ont décidé : « *This tribunal believes[…] that the treaty provision is inséparable from the customary law standard insofar as the definition of necessity and the conditions for its operation are concerned given that it is under customary law that such condition have been defined »*[1096]. La démarche du tribunal dans l'affaire *CMS* quoique moins directe[1097] que celle prise dans *Sempra* reflète aussi cette approche confusionniste, car la substance de l'analyse repose sur la défense de l'état de nécessité en droit coutumier international et le tribunal n'a recouru à la clause que pour

[1094] Kurtz, *supra* note 1087 à la p 341.
[1095] Voir August Reinisch, « Necessity in Investment Arbitration » (2010) 41Netherlands Yearbook of International Law137 à la p 137[Reinisch].
[1096] *Sempra Energy, supra* note 865au para 376.
[1097] Le tribunal a d'abord analysé l'exception en droit coutumier puis, il a considéré la clause du traité. Voir *CMS Gas Transmission, supra* note 458 au para 315-352

confirmer son raisonnement[1098]. La sentence *Enron* a aussi adopté une interprétation fusionniste en affirmant l'inséparabilité du traité avec le droit coutumier en ce qui est des conditions d'opération de l'État de nécessité[1099]. L'argumentaire que donne le tribunal dans l'affaire *Sempra* pour motiver sa décision est que « *the Treaty itself did not deal with the legal elements necessary for the invocation of a state of necessity[…]the rule governing such questions will thus be found under customary law* »[1100]. Du moment que *Enron* et *Sempra* avaient conclu que l'Argentine ne rencontrait pas les conditions de l'article 25 du projet d'articles, ils en ont déduit qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner si le défendeur remplissait les exigences de l'article XI du TBI Argentine-États-Unis[1101]. En reniant l'autonomie de chaque moyen de défense par rapport à l'autre, les sentences *CMS, Enron et Sempra* constituent à notre sens l'expression même de la restriction de la flexibilité que les États attendent de ce moyen de défense. Cette incorporation de la défense du TBI dans la défense coutumière de l'État de nécessité reflète une mauvaise compréhension du cadre contextuel du TBI Argentine-États-Unis et constitue une incompréhension de la relation juridique entre la clause du TBI et la défense de l'État de nécessité en droit international coutumier (A). Par ailleurs, et ceci en cas de succès de la défense de l'État d'accueil invoquant l'état de nécessité, des questions relatives au caractère temporaire des mesures prises et celle liées de paiement de la compensation méritent une analyse au regard de leur portée sur l'intérêt général (B).

[1098] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 374 (« […] *It is a substantive review that must examine whether the state of necessity or emergency meets the conditions laid down by customary international law and the treaty provisions and whether it thus is or is not able to preclude wrongfulness* »); Voir aussi Kurtz, *supra* note 1087 à la p 341.
[1099] *Enron Corporation*, *supra* note 865 au para 334.
[1100] *Sempra Energy*, *supra* note 865 au para 378
[1101] *Enron Corporation*, *supra* note 865 au para 339; *Sempra energy*, *supra* note 865 au para 388.

A. Mauvaise appréhension du contexte conventionnel et de la relation entre les moyens de défense

Tout d'abord, nous examinons comment les tribunaux ne sont pas parvenus à séparer les moyens de défense de l'Argentine la soumettant par la même occasion à un test strict qui a diminué la flexibilité que pouvait lui conférer l'exception de sécurité. Ensuite, nous analysons la mauvaise appréhension du contexte conduisant à l'incapacité d'établir la relation juridique entre les deux moyens de défense présentés par l'Argentine.

A. 1. Une inséparabilité des moyens de défense

En optant pour l'approche d'interprétation « fusionniste » de la défense de l'état de nécessité et de l'exception de sécurité, les tribunaux arbitraux ont évacué l'analyse de la formulation de ces clauses, et ils ont failli à établir la relation entre elles[1102]. En choisissant d'appliquer cette méthodologie de *confluence,* pour le moins simpliste, les tribunaux précités ont manqué l'opportunité de vérifier si la rigueur qui justifie les conditions d'usage de la défense de l'état de nécessité en droit coutumier international notamment celles appliquées pour déterminer si une mesure donnée est nécessaire est transférable au contexte de TBI[1103]. Comme le soutient Kurtz, la rigueur des conditions d'application de l'exception coutumière est liée à la généralité des situations dans lesquelles on peut l'invoquer[1104]. Dans des termes plus éloquents, Burke White et von Staden abondent dans ce sens et soulignent les faiblesses qui entachent cette interprétation en estimant :

> *As a matter of policy, the incorporation of the necessity defense into the NPM clause fails to recognize the actual understandings of the U.S.-Argentina BIT, whereby in exchange for granting investors greater protections than would have been available in customary*

[1102] Kurtz, *supra* note 1087 à la p 341.
[1103] *Ibid.*
[1104] *Ibid.*

> *law, the states also sought to preserve for themselves greater freedom of action through the NPM clause than would have been available in customary international law*[1105].

De là, il nous semble peu ou pas justifié que les parties au TBI Argentine-États-Unis souhaitaient soumettre à la même rigueur le recours à d'exception de sécurité contenue à l'article XI de cet accord si on considère que « *There are multiple factors that led state parties to build a network of investment treaties in the decades following the Second World War. The most fundamental of these was a conviction that custom was ill equipped to deal with newer types of risk encountered by foreign economic operators* »[1106]. En se situant du côté des investissements, l'évolution de la coutume a, à une certaine époque perçue comme favorable aux intérêts des pays en développement[1107]. Il suffit d'illustrer ce propos par exemple de *la résolution 1803* que Dupuy, dans l'affaire *Texaco-Calasiatic*, a qualifié de l'état du droit coutumier en la matière[1108]. Pour Dupuy, « [à] partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les États expriment clairement leur opinion. L'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'États appartenant aux différents groupes représentatifs indique, sans ambiguïté, la reconnaissance des règles incorporées »[1109]. Or, cette résolution était considérée comme un recul de la protection des investisseurs étrangers par les pays développés et ceux-ci ont alors initié les TBI pour renforcer la protection[1110]. Au regard de ces éléments d'analyse, nous estimons que la démarche du tribunal de mettre dans le même paquet les deux moyens de défense n'est n'obéit pas à la volonté des parties au TBI Argentine – États-Unis. À cet effet, Burke White et von Staden ont reproché à

[1105] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 396.
[1106] Kurtz, *supra* note 1087 à la p 345.
[1107] voir Kurtz, *supra* note 1087 à la p 345 qui dit: « *custom, as an inherently evolutionally device, began to slowely shift in a direction favourable to capital importing states on these questions* ».
[1108] *Texaco Calasiatic c Gouvernement Libyen*, sentence arbitrale du 17 janvier 1977 au para 87(2).
[1109] *Ibid*.
[1110] Voir Kurtz, *supra* note 1087 à la p 346 qui estime : « *The strategic concern as to the limited protections afforded to foreign economic operators under custom is also borne out when we consider the changes to dispute settlement processes* ».

ces tribunaux de violer « *the Vienna Convention rule of lex specialis and the canonical rule that each treaty provision must be given effect* »[1111].

A.2. Compréhension erronée de la relation juridique entre les deux moyens de défense

Comme l'a souligné le comité d'annulation dans l'affaire *CMS*, la confusion entre ces deux normes démontre que la relation entre la défense fondée sur l'état de nécessité en droit international coutumier et celle d'une clause de nécessité fondée sur un TBI demeure problématique[1112]. Le comité *ad hoc* a souligné que, en dépit de certaines similitudes, l'article 25 du projet d'articles de la CDI et la clause sur l'exception de sécurité dans le TBI Argentine – États-Unis étaient « fondamentalement différents » et devraient donc être séparées. La disposition du TBI était ce que le comité appelle une exigence de seuil; ce qui impliquait que, si sa condition était remplie les obligations de fond dans le cadre du TBI ne s'appliqueraient pas[1113]. Pour le comité, l'article 25, en tant que règle secondaire, était une excuse qui n'était pertinente que lorsqu'il y avait une violation de l'obligation internationale[1114]. Voici le principe que pose le comité:

> The Committee observes first that there is some analogy in the language used in Article XI of the BIT and in Article 25 of the ILC's Articles on State Responsibility. […] However, Article XI specifies the conditions under which the Treaty may be applied, whereas Article 25 is drafted in a negative way: it excludes the application of the state of necessity on the merits, unless certain stringent conditions are met. Moreover, Article XI is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do

[1111] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 396 :

> *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 each treaty provision must be given effect.366 As a matter of policy, the incorporation of the necessity defense into the NPM clause fails to recognize the actual understandings of the U.S.-Argentina BIT, whereby in exchange for granting investors greater protections than 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 international law.*

[1112] *CMS Gas Transmission Company c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/8, Décision sur l'annulation (25 septembre 2007) au para 129 [*CMS*, Décision sur l'annulation].
[1113] *Ibid*.
[1114] *Ibid*.

> not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations[1115].

Cette conclusion du tribunal lève l'équivoque sur un point important notamment la relation entre les deux moyens de défense dans leur applicabilité. Les tribunaux arbitraux devraient, sans préjudice de la formulation de l'exception et du langage du TBI en général considérer que « *Treaty clauses are primary rules; if their preconditions are fulfilled there is no treaty violation. A state of necessity excludes the unlawfulness of a treaty violation. Thus, the fulfilment of the customary international law requirements of necessity will only exclude international responsibility for an otherwise unlawful act* »[1116]. Tout comme Reinisch, nous estimons que la démarche interprétative appropriée lorsque les tribunaux arbitraux sont saisis de la défense sur l'exception de sécurité serait d'examiner d'abord les clauses conventionnelles et que c'est seulement au cas où ces clauses conventionnelles ne sont pas disponibles ou lorsque l'action de l'État constitue une violation des obligations du TBI que les règles secondaires de la responsabilité de l'État, y compris l'article 25 entreront en jeu[1117] .

Le comité d'annulation dans l'affaire *CMS* a éclairé la relation de fonctionnement entre, la *lex specialis et la lex generalis* au regard de l'article XI du TBI Argentine – États-Unis et de l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Le comité rappelle d'abord que la clause d'exception du TBI fait partie des règles primaires[1118]. Par conséquent, si le tribunal considérait que les mesures adoptées par l'Argentine étaient justifiées sur la base de l'article XI, il aurait dû considérer qu'aucune violation du traité et du droit international n'a eu lieu et exclure la référence à la règle secondaire consacrée par l'article 25 du projet sur la

[1115] *Ibid*.
[1116] Reinisch, *supra* note 1095 à la p 137.
[1117] *Ibid* à la p 156.
[1118] Voir Théodore Christakis, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine : La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS contre l'Argentine » (2007) 4 Revue générale de droit international public779 à la p 887.

responsabilité. C'est uniquement si le tribunal avait constaté dans un premier temps une violation du traité en l'espèce non justifiée par l'article XI qu'il aurait dû se tourner dans un second temps vers les règles secondaires et l'article 25 pour se demander si la responsabilité de l'Argentine pourrait néanmoins être écartées en totalité ou en partie par le droit international coutumier[1119].

Le tribunal a estimé que si les deux moyens de défense (art 25du projet et XI du TBI) devaient être considérés comme des règles primaires, ils couvriraient « *the same field and the Tribunal should have applied Article XI as the lex specialis governing the matter and not Article 25* »[1120]. Ayant trouvé que l'article XI du TBI était une règle primaire et que l'article 25 du projet d'articles de la CDI était secondaire, le comité n'a pas fondé son raisonnement sur la *lex specialis*. Pour le comité d'annulation, le tribunal arbitral avait erré en droit en omettant d'examiner d'abord s'il y avait eu une violation du TBI et si cette violation était exclue par la clause du BIT. Il a déclaré que c'est seulement si « elle a conclu qu'il n'y avait pas de conduite en conformité avec le traité qu'il aurait eu à examiner si la responsabilité de l'Argentine pouvait être exclue en tout ou en partie en vertu du droit international coutumier »[1121]. Toutefois, vu que le tribunal avait commis seulement une erreur manifeste et non un excès manifeste de pouvoir, le comité *ad hoc* a refusé d'annuler la sentence sur ce motif conformément à l'article 52(1) de la Convention de Washington[1122].

[1119] *Ibid*.
[1120] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112 au para 133.
[1121] *Ibid* au para 134.

[1122] *Convention de Washington*, *supra* note 35 article 52(1).

Cette décision sur l'annulation a permis un recadrage de la méthodologie d'interprétation et l'approche « fusionniste » risque de reculer[1123]. Ainsi, par exemple dans l'affaire *BG group* dont l'arbitrage était conduit sous les règles de la CNUDCI, le tribunal a d'abord analysé la disponibilité de la défense sous le TBI avant d'examiner si la violation du TBI pouvait être justifiée sous la défense de l'état de nécessité en droit international coutumier[1124].

Analysées sous l'angle de la flexibilité dont les pays d'accueil des investissements ont besoin pour prendre en considération d'autres objectifs de développement économique et social, « les règles régissant l'état de nécessité tel que codifié dans l'article 25 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État ne peuvent pas être considérées comme tout à fait adéquates pour faire face à tous les problèmes pratiques qui se posent en arbitrage d'investissement international »[1125]. Certaines des conditions préalables à l'application de la défense de nécessité, comme l'exigence de « seul moyen » ou l'absence de toute contribution à l'état de nécessité, semblent être trop restrictives telles que formulées à l'article 25[1126]. C'est ce test restrictif auquel le tribunal a par exemple soumis les mesures argentines en estimant que « *[t]he [necessity] plea is excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient* »[1127] et dans l'affaire *LG&E* qui a affirmé que « *the act must be the only means available to the State in order to protect an interest* »[1128]. Nous partageons l'avis de Reinisch qui a souligné le caractère strict de ces conditions tirées de l'article 25 en déclarant que « *[o]ne may be tempted to say that under such a standard any measure adopted would fail the test of Article*

[1123] Cependant vu que dans l'arbitrage CIRDI les sentences arbitrales n'ont pas la force de précédents, on ne peut pas présumer sa disparition. De plus, la formulation des TBI et le contexte de leur négociation restent des éléments clé pouvant influencer le choix de procédé d'interprétation.
[1124] *BG Group Plc c Argentina*, Sentence CNUDCI, (24 décembre 2007) au para 388.
[1125] *Ibid* à la p 156.
[1126] *Ibid*.
[1127] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 324
[1128] *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 257.

25 because there will always be an alternative »[1129]. L'affaire *CMS*, contrairement à ses conclusions trouvant l'État argentin responsable a, elle-même, fait référence aux risques que ces conditions strictes de l'article 25 du projet d'articles présentent au regard de l'admission des mesures prises pour sauvegarder l'intérêt essentiel et sécuritaire du pays d'accueil[1130]

Au regard du seuil très élevé de cette condition de « seul moyen » que prescrit l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, il parait utile de plaider pour une application plus pratique pour ne pas vider l'exception de sécurité de sa substance. Au fait, cette défense articulée autour de l'état de nécessité est à considérer « comme un double "filet de sécurité" [qui est] ainsi instauré [et qui]constitue le dernier recours d'un État en cas de catastrophe avérée, ou imminente, qui l'empêcherait de respecter ses obligations envers les investisseurs étrangers »[1131]. L'impératif de protéger l'intérêt général doit certes composer avec les préoccupations légitimes des investisseurs étrangers. Pour donc trouver le juste milieu de protection des intérêts en jeu, certains auteurs suggèrent que dans le cas de situations d'urgence économique, les tribunaux arbitraux pourraient intégrer dans leurs analyses les considérations d'adéquation et de proportionnalité lors de l'évaluation de l'opportunité des mesures prises par les

[1129] Reinisch, *supra* note 1095 à la p 153. Cependant le tribunal dans l'affaire LG&E a trouvé: *an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed* (*LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 257).

[1130] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458 au para 323. Le tribunal a souligné la difficulté en ces termes :

> *A different issue, however, is whether the measures adopted were the 'only way' for the State to safeguard its interests. This is indeed debatable. The views of the parties and distinguished economists are wide apart on this matter, ranging from the support of those measures to the discussion of a variety of alternatives, including dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others. Which of these policy alternatives would have been better is a decision beyond the scope of the Tribunal's task, which is to establish whether there was only one way or various ways and thus whether the requirements for the preclusion of wrongfulness have or have not been met.*

[1131] Voir Fouret « CMC c LG & E », *supra* note 986 à la p 252

États d'accueil pour contrer l'état de nécessité[1132]. Ces atermoiements à la rigidité nous paraissent fondés du moment qu'une tendance interprétative qui paralyse l'exception de sécurité en lui ôtant ce qu'elle a de substantiel n'arrange ni l'une ni l'autre des parties à l'arbitrage d'investissement[1133]. Pour notre part, nous estimons que pour accroitre la flexibilité indispensable au déploiement du pouvoir réglementaire en période extraordinaire, la norme de contrôle que l'on devrait utiliser est celle de marge d'appréciation[1134]. En l'occurrence, le souci de permettre à l'État de répondre aux situations de menace a dicté le développement de la marge d'appréciation comme norme de contrôle des interventions et mesures étatiques dans le cadre des droits de l'homme. Cette doctrine reconnaît aux États aux prises avec les prétentions de violation des droits individuels une marge de manœuvre pour agir dans l'intérêt public[1135]. Nous estimons que toute interprétation de la clause de sécurité doit être intimement menée en ayant à l'esprit ses fondements philosophiques. En effet, cette clause s'analyse comme « une protection historique du droit international général et les États, sujets originels de ce droit, n'ont pas souhaité perdre malgré tout la possibilité d'invoquer une telle excuse »[1136]. Dans cette logique, cette défense articulée sur la clause vise à éviter un coût social excessif issu de l'application inflexible du droit dans des situations imprévisibles[1137].

[1132] Voir Reinisch A. « Necessity In International Investment Arbitration—An Unnecessary Split Of Opinions In Recent ICSID Cases? » (2007) 8 J World Invest Trade 191 à la p 201.
[1133] Voir Fouret« CMC c LG & E », *supra* note 986 à la p 257.
[1134] Voir Yourow, *supra* note 55 à la p 118; Voir nos développement au chapitre 5, paragraphe 3, section 2.
[1135] Voir OCDE, *L'expropriation indirecte*, *supra* note 56 : « [l]es autorités nationales connaissent mieux leur société et ses besoins et sont donc mieux placées qu' [un tribunal] international pour déterminer ce qui est d'utilité publique ».
[1136] Voir Fouret « CMC c LG & E », *supra* note 986 à la p 253.
[1137] Dans le cas de la crise en Argentine, il n y a pas d'unanimité autour de l'imprévisibilité de l'effondrement de son économie.

B. Analyse de la flexibilité réglementaire à l'aune du succès de la défense de l'état de nécessité

Le succès de la défense du pays d'accueil ayant invoqué une clause de nécessité soulève quelques questionnements au nombre desquels figurent la compensation et les conséquences du caractère temporel de la défense de l'état de nécessité. Ces deux aspects ont des ramifications sur l'intérêt général de l'État. La compensation ampute une partie du budget de l'État et, si ce dernier est excusé aux termes de la défense et que l'obligation de compensation est maintenue à son égard, la clause de sécurité encourt la perte de sa raison d'être. Pour ce qui est de l'application des mesures prises au titre de l'exception de sécurité, nous souscrivons à leur limitation temporaire. Toutefois, nous sommes d'avis que la délimitation temporelle agit sur la flexibilité que recherche l'État, car elle appelle l'appréciation de l'évolution de l'état de nécessité à la normalisation de la situation, c'est-à-dire à la disparition des circonstances de son invocation.

B.1. La durée des mesures d'exception

Les mesures illicites prises dans le cadre de la clause de sécurité soulèvent une première question de savoir si elles ont un caractère temporaire ou permanent. Le débat a suscité un intérêt particulier depuis que les décisions d'annulation dans les affaires *Simpra*[1138] et *CMS*[1139] ont rejeté la possibilité de recourir à l'article 25 du projet d'articles pour déterminer les exigences du recours à défense de nécessité issue de l'exception de sécurité dans les TBI[1140]. Les

[1138] *Sempra Energy Int'l c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/02/16, Décision sur l'annulation, (29 juin 2010) au para 200 [*Sempra*, Décision sur l'annulation].
[1139] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112 au para 133.
[1140] Voir Alberto Alvarez Jimenez, « The Interpretation of Necessity Clauses in Bilateral Investment Treaties After The Recent ICSID Annulment Decisions » (2011) 419 Yearbook On International Investment Law And Policy à la p 445 [Jimenez, « The Interpretation »].

conséquences que ces décisions précitées ont produites ont été d'exclure l'application de l'article 27[1141] du projet d'articles, qui soumet la défense de nécessité au caractère temporaire[1142].

Pour commencer, nous sommes d'avis avec Alvarez que pour déterminer le caractère temporaire ou permanent des mesures envisagées dans le cadre de l'exception de sécurité, le recours au TBI et son interprétation en fonction de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* constitue le moyen le plus approprié[1143]. Prenant le TBI comme l'expression de la volonté des parties, nous estimons que les mesures peuvent être de caractère permanent si les parties l'ont ainsi exprimé[1144]. La défense peut être de nature temporaire et sa détermination se ferait en fonction du TBI et non de l'article 27du projet d'articles rejeté dans les décisions d'annulation *CMS* et *Sempra* ci-haut mentionnées. Nous partageons la conclusion du tribunal arbitral dans l'affaire *LG & E* à savoir que les mesures prises au titre de l'exception de sécurité doivent s'appliquer durant la période où le besoin persiste[1145] et que lorsque les circonstances qui justifiaient le recours à l'exception disparaissent et qu'en plus le risque de perturbation de l'ordre public et de menace à l'intérêt essentiel et sécuritaire n'existait plus, l'État devrait renouer avec l'observation de ses engagements[1146].

L'excuse de l'État répondeur ne survit donc pas à la disparition du lien entre les mesures prises et les objectifs admissibles au titre de l'exception[1147]. Ainsi, si la menace à l'ordre public, à la sécurité, n'existe plus la clause de sécurité cesse de s'appliquer et les actions de l'État sont

---

[1141] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112au para 145.
[1142] Voir Jimenez, « The Interpretation », *supra* note 1140 à la p 419.
[1143] *Ibid* à la p 419.
[1144] Dans le cadre de l'OMC, la clause de sécurité qui exclut les actes illicites a un caractère permanent. Voir *Appellate Body Report*, European Communities, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 au para 192(f).
[1145] *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 163.

[1146] *Ibid* au para 265; Kurtz, *supra* note 1087 aux pp 364-365.
[1147] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 389.

susceptibles d'engager sa responsabilité[1148]. Pour notre part, la résurgence de cette responsabilité est cohérente avec l'idée que « *the defence is not available to excuse measures adversely affecting foreign investors adopted well after the crisis has started and once it has been overcome; they are no longer necessary* »[1149]. Mais le nœud du problème réside dans la détermination du moment de disparition du lien et le retour à la responsabilité potentielle de l'État[1150]. Nous soutenons que pour régler ce problème, les arbitres, tout en veillant à ne pas imputer indument le coût des mesures aux investisseurs étrangers, doivent considérer l'impact sur l'intérêt général que pourrait entrainer l'abrogation prématurée ou précipitée des mesures et actions prises pour répondre à l'état de nécessité. Burke-White et von Staden suggèrent deux pistes qui nous semblent porteuses d'espoir[1151]. En l'occurrence, il s'agit de se fier à la révocation des mesures entreprises par l'État défendeur lui-même[1152]. L'autre alternative est de baser la décision sur une analyse factuelle qui démontre que lesdites mesures ne sont plus utiles pour prévenir le retour aux conditions qui ont initialement conduit à l'invocation de la clause de sécurité[1153].

L'appréciation de la période d'existence à l'inexistence du besoin de maintien des mesures entreprises est une question sur laquelle les tribunaux ont un droit de regard dépendamment de la formulation de la clause de sécurité dans le TBI[1154]. Cette détermination revêt une importance

[1148] *Ibid*; Kurtz, *supra* note 1087 aux pp 364-365.
[1149] Voir Jimenez, « The Interpretation », *supra* note 1140 à la p 419 à la p 446.
[1150] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 389.
[1151] *Ibid* à la p 390.
[1152] *Ibid*.
[1153] *Ibid*.
[1154] Voir Reinisch, *supra* note 1095 à la p 156:

> *All investment tribunals addressing economic emergencies until now have found that the determination whether a state of necessity existed at a certain period is to be made by them and not within the exclusive powers of the respondent State invoking necessity. Similarly, on the basis of the wording of applicable derogation clauses in BITs these are generally not of a self-judging nature which would deprive tribunals of their jurisdiction to assess necessity.*

particulière, car elle peut être utilisée pour contrôler l'invocation avec succès de la défense[1155]. En effet, il est difficile de déterminer le débit et la fin d'une crise ou situation quelconque du moment qu'il y a une période d'incubation avant l'éclatement au grand jour. En se situant dans le cas argentin, la crise était essentiellement due aux facteurs endogènes et exogènes[1156] et il est difficile de déterminer à partir de quel moment chaque facteur est entré en jeux dans le déclenchement de la crise. Ceci pose le problème de détermination des critères que le tribunal doit utiliser. À ce sujet, le cas argentin suggère déjà que des critères politiques ou économiques entrent en ligne de compte pour délimiter cette durée[1157]. Comme le souligne Bjorklund, « *[s]everal questions with respect to the time-span are as yet unanswered. Primary among them is the question of the criteria on which a tribunal should base its judgment as to the appropriate length of time that a State should be relieved of its obligations. Economic crises can vary enormously, but are by their nature temporary* »[1158].

En plus de cette difficulté, « *[a] second question is the appropriate role of the invoking State. In an ideal scenario, the State claiming the existence of a circumstance precluding wrongfulness would immediately notify the other State of its difficulty, and would promptly notify the other State when the emergency situation had ended* »[1159]. Par ailleurs,

> *A third question is the application of the temporal factor in the investor-State dispute settlement scenario. The obligations technically run as between the home State and the host State to the treaties. Yet it is the individual investors whose interests are immediately at stake. In the event that a State has notified another State of the suspension of its obligation, perhaps that notice should be deemed to be given to all investors. The appropriate time period of the suspension of the obligation might differ, however, as between different investors*[1160].

[1155] Voir Jimenez, « The Interpretation », *supra* note 1140 à la p 419 à la p 446
[1156] Voir Reinisch, *supra* note 1095 à la p 155.
[1157] Voir Bjorklund, « Emergency Exceptions », *supra* note 943 aux pp 508-10.
[1158] *Ibid*.
[1159] *Ibid*.
[1160] *Ibid*.

C'est au regard de toutes ces conditions que nous estimons que la décision concernant les critères à utiliser pour opérer la délimitation (date de début et de fin de la crise) est arbitraire[1161]. On peut voir avec les conflits argentins que dans l'affaire *LG & E*, la crise a commencé le premier décembre 2001 et a duré jusqu'au 26 avril 2003 alors le tribunal dans l'affaire *CMS* a situé le début de la même crise le 17 aout 2000 et la fin quelque part à la fin 2004 ou au commencement de l'année 2005[1162].

Pour déterminer la durée de la crise, le tribunal dispose de pouvoirs discrétionnaires pour choisir les critères à utiliser[1163]. Pour notre part, nous suggérons que, pour évaluer la période de la crise, les tribunaux utilisent le critère de marge d'appréciation en se fiant à l'État qui peut situer l'entrée en jeux des facteurs déclencheurs de la crise et la magnitude de leur contribution. Le postulat du pouvoir d'appréciation dévolue aux autorités nationales dans l'application de cette norme de contrôle et qu'elles sont mieux placées que les tribunaux internationaux pour faire une évaluation des besoins sociaux pressants dans leur communauté et prendre des décisions appropriées pour y répondre[1164]. Nous ne voulons pas soutenir qu'il faut une déférence totale à l'appréciation faite par l'État pour « éviter d'élargir les fondements juridiques à l'inobservation du droit »[1165]. Nous apprenons avec Ago que « l'état de nécessité est reconnu par une règle coutumière du droit international comme circonstances excluant l'illicéité, en ce sens que le devoir de l'État d'observer certaines de ses obligations internationales pourrait être exceptionnellement suspendu dans des hypothèses extrêmes où leur observation risquerait de

[1161] *Ibid* à la p 509.
[1162] *LG & E Energy* au para 226-229 et la sentence *CMS Gas Transmission, supra* note 458 aux para 205 et 441.
[1163] Voir Jimenez, « The Interpretation », *supra* note 1140 à la p 419 à la p 446 n136.
[1164] Voir Burke-White, William W et von Staden, Andreas, « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations » (2010) 35 YJIL 283 à la p 337[Burke-White et von Staden, « Private Litigation »].
[1165] Voir Cassella, *supra* note 1079 à la p23.

mettre en jeu son existence même »[1166]. Ainsi, il nous semble plus approprié de procéder, en cas de doute sur la délimitation de la durée faite par l'État, à la vérification des faits ou les confronter à une contre-expertise.

Pour conclure ce point, la délimitation de la durée de la crise est, un outil très important en ce qu'il permet de répartir le risque, entre les investisseurs et les pays d'accueil. Plus la durée est raccourcie plus la flexibilité pour remédier la situation de l'état de nécessité s'amoindrit et la possibilité de paiement de compensation lourde augmente. Comme le mentionne Burke-White et von Staden « *During the period when the NPM clause is applicable, the costs of state actions are shifted to investors; once the nexus between state actions and a permissible objective is severed, however, liability shifts back to the state, which could then be required to compensate investors for subsequent harmful acts* »[1167]. Analysons maintenant la question de paiement de compensation en cas d'invocation avec succès, par l'État défendeur, de l'état de nécessité.

B.2. Analyse de la flexibilité quant au paiement de la compensation

Dans le projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, la question de compensation figure à l'article 27 relatif qui gouverne les conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité. Cette disposition est ainsi libellée :

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice: a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus; b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question[1168].Le membre de cette disposition qui intéresse notre analyse est la combinaison du chapeau de l'article avec l'alinéa (b) suivant : *L'invocation d'une circonstance*

[1166] Ago, *supra* note 1054 à la p 544.
[1167] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 391.
[1168] Projet d'articles, *supra* note 1056, article 27.

excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice : b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question [nos italiques][1169].

La difficulté que pose cette disposition est de savoir si elle exige une compensation dans tous les cas. Selon le commentaire joint à cet article, il est clairement indiqué que l'indemnisation est une possibilité et cela dans certains cas[1170]. Le commentaire précise en outre que l'article 27 est présenté sous forme de clause « sans préjudice » et que s'agissant du deuxième point, il n'est pas possible de préciser de manière générale à quel moment l'indemnisation doit être versée[1171]. Le commentaire 4 ajoute que l'alinéa *b* de l'article 27 énonce une réserve au sujet de l'indemnisation éventuelle des dommages[1172]. Le tribunal dans l'affaire *CMS* a interprété la clause « sans préjudice » comme instituant une obligation de compensation[1173]. Cette lecture n'est pas correcte et le comité *ad hoc* l'a sanctionnée[1174]. L'article 27 évoque une possibilité de compensation et là aussi dans certains cas. Pour le comité d'annulation, l'article 27 vise les cas où l'état de nécessité exclut l'illicéité en vertu du droit international coutumier. Constatant qu'en l'espèce, le tribunal avait rejeté la défense de l'Argentine sur la base de l'état de nécessité, le comité en a conclu que l'article 27 n'était pas applicable[1175]: De plus, le comité *ad hoc* est allé au fond de sa logique pour démontrer l'erreur de droit qu'a commise le tribunal en ces termes:

> *However the Committee finds it necessary to observe that here again the Tribunal made a manifest error of law. Article 27 concerns, inter alia, the consequences of the existence of the state of necessity in customary international law, but before considering this Article, even by way of obiter dicta, the Tribunal should have considered what would have been the possibility of compensation under the BIT if the measures taken by Argentina had been covered by Article XI. The answer to that question is clear enough: Article XI, if and for so long as it applied, excluded the operation of the substantive provisions of the BIT.*

[1169] *Ibid*.
[1170] *Ibid*.
[1171] *Ibid*.
[1172] *Ibid*.
[1173] *CMS Gas Transmission*, *supra* note 458au para 390.
[1174] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112 para 146.
[1175] *Ibid* au para 145.

> *That being so, there could be no possibility of compensation being payable during that period*[1176].

De ce considérant du comité *ad hoc*, les exceptions contenues dans la clause de sécurité « *preclude the very applicability of the specified substantive obligation(s) of the BIT to acts that fall within the scope of the clause* »[1177]. Au regard de ce mode d'opération de la clause, si les mesures et actions étatiques tombent dans le champ de couverture de l'exception, il n'y a pas d'illicéité. Aussi longtemps que « *the acts taken by a state are not internationally wrongful by virtue of an NPM clause, there is no state liability and no compensation can be due* »[1178]. Si l'article 31 du projet d'articles soumet l'obligation de réparation du préjudice à la présence du « fait internationalement illicite » du fait de l'État[1179], en l'absence d'un tel fait, cette responsabilité de l'État n'est pas engagée, et nous estimons qu'aucune compensation n'est due[1180]. Le tribunal dans l'affaire *LG &E* a été explicite à ce point en mentionnant que l'article XI justifie les mesures de l'Argentine entre décembre 2001 et décembre 2003 et qu'aucune indemnisation n'est donc possible pour cette période[1181].

Rappelons aussi que le comité *ad hoc* dans l'affaire CMS a affirmé que lorsque la défense sur l'exception de sécurité est invoquée avec succès, la compensation n'est pas due[1182]. Burke-White et von Staden soutiennent avec vigueur que: « *[a] reading of NPM clauses to do something less than provide an exception to the substantive protections of the BIT and, thereby, preclude the wrongfulness of a state's actions would violate the principle of effectiveness in treaty*

[1176] *Ibid* au para 146.
[1177] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 386.
[1178] *Ibid* à la p 387.
[1179] Projet d'articles, *supra* note 1056 art31.

[1180] *LG & E Energy*, supra note 865 au para 261. « *[a]rticle XI establishes the state of necessity as a ground for exclusion from wrongfulness of an act of the State, and therefore, the State is exempted from liability* ».
[1181] *Ibid*.
[1182] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112 au para 147 : « *Moreover the Committee notes that Article 27 itself is a "without prejudice" clause, not a stipulation. It refers to "the question of compensation" and does not attempt to specify in which circumstances compensation could be due, notwithstanding the state of necessit y*».

interpretation »[1183]. Au regard de cette analyse, il ressort que l'interprétation de la clause d'exception au cas par cas et, en fonction de la particularité de chaque TBI est susceptible d'aboutir à une meilleure répartition du risque en termes d'attribution de compensation et de flexibilité dont les pays en développement ont besoin pour prendre en considération leurs objectifs de développement. Sur ce, nous souscrivons à cette position de Burke-White et von Staden qui considèrent que: « *[R]eading an NPM clause merely to authorize such acts but not bar liability—would deny any meaning or effect to the "shall not preclude" phrase or its equivalent in a BIT, rendering it a legal nullity since, even without an NPM clause, a state could always take such actions and face the consequences of liability after the fact* »[1184]. Il y a une tendance, qui reste très timide au sein de l'arbitrage d'investissement mais qu'il faudrait, à notre avis, envisager avec sérieux. C'est l'usage des critères moins restrictifs pour assurer le contrôle des interventions réglementaires des États.

C. Quelques références embryonnaires à la norme de déférence dans l'arbitrage CIRDI

Les tribunaux arbitraux du CIRDI qui ont eu à trancher les réclamations des investisseurs étrangers contestant les mesures anticrise du gouvernement argentin se sont retrouvés face à la difficulté d'évaluer la validité de ces mesures au regard de l'exception de sécurité contenue à l'article XI du TBI Argentine-États-Unis. Dans l'affaire *LG & E contre l'Argentine*[1185], le tribunal arbitral était le premier à adopter une norme de contrôle différente que celle plus stricte de « seul moyen disponible » précédemment utilisé par les autres tribunaux dans les réclamations

[1183] Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442 à la p 388.
[1184] *Ibid*.
[1185] *LG & E Energy*, *supra* note 865.

contre l'Argentine[1186]. Dans cette affaire, le tribunal a reconnu que même s'il y a plusieurs autres moyens de faire face à la crise économique, les mesures de l'Argentine étaient appropriées pour combattre la crise[1187]. Ce faisant, ce tribunal a accordé une déférence au choix des mesures argentines. Dans l'affaire *Continental Casualty contre Argentine*, le tribunal a expressément affirmé qu'en évaluant les interventions réglementaires une grande marge d'appréciation doit être accordée à l'État[1188]. Il a alors accordé une attention particulière au but légitime poursuivi par l'Argentine plutôt que de consacrer son analyse aux solutions de rechange disponibles. Il devait souligner que « *a time of grave crisis is not the time for nice judgments, particularly when examined by others with the disadvantage of hindsight* »[1189]. Cette position du tribunal se démarque de celle des tribunaux dans les affaires *CMS, Enron et Sempra contre l'Argentine* qui, en se prononçant sur les mêmes mesures, ont appliqué le critère rigide de l'article 25 du projet d'article de la CDI. Conséquemment, les mesures envisagées par l'Argentine au titre de l'exception de sécurité devaient être les seules disponibles pour répondre à la crise[1190]. En invoquant expressément la marge d'appréciation comme norme de contrôle, le tribunal affirme sa volonté de se distancer du rôle de décideurs dans cette affaire[1191]. Le critère de marge d'appréciation adopté dans cette affaire *Continental casuality contre Argentine* et qui de surcroît lui accorde une plus grande déférence aux États est donc embryonnaire et par conséquent moins fréquent[1192]. La réalité demeure que les tribunaux arbitraux du CIRDI effectuent un contrôle des

[1186] Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 324.
[1187] *LG & E Energy*, *supra* note 865 au para 257.

[1188] *Continental Casualty*, *supra* note 865 au para 181
[1189] *Ibid*.
[1190] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 297
[1191] Voir Chen, Tsai-fang, « The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunals In Investor-State Dispute Settlement » (2012) 5: 1Contemporary Asia Arbitration Journal, 23 à la p 36 [Tsai-fang].
[1192] *Ibid*.

interventions étatiques en utilisant des normes moins déférentes[1193]. Comme le mentionne Chen, il n'existe pas de consensus quant à l'usage des normes de contrôle plus déférentes au sein du CIRDI[1194]. À cet effet, un auteur a estimé que « [d]ans ce contexte paraissant hostile aux États souverains, quelques décisions arbitrales récentes peuvent être perçues comme des tentatives affichées de contrebalancement, le recours aux techniques interprétatives étant instrumentalisé à cet effet »[1195]. Sans donc affirmer que les tribunaux utilisent parfois des normes plus déférentes pour tempérer les attitudes hostiles de certains États, nous affirmons que ces normes ne sont pas enracinées dans les interprétations des tribunaux arbitraux du CIRDI.

Tout compte fait on remarque une attitude plus déférente au niveau des comités d'annulation. C'est le cas de la sentence *CMS* ou le comité d'annulation a trouvé que le tribunal avait commis une erreur de droit sur la nécessité, mais a refusé d'annuler la sentence[1196]. De même, dans l'affaire *Sempra* le comité a annulé la sentence en reprochant au tribunal d'avoir excédé son pouvoir en appliquant la défense de nécessité au lieu de la clause d'exception de sécurité contenue dans le TBI[1197]. Cette sentence pourrait avoir comme effet de considérer le test de « seul moyen disponible » comme trop strict. Dans l'affaire *Enron contre l'Argentine*, le comité d'annulation n'a pas remis en cause le raisonnement du tribunal fondé sur la condition stricte de la défense de l'État de nécessité en droit coutumier[1198]. Il a plutôt reproché au tribunal arbitral d'avoir fondé sa conclusion selon laquelle il y avait d'autres mesures qui auraient pu être adoptées par l'Argentine entièrement sur la déclaration d'un économiste[1199].Tout compte fait, la

[1193] Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 aux pp327-328.
[1194] Tsai-fang, *supra* note 1191 à la p 36.
[1195] Voir Franck Latty, « Les techniques interprétatives du CIRDI » (2011) 2 RGDIP, t 115, 459 à la p 477[Latty].
[1196] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112 aux para 145– 46, 150, 158.
[1197] *Sempra*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1138 aux para 208-09, 219, 223.
[1198] *Enron Corporation Ponderosa Assets, LP c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/3, Décision sur l'annulation (30 juillet 2010) au para 368[*Enron*, Décision sur l'annulation].
[1199] Ibid aux para 368 et 370.

décision du comité d'annulation dans l'affaire *Enron* suggère plusieurs normes possibles de contrôle dont les tribunaux arbitraux futurs pourraient s'inspirer[1200]. Ces affaires marquent une tendance à la déférence qui est au stade très embryonnaire. La déférence qu'il convient d'accorder aux choix réglementaires continuera à occuper une place importance avec la persistance des contestations des grandes politiques économiques et sociales par les investisseurs étrangers. Comme un auteur l'a mentionné :

> Chaque affaire fait naître, à partir de la liste des arbitres fournie par le Centre, son propre tribunal, qui produira sa propre alchimie. Si certaines personnalités sont des habituées du contentieux CIRDI, il n'en demeure pas moins que l'unicité de chaque formation arbitrale n'est pas de nature à favoriser la cohérence dans l'interprétation de la norme internationale[1201].

Ce qui ressort de cette réflexion est que la possibilité d'interprétation utilisant des normes de contrôle variées est une réalité que l'arbitrage d'investissement doit faire avec. Les interprétations qui imposent des contraintes aux États d'accueil dans la conduite de leurs affaires publiques peuvent les pousser à diminuer la protection des investisseurs dans leurs engagements futurs; ce qui rendrait la négociation des TBI un exercice inutile[1202]. Pour éviter cette situation qui n'arrange ni les investisseurs ni les pays en développement en quête de capitaux, l'adoption de la marge d'appréciation comme norme de contrôle dans l'interprétation des normes des TBI est une alternative sérieuse[1203]. Dans son essence, cette norme de marge d'appréciation n'ignore pas la protection des intérêts des investisseurs étrangers. En effet, la lecture de son interprétation au sein de la CEDH, et qui nous parait adaptée au conflit d'investissements, postule que les interventions et mesures étatiques qui interfèrent avec les droits garantis dans la Convention

[1200] *Enron*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1198 au para 368.
[1201] Voir Latty, *supra* note 1195 à la p 466.

[1202] Voir J. E. Alvarez, « The Return of the State » (2011) 20 Minn J Int'L L 223 à la p 241.
[1203] Voir Tsai-fang, *supra* note 1191 à la p 40

doivent comporter des éléments de contrôle suffisant pour éviter que le décideur mène des actions arbitraires[1204]. Ce principe s'oppose donc aux restrictions aveugles. La CEDH n'applique pas le principe mécaniquement pour accroitre la flexibilité réglementaire des États. Elle insiste sur la présence d'une justification profonde pour la loi et son application. Dans l'affaire *Handyside,* la Cour a décidé que le concept de « nécessité » signifie qu'il doit y avoir « *a pressing social need* » pour l'interférence[1205]. Mais seulement, pour évaluer qu'« *a pressing social need » existe, « national authorities are allowed a margin of appreciation* »[1206]. Par ailleurs, la CEDH recourt au principe de proportionnalité pour s'assurer du caractère raisonnable des restrictions imposées. Le but du test de proportionnalité est d'écarter des interférences qui ne sont pas nécessaires avec les droits individuels. Ce principe exige qu'il y ait une relation raisonnable entre l'objectif poursuivi par l'intervention et les moyens utilisés pour l'atteindre[1207]. L'application de ce principe de proportionnalité reflète plusieurs standards (critères) de contrôle dans différents contextes. Greer nous en fait un résumé suivant :

> Afin d'apprécier la proportionnalité d'une ingérence dans un droit, il convient d'en examiner à la fois l'impact sur ce droit, les motifs, les effets dans le chef du requérant ainsi que le contexte. Pour ce qui est des motifs de l'ingérence, l'importance des circonstances locales et la difficulté d'évaluer de manière objective le poids respectif de buts opposés jouent un rôle essentiel. La Cour et la Commission ont utilisé diverses expressions pour exprimer l'idée que les droits garantis par la Convention devraient avoir la priorité et que c'est à l'État qu'il revient de justifier l'ingérence. C'est ainsi que les motifs doivent être « pertinents et suffisants », que la nécessité d'une restriction doit être « établie de façon convaincante », que les exceptions sont d'interprétation stricte et que l'ingérence doit répondre à « un besoin social impérieux ». Si ces exigences tendent à limiter, en principe, la portée du pouvoir discrétionnaire de l'État, les circonstances particulières de l'espèce et la situation régnante dans le pays en cause à l'époque des faits peuvent, à l'inverse, l'élargir en pratique. D'autres

[1204] Voir S. Foster, *Human Rights and Civil Liberties*, Longman, 2003 à la p 44.
[1205] Voir R.Gordon, T Ward, T Eicke, *The Strasbourg Case Law* , Sweet & Maxwell, London, 2001aux pp 1125-1138.
[1206] R. A. Lawson, H G Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997aux pp 28-42.
[1207] Voir R .Clayton, H.Tomlinson – *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000 à la p 278.

décisions, en revanche, mentionnent la nécessité d'un « équilibre » entre droits et exceptions[1208].

Sur ce, nous considérons que la marge d'appréciation est une norme d'interprétation susceptibles de préserver les intérêts des pays d'accueil et protéger simultanément les intérêts des investisseurs étrangers[1209].

Conclusion

Pour évaluer davantage la prise en compte des préoccupations d'intérêt général, nous avons examiné dans un premier temps les pratiques étatiques au regard de l'inclusion de l'exception de sécurité dans ces accords. Nous avons démontré que les intérêts couverts par cette exception ont évolué avec le temps et qu'elles touchent actuellement les considérations de développement économique. Leur champ de couverture qui n'est pas toujours précis a une portée qui varie d'un accord à l'autre et nous avons pu montrer qu'il n'y a pas de pratiques uniformes dans l'inclusion des exceptions de sécurité dans les accords. Les objectifs admissibles pour lesquels les pays peuvent prendre des mesures au titre des exceptions de sécurité varient aussi en fonction des accords et des pays. En nous servant, des conflits qui sont survenus dans le cadre des mesures que le gouvernement argentin avait prises pour redresser la situation économique et politique du pays, nous avons fait ressortir que certains des tribunaux arbitraux du CIRDI ont utilisé des critères stricts de contrôle des mesures prises par l'Argentine. Conséquemment, à certaines occasions, ils ont privé à l'Argentine de profiter de la flexibilité normative qu'aurait pu lui conférer l'exception de sécurité. Pour conjurer ce risque nous avons identifié au sein de quelques conflits contre l'Argentine une tendance très embryonnaire qui utilise des critères de déférence

[1208] Steven Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme*, éditions du conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, no 17, juillet 2000 aux pp 21-22[Greer, *La marge*].

[1209] Voir nos développements au paragraphe 3 section 2 du chapitre 5.

aux choix réglementaires des pays d'accueil[1210]. Dans cette perspective, nous estimons que les tribunaux arbitraux du CIRDI devraient ainsi utiliser la marge de manœuvre comme norme de contrôle des interventions réglementaires et législatives des PED. Cette norme leur permettrait de laisser audits pays l'appréciation de ce qui relève de l'intérêt général et les mesures nécessaires pour en assurer la préservation. Tout compte fait, comme nous le démontrons (chapitre 5, section 2, &3) cela n'équivaudrait pas à donner un chèque en blanc aux interventions réglementaires qui restreignent la protection des intérêts des investisseurs étrangers. Les tribunaux arbitraux du CIRDI doivent avoir un droit de regard pour faire échec au recours abusif aux mesures d'exception.

[1210] Voir *Continental Casualty*, *supra* note 865 au para 181 qui a estimé: *« [I]n the Tribunal's view, this objective assessment must contain a significant margin of appreciation for the State applying the particular measure »*; *Siemes c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/02/8, Sentence (6 février 2007) au para 354, le tribunal a observé : « *Article I of the First Protocol to the European Convention on Human Rights permits a margin of appreciation not found in customary international law or the Treaty* ».

Chapitre 5 : Amélioration du sort de l'intérêt général

Introduction

La contribution que les investissements étrangers peuvent apporter au développement bénéficie d'un consensus de la communauté internationale[1211]. Les Nations Unies, à travers l'Agenda 21, ont reconnu que ces investissements peuvent fournir aux PED le capital dont ils ont besoin pour répondre à leurs préoccupations de développement économique[1212]. Les pays du G8 ont, dans leur déclaration sur « le leadership responsable pour un avenir durable », confirmé que ces investissements représentent une source de financement qui induit une croissance et intégration économique durable[1213]. La déclaration du G20 sur « l'ensemble des valeurs pour des activités économiques durables » a mis en exergue la nécessité de bâtir une économie mondiale durable dont les fruits de la croissance sont équitablement partagés entre tous les pays[1214]. La potentialité des investissements à contribuer au développement économique existe certes. Mais,

[1211] Voir Markus Gehring et Andrew Newcombe, « An Introduction to Sustainable Development » dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, *supra* note 24, aux pp 6 et 9.

[1212] Voir Robinson estime : « *Investment is critical to the ability of developing countries to achieve needed economic growth to improve the welfare of their populations and to meet their basic needs in a sustainable manner [...] Sustainable development requires increased investment, for which domestic and external financial resources are needed* » (Voir Nicholas A Robinson, dir, *Agenda 21 : Earth' s Action Plan s38.1*, IUCN environmental policy and law paper, no 27, New York, Oceana Publications, 1993 à la p 223, en ligne: UN <http://www.un.org/ esa/sustdev/documents/agenda21/ english/ Agenda21.pdf>).

[1213] G8 Summit, *Responsible Leadership For A Sustainable Future*, Aquila, Italie, juillet 2009 au para 49, en ligne : Sommet G8 <http://www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/G8_Declaration_08_07_09_final%2c0.pdf>.

[1214] G20 Heads of State, *Core Values for Sustainable Economic Activity*, United Kingdom, London, April (2009), en ligne : Reuters <http://www.reuters.com/article/2009/09/25/us-g20-communique-annex-sb-idUSTRE58 O6W520 09 0925>.

« *considerable work remains to guarantee that the current regulatory framework for international investment law properly promotes […] development* »[1215].

Le droit international et les politiques nationales des investissements ont réservé une intégration mitigée à la dimension « développement » en leur sein[1216]. Le grand défi est d'assurer que la mise en place des règles d'investissement internes et internationales qui encouragent les investissements en leur accordant une protection exorbitante réserve aussi la flexibilité nécessaire aux PED pour mettre en place leur politique de développement[1217]. En effet, l'arbitrage d'investissement révèle aussi l'existence des interprétations larges des dispositions des TBI dont l'effet est de créer des normes de protection des investissements qui compromettent la possibilité d'entreprendre des politiques de développement économique[1218].

Nous soutenons que les investissements étrangers sont des véhicules du développement. Cependant, pour que cela en soit le cas dans les PED, ceux-ci doivent les promouvoir en fonction de leurs objectifs nationaux[1219]. La capacité d'un pays de tirer profit de l'investissement étranger dépend « *on its ability to negociate a good deal with the investor. The terms of the deal are to be found in the investment legislation, regulatory framework and contracts affecting that transaction* »[1220]. Or, ces pays n'ont pas la capacité à trouver « *a just balance and array of*

[1215] Voir Perry E. Wallace, « International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional and State Governance » (2012)12:3 Sustainable Dev L & Pol' y 22 à la p 23 [Wallace].

[1216] *Ibid:* « *In contrast to sustainable development law and policy, however, investment law and policy have not been as solicitous to the notion of sustainable development* ».

[1217] Voir Markus Gehring et Andrew Newcombe, « An Introduction to Sustainable Development » dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, *supra* note 24, à la p 6 et 9.

[1218] Voir Miles qui note particulièrement que « *standards of protection that go well beyond shielding investors from arbitrary or bad conduct, and instead operate as form of insurance against the impact of future legitimate public welfare regulation* » (Voir Kate Miles, « Sustainable Development. National Treatment and Like Circumstances in Investment Law » dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, *supra* note 24, 265 aux pp 268- 69).

[1219] Voir M. Abbas, « La Cnuced XI: du consensus de Washington au consensus de Sao Paul? » (2005) 6 Cahier de recherche *1*.

[1220] Voir Jeswald W. Salacuse, *The Three Law of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxyford, Oxford University Press, 2013 à la p 56.

benefits and burdens of development in their investment agreements with other nations and with corporate partners »[1221].

Pour mieux protéger l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement, nous proposons le renforcement des capacités du cadre de gestion des investissements dans les PED (section 1) d'une part, et l'intégration de la dimension développement dans les accords d'investissements d'autre part (section 2).

Section 1 : Renforcement des capacités du cadre institutionnel de gestion des investissements dans les PED

Le manque d'expertise constitue un handicap majeur des PED dans leurs efforts de se doter d'un cadre politique et normatif des investissements étrangers conforme à leur besoin de développement économique[1222]. Cette carence est l'une des principales causes qui expliquent l'adhésion de plusieurs PED aux TBI « non seulement sans négociations préliminaires, mais aussi sans réflexions préalables approfondies […] » [1223] de leur impact sur leur intérêt général.

En recourant aux ressources institutionnelles qui manquent de compétence durant les négociations des TBI, les PED réduisent leur participation aux accords et à l'arbitrage d'investissement au rôle de figurant. Cette présence passive conduit à l'endossement des dispositions des modèles d'accord que leur présentent leurs partenaires[1224]. Le renforcement des capacités des institutions des PED qui s'occupent de la gestion des investissements nous parait

[1221] Voir Wallace, *supra* note 1215 à la p 23.
[1222] Voir Malik, *supra* note 22 aux pp1-5.
[1223] Voir Monebhurrum, « L'utilisation », *supra* note 405.
[1224] Voir Bébéar rappelle l'importance du savoir dans le développement d'un pays en mentionnant : « Nous vivons actuellement l'explosion de la Chine et de l'Inde, phénomène accéléré pour la Chine par l'importance de la diaspora chinoise et pour l'Inde par sa capacité à former des élites tant chez elle que dans les pays anglo-saxons » (voir Bébéar, *supra* note 17 à la p 15).

une alternative sérieuse pour obvier à cette faiblesse et les doter de l'expertise requise pour accroitre la prise en compte de l'intérêt général dans les négociations des TBI.

Selon le PNUD, « le renforcement des capacités est le processus par lequel les particuliers, les organisations, les institutions et les sociétés développent leurs aptitudes à exercer des fonctions, résoudre des problèmes et fixer et atteindre des objectifs »[1225]. Le cadre institutionnel des PED n'offre pas ces aptitudes. C'est cette lacune qui nous pousse à proposer de renforcer la capacité des Agences de promotion des investissements (API) à négocier des TBI (& 2) étant donné qu'elles jouent déjà un rôle de premier plan en matière de gestion et de promotion des investissements étrangers (& 1).

Paragraphe 1: Rôle des API dans la gestion et la promotion des investissements

Les Agences jouent un rôle central et fédérateur en matière de promotion des investissements étrangers[1226]. Par ricochet, elles participent donc à la réalisation des objectifs de développement économique[1227]. À travers leurs fonctions (A), les API traitent des questions en rapport avec la promotion des investissements étrangers et des impératifs de développement économique. Les attributions que les PED assignent aux API débouchent sur l'intérêt général en ce sens qu'elles

[1225] PNUD, Division du renforcement de la gestion et de la gouvernance, *Renforcement des capacités*, Document de référence technique no 2, New York, PNUD à la p 2, en ligne: PNUD <http://magnet.undp.org/docs/cap/Capdevfr.pdf>.

[1226] Voir CNUCED, *Examen de la politique d'investissement, Burkina Faso*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/PCB/2009/4 (2009) à la p 74[CNUCED, *Examen de la politique d'investissement*].

[1227] La naissance des Agences de promotion des investisements est étroitement liée aux préoccupations de développement économique. Hatem écrit :

> Historiquement, c'est en Irlande que l'on vit apparaître dès la fin des années cinquante la première politique explicite d'attraction des capitaux étrangers pour le développement du territoire national. Confrontées à un chômage très élevé et à la quasi-absence de tissu industriel local, les autorités irlandaises firent à cette époque le pari que l'accueil des entreprises manufacturières anglaises et américaines de main-d'oeuvre permettrait d'enclencher une dynamique de développement industriel et de résorber le chômage (voir Fabrice Hatem, « Les dispositifs de promotion de l'investissement dans le monde », Notes bleues de Bercy no 267 du 1er au 15 mars 2004: en ligne : Ministère des finances du gouvernement français <http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/ nbb267/ dispositifs_ de_ promo tion_de_l_ investisseme nt. pdf>).

s'inscrivent dans le cadre de leur mission de « *fast tracking economic development […] by enabling private sector growth* » et d'être le visage du pays devant la communauté internationale des investisseurs (B)[1228].

A. Les API : Attraction des investissements au service de développement économique

Comme l'appellation l'indique, ce sont des Agences vouées à la promotion des investissements. Cependant, bien d'API portent des dénominations comme « Conseil pour le développement »[1229], « *Industrial Development Agency* »[1230], « *Economic Development Board* » (EDB), etc[1231]. Ces désignations montrent que le rôle des API consiste aussi à maximiser l'impact positif des investissements étrangers sur le développement économique de leurs pays[1232].

Pour attirerles investissements étrangers, les API offrent aux investisseurs étrangers l'opportunité d'accomplir toutes leurs formalités administratives et de recevoir les permis exigés ainsi que les services dont ils ont besoin en un point unique appelé « guichet unique » ou « *one-stop shop* » en anglais[1233]. Ce système de guichet unique allège les effets de la lenteur administrative qui retarde les décisions et décourage les investisseurs étrangers. Il permet de réaliser une économie de temps et de ressources en organisant l'accomplissement des formalités en un point unique.

[1228] En ligne: RDB< http://www.rdb.rw/about-rdb/vision-and-mission.html>.
[1229] *Ibid.*
[1230] IDA, en ligne: IDA Ireland <http://www.idaireland.com/ida-ireland/>.
[1231] En ligne: EDB Singapour <http://www.edb.gov.sg/content/edb/en.html?cmpid=edb_en33>.
[1232] Voir CNUCED, *Examen de la politique d'investissement*, *supra* note 1226 à la p 76.
[1233] Par exemple l'Agence égyptienne GAFI représente (« *Egypt's sole "One Stop Shop" for investment, which aims at easing the way for investors worldwide to take advantage of the opportunities in Egypt's promising emerging market* » (Agence égyptienne de promotion des investissements, en ligne : Gafi <http://www.gafinet.org/English/Pages/ GAFIMission.aspx>).

Toutefois, le système de guichet unique n'est pas une panacée. Il peut nuire à l'intérêt général des PED s'il devient *one-more-stop shops* au lieu de *one-stop shop*[1234]. Cela peut être le cas si l'Agence dite de promotion des investissements manque de pouvoir et d'indépendance, se transformant ainsi en un centre de collecte des documents pour les acheminer aux organismes détenteurs de véritables pouvoirs[1235]. Il pourrait résulter de ce manque d'autonomie un découragement de potentiels investisseurs étrangers et un mécontentement pouvant entrainer le départ de ceux qui mènent déjà leurs activités économiques dans le pays.

Offrir un guichet unique peut être difficile dans la pratique étant donné la multiplicité des agences et autres organismes aux divers échelons gouvernementaux qui ont dans leurs attributions la délivrance des licences et autres approbations. De cette situation peuvent naitre des luttes de leadership et des chevauchements source d'éparpillement des efforts s'il n'y a pas de répartition claire de responsabilité. Mais il y a aussi d'autres organismes souvent plus qualifiés que les API pour évaluer un projet d'investissement dans leur domaine de compétence. Ces institutions peuvent traiter l'Agence d'envahisseur et résister à lui céder le pouvoir et compromettre de la sorte l'exécution de ses attributions.

En plus du guichet unique, les API cherchent à attirer les investisseurs étrangers au moyen des incitatifs. Ceux-ci incluent des mesures fiscales telles que les réductions d'impôt ou l'exonération des droits de douane[1236]. Les incitatifs peuvent être aussi des droits de monopoles[1237]. L'usage de la technique des incitatifs exige des choix dont les décisions requièrent des compétences qui

[1234] Voir Louis T Wells et A G Wint, *Facilitating Foreign Investment: Government Institutions to Screen and Monitor Investment from Abroad*, Washington, DC World Bank, 1991 à la p 6.
[1235] Voir i*bid* « *[s]ome organizations that are called one-stop shops are little more than post offices that collect applications from investors and channel them to the relavant decisionmaking entities* ».
[1236] Voir UNCTAD, *Incentives*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/2003/5 (2004).
[1237] I*bid*.

manquent parfois aux API. Par ailleurs, les incitatifs sont des outils dont l'influence sur le choix de la destination de l'investissement peut s'avérer moins déterminante[1238]. En effet, la décision sur la destination de l'investissement dépend du type d'investissement et de plusieurs autres éléments déterminants, dont la taille du marché, le niveau réel des revenus, le niveau de compétence dans les pays d'accueil, la disponibilité des infrastructures, la stabilité politique et macro-économique, les infrastructures qui favorisent la production, etc[1239]. Si alors les incitatifs peuvent jouer un rôle, ce serait celui de départager deux pays qui sont dans le viseur de l'investisseur étrangers parce qu'étant à égalité quant aux autres conditions. De là, l'efficacité des incitatifs est étroitement liée à la capacité de l'Agence à choisir le type d'incitatif approprié et à évaluer son incidence par rapport aux autres facteurs pouvant entrer en ligne de compte dans la décision sur le choix de la destination. Somme toute, la stimulation des investissements étrangers qui contribuent à l'intérêt général est indissociablement liée à la maitrise de l'API de l'interaction entre ces investissements et les multiples objectifs sociaux que poursuivent les PED.

B. Fonctions débouchant sur l'intérêt général

En résumant les fonctions des API, on pourrait dire qu'elles sont « chargées de diffuser une image favorable du pays, de démarcher les industriels et de les informer sur les opportunités d'affaires existantes, de les accueillir et de les conseiller lors de leur implantation effective »[1240]. Bien qu'il n'y ait pas de répartition uniforme, les activités qui relèvent de ces fonctions se ramènent à 4 catégories suivantes[1241] : soigner l'image du pays pour en créer une perception

[1238] Voir Magnus Blomström, A Kokko et M Zejan, dir, *Foreign Direct Investment: Firm and Host Country Strategies*, Palgrave Macmillan, Business & Economics, 2000.
[1239] Voir Magnus Blomström et Ari Kokko, « The Economics of International Investment Incentives » dans Heinz Herrmann, Robert E Lipsey dir, *Foreign Direct Investment in the Real and Financial Sector of Industrial countries*, Verlad Berlin, Springer, 2003, 37 à la p 51.

[1240] Fabrice Hatem, *Les politiques d'attractivité en Europe de l'Ouest : Délégation aux investissements internationaux*, Paris, 1993 à la p 10.

positive comme destination idéale de l'investissement international (1), stimuler des investissements étrangers (2); fournir des services pré et post investissement (3), promouvoir les politiques d'assainissement du climat d'investissement (4)[1242].

B.1. Renforcement de l'image du pays

Les Agences œuvrent au renforcement de l'image du pays auprès de la communauté internationale des investisseurs. La taille du budget que les pays allouent à ce volet d'activité témoigne de l'importance qu'ils y attachent[1243]. Certains des PED regorgent d'opportunités d'affaires inconnues des investisseurs étrangers. Mais aussi l'image d'emplacement peu favorable que véhiculent certains médias à l'endroit de plusieurs PED peut décourager les investisseurs potentiels. Les campagnes de sensibilisation jouent pour cela un double rôle de désinformation et d'information. En s'occupant alors de cette fonction, les API contribuent à rehausser l'image du pays et augmentent sa possibilité d'attirer les investissements en assurant son positionnement parmi les potentiels concurrents. Tout se passe comme si c'était une entreprise qui a développé un produit prêt à être mis sur le marché. Si elle n'en fait pas la promotion, les clients potentiels ne sauront pas que le produit existe. De même, au regard de la forte concurrence de la demande, un pays qui regorge d'immenses possibilités d'investissement, mais qui n'en fait pas le démarchage a moins de chances, de capter des investissements étrangers.

[1241] Voir Jacques Morisset et Andrews-Johnson Kelly, *The Effectiveness of Promotion Agencies at Attracting Foreign Direct Investment*, Washington, DC, World Bank, 2004 à la p 1[Morisset et Kelly, *The Effectiveness*] .

[1242] Voir i*bid*.

[1243] Voir *ibid* à la p IX. Selon une étude du FIAS (*Foreign Investment Advisory Service*), environ 35 % du budget d'une API est généralement alloué au renforcement de l'image du pays et un même pourcentage aux services pré et post-investissement. Le solde de 30 % est distribué entre les autres activités (FIAS, *Promotion as a Tool for Attracting Foreign Investment*, Washington, World Bank, 2000.

Les activités comme les conférences publiques, l'organisation des séminaires, les conférences de presse, la production et la circulation des informations que mènent les API visent à faire connaitre les potentialités de leur pays et à soigner son image envers les investisseurs étrangers.

Le travail que font les API pour améliorer l'image du pays à l'étranger varie en fonction du mandat de l'Agence, du type d'investissement à promouvoir tout comme l'importance de la fonction même de marketing diffère d'un pays à l'autre[1244]. Pour les pays dont la réputation est déjà établie et qui sont régulièrement achalandés par les investisseurs étrangers, cette fonction joue un rôle mineur dans l'attraction des investissements. Mais dans les PED moins connus par contre, la dissémination de l'information apparait comme le premier outil pour cibler les investisseurs étrangers.

B.2. Stimulation des investissements

Cette fonction consiste à cibler, en fonction des plans de développement du pays, des secteurs spécifiques et des investisseurs qui y sont potentiellement intéressés en vue de créer des pistes d'investissements viables[1245]. Généralement, les API s'occupent de cette tâche en effectuant des campagnes téléphoniques, des présentations et rencontres individuelles aux investisseurs ciblés. Ces activités peuvent se dérouler aussi bien à l'intérieur du pays et/ou dans le pays de territorialité de l'investisseur potentiel.

Dans cette opération de démarchage, les API fournissent l'information de base sur le climat de l'investissement, le cadre réglementaire, les conditions macro-économiques, les informations sur le coût des facteurs de productions, etc. Plusieurs auteurs soulignent l'importance de cette activité et affirment que les investisseurs étrangers se basent parfois sur des informations et les

[1244] Voir Morisset et Kelly, *The Effectiveness*, *supra* note 1241 à la p IX.
[1245] Voir i*bid* à la p 1.

publicités récemment vues à la télévision ou à l'Internet[1246]. D'autres indiquent que les investisseurs choisissent parfois les pays de destination dont ils rencontrent régulièrement les représentants de l'API au cours des conférences ou qui les ont personnellement contactés[1247]. Étant donné que l'investisseur peut faire sa sélection initiale sans visite préalable dans les pays d'accueil potentiels, les API qui disposent d'une information pertinente, correcte et à jour se trouvent dans un positionnement favorable pour figurer parmi les candidats éventuels[1248]. Ce travail de promotion d'investissement cède la place au service de facilitation qu'offrent les API une fois que leur pays est choisi comme destination.

B.3. Services post investissement

La tâche de l'API ne se limite pas à faciliter la venue et l'établissement de l'investisseur dans le pays d'accueil. Elle lui offre des services après son installation en vue de lui permettre à développer ses activités et à s'intégrer dans la communauté d'accueil[1249]. Dans ce cadre, les API fournissent essentiellement trois catégories de services[1250]. Au premier abord viennent les services administratifs qui comprennent l'assistance pour obtenir les permis et les autorisations exigés aussi bien à l'entreprise qu'à son personnel et les membres de sa famille pour opérer et séjourner en pays d'accueil. Les API fournissent aussi des services opérationnels qui soutiennent l'efficacité et l'efficience dans l'exploitation de l'investissement créé. Ces services incluent

[1246] Voir Harding Torfinn et Beata Smarzynska Javorcik, *Developing Economies and International Investors: Do Investment Promotion Agencies Bring Them Together?* Washington, DC, World Bank, 2007 à la p 8 n 6, en ligne: Banque mondiale< https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7289/wps4339.pdf?sequence=1>.

[1247] Voir Harding Torfinn et Javorcik Beata Smarzynska, « Roll Out the Red Carpet and They Will Come: Investment Promotion and FDI Inflows » (2011) 12: 557 The Economic Journal1445.

[1248] Pour mettre en évidence le rôle de l'information dans le choix de la destination de l'investissement,
« *a new report by the Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group, examines the ability of national IPAs in 181 countries to influence foreign investors' site-selection process. The report finds that over 70 percent of IPAs may missout on investment by failing to provide accurate and timely information to potential investors* » (voir Alessandro Teixeira, « Message from Alessandro Teixeira » World Association of Investment Promotion Agencies Newsletter, issue 5, Quarter 2, 2009 à la p 1 [Teixeira]).

[1249] Voir UNCTAD, *Aftercare. A Core Function in Investment Promotion, Investment*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (2007a)[UNCTAD, *Aftercare*].

[1250] Voir Ansoff Igor, *Corporate strategy*, Penguin Business, New York, 1987 aux pp 22–24.

l'aide pour la promotion des exportations, l'obtention des locaux pour les extensions, l'identification des fournisseurs locaux, etc. L'autre catégorie de service est d'ordre stratégique. Elle consiste à s'assurer que l'investisseur reste dans le pays d'accueil et continue à s'y développer et à s'y étendre.

Cette recherche de l'extension du séjour de l'investissement va de l'intérêt général des PED, car toute contribution au développement nécessite du temps pour se matérialiser. Pour accompagner l'investisseur à s'implanter durablement dans le pays d'accueil, les API aident les investisseurs étrangers à tisser des liens avec les hautes autorités administratives responsables des questions de politique nationale d'investissement et qui sont en mesure d'acheminer leurs doléances et suggestions vers les autres cercles décisionnels dans le domaine[1251].

Les investisseurs étrangers déjà installés dans le pays sont en effet une source importante de revenu. Ils peuvent réinvestir les bénéfices dans l'économie locale ou étendre leurs investissements dans différentes régions du pays en injectant de nouveaux capitaux. Ils servent de référence en partageant leur expérience positive des affaires avec les investisseurs potentiels.

Dès lors, leur suivi régulier au moyen de la fourniture de ces services est un élément important dans la réalisation de l'intérêt général des PED. Il permet aux membres de l'API de développer leur connaissance sur les politiques et les normes d'investissement. Ces aptitudes sont indispensables pour maintenir des relations détendues entre les pays d'accueil et les investisseurs étrangers. Les API peuvent s'inspirer des suggestions des investisseurs étrangers qu'elles rencontrent régulièrement pour anticiper les différends et les réformes nécessaires pour

[1251] Par exemple, la CNUCED rapporte que l'Agence de promotion des investissements tanzanienne présidée par le président de la République, « *business leaders, including foreign investors, have access to high-ranking government officials to discuss issues of common concern with respect to the socio-economic development of Tanzania, in particular private sector development and foreign investment* » (voir UNCTAD, *Aftercare*, *supra* note 1249 à la p 15).

.

promouvoir un climat d'investissement favorable aux stratégies de développement, mais qui ne nuit pas aux intérêts des investisseurs étrangers.

Étant donné l'interdépendance croissante des économies des pays et surtout la compétition pour le capital étranger, un service de suivi efficace doit prendre en compte les besoins de l'investisseur étranger à long terme ainsi que ceux du pays d'accueil et de la région en général où les activités d'investissement se déroulent[1252]. En intégrant cette réalité dans sa façon de faire, l'API peut identifier les politiques et les efforts prioritaires à envisager pour assainir le climat d'investissement.

B.4. Promotion des politiques d'assainissement du climat d'investissement

Presque toutes les Agences d'investissement ont dans leur portfolio la fonction de promotion des politiques d'assainissement du climat d'investissement. Ce rôle est fondamental dans la mesure où l'amélioration de l'image du pays à l'égard des investisseurs potentiels s'appuie sur l'existence d'un cadre légal d'investissement prévisible. Ce volet d'attribution englobe les efforts des Agences pour proposer des changements réglementaires et législatifs ainsi que des réformes de politiques gouvernementales en matière d'investissements[1253]. Cette fonction contribue à la création d'un climat propice pour attirer les investissements et bénéficier de leur contribution au développement économique du pays d'accueil[1254].

Pendant que les activités de stimulation des investissements et d'amélioration de l'image du pays consistent à « vendre » aux investisseurs étrangers les potentialités qui font de l'État d'accueil une destination idéale pour l'investissement, le plaidoyer pour les politiques favorables vise à

[1252] Voir *ibid* à la p 16 « *[a]ftercare must be targeted to the longer-term development needs of the organization and the host region, not just delivered in sporadic, ad hoc acts aimed at resolving immediate issues. Aftercare should be strategically informed, not emergency "fire-fighting" or passive provision of information* ».

[1253] Voir UNCTAD, *Investment Promotion Agencies As Policy Advocates*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IPC/2007/6, (2008) à la p 2 [UNCTAD, *Investment Promotion Agencies*].

[1254] *Ibid*.

redresser les faiblesses qui caractérisent le climat d'investissement et à créer de nouvelles forces pour le pays d'accueil.

La fonction de promotion des politiques d'assainissement du cadre normatif des affaires exige une collaboration étroite entre les API et leurs partenaires de l'administration publique et du secteur privé. Cette collaboration leur permet d'identifier les priorités du pays ainsi que les obstacles à l'investissement existant et potentiel. Une fois en possession de ces informations, les API peuvent suggérer des réformes de politique d'investissement ou des interventions réglementaires qui concordent avec les objectifs de développement et les engagements internationaux en matière de protection des investissements[1255].

Cette fonction constitue à notre avis la pierre angulaire de la mission des API vu que c'est la réglementation dans laquelle sont incorporées des priorités de développement économique et des stratégies de promotion d'investissements qui détermine la place de l'intérêt général[1256].

La tâche de recommander les réformes exige des connaissances approfondies dans des domaines où l'activité réglementaire est soumise à la réalité de l'interdépendance des économies poussées par l'intégration économique régionale et la mondialisation. Les API des PED étant relativement récentes, elles manquent l'expertise pour accomplir cette fonction « bien qu'elle ait souvent un "rendement" en termes d'augmentation des IED très important »[1257]. La réussite de l'assainissement du cadre d'investissement dépend aussi des moyens budgétaires, humains et matériels et dont dispose l'API. Le succès des efforts d'assainissement de l'environnement normatif des investissements est par ailleurs tributaire de l'importance que les autorités

[1255] I*bid.*

[1256] Pour souligner l'importance que joue une réglementation reflétant les politiques de développement, Bartels affirme: *« it is the country's law that is the highest authority for attracting, or guiding and shaping, inward FDI and it is of crucial importance that all policy tools are translated into national laws* » (voir Frank L Bartels, *FDI Policy Instruments: Advantages and Disadvantages*, Vienna, UNIDO, UNCTAD, 2009 à la p 18).

[1257] UNCTAD, *Investment Promotion Agencies supra* note 1253 à la p 2.

gouvernementales attachent à cette fonction et par conséquent du soutien et de l'autonomie qu'elles accordent à l'API[1258].

Eu égard à l'exécution de toutes ces activités, les API constituent le point de contact pour les investisseurs étrangers désirant entrer dans le pays d'accueil[1259]. Elles sont en même temps les premières partenaires des États en matière d'investissement et leurs ambassadrices devant la communauté internationale des investisseurs étrangers. Elles jouent donc un rôle prépondérant dans la mise en place et l'application des politiques de développement des réglementations dans le domaine des investissements.

Ces responsabilités exigent des compétences dans plusieurs domaines que les PED éprouvent de la difficulté à réunir. C'est en cela que le renforcement de leurs capacités peut les outiller pour améliorer la prise en compte de l'intérêt général dans les normes sur l'investissement et par voie de conséquence dans l'arbitrage d'investissement.

Paragraphe 2 : Accroissement du rôle des Agences dans la négociation des TBI

Jusqu'à présent, le rôle de plusieurs API a toujours été cantonné à la promotion des investissements étrangers. Mais au regard de leur mission et la nature de leurs interventions auprès des investisseurs et des autorités en charge des politiques d'investissement, nous suggérons que le rôle de ces institutions soit étendu pour couvrir la participation aux négociations des TBI. Le rôle actuel que jouent ces institutions dans la promotion des investissements leur assure un meilleur positionnement en tant que partenaires valables pour participer à la négociation des TBI et y accroitre la prise en compte de l'intérêt général. Cette

[1258] Voir UNCTAD, *Report of the Ad Hoc Expert Meeting on Advocacy for Investment Policies with Particular Reference to the Development Dimension*, Doc off CNUCED, Doc NU (TD/B/COM.2/AHM.1/, (2006).

[1259] Au sujet du role que jouent les API dans la facilitation des contacts, Teixeira écrit: « *About 92% of companies would contact the local IPA during the site-selection […]* » (voir Teixeira, *supra* note 1248 à la p 4); Selon Development Counsellors International « *it seems that the role of the IPA in facilitation remains on demand* » (Development Counsellors International, *A View from Corporate America: Winning Strategies in Economic Development Marketing*, New York, DCI, 2008).

extension de responsabilité passe par l'élargissement de leur mandat pour inclure la négociation des TBI (A) et l'affermissement de leur expertise pour l'assumer valablement (B).

A. Nécessité d'élargissement du mandat des API aux négociations des TBI

L'élargissement du mandat des API aux négociations des TBI rentre dans la logique de renforcement de la prise en compte des préoccupations économique dans ces accords.

A.1. Quelques fondements théoriques de l'extension du mandat des API

Les API ont vu le jour grâce à l'initiative des institutions multilatérales comme la CNUCED dont le mandat couvre les questions d'investissements et de développement économique des PED[1260]. Cette institution contribue au perfectionnement des capacités des PED en leur offrant une aide technique diversifié pour renforcer la maitrise de l'univers des TBI. Par l'entremise de son service-conseil pour l'investissement étranger (FIAS), la BM dont l'attachement à la problématique de développement économique, principalement des PMA, fait partie intégrante de sa mission a apporté une contribution déterminante dans la mise en place des API[1261]. Ces institutions internationales continuent à soutenir ces Agences en menant des recherches sur leur rôle dans le développement économique, sur leurs faiblesses et les moyens qui serviraient à améliorer leur efficacité[1262].

[1260] « L'objectif principal de la CNUCED consiste à intégrer les pays en voie de développement dans l'économie mondiale afin d'augmenter leurs possibilités de commerce et de développement. La CNUCED fournit une assistance technique aux gouvernements afin de faciliter l'investissement financier lui-même favorisant le développement des pays en développement » (Université de Sherbrooke, en ligne: Perspectives monde <http://perspective.usher brooke.ca/bilan/servlet/ BMD ictionnaire?iddictionnaire=1414>).

[1261] *Accord relatif à la Banque Internationale*, dispose :

> *[t]o assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, including the restoration of economies destroyed or disrupted by war, the reconversion of productive facilities to peacetime needs and the encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries (Accord relatif à la Banque Internationale*, *supra* note 260 art 1(i)).

[1262] Voir Morisset et Kelly, *The Effectiveness, supra* note 1241.

Les études du service conseil aux investissements étrangers de cette institution ont grandement contribué à l'explosion de ces institutions[1263]. Dans le cadre du service conseil aux investissements étrangers de la Banque mondiale, Wells et Wint ont développé l'idée selon laquelle les pays qui souhaitent attirer des investissements devaient entreprendre une sorte de marketing appelé promotion des investissements[1264]. Cette idée a inspiré l'institutionnalisation des structures actuelles de promotion des investissements[1265]. Parmi les politiques d'investissement que soutient la banque mondiale figurent la mise en place d'un climat d'investissement favorable au développement économique. Ceci comprend l'adhésion au CIRDI et la ratification des TBI comportant les mécanismes d'arbitrage État-investisseur. L'aide aux API qu'apporte le service conseil aux investissements étrangers de la BM participe de cette volonté de dissémination et de renforcement des politiques et instruments relatifs aux investissements. De plus, les API bénéficient du soutien technique des autres institutions internationales comme l'association mondiale des agences de protection des investissements, l'OCDE…dont la mission consiste au développement des politiques d'investissement[1266].

Au vu des objectifs de développement économique et de la mise en place du cadre d'investissement prévisible, il nous parait fondé de soutenir l'extension du mandat des API aux négociations des TBI, car leurs fonctions rentrent dans la philosophie de ces institutions qui sont à l'origine de leur création.

[1263] Voir Wells Louis T et Alvin G Wint, *Marketing a Country*, Foreign Investment Advisory Service, éd révisée, World Bank, Washington, 2000.

[1264] *Ibid*.

[1265] Voir Michal Trnik, *The Role of Investment Promotion Agencies, at attracting foreign direct investment and their impact on economic development in central Europe, the Czech republic and Slovakia in comparative perspective*, Central European University, Paper submitted for degree of master, 2007 à la p 1.

[1266] Voir Mariana Zanatta, Ionara Costa et Sergey Filippov, « Foreign Direct Investment: Key Issues for Promotion Agencies » (2006), 10 Policy Brief 1 à la p 1, en ligne: Université des nations Unies <http://www.merit.unu.edu/publications/pb/unu_pb_2006_10.pdf>) à la p 1[Zanata, Costa et Filippov].

En leur confiant des fonctions relatives à la négociation des TBI, il s'agit en quelque sorte d'une extension de responsabilités qui rentre dans la logique de leur mission actuelle de promotion des investissements. Les API participent dans les stratégies globales de promotion des investissements. Non seulement elles en sont des acteurs principaux, mais également lesdites stratégies incluent la négociation des traités bilatéraux d'investissement[1267].

Pour réussir cette extension, il y a un ajustement de mandat des API auquel il faudra d'abord procéder. En effet, certaines agences de promotion d'investissement dans les PED en Afrique subsaharienne sont créées par décret[1268] ou loi[1269]. D'autres API sont des organes administratifs intégrés dans la structure gouvernementale sans statut particulier[1270]. Le statut juridique des API n'est pas uniforme. Elles peuvent être constituées sous forme de département gouvernemental, sous forme d'organisation paraétatique, sous formes d'agence autonome publique ou sous forme d'organisation du secteur privé[1271]. Cette diversité de régime juridique exige, à des degrés divers, des réaménagements pour mieux accomplir la responsabilité de négocier des TBI.

A.2. Extension du rôle des API aux négociations des TBI

Quoi que les exemples soient rares, certains pays à l'instar de l'Éthiopie confie à l'API la responsabilité de négocier les TBI. En substance, la mission de cette agence éthiopienne au

[1267] Voir Lisa E. Sachs et Karl P. Sauvant, *BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview dans The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press, 2009) en ligne http://www.vcc.columbia.edu/pubs/documents/Overview-SachsSauvant-Final.pdf. Comme l'ont affirmé Sachs et Sauvant: « *Investment promotion strategies include the establishment of Investment Promotion Agencies (IPAs), the offering of incentives, the preparation and dissemination of investment guides, and, notably, the conclusion of international investment agreements, especially bilateral investment treaties (BITs) and double taxation treaties (DTTs)* ».

[1268] Voir Agence de promotion des investissements du Burundi, Décret présidentiel n° 100/177 du 19 octobre 2009, en ligne: Investburundi < http://www.investburundi.com/fr/mission> [API Burundi].

[1269] Voir Kenya Investment Authority (KenInvest), Investment Promotion Act No. 6 of 2004.

[1270] « *The Ethiopian Investment Agency (EIA) is a government agency established in 1992 to promote private investment, primarily foreign direct investment. The overall activities of the Agency is supervised and followed up by an Investment Board, which is chaired by the Minister of Industry. The EIA is headed by a director general who is also a member of the Board and two deputy director generals* » (Agence éthiopienne de promotion des investissements, en ligne: EIA< http://www.eia.gov.et/english/about/about_eia>).

[1271] Voir Zanata, Costa et Filippov, *supra* note 1266 à la p 2.

regard de la négociation des investissements est définie comme suit: « *Negotiating and, upon government approval, signing bilateral investment promotion and protection treaties with other countries* »[1272].

Lorsque l'on analyse toute la gamme de responsabilités dont s'occupent les API, l'extension de leur mission à la négociation des TBI ne serait qu'un prolongement de leurs fonctions habituelles[1273]. Entre autres fonctions, les API doivent « proposer au gouvernement les réformes juridiques et institutionnelles à entreprendre afin de favoriser la mise en œuvre et le développement de nouvelles entreprises et améliorer le climat des affaires au Burundi […] Concevoir les réformes nécessaires à l'amélioration du climat des affaires »[1274]. Certaines autres agences assument la responsabilité de mettre en œuvre les politiques gouvernementales en matière de développement économique et social[1275]. Ce travail de conception de réformes, d'assainissement du climat d'investissement et d'application des politiques de développement dote ces institutions de maitrise de l'environnement juridique et des politiques de développement économique articulées sur l'investissement et les prédisposent par conséquent au rôle de négociation des TBI.

Comme le mentionne Salacuse, en signant un traité, qui est un instrument de droit international, un pays élève ses politiques à l'échelle de droit international et limite sa capacité à les changer facilement[1276]. Il est dès lors préférable de s'assurer que lesdites politiques reflètent les préoccupations de développement économiques et social du pays. À travers leur rôle de

[1272] Agence éthiopienne de promotion des investissements, en ligne: EIA< http://www.eia.gov.et/english/about/about_eia>.
[1273] Voir nos développements dans cette section sur le rôle des API au para 1.
[1274] Voir API Burundi, *supra* note 1268.

[1275] Voir Agence de promotion des investissements djiboutienne, en ligne: Djibouinvest<http://www.djiboutinvest.com/index.php?option=com_content&view=article&id=311&Itemid=661>.

[1276] Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, *supra* note 426 à la p 117.

promotion des investissements, les API exécutent déjà ce travail de mettre en conformité les politiques de développement et les réglementations et réformes sur l'investissement. De là, leur association dans le processus de négociation des TBI apporte une plus-value. En assurant leur participation dans la négociation des TBI, les PED accroitraient la possibilité de renforcer la cohérence de leurs dispositions conventionnelles à leurs dispositions législatives et réglementaires. La mise en place et l'application des politiques d'investissement, ainsi que le dialogue permanent que les API entretiennent avec les investisseurs étrangers font d'elles des institutions ressources. L'intégration dans la négociation des TBI des institutions qui occupent un tel positionnement accroitrait la possibilité de concevoir une position de négociation solide au niveau de l'équipe engagée dans le processus de consultation entre les divers organismes gouvernementaux et des représentants de son secteur privé[1277]. L'association des API aux négociations apporte des points de vue pratique et théorique à la table des négociations sur lesquels les négociateurs peuvent capitaliser pour accroitre la prise en considération, dans les TBI, des préoccupations d'intérêt général.

Un des aspects qui justifierait davantage, pour les PED qui ne l'ont pas encore fait, leur association aux négociations de TBI consiste à la diversité de leurs instances directionnelles. Les API sont dirigées par un conseil d'administration dont les membres proviennent des horizons professionnels privés et publics variés. Cette diversité offre l'avantage d'une représentativité élargie et par conséquent la possibilité d'avoir des opinions variées qui prennent en compte une bonne partie des intérêts des parties prenantes.

Pour pouvoir accomplir efficacement ce rôle de négociation des TBI, le renforcement de leur expertise nous parait une condition essentielle.

[1277] *Ibid.*

B. Affermissement de l'expertise des API pour la négociation des TBI

Pour affermir l'expertise des API à négocier des TBI, nous proposons de les doter des divisions de « recherche et développement professionnel » et les encourager à promouvoir des partenariats avec les acteurs publics et privés.

B.1. Division de recherche et développement professionnel

Le volet « recherche » de cette division aurait pour mission d'identifier des secteurs ou domaines d'investissement à promouvoir, de mener des études approfondies sur la contribution des investissements existants au développement économique. Ces efforts de recherche permettraient de collecter les données de qualité qui aideraient à intégrer les impératifs de développement national au sein des propositions des politiques et réglementations sur l'investissement. Nous considérons cette section « recherche » comme un cadre d'acquisition, d'enrichissement et de création permanente du savoir dont les API ont besoin pour renforcer leur expertise afion de participer valablement aux négociations des TBI. Ce rôle que cette division est appelée à jouer lui confèrerait le statut de dépositaire de l'information et de la documentation[1278]. Cette possession du savoir et de l'information contribuent à développer progressivement la capacité de production et de publication d'une documentation fiable et du matériel de support indispensables pour mieux comprendre l'univers des TBI.

La dimension « développement professionnel » constitue le prolongement de cet aspect « recherche ». En se servant du matériel et du savoir-faire, cette division aurait la charge d'assurer la formation des employés pour les sensibiliser aux nouveaux développements dans le domaine des investissements. Elle pourrait aussi assumer la fonction d'information du public en

[1278] Voir OECD, MENA- OECD Investment Programme, *Assessment of Challenges Faced by Mena Investment Promotion Agencies and Investment Promotion Guidelines for the Mena Region: A Summary Overview of Mena Ipas and Recommendations for Future Actions*, en ligne: OCDE <http://www.oecd.org/mena/investment/36086726.
pdf>.

animant des conférences ou en organisant des ateliers de formation à l'intention de ses partenaires du secteur public et privé.

Dans ce domaine spécifique des investissements, des organisations comme la CNUCED[1279], l'Organisation des Nations unies pour le développement industriel (ONUDI)[1280], l'Organisation mondiale des associations de promotion des investissements[1281], l'AMGI[1282], le FIAS[1283] contribuent de manière diverse au renforcement des capacités des PED. Leur apport inclut des publications périodiques, des analyses des politiques d'investissement et de développement, des conseils sur les meilleures pratiques à suivre pour attirer et bénéficier des investissements compatibles avec les stratégies de développement national. Mais malgré ces efforts louables, les PMA ne se sont pas suffisamment approprié les connaissances que ces institutions véhiculent pour en assurer la conservation et le développement continu afin de mettre en place un régime juridique d'investissement répondant à leur préoccupation de développement. Par voie de conséquence, « *[m]ost of the provision in the BIT are aligned with investors'interest instead of the sovereignty of the developing country* »[1284]. L'adhésion passive aux modèles de TBI « taillés sur mesure »[1285] que les PD utilisent pour négocier avec les PED diminue considérablement leur marge de manœuvre dans l'exercice de leur pouvoir normatif[1286]. Ces faiblesses révèlent le

[1279] UNCTAD, *Evaluating Investment Promotion Agencies*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/PCB/2008/2 (2008) à la p ii.

[1280] UNIDO, « European Commission to boost capacity-building of Investment Promotion Agencies in sub-Saharan Africa » (10 mai 2011), en ligne: UNIDO<http://www.unido.org/index.php%3Fid%3D4835%2 6ucg_no64%3D1/DATA1/DATA1/data/fileadmin/media/documents/pdf/Forum/index.php?id=7881&tx_ttnews% 5Btt_news%5D=893&cHash= 6ff9d1a36f121cb1219df3ce095bab48>.

[1281] Voir WAIPA, en ligne: WAIPA< http://www.waipa.org/study_apply.htm>.

[1282] Voir OCDE, OCDE, *Strategic Investment Promotion: Successful Practice in Building Competitive Strategies,* Paris, OCDE, 2002 (a) à la p 41.

[1283] Voir OCDE, *OCDE. Cadre d'action pour l'investissement,* Paris, OECD, 2006 à la p 51.

[1284] Voir Efraim Chalamish, « The Future of Bilateral Investment Treaties: A de Facto Multilateral Agreement? » (2009) 34: 2 Brook J Intl'L 304 à la p 310. Voir aussi Vandevelde, « Investment Liberalization », *supra* note 266 à la p 514 et s.

[1285] Voir nos développements au chapitre 2, section 2 de la première partie de cette thèse.

[1286] Voir Luke Eric Peterson, « Bilateral Investment Treaties –Implications for Sustainable Development and Options for Regulation », FES, Report on Dialogue on Globalization, Conférence tenue à Berlin le 10 décembre 2006 à la p 2, en ligne: FES <http://www.fes-globalization.org/publications/ConferenceReports/FES%20CR%20Berlin_ Peterson.pdf>.

manque de connaissances approfondies qui explique en partie l'incapacité de bon nombre de PED à négocier des TBI favorables à leurs préoccupations de développement national.

Nous soutenons que l'efficacité des efforts de renforcement de capacités repose sur l'existence des structures internes en mesure de les capitaliser et de les mobiliser pour atteindre leurs objectifs. La division « recherche et développement professionnel » contribuerait à augmenter les capacités et les compétences organisationnelles et techniques des API ainsi que des personnes responsables de leur animation[1287]. Les API seraient de la sorte outillées à jouer pleinement leur rôle si on considère que « les personnes éduquées et formées sont toujours les principaux, et dans le long terme, les seuls agents du développement »[1288].

La mise en place du département « recherche et développement professionnel » qui prend en charge tout le volet recherche, formation et développement professionnel permettrait de développer l'expertise interne. Celle-ci aiderait à consolider l'autonomie et diminuerait progressivement la nécessité de recourir à l'aide technique des institutions internationales pour se doter d'un régime d'investissement qui est en adéquation avec les stratégies de développement national[1289]. La réussite de la mise au point de cet organisme pourrait s'avérer difficile en raison des problèmes budgétaires ou de l'absence de volonté politique. Cependant, si on tient compte que l'aide qu'offrent les institutions internationales est conditionnée et qu'elle tarisse de plus en plus, le coût en vaudrait la peine et les PED peuvent surmonter cette difficulté à condition d'en

[1287] Voir Peter Morgan, « Capacités et développement des capacités, quelques stratégies », Notes préparées pour la Direction des orientations sociales et politiques, Direction générale des politiques, ACDI Octobre 1998 à la p 3, en ligne : SIFEE <http://www.sifee.org/Actes/synthese_EE_2009/Contenu_Formation/D_Enjeux_Transversaux_02/002_Renforcement_des_Capacites/005_StrategiesF.pdf>.

[1288] AGNU, Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, *Décennie des Nations Unies pour le développement, Mesures proposées*, Doc off NU, Doc E/3613/62. II.B.2, (1962).

[1289] Voir généralement OCDE, « Policy Framework For Investment : User's Toolkit Draft User Guidance On The PFI Investment Policy », Global Forum on International Investment VII, du 27 au 28 mars 2008, en ligne: OCDE< https://www1.oecd.org/investment/globalforum/40300222.pdf>.

faire leur priorité. L'autre voie pour accroitre l'expertise des API serait de développer des partenariats avec les secteurs privé et public.

B.2. Développement des partenariats avec les secteurs privé et public

Le développement des partenariats avec les secteurs public et privé est particulièrement important dans le renforcement des capacités indispensables aux négociations des TBI. Les partenaires incluent les associations professionnelles des secteurs privés, la société civile et les autres agences étatiques qui ont dans leurs attributions les questions d'investissement. C'est parmi ces groupes que viennent généralement des oppositions, mais également des soutiens aux activités des API. Les partenaires fiables fournissent des avis, des conseils qui permettent de diagnostiquer les faiblesses du cadre légal des investissements pour en tenir compte dans négociations futures. En collaborant avec ces acteurs, les API créeraient la proximité qui présente plusieurs avantages au regard de la protection de l'intérêt général. D'abord une relation rapprochée permettrait d'instaurer un cadre de dialogue où chaque partenaire exprime librement ses préoccupations et ses attentes au regard des règlements et politiques d'investissement en vigueur et même au regard des activités de l'API elle-même. C'est donc une opportunité pour les API d'avoir la rétroaction sur l'impact des outils juridiques et politiques d'investissement sur les activités des investisseurs. Les résultats issus de cette collaboration serviraient à améliorer leur compréhension du secteur des investissements et de définir des stratégies de négociation des TBI qui tiennent compte les réelles préoccupations d'intérêt général des PED.

Le partenariat permettrait ainsi aux API de soustraire à l'improvisation les propositions de réformes à mettre en œuvre[1290]. Au bout du compte, les API possèdent les éléments d'évaluation

[1290] Voir Jacques Morisset et Andrews-Johnson Kelly, The Effectiveness of Promotion Agencies at Attracting Foreign Investment, Washington, DC, World Bank 1968 à la p 46 [Morisset et Kelly (1968)] à la p 4.

pour améliorer l'exécution de leurs activités et pour plaider pour le redressement des défaillances du système.

Le partenariat permettait aussi à l'API de minimiser les risques de chevauchement et d'éparpillement des efforts étant donné que la promotion des investissements, surtout dans les secteurs stratégiques, est du ressort de plusieurs institutions. Cette collaboration étroite permettrait de réduire les incohérences des réglementations et partant de diminuer leur incompatibilité avec les obligations issues des accords d'investissement. Le partenariat d'augmenterait la transparence de l'API dans son fonctionnement et lui conférerait l'occasion d'exposer ses politiques, ses activités et surtout projeter l'image d'ouverture aux autres alternatives; ce qui renforce sa crédibilité aux yeux de la communauté des investisseurs étrangers.

Toutefois, le partenariat avec les investisseurs étrangers est difficile à bâtir en raison du dilemme auquel font face les PED. D'une part, ils ont un besoin pressant de capitaux étrangers pour financer leur développement. Pour cela, ils doivent stimuler les investisseurs étrangers qui leur en apportent. Mais d'autre part, ils doivent édicter des normes pour encadrer les activités de ces investisseurs et protéger leur intérêt général. Donc, les relations entre les investisseurs étrangers et les pays d'accueil peuvent être tendues; ce qui peut faire échec aux tentatives de partenariat. Nous estimons que cette menace de relations conflictuelles devrait plutôt constituer une motivation pour renforcer les mécanismes de dialogues afin d'exploiter et mettre en valeur le savoir et l'expertise technique qui sont des fondements de tout développement économique.

Bon nombre d'investisseurs étrangers sont des filiales des compagnies mères qui développent des technologies dans divers domaines. Elles y ont donc accès. Par ailleurs, les investisseurs se livrent la concurrence pour rester viables et conquérir d'autres nouveaux marchés. Cette

nécessité de rester compétitifs les pousse à développer leur propre expertise qui prend souvent en compte l'environnement du pays d'accueil dans lequel ils opèrent. Les API devraient chercher à accéder à ce savoir dont ces acteurs disposent. Elles pourraient encourager par exemple la création d'associations d'investisseurs étrangers qui souhaiteraient contribuer à l'amélioration de la capacité des PED. Certains d'entre eux pourraient adhérer à l'effort parce que le regroupement au sein d'une association leur confère aussi des avantages. L'expérience de l'Association tchèque des investisseurs étrangers est édifiante à cet égard. En 1996, CzechInvest, l'Agence de promotion des investissements tchèque a entrepris l'établissement de l'association des investisseurs étrangers[1291]. Cette association « *represents a group of service companies with local experience that support the entry of foreign investors to the Czech Republic and offer a wide range of professional services to foreign investors entering the local market* »[1292]. L'association contribue à injecter du savoir-faire dans le tissu économique du pays d'accueil en termes de nouvelles capacités, de transfert de technologie, de gestion des investissements et du marketing[1293]. Ces éléments constituent des leviers de développement économique en ce sens qu'ils augmentent l'expertise professionnelle des API[1294]. Tout compte fait, les efforts qui résulteraient du partenariat doivent s'accompagner de la volonté politique de renforcer l'indépendance des API pour porter leurs fruits[1295]. Nous considérons que le renforcement des capacités à lui seul produirait des résultats limités pour résoudre tous les problèmes qui

[1291] Association for Foreign Investment, en ligne : AFI<http://www.afi.cz/en/members/list/enviros.html>.
[1292] *Ibid*.
[1293] Corneliu Russu, « La Contribution des Investissements Étrangers à la Restructuration Industrielle en Roumanie », Communication présentée au 54e Congrès de l'Association internationale des économistes de langue française (AIELF), tenu du 23 au 25 mai 2005, Aix en Provence, France.
[1294] Voir Morisset et Kelly (1968), *supra* note 1290 à la p 55.

[1295] Voir Nelson Roy, « Promoting Development with FDI: The Irish Development Agency in Comparative Perspective » papier présenté à la 45e rencontre annuelle, International Studies Association, tenue à Montréal au Québec, (Canada) du 17 au 20 mars 2004, en ligne: All academic <http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_ apa_ research_ citation/0/7/3/0/1/pages73010/p73010-1.php>.

fragilisent la protection de l'intérêt général. Le renforcement apporte les capacités aux PED. Ceux-ci doivent maintenant s'en servir pour intégrer les préoccupations de développement économique dans les TBI.

Section 2 : Renforcement de la dimension « développement » dans les TBI

Les accords d'investissement ont toujours mis l'accent sur l'imposition des obligations contraignantes aux pays d'accueil sans soumettre les investisseurs étrangers qui y mènent les activités économiques aux mêmes contraintes juridiques[1296]. Dans son Rapport de 2008 au Conseil des droits de l'homme, Ruggie faisait le constat de l'élargissement des droits des sociétés transnationales par le truchement des TBI alors que le cadre juridique réglementant ces mêmes sociétés n'a pas connu la même expansion[1297]. Par exemple, à l'exception d'une minorité d'accords récents, les TBI comportent rarement des dispositions relatives aux normes de travail, aux normes environnementales, aux droits de la personne, etc[1298]. Ces valeurs (sociales, environnementales et celles relatives au respect des droits de la personne) sont de plus en plus considérées comme inséparables du droit des investissements, mais aussi du développement économique[1299].

Pour donc renforcer la prise en compte de l'intérêt général, nous suggérons aux PED d'inclure la dimension développement dans les TBI en y incorporant des normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE) (& 1). L'autre option que nous considérons comme viable pour renforcer

[1296] Sornarajah souligne ce traitement défavorable de l'intérêt général dans les TBI en soutenant: « *international law which the European states fashioned, was more concerned with the protection of the interests of these corporations and foreign investment interests than with the protection of their victims* » (voir Sornarajah, *The International* 2010, *supra* note 856 à la p 158).
[1297] Ruggie *supra* note 37.
[1298] Voir par exemple *Treaty Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, Etats-Unis et Rwanda, 19 février 2008*, art 12 et 13, en ligne: Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Rwanda>.
[1299] Voir Stefan D. Amarasinha et Juliane Kokott, « Multilateral investment rules » dans Muchlinski Peter, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 119 à la p 128.

la protection de l'intérêt général, c'est de réduire l'extension à l'infini du concept d'investissement qui, dans sa définition actuelle, couvre presque tout actif appartenant à un investisseur étranger (& 2). Nous suggérons enfin d'utiliser le critère de marge d'appréciation comme outil de contrôle des interventions réglemntaires des PED dans les conflits d'investissement (&3) en vue d'accroitre leur flexibilité normative.

Paragraphe 1 : Inclusion de la dimension développement dans les dispositions substantielles des TBI

Des efforts dans ce sens existent[1300] et les opinions des experts[1301] de même qu'une doctrine de plus en plus abondante dénoncent l'échec des TBI à accorder aux pays d'accueil l'espace normatif dont ils ont besoin pour poursuivre d'autres objectifs politiques légitimes[1302]. Les avis

[1300] Le *modèle d'accord norvégien* de 2007 en fournissait une illustration éloquente. Le commentaire qui l'a accompagné soulignait la nécessité d'insuffler une nouvelle dynamique pour la prise en main du contrôle des intérêts économiques des États en ces termes :

> *If Norway concludes investment agreements, it will be possible for us to lead the development from one-sided agreements that only safeguard the interests of the investor to comprehensive agreements that safeguard the regulative needs of both developed and developing countries, making investors accountable while ensuring them predictability and protection. Future investment agreements should address the totality of international legal agreements by referring to agreements of relevance to the regulatory authority of the states as regards, for example, sovereignty over resources and environmental regulations (*voir Comments On The Model For Future Investment Agreements, traduction anglaise, 19 décembre 2007, en ligne : ITALAW < http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm > à la p 10. Rappelons que ce modèle a été abandonné. Spears souligne que « *Norway's very progressive draft Model BIT was withdrawn in 2009 when it failed to gain parliamentary approval* » Suzanne A Spears, « Making Way For The Public Interest In International Investment Agreements » dans Chester Brown et Kate Miles, Evolution in investment treaty law and arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2012 , 271à la p 273[Spears]; Pour les raisons de l'abandon du modèle norvégien, voir aussi D Vis-Dunbar, « Norway Shelves its Draft Model Bilateral Investment Treaty » (8 juin 2009), IISD Investment Treaty News, en ligne: Investment Treaty News< www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/>. Pour le cas des États-Unis d'Amérique voir *Written Comments Concerning the Administration's Review of the U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, (Public Notice 6693), 74:133 Fed Reg 34071 (2009) 34071. En expliquant l'importance du nouveau modèle de TBI, les États-Unis ont affirmé : « *Like the predecessor 2004 model BIT, the 2012 model BIT continues to provide strong investor protections and preserve the government's ability to regulate in the public interest* » (voir le modèle de TBI américain de 2012 en ligne : Gouvernement américain <http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/index.htm>; (« L'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière » [*Convention de Vienne, supra* note 399); Voir aussi D Vis-Dunbar, « United States Reviews Its Model Bilateral Investment Treaty » (5 juin 2009) IISD Investment Treaty News, en ligne : IISD <http://www.iisd.org/itn/2009/04/23/malaysian-historical-salvors-jurisdictional-award-annulled-committee-split-on-question-of-economic-development-as-criteria-of-icsid-investments/>.

[1301] Ruggie, *supra* note 39 au para 12

[1302] Voir Spears, *supra* note 1300 à la p 273.

des institutions spécialisées comme la CNUCED insistent également sur la « nécessité de renforcer la contribution au développement des accords d'investissement et de veiller à l'équilibre des droits et des obligations des États et des investisseurs et de gérer la complexité systémique du régime des AII » [1303]. Les préoccupations de prise en compte des autres aspects du développement ont par ailleurs poussé les organisations internationales comme l'ONU, l'OCDE et l'Organisation internationale du travail (OIT) à développer des normes réglementant la conduite des opérations économiques des investisseurs étrangers[1304]. Donc la nécessité de l'inclusion des dispositions renforçant le développement s'inscrit dans un courant, certes embryonnaire dans les TBI des PED, mais qui nous parait porteur relativement à la protection de l'intérêt général. Ainsi, considérons-nous que les normes de l'OCDE, de l'OIT et de l'ONU constituent une référence(B) précieuse (A) pour accroitre laprise en compte de l'intérêt général dans les TBI (C).

A. Incorporation des normes de responsabilités sociales dans les TBI : essai de justification

Le droit des investissements a besoin des normes de RSE et celles-ci ont une contribution importante à apporter. En effet, les considérations de droit de l'homme, de protection de l'environnement, de respect des normes sociales de travail font partie intégrante des enjeux que ce droit doit affronter. Or, il s'agit des questions qui soulèvent des divergences entre plusieurs acteurs dont notamment les États d'accueil, les investisseurs étrangers et les organisations non

[1303] UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)*, United Nations, 2012 à la p 45[UNCTAD, *Investment Policy*].

[1304] OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204e session (Genève, novembre 1977), telle qu'amendée par le Conseil à sa 279e session (Genève, novembre 2000) et à sa 295e session (mars 2006) [OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises*]; G. Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, Presses Universitaires de France, Paris, 1984 à la p10.

gouvernementales. Face à la complexité des relations entre ces acteurs et ces divers domaines de droit, « [u] n instrument souple [comme les normes de RSE] peut […] faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement et qui rencontre des résistances de la part de certains États ou groupes de pression à l'intérieur des États »[1305]. La possibilité d'utiliser ces normes augmentent avec ces « matières où la complexité naturelle et sociale défie nos catégories usuelles et nos capacités décisionnelles »[1306]. À cet effet, il semble que la fonction que l'on attendait des normes de RSE n'était pas de contraindre juridiquement. Leur utilité était de répondre à la nécessité « d'instruments plus flexibles, susceptibles de donner une expression normative à des domaines où les sources traditionnelles s'avéraient inadaptées »[1307]. Les normes de RSE, juridiquement non contraignantes, ne sont pas dépourvues d'utilité. C'est ce que souligne certains auteurs qui estiment que « *the presence of application procedures and institutional machinery are more important than the formal legal character of an instrument, as long as the will to utilize them effectively exists* »[1308]. Un engagement non juridique est donc souvent beaucoup plus facile pour un État d'accepter qu'une obligation juridique. De là, les normes de RSE n'étant contribuent à simplifier les durées de négociations des accords. Ces normes même si elles ne sont pas contraignantes, elles font naitre des attentes et déclenchent une

[1305] Voir Isabelle Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » (2007) RQDI 245 (hors série) à la p 25.
[1306] *Ibid*.

[1307] Voir Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp 58-59.
[1308] Voir A.A. Fatouros, *The OECD Guidelines in a Globilising World*, (Paris : OCDE, DAFFE/IME/RD(99)3) à la p 8; De fait, les normes de l'OIT disposent d'une procédure permettant d'assurer le suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de l'OIT qui a été prévue sur la base de l'article 10 de la Constitution et de l'OIT. Aussi, la sous-commission des entreprises multinationales peut faire que des recommandations dans la mesure où elle n'est pas habilitée – contrairement à la pratique en cours à l'Organisation mondiale du commerce – à prononcer des sanctions et à prendre des mesures effectives. (Voir ÖZDEN Melik, Sociétés transnationales et droits humains : État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », CETIM, 2005, à la p 27, en ligne : Cetim <http://www.cetim.ch/fr/publications_details.php?pid=125>) Quant aux normes de l'OCDE, elles sont aussi dotés d'un mécanisme d'application assuré par les points de contact nationaux (voir Seconde décision révisée du Conseil (1984) au para 1; Décision du Conseil (2000) au para I, 1.) .

certaine obligation d'observation qui est souvent efficace dans le long terme[1309]. Comme le souligne Bothe, « *The advantage of non-legal rules is that they provide some stability in cases where a legal rule, with all its rigidity, would not be acceptable to states, would serve no useful purpose or would be too difficult to create* »[1310].

Par ailleurs, pour appréhender la contribution des investissements au développement, la doctrine privilégie communément l'approche positive du terme contribution; c'est-à-dire le transfert de l'argent, de technologie, la création de l'emploi, etc[1311]. On fait rarement recours à l'approche négative qui considère que l'investisseur étranger doit s'abstenir par exemple de poser des actes de corruption, des actes dommageables à l'environnement, des actes qui violent les droits de la personne ou qui enfreignent les normes sociales de travail[1312]. À notre avis, l'appréciation de contribution au développement selon cette approche négative constitue une justification de l'emprunt des obligations aux normes de responsabilité sociale des entreprises dans la mesure où lesdites normes traitent déjà les problématiques que soulèvent les activités des investisseurs étrangers dans ces domaines[1313]. Selon l'Agence européenne de notation sociale, « l'entreprise socialement responsable, non seulement satisfait pleinement aux obligations légales et conventionnelles applicables, mais intègre aussi en tant qu'investissement stratégique, les dimensions sociales, environnementales et sociétales à ses politiques globales »[1314]. Dans les termes de l'honorable Gonthier, l'on entend par normes de RSE

[1309] Voir Michael Bothe, « Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations? » (1980) 11Netherlands Yearbook of International Law 65 à la p 92[Bothe].
[1310] *Ibid* à la p 91.
[1311] Voir Jezwski, *supra* note 829 à la p 235.
[1312] *Ibid*.
[1313] Agence européenne de notation sociale, en ligne: Arese <www.arese-sa.com>.
[1314] *Ibid*.

> *the notion that a corporation must act in a responsible manner with regard to the environment, community and the society in which it operates. In its most basic form, CSR emphasizes an approach to corporate governance and operations that integrates and balances the self-interests of the corporation, and those of its investors with the concerns and interests of the public*[1315].

Cette prescription de comportement que doit avoir une entreprise qui observe les normes RSE va d'office avec le fait qu'un investisseur (personne morale ou physique) n'évolue pas en mode solitaire. Il mène ses activités dans une société d'accueil et cette cohabitation accroit la possibilité d'empiéter sur des normes de droits de la personne, de l'environnement, des droits des travailleurs, de lutte contre la corruption, etc. Qu'il suffise de rappeler l'affaire *Unocal* dans laquelle la Cour d'appel américaine du neuvième circuit a établi la responsabilité de cette entreprise pour avoir encouragé, aidé à planifier et à perpétrer le travail forcé[1316]. Dans cette affaire, *Unocal Myanmar Offshore Company* et *Unocal International Pipeline Corporation*, deux filiales de la société *Unocal* étaient associées avec la compagnie française Total afin d'exploiter le gisement gazier en Birmanie et d'acheminer le gaz vers la Thaïlande en vue de son exploitation. Il fallait construire un pipeline sur une portion de 63 km du territoire birman. La sécurisation du projet exigeait un renforcement de la présence militaire dans la région et pour se déplacer, les militaires recouraient au travail forcé sous forme de portage. À partir de 2000, les victimes d'atteintes aux droits de l'homme présentant un lien plus ou moins direct avec le chantier ont porté plainte devant les juridictions américaines. Elles alléguaient la responsabilité

[1315] Hon Charles Doherty Gonthier, « Foreword » dans Kerr Michael, Richard Janda et Chip Pitts, dir, *Corporate Social Responsibility : A Legal Analysis*, Markham, Ontario, LexisNexis, 2009, tel que cité dans Hepburn Jarrod et Vuyelwa Kuuya, *Corporate social responsibility and investment Treaties* dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, *supra* note 24, 585 à la p 585.

[1316] Pour le résumé détaillé des faits, voir de Olivier de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme » (2006) 52 AFDI 55 à la p 56 et s [de Schutter]; *Doe I v Unocal Corp, 395 F (3d) 932 (CA9 Cal 2002)*.

soit des sociétés *Unocal*, soit de leurs dirigeants, en raison de leur complicité supposée avec ces violations, dont les auteurs directs étaient les officiers birmans et leurs supérieurs[1317].

Ce cas birman n'est pas isolé, car dans l'affaire de la Compagnie *Shell* au Nigeria, la communauté Ogoni a porté plainte contre cette compagnie en raison de sa complicité avec les autorités nigérianes dans l'exécution de deux de ses représentants et dans la planification et la répression qui ont suivi des manifestations contre l'exploitation du pétrole dans la région[1318]. Le cas de la compagnie SNC-Lavalin, un groupe canadien, dont une division et une centaine de ses filiales ne pourront plus participer aux projets de la BM pendant 10 ans pour avoir versé des pots-de-vin pour la construction d'un pont de plus de six kilomètres de long sur le fleuve Padma au Bangladesh constitue une autre preuve que les PED ne sont pas à l'abri des comportements des investisseurs étrangers nuisibles à la réalisation de l'intérêt général[1319]. Rappelons que l'OCDE a attribué en partie la crise financière de 2008 aux mauvaises pratiques des entreprises multinationales peu soucieuses du développement économique[1320].

Ces conduites irresponsables des investisseurs étrangers illustrent les tensions régnant entre les activités économiques des investisseurs étrangers et le nécessaire respect des autres valeurs sans lesquelles le développement devient un concept sans substance. Le rôle du droit est d'apaiser ces conflits en faisant un arbitrage des intérêts concurrents. L'inclusion de normes de RSE dans les TBI donnerait donc une base juridique solide aux tribunaux arbitraux pour sanctionner les manquements avérés et protéger davantage l'intérêt général des PED.

[1317] Voir *ibid*.

[1318] Voir C Baez et al , « Multinational Enterprises and Human Rights » (2000) 8 Yearbook of Int'l Law 183 aux pp 183 et s; *Bowoto v Chevron Texaco Corp, 312 F Supp (2d) 1229 (N D Cal 2004);The Presbyterian Church of Sudan et al. v Talisman Energy, Inc., affaire no 01(CV) 9882 (SDNY 2001); Wiwa v Royal Dutch Petroleum Co, 226 F (3d) 88 (2d Cir 2000); Wiwa v Royal Dutch Petroleum Co, no 96, Civ 8386 (KMW), 2002 WL 319887 (SDNY Feb.28, 2002).*

[1319] Voir Banque mondiale, communiqué de presse n° 2013/337/INT, « La Banque mondiale radie SNC-Lavalin Inc. et ses filiales pour dix ans » (17 avril 2003), en ligne: Banque mondiale <http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2013/04/17/world-bank-debars-snc-lavalin-inc-and-its-affiliates-for-ten-years>.

[1320] Voir OCDE, Conseil de ministres, *Déclaration sur la croissance verte*, C/MIN(2009)5/ADD1/FINAL, (25 juin 2009).

B. Identification des normes à incorporer dans les TBI

Pour permettre à l'arbitrage État-investisseur de mieux protéger l'intérêt général des PED, nous proposons d'intégrer les normes de code de conduite ayant acquis une certaine notoriété au sein de la communauté internationale et c'est pour cette raison que nous nous référons aux normes de RSE de l'OIT et de l'OCDE et aux normes de l'ONU. À notre avis, les normes de l'OIT contenues dans la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* dont la dernière version date de 2006[1321] répondent à cette exigence. Leur adoption visait à combattre les mauvaises pratiques des sociétés transnationales concernant les conditions de travail et à les encourager ainsi à contribuer positivement au progrès économique et social[1322]. Lesdites normes préconisent le renforcement du capital humain au moyen de la formation, de l'amélioration des conditions de vie des travailleurs et de l'augmentation des possibilités et de la sécurité d'emploi[1323]. Elles encouragent les entreprises multinationales à tenir compte de la politique générale des pays où elles opèrent et à harmoniser leurs activités avec les priorités de développement du pays d'accueil[1324]. Ce contenu substantiel des normes de l'OIT nous parait être une expression typique des impératifs de développement, car il en touche tous les aspects. Leur prétention est de promouvoir une cohabitation moins conflictuelle entre l'intérêt général et les intérêts privés des investisseurs étrangers. L'atout de ces normes est qu'elles ont été développées pour servir dans le contexte des entreprises qui mènent leurs activités dans les PED. Philosophiquement, elles nous paraissent plus proches de leurs préoccupations de développement économique.

[1321] OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises*, *supra* note 904.
[1322] *Ibid* au para 2.
[1323] *Ibid* au para 16.
[1324] *Ibid* au para 10.

S'agissant de l'OCDE, elle a développé des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales en 1976. Ces principes, dont la dernière révision remonte à 2011, sont des recommandations des gouvernements à l'intention des entreprises multinationales exerçant leurs activités dans les pays adhérents ou à partir de ces derniers[1325]. Leur application territoriale couvre donc les PED d'où s'exercent les activités économiques. Ces principes sont connus et acceptés par la grande majorité des investisseurs ressortissants des pays de l'OCDE. Cette large acceptation est un atout qui peut aider à atténuer la résistance des investisseurs étrangers contre leur inclusion dans les TBI. Les principes de l'OCDE constituent une source de référence appropriée dans la quête des dispositions qui renforcent la dimension « développement » dans les TBI en ce qu'ils recommandent à l'investisseur de contribuer au développement non seulement économique, mais aussi durable[1326]. De plus, ils préconisent le renforcement des capacités dans les communautés d'accueil[1327]. Ce volet est très prometteur pour la prise en compte de l'intérêt général car, il participe dans le redressement du niveau d'expertise qui reste faible dans les PED. Ces principes cherchent à imprimer une dimension « développement » en invitant l'investisseur étranger à encourager la formation de capital humain en créant des possibilités d'emploi et en facilitant la formation des salariés[1328].

Par ailleurs, lesdits principes recommandent aux investisseurs étrangers de respecter les droits de la personne internationalement reconnus vis-à-vis des personnes affectées par leurs activités[1329]. Ils traitent des matières comme la protection de l'environnement, de la santé, de la sécurité et du

[1325] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, 2011, en ligne : OCDE< http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/48004355.pdf> [OCDE, *Les principes directeurs*].
[1326] *Ibid* à la p 24.
[1327] *Ibid*.
[1328] *Ibid*.
[1329] *Ibid.*

travail[1330] dans lesquelles la probabilité de perpétrer des actes répréhensibles est élevée pour les investisseurs étrangers qui opèrent surtout dans les « zones à déficit de gouvernance »[1331]. L'inclusion de l'obligation de respect de ces principes dans les TBI peut suppléer aux carences réglementaires qui handicapent le contrôle de l'impact des activités économiques des investisseurs sur les politiques de développement envisagées dans ces domaines.

Pour ce qui est des normes dégagées par l'ONU, nous proposons aux PED de faire référence dans les TBI qu'ils signent au cadre de référence « protéger, respecter et réparer » issu du rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises[1332], Ruggie connu aussi pour avoir participé à l'élaboration du Pacte mondial[1333]. Ce cadre s'articule autour de trois principes fondamentaux : l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des sociétés, portent atteinte aux droits de l'homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme; la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation pour les victimes[1334]. En incluant ces principes dans les TBI, les PED élargiraient leur flexibilité pour assurer la protection de leur intérêt général en cas de perpétrations des atteintes aux droits de l'homme par les investisseurs étrangers[1335]. Le *nouveau cadre politique d'investissement au service du*

[1330] *Ibid.*

[1331] Selon l'OCDE, « [u]ne zone à déficit de gouvernance s'entend d'un environnement d'investissement dans lequel les autorités ne sont pas capables ou désireuses d'assumer leurs responsabilités », en ligne: OCDE <www.oecd.org/daf/investissement/wgz> (Voir OCDE, *Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, OCDE, Paris, 2006 à la p 9.

[1332] Ruggie, *supra* note 39; « l'expression « société transnationale » désigne une entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activités et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement » (*Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc off CES, Doc NU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, en ligne: NU <http://www.unhchr.ch/Huridocda /Huridoca.nsf/0/fa319e648a7b3389c1256d5900459385?Opendocument>).

[1333] Nations Unies, *le Pacte mondial* : *Les dix principes*, en ligne: UN< http://www.unglobalcompact.org/languages/french/dix_principes.html>.

[1334] Ruggie *supra* note 37.

[1335] Voir Ruggie *supra* note 37, principes 26.

développement durable que préconise la CNUCED[1336] suggère d'incorporer aux TBI ces principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mettant en œuvre le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies[1337].

Certains auteurs avancent que les investisseurs étrangers se sont toujours opposés à la mise en place d'un cadre les contraignant juridiquement à répondre de leurs actes et doutent de l'existence de la volonté d'accepter ces normes de RSE chez ces acteurs[1338]. D'autres critiques qualifient les adhésions massives des entreprises transnationales aux diverses normes de RSE de boucliers contre l'émergence des réglementations plus contraignantes[1339]. De notre part, nous estimons que l'adoption de ces normes constitue tout de même un pas vers une reconnaissance de l'existence des valeurs à observer dans la conduite des activités économiques et la nécessité de les réglementer. Nous sommes d'avis avec Blackaby qu'un régime trop protecteur des intérêts des investisseurs étrangers risque, à long terme, de leur nuire, car les PED peuvent relâcher les normes de protection[1340].

C. Contribution de l'inclusion des normes RSE dans la prise en compte de préoccupations d'intérêt général dans les TBI

Les commentaires les plus répandus reprochent aux normes de RSE leur manque de contrainte juridique et soutiennent qu'elles s'inscrivent « historiquement dans la pratique des vœux, de ces

[1336] UNCTAD, *Investment Policy*, *supra* note 1303.

[1337] Ces principes ont été approuvés le 16 juin 2011 par le Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, en ligne : Business human rights <www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal>. Signalons que l'OCDE a ajouté un nouveau chapitre sur les droits de l'homme inspiré des Principes directeurs pour les entreprises et les droits de l'homme : mise en œuvre du cadre « Protéger, respecter et réparer », en ligne: OCDE < http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-901/responsabilite-sociale-des-22057/les-referentiels-internationaux-et/article/les-principes-directeurs-de-l-ocde>; Voir Ruggie, *supra* note 37.

[1338] Voir Sornarajah, *The International* 2010, *supra* note 856 aux pp 145-46.

[1339] Capron et Quairel-Lanoizelée expliquent cette adhésion aux normes de RSE par le souci de ces entreprises de « conserver leur prédominance en prouvant ainsi la crédibilité de leur engagement et en démontrant par là-même l'inutilité d'une réglementation publique plus coercitive […] » (Voir Michel Capron et Françoise Quairel-Lanoizelée, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : Acteurs, enjeux, stratégies*, Paris, Découverte, 2004 à la p 233).

[1340] Nigel Blackaby, « Public Interest in Investment Treaty Arbitration » (2004) 1 Transnational Dispute Managment 1[Blackaby].

souhaits exprimés par les organisations, mais dont la réalisation repose sur la bonne volonté des États pris individuellement. […] »[1341]. Pendant que nous partageons ce constat, nous soutenons qu'une évaluation de la contribution des normes de RSE ne doit pas se limiter à « l'effet obligatoire, à la justiciabilité [c'est-à-dire] vocation à être appliqué par un tribunal »[1342]. Comme le souligne Bothe, ces normes de RSE « *influence practice, and practice influences law. Thus, these resolutions are a non-legal step on the way to legal change; whether this is seen as a positive or a negative aspect of the matter depends, of course, on whether one likes the content of the change thus effected* »[1343]. Dans l'arbitrage d'investissement, les normes RSE peuvent jouer cette fonction d'influence en servant d'outil d'interprétation. Ces normes figurent dans les préambules[1344] ou dans d'autres parties du TBI[1345]. Bien que n'ayant pas la même valeur juridique que les autres dispositions substantielles de l'accord, les préambules servent d'interprétation pour découvrir l'intention des parties contractantes[1346]. Ceci tient au fait que le préambule « énonce l'objet et le but du traité, mais [et] implique parfois des règles essentielles qui déterminent la position du traité dans l'ordre juridique international »[1347]. En matière d'arbitrage d'investissement, certains tribunaux arbitraux du CIRDI font référence aux normes de droit de l'homme dans leurs interprétations contribuant ainsi à renforcer le rôle que ces normes de RSE peuvent jouer dans la prise en considération des préoccupations d'intérêt général.

[1341] Voir Isabelle Duplessis, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail » (2004) 54 1RI/IR 52 à la p 56 [Duplessis, « La déclaration de l'OIT »].
[1342] Voir Abi Saab, *Définition de la soft law, l'indéfinissable fourre-tout*, en ligne : RSE<http://rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf>.
[1343] Bothe, *supra* note 1310 à la p. 91.
[1344] Voir Modèle de TBI norvégien, 2007, art 19, en ligne: ITA <http://ita.law.uvic.ca/documents/NorwayModel2007.doc>.

[1345] Voir *Trade Agreement*, European Union [and Its Member States] and Colombia and Peru, Official Journal of the European Union 21.12.2012, (adopté le 30 mars 2010), en ligne: Union européenne <www.bilaterals.org/spip.php?article17138&lang¼en>.
[1346] Voir *Convention de Vienne*, *supra* note 399. *(*« C'est ainsi que dans l'affaire des ressortissants américains au Maroc qui opposa la France et les États-Unis devant la C.I.J. en 1952, la Cour s'estima fondée à examiner le préambule d'un traité afin de pouvoir en apprécier la portée exacte, Rec.1952, p. 196) », Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11ème édition, éditions A.Pedone, 2012 à la p 151).
[1347] Voir Mustafa Kamil Yasseen M. K., *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit*, 1978 à la p 35

Par exemple, dans l'affaire *Saluka Investments BV c Tchécoslovaquie,* le tribunal arbitral a déclaré: « *The "object and purpose" of the Treaty may be discerned from its title and preamble [...]* »[1348]. Dans l'affaire Siemens, les arbitres ont reconnu le rôle du préambule pour server de cadre d'interprétation en énonçant: « *The Tribunal considers that the Treaty has to be interpreted neither liberally nor restrictively, as neither of these adverbs is part of Article 31(1) of the Vienna Convention. The Tribunal shall be guided by the purpose of the Treaty as expressed in its title and preamble* »[1349]. Dans *Noble c Roumanie,* un tribunal CIRDI a justifié son interprétation en soutenant*:* « *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* »[1350]. Ce rôle de guide d'interprétation que jouent les préambules accroit la portée et l'influence des normes de RSE dans la prise en compte des considérations d'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement.

Ainsi, dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales c Mexique,* le tribunal s'est référé à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme[1351] et à celle de la Cour européenne de droits de l'homme[1352]. La sentence arbitrale dans l'affaire *International Thunderbird Gaming Corporation c Mexique* a fait les mêmes références à la jurisprudence relative aux droits de l'homme[1353]. Dans *Aguas del Tunari c Bolivie*, le tribunal s'est référé au

[1348] (*Voir Saluka Investments BV c la Tchécoslovaquie,* Sentence partielle rendue sous le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, (17 mars 2006) au para 299).
[1349] *Siemens*, *supra* note 273 au para 81.
[1350] *Noble ventures*, *supra* note 11au para 52.
[1351] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c United Mexican States*, case no ARB (AF)/00/2, (29 mai 2003) au para 116 n 136.
[1352] *Ibid* note 134.
[1353] *International Thunderbird Gaming Corporation c The United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules between,(26 janvier 2006) au para

droit à l'eau[1354]. Dans cette lancée, Abi Saab estime que les normes RSE ne sont pas pour autant « un droit défectueux, mais d'un droit en gestation, in *statut nascendi* »[1355].

L'invocation progressive de ces normes de RSE au sein de l'arbitrage d'investissement renforce leur autorité qui, avec le temps, participe à l'éclosion des normes juridiques contraignantes[1356]. Ainsi, « [l]a renégociation et l'adoption répétées et rapprochées des mêmes règles martèlent et façonnent les mentalités, hâtant ainsi la genèse normative. Si elle vient à son heure et exprime un véritable besoin social, chaque résolution contribue ainsi à la catalyse de la coutume »[1357]. Comme le souligne un auteur, « *[t]here is indeed a widespread propensity among lawyers to consider that any legal instrument is better than no instrument at all, as if the development of law necessarily constituted an improvement* »[1358].

L'introduction des normes RSE dans les TBI peut servir de curseur au processus cumulatif du développement du droit[1359]. Nous reprenons cette position de Abi-Saab qui soutient que « la soft law, est ni du non-droit ni une lex imperfecta. Ce n'est pas toujours un droit en gestation, ce peut être aussi un droit différent ou une variété de droit qui remplit une fonction différente de celle du droit limite » [1360].

À force de focaliser l'attention sur l'absence de contrainte juridique, on minimise, à tort nous semble-t-il, la fonction que jouent ces normes de RSE dans le processus de formation des futures normes d'investissement. La description de cette fonction réside dans le fait que

[1354] *Aguas del Tunari SA c Bolivie*, *supra* note 762.
[1355] Définition de la *soft law*, l'indéfinissable fourre-tout, en ligne: RSE< rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf> [Définition de la *soft law*].
[1356] *Ibid*.
[1357] *Ibid*.
[1358] Voir Jean d'Aspremont « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials » (2008)19:5 EJIL 1075 à la p 1088[d'Aspremont].
[1359] Voir R.J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la soft law » dans L'élaboration du droit international public, colloque SFDI, 1975 à la p132
[1360] Voir Définition de la *soft law*, *supra* note 1355. Voir cependant d'Aspremont, supra note 1358 à la p1088 et s qui relativise la fonction de ces normes.

« l'accumulation convergente de ces textes (lignes de conduite, code de conduite, déclarations de principes, principes directeurs) permettrait de créer, d'alimenter, de fortifier une *opinio juris* dont on sait qu'elle joue un rôle déterminant dans la formation de la coutume internationale, source de droit »[1361]. Comme le soutient Duplessis :

> les consignes vagues du type, les États prendront les mesures nécessaires ou les États feront des efforts autorisent une adaptation rapide aux exigences fluctuantes de la réalité tout en offrant une latitude aux États dans la mise en œuvre des normes. Cette souplesse des instruments de *soft law* ne signifie pas que les normes en question soient facultatives ou non obligatoires. Indépendamment de la largesse utilisée pour leur formulation et de la latitude autorisée pour leur mise en œuvre, les obligations internationales découlant des instruments de *soft law* comportent des effets juridiques et doivent être remplies de bonne foi par les États[1362].

L'insertion des normes, certes lente, mais évolutive, dans les TBI exprime une conscience de la communauté internationale d'une certaine réglementation juridique. Ainsi, les normes de RSE peuvent préparer les mentalités pour l'adoption ultérieure d'un instrument contraignant[1363]. Dans le domaine des TBI, ces normes qui réglementent ces matières (droits de l'homme, environnement, normes sociales…) sont plus faciles et plus rapides à négocier que les dispositions contraignantes. À cet effet, certains auteurs soutiennent justement que ces normes semblent être appréciées dans les domaines économiques, technologiques et environnementales, c'est-à-dire là où les obligations juridiques précisent peuvent freiner dans le temps la fluidité des affaires commerciales ou les avancées scientifiques[1364]. À notre avis nous avons un constat à faire est, c'est celui de se rendre à l'évidence que ces normes font désormais partie du paysage international avec lequel il faut composer. Leur inclusion grandissante dans les arènes du droit

[1361] Voir Définition de la *soft law*, *supra* note 1355.
[1362] Duplessis, « La déclaration de l'OIT », *supra* note 1341 à la p 58.
[1363] *Ibid*.
[1364] Voir Boustany, K. et N. Halde, « Mondialisation et mutations normatives:quelques réflexions en droit international » dans Francois Crépeau, dir, *mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997,37 aux pp 57-59.

des investissements accroit leur possibilité d'être internalisées par les États, mais aussi par les entreprises mondialisées[1365]. Mais le role aussi de ces normes de RSE est leur facilité de s'adapter « *to the speed and complexity of modern international relations and are more and more resorted to in practice* »[1366].

En plus de cette importation des normes de RSE dans les TBI, nous suggérons de délimiter le concept d'investissement pour accroitre la protection de l'intérêt général.

Paragraphe 2 : Délimitation du concept d'investissement

Nous proposons une délimitation de cette notion basée sur l'exclusion des investissements de portefeuille et des opérations commerciales de sa portée (A) en plus de la définir au moyen d'une liste fermée d'actifs susceptibles de revêtir la qualité d'investissement (B).

A. Exclusion des investissements de portefeuille et des opérations commerciales

Nous suggérons d'exclure explicitement les investissements de portefeuille et les simples transactions commerciales des opérations pouvant être qualifiées d'investissements.

A.1. Exclusion des investissements de portefeuille

Les investissements de portefeuille se font principalement par le canal des institutions financières comme les banques ou les fonds d'investissement. Ils consistent :

> en actifs financiers dénommés en une monnaie nationale, comme les obligations et les actions. Avec les obligations, l'investisseur prête un capital pour recevoir en retour un paiement fixe, ou un rendement à échéance régulière et retrouver son prêt à une date spécifiée […]. Avec les actions, l'investisseur achète une part de propriété de la valeur nette d'une entreprise[1367].

[1365] Voir Duplessis, « La déclaration de l'OIT », *supra* note 1341 à la p 69.
[1366] Voir d'Aspremont, supra note 1358 à la p 1089.
[1367] Dominick Salvatore, *Économie internationale*, Traduction de la 9e Édition américaine par Fabienne Leloup et Achille Hannequart, Bruxelles, Groupe De Boeck, 2008 aux pp 444-45.

Dans ce type d'investissement, l'investisseur s'intéresse principalement au revenu découlant de l'acquisition ou de la vente d'actions et autres valeurs mobilières, sans chercher à exercer un contrôle ou une influence sur la gestion des actifs correspondants à son investissement[1368]. Les investisseurs de portefeuille ne s'intéressent pas à l'établissement d'une quelconque relation durable[1369].

Ils ne génèrent pas de transfert de technologie, de formation ou d'autres avantages que les PED tirent de l'investissement direct étranger[1370]. Celui-ci s'entend :

> des investissements réels sous forme d'usine, d'équipement, stocks qui impliquent à la fois le capital et la gestion et dans lesquels l'investisseur garde le contrôle sur l'utilisation du capital investi. Dans un investissement direct, une entreprise crée habituellement une filiale à l'étranger ou prend le contrôle d'une firme qui s'y trouve (par exemple en achetant une majorité des actions)[1371].

La définition de référence de l'OCDE prévoit que pour être classé dans les investissements directs, l'investissement réalisé doit conférer à l'investisseur une participation directe et indirecte ou des droits de vote dans l'entreprise d'au moins dix pour cent[1372]. Un tel investissement est donc relativement facile à gérer et à contrôler contrairement à l'investissement de portefeuille qui se réalise sans encrage, même lointain, dans un projet économique sous-jacent, de l'entreprise ou d'une activité sur le territoire de l'État hôte[1373]. Ce mode opératoire suscite la crainte que les investissements de portefeuille soient utilisés comme un canal pour les mécanismes de

[1368] Voir OCDE, *Définition de référence*, *supra* note 670 à la p 25.
[1369] Voir *ibid*.
[1370] Voir CNUCED, *Portée des définitions*, *supra* note 551 à la p 31.
[1371] OCDE, *Définition de référence*, *supra* note 670 à la p 25.
[1372] *Ibid*.
[1373] Voir *Abaclat and Others*, *supra* note 640, Opinion dissidente du professeur Abi-Saab, (28 octobre 2011). Notons que cette absence de rattachement territoriale de l'investissement de portefeuille est perçue par les tribunaux du CIRDI comme étant la caractéristique de plusieurs transactions financières internationales. Allant dans ce sens, le tribunal arbitral dans la sentence *Fedax* a affirmé*:* « *It is a standard feature of many international finance transaction that the funds involved are not physically transferred to the territory of the host country but are put at its disposal elsewhere* » Voir *Fedax*, supra note 721 au para 41.

branchement d'argent surtout dans des pays en déficit de gouvernance ou dans les États voyous[1374].

L'investissement de portefeuille peut donc facilement être rapatrié[1375]. En cas de crise ou de soubresauts temporaires sur le marché boursier ou au niveau de la politique économique et monétaire, les investisseurs peuvent vendre massivement leurs actions et le pays d'accueil risque de se retrouver en rupture de devises et enregistrer un déficit au niveau de sa balance des paiements[1376]. Ce caractère volatile de l'investissement de portefeuille compromet l'intérêt général[1377]. C'est cette position que soutient Stiglitz qui affirme que « *short-term capital has none of the added capital brought by FDI…with today's volatility of short-term capital; one cannot make long term investments based on this shot-term capital* »[1378].

Nous estimons que l'absence de relation durable avec l'économie d'accueil est suffisante pour mettre en doute la capacité de ces investissements de portefeuille à répondre au critère de durée et même de celui de risque couramment utilisé chez les tribunaux arbitraux qui suivent l'approche objective pour définir un investissement[1379]. La menace de retrait précipité de l'économie d'accueil peut justifier la disqualification des investissements de portefeuille. En effet, ce dont les PED cherchent, c'est la stabilité des ressources pour répondre aux besoins de leur communauté en termes de développement. La volatilité de l'investissement de portefeuille est à l'opposé de cette stabilité. Sornarajah s'appuie sur cette absence de relation durable avec le gouvernement d'accueil pour soutenir que « *It is going to be difficult to prove that portfolio*

[1374] Voir CNUCED, *Portée des définitions*, *supra* note 551 à la p 131.
[1375] Voir Sornarajah, *The International*, *supra* note 578 aux pp 227-28.
[1376] Voir Giancarlo Corsetti, « What Caused The Asian Currency and Financial Crisis » (1999) 11:3 Japan and the World Economy 305.
[1377] Voir Pollan, *supra* note 651 à la p 32.
[1378] Chang Ha-Joon, dir, Joseph Stiglitz et the World Bank, *The Rebel Within*, New York, Anthem Press, 2001à la p 87.
[1379] Voir nos développements à ce sujet à la section 2 du chapitre 3 deuxième partie.

investments which are usually made by investors who calculate their own profits carefully and are ready to pull out at the slightest sign of trouble are likely to qualify for protection on the test of economic development »[1380].

Plusieurs PED ont exprimé leur opposition à la protection des investissements de portefeuille en soutenant une définition restrictive de la notion d'investissement durant les négociations au sein de l'OMC sur les relations entre le commerce et l'investissement[1381]. Ils divergeaient avec les PD qui estimaient que l'exclusion des investissements de portefeuille de la définition de l'investissement nuirait à l'intérêt général des PED dont l'investissement étranger constitue l'une des sources pour soutenir leur propre croissance et développement économique[1382].

Certains récents TBI vont dans cette direction et excluent les investissements de portefeuille de la portée de la définition du concept d'investissement[1383]. Dans le TBI Danemark/Pologne l'investissement de portefeuille y est exclu par la mention que le terme investissement devrait s'entendre des « investissements réalisés dans le but d'établir des relations économiques durables entre l'investisseur et la compagnie, et qui offriront à l'investisseur la possibilité d'exercer une influence significative dans la gestion de la compagnie concernée »[1384]. Les TBI Turquie-Tanzanie et Turquie-Nigeria excluent aussi les investissements de portefeuille[1385]. L'accord de

[1380] Sornarajah tel que cité dans Stern, « The Contours », *supra* note 722 à la p 544. Voir généralement M Sornarajah, « Portfolio Investments and the Definition of Investment » (2009) 24:2 ICSID Rev-FILJ 516; *Abaclat and Others*, *supra* note 640, Opinion dissidente du professeur Abi-Saab, (28 octobre 2011).
[1381] Voir World Trade Organization, Working Group on Relations Between Trade and Investment, Note by the Secretariat, WT\WGII\W\108, (21 mars 2002) au para 50.
[1382] Voir *ibid*.
[1383] *Scope and definition*, *supra* note 706 à la p 26.
[1384] *Agreement concerning for the promotion and reciprocal protection of investments*, Pologne-Danemark, 1er mai 1990, (entrée en vigueur: 13 octobre 1990), art 1(1(b)), en ligne: CNUCED <http://unctad.org/Sections /dite_ pcbb/docs/bits_denmark.pdf>.
[1385] Le *TBI Tanzanie-Turquie* prévoit: « *Such investment are not in the nature of acquisition of shares or voting power amounting to, or representing of less than (10) percent of a company through stock exchanges which shall not be covered by this agreement* »(Voir *Agreement concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, Tanzanie-Turquie, 11 mars, 2011, art 1 (e), en ligne: CNUCED < http://unctad.

libre-échange entre le Mexique et l'Amérique centrale, le TBI Colombie-Japon, l'accord de libre-échange Pérou-Costa-Rica, l'accord de libre-échange Pérou-Guatemala, l'accord de libre-échange Pérou-Panama, l'accord de libre-échange Mexique-Pérou s'inscrivent dans cette tendance[1386]. Ces accords tirent des leçons de la jurisprudence CIRDI concernant surtout l'affaire *Abaclat c l'Argentine* ou des centaines de milliers d'investisseurs avaient acheté des obligations que l'Argentine avait émises pour financer sa dette publique[1387].

Le modèle de l'IIDD exclut les investissements de portefeuille en se basant sur l'idée de l'absence d'un rôle et d'intérêt de gestion direct de l'investisseur[1388]. Les concepteurs de ce modèle ont estimé qu'il ne serait pas pratique de soumettre les millions d'investisseurs qui font des placements de portefeuille aux mêmes obligations et exigences d'un investisseur couvert par le TBI[1389]. L'admission de tels investissements aux mêmes obligations rendrait la tâche d'administration trop difficile par rapport aux avantages relativement mineurs qui en découleraient[1390]. Le modèle de la CDAA exclut aussi les investissements de portefeuille[1391]. Dans ce sillage, le guide de négociation à l'intention des PED, élaboré dans le cadre du

---

org/sections/dite/iia/docs/bits/Turkey_Tanzania.pdf >); Le *TBI Nigéria-Turquie* comporte une disposition similaire libellee comme suit:« *Such investment are not in the nature of acquisition of shares or voting power amounting to, or representing of less than (10) percent of a company through stock exchanges which shall not be covered by this agreement* »(*Agreement concerning the reciprocal promotion and protection of investments*, Nigeria-Turquie, (entré en vigueur: 11 mars 2011), art 1 (e), en ligne: CNUCED < http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/turkey_nigeria.pdf >).

[1386] UNCTAD, *World Investment Report, towards a New Generation of Investment Policies*, UN Doc UNCTAD/WIR/2012, (2012) à la p 90.

[1387] *Abaclat and Others, supra* note 640 au para 364.

[1388] Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable de l'IIDD, IIDD, 2005, révisé et traduit en 2006, en ligne : IIDD< http://www. iisd.org/ pdf 2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf>[IIDD, *Modèle d'Accord international*].

[1389] *Ibid*.

[1390] *Ibid*.

[1391] Le *modèle d'Accord de la CDAA* exclut de la portée des investissements les éléments suivants :

> *Debt securities issued by a government or loans to a government; Portfolio investments; Claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or the extension of credit in connection with a commercial transaction, or any other claims to money that do not involve the kind of interests set out in subparagraphs (a) through (g) above*(*Modèle d'Accord international, supra* note 1388).

Voir *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, en ligne: IIDD <http://www.iisd. org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

Commonwealth pour leur permettre d'intégrer le développement durable, suggère également d'écarter de la protection des actifs en deçà d'une certaine valeur spécifiée pour réduire le risque de réclamations par des millions de petits investisseurs dont les investissements sont moins importants au point de vue économique[1392].

L'exclusion des investissements de portefeuille et des transactions purement commerciales permettrait aux PED d'accroitre la possibilité de protéger des investissements qui contribuent à leur développement.

A.2. Exclusion explicite des transactions commerciales

On s'accorde pour affirmer que les simples opérations commerciales ne constituent pas des investissements dans le cadre de l'arbitrage d'investissement CIRDI[1393]. Cependant, le langage que les accords d'investissement utilisent dans la définition des éléments constitutifs d'un investissement laisse présager que les opérations commerciales y sont implicitement couvertes. Par exemple, l'accord Algérie-Mali inclut « les créances et droits à toutes prestations contractuelles ayant valeur financière » dans la définition de l'investissement[1394]. L'accord Bénin et Pays-Bas va dans ce sens en incluant dans la définition de l'investissement les droits de créance, les droits liés à d'autres actifs ou les droits portant sur toute prestation ayant une valeur économique[1395].

À première vue, ces formulations sont très générales et pourraient s'entendre comme incluant des transactions commerciales, sauf si le TBI les exclut expressément. Leur énoncé ne fait pas de

[1392] Voir J Anthony VanDuzer, Penelope Simons et Graham Mayeda, « *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries* », Secretariat of commonwealth, 2012, en ligne: IIDD< http://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf>.

[1393] Voir UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements Doc Off NU UNCTAD/ITE/IIT/18 (2000) aux pp72 et s.

[1394] *Accord* Algérie-Mali, *supra* note 54 art 1.

[1395] *Accord Bénin et Pays- Bas*, *supra* note 218 art 1a) III. Voir aussi *Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Union économique belgo-luxembourgeoise-Bolivie, (25 avril 1990); *Agreement concerning the Promotion and Protection of Investments*, Australie-Indonésie, 17 novembre 1992, (entrée en vigueur: 29 juillet 1993), art 1 (iii).

distinction entre des transactions naissant par exemple des activités commerciales et celles se rapportant à l'investissement. Ainsi, les opérations commerciales peuvent se retrancher dans le langage complexe que l'on retrouve dans les formulations de la définition du concept d'investissement. De telles formulations ouvrent une brèche aux réclamations contre les PED alors que les opérations envisagées peuvent relever d'une transaction commerciale[1396]. Elles multiplient les risques d'interprétations larges du concept d'investissement et partant de l'élargissement de l'éventail des types de transactions admissibles au statut d'investissement. Ceci a pour conséquence de brouiller la distinction entre les opérations d'investissement et les autres types de transactions commerciales[1397]. Cet élargissement accroit la possibilité de litiges et constitue un obstacle aux efforts des PED de cerner les investissements qui contribuent à leur développement économique.

Une tendance d'exclusion de ces types d'opérations se dessine dans quelques rares accords. Le modèle d'accord du marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA) exclut de la portée de l'investissement les créances liquides découlant uniquement de contrats commerciaux pour la vente de produits et services ainsi que les lettres de crédit émises par une banque ou l'octroi de crédit lié à une transaction commerciale telle que le financement des importations[1398]. Certains auteurs ont analysé ces dispositions du modèle COMESA comme une réponse de réaction aux besoins d'apaiser la tension entre les principes de protection hautement protecteurs

[1396] Voir Hoffmann, *supra* note 740 à la p 4.
[1397] Voir CNUCED, *Portée des définitions*, *supra* note 551 à la p 68.
[1398] Voir aussi art 1(9) du *modèle d'accord du marché commun d'Afrique orientale et australe* (COMESA), en ligne : CNUCED<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>;IIDD, *Modèle d'accord international, supra* note 1388 art 2 (c).

des investissements étrangers et le besoin des PED de réglementer d'autres priorités et politiques légitimes[1399]

Nous considérons que les exclusions des opérations commerciales n'ont rien de contraire à la *Convention de Washington*, dont le souci est de protéger les opérations qui se qualifient au statut d'investissement[1400]. En écartant les opérations commerciales de la définition de l'investissement, on évite ainsi que les PED assument les coûts de protection pour des opérations dont ils n'avaient pas envisagé de couvrir dans leur consentement à l'arbitrage CIRDI. En plus de ces exclusions, les PED ont tout intérêt à restreindre la définition du concept d'investissement pour accroitre leur flexibilité à ne protéger que des opérations qu'ils jugent productives pour leur développement économique.

B. Restriction de la définition du concept d'investissement

Une définition restreinte du concept viserait à augmenter la prévisibilité de la protection de l'intérêt général, mais aussi à limiter les interprétations élastiques que pourraient en faire les tribunaux arbitraux. La restriction pourrait prendre la forme d'une définition avec une liste fermée des actifs admis comme investissement protégé.

B.1. Restriction au service de la prévisibilité

La définition élastique de la notion d'investissement dans les TBI s'oppose à l'exigence de prévisibilité. Celle-ci postule que la règle de droit soit formulée « avec suffisamment de précision pour permettre aux personnes concernées […] de prévoir avec un degré raisonnable

[1399] Voir Spears, *supra* note 1300 à la p 273

[1400] À cet effet, on notera que le Secrétaire général du CIRDI a déjà refusé d'enregistrer une demande d'arbitrage concernant un différend découlant d'une simple vente (voir Ibrahim Shihata et Antonio Parra, « The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID Review » (1999) 14:2 ICSID-FILJ 308 à la p 308). Pour plus de détails sur le refus d'enregistrer les demandes d'arbitrage, voir notamment Martina Polasek, « The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention » (2011) 5 DRI 177.

[…] les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »[1401]. La prévisibilité contribue à assurer la sécurité juridique des intérêts des parties en relation d'affaires[1402]. Dans ce cas de définition élastique de la notion d'investissement, la sécurité de la protection de l'intérêt général des PED est très réduite. En effet, l'ambition de cette définition de vouloir tout couvrir comporte le risque de confisquer la liberté normative (des PED), indispensable pour assurer la protection de l'intérêt général. À notre avis, une définition de cette nature contraint l'État à tout protéger alors que ce n'est pas toutes les opérations de l'investisseur étranger qui sont compatibles avec les objectifs nationaux de développement.

Plusieurs tribunaux arbitraux du CIRDI ont insisté sur la nécessité d'appliquer le droit de manière à satisfaire l'attente légitime de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité du droit en matière d'investissement[1403]. Mais pour y arriver, les dispositions des TBI doivent être claires. Or, les définitions qui stipulent que l'investissement signifie « *every kind of asset* » se situent à l'antipode de la clarté. Même si nous soutenons que la règle de droit n'a pas à être compréhensible par tous et qu'il suffirait qu'elle le soit par les praticiens du droit[1404], les divergences d'interprétation autour de cette notion d'investissement dans l'arbitrage CIRDI montrent qu'elle reste difficile à cerner chez les spécialistes du domaine.

Les positions actuelles des tribunaux du CIRDI sur cette notion d'investissement sont équivoques. Une définition claire du concept d'investissement devrait permettre aux pays de connaitre à l'avance les types d'actifs admissibles au statut d'investissement. Un tel discernement des opérations d'investissement est indispensable pour faire la planification de la

[1401] R Koering-Joulin et J F Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel » (1998) numéro spécial AJDA 106 à la p 108.
[1402] Voir *Goodwin c Royaume-Uni, Rec 1996-II* au para 31.
[1403] Voir *Victor Pey Casado, supra* note 806 au para 119.
[1404] Voir P Wachsmann, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans Mélanges J Schwob, *Le droit des Organisations internationales, Bruxelles, Bruylant*, 1997, 241 à la p 272.

politique de développement et des stratégies de promotion des investissements susceptibles de contribuer à cette fin. La restriction de la définition du concept d'investissement nous parait donc comme une solution susceptible de réduire cette imprévisibilité et améliorer par conséquent le sort de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement.

B.2. Quelques approches pour restreindre la définition du concept d'investissement

La première option pour restreindre la portée du concept d'investissement pourrait consister à adopter une définition qui procède par une liste fermée des actifs qualifiés comme investissement. Nous sommes conscient qu'une telle définition peut toutefois toujours être large et protéger la plupart des intérêts des investisseurs étrangers et que les tribunaux arbitraux ont toujours la possibilité d'interpréter extensivement ces actifs[1405]. Cependant, vu que la protection serait accordée aux avoirs limitativement énumérés, cette définition est préférable à celle de la majeure partie des accords d'investissement qui préconise de tout protéger. Une définition limitée permettrait aux PED de cibler l'application de l'accord aux catégories d'investissement qu'ils veulent attirer et faciliterait la conformité aux obligations et la gestion des risques de réclamations de l'arbitrage d'investissement.

L'autre option restrictive de la notion d'investissement serait de prévoir la définition basée sur l'entreprise et conférer la protection à cette entité créée ou acquise ainsi qu'aux actifs spécifiquement énumérés qu'une entreprise peut posséder. À ce sujet, on peut s'inspirer du modèle d'accord de la communauté pour le développement de l'Afrique australe (CDAA)[1406]. Celui-ci propose une définition ainsi libellée :

[1405] Voir IIDD, *Modèle d'accord international, supra* note 1388.
[1406] *Modèle de traité bilatéral d'investissement de la communauté pour le développement de l'Afrique australe*, en ligne : IIDD <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

> *Investment means an enterprise within the territory of one State Party established, acquired or expanded by an investor of the other State Party, including through the constitution, maintenance or acquisition of a juridical person or the acquisition of shares, debentures or other ownership instruments of such an enterprise, provided that the enterprise is established or acquired in accordance with the laws of the Host State [; and [registered][approved][recognized] in accordance with the legal requirements of the Host State]. An enterprise may possess assets such as: a. Shares, stocks, debentures and other equity instruments of the enterprise or another enterprise; b. A debt security of another enterprise; c. Loans to an enterprise; d. Movable or immovable property and other property rights such as mortgages, liens or pledges; e. Claims to money or to any performance under contract having a financial value; f. Copyrights, know-how, goodwill and industrial property rights such as patents, trademarks, industrial designs and trade names, to the extent they are recognized under the law of the Host State; g. Rights conferred by law or under contract, including licences to cultivate, extract or exploit natural resources*[1407].

Dans le cadre de cette définition, la présence physique de l'entreprise sur le territoire de l'État d'accueil est donc l'élément qui sert à délimiter la protection. Mais pour être efficace, la présence physique ne devrait pas inclure « les bureaux de vente sans autres installations opérationnelles, les entreprises basées sur une boîte postale, les entreprises basées sur l'Internet ou autre genre d'entreprises ayant une présence physique très limitée dans l'État d'accueil »[1408]. Le modèle de l'IIDD comporte également une définition du concept d'investissement qui s'écarte du schéma traditionnel en ceci qu'elle ne reprend pas la formule investissement signifie tout avoir… notamment …mais non exclusivement….Sur ce, nous estimons que cette définition peut servir de référence[1409]. Ladite définition inclut la société dans les investissements protégés

[1407] *Ibid* art 2.
[1408] IIDD, *Modèle d'accord international, supra* note 1388 (art 2 (c) (V) (b) explication en bas de page.
[1409] Cette définition est ainsi libellée :

> i) une société; ii) des actions, valeurs ou autres formes de participation au capital d'une société ainsi que les obligations et autres formes d'intérêt débiteur dans une société; iii) droits contractuels tels que ceux obtenus en vertu de contrats clés en main, de construction ou de gestion, de contrats de production ou de partage des recettes, de concessions ou autres contrats similaires; iv) les biens corporels, y compris les biens immobiliers et les biens incorporels, y compris les droits tels que les baux, hypothèques, privilèges et gages sur le bien immobilier; v) les droits accordés conformément à la loi tels que les licences et permis à condition que a) lesdits investissements ne soient pas des placements en portefeuille qui n'entreront pas dans le champ d'application du présent Accord; b) l'investissement ait une présence physique importante1 dans l'État d'accueil l'investissement dans l'État d'accueil soit réalisé conformément aux lois de ce dernier; d) l'investissement constitue tout ou partie d'une entreprise ou d'une exploitation commerciale; e) l'investissement soit effectué par un investisseur tel qu'il est défini dans le présent Accord (*Ibid* art 2 (c)).

et détermine comme investissement les actions ou autres formes d'instruments de possession d'actifs dans une société ou d'autres droits importants liés à l'exploitation de l'entreprise dans le pays d'accueil[1410].

Somme toute, en adoptant une définition restreinte du concept d'investissement, les PED peuvent cibler la portée de la protection en privilégiant les investissements qui contribuent au développement économique et non une protection généralisée de tout actif détenu ou contrôlé par l'investisseur[1411].

Cependant, chaque TBI se négocie dans un contexte particulier en termes d'objectifs qui lui sont assignés et du degré de libéralisation qu'il ambitionne. De plus, chaque pays a ses propres besoins économiques et particularités sociales. De là, les États adoptent des politiques différentes d'investissement pour affronter les divers défis économiques auxquels qui se posent à eux[1412]. La définition de la notion d'investissement doit refléter cette réalité. Ces pays devraient fournir un effort d'adaptation de l'option de définition choisie à leurs objectifs de développement. Dans cette perspective, un meilleur choix permettrait aux PED de préserver leur flexibilité normative[1413]. Une autre solution qui accroittrait la protection de l'intérêt général consisterait à utiliser la marge de manouevre comme norme de contrôle des interventions réglementaires étatiques.

[1410] *Ibid* art 2 (c), commentaire.

[1411] Voir CNUCED, *Portée des définitions*, *supra* note 551à la p 129.

[1412] Ces défis ont trait par exemple à la protection des industries naissantes, à la promotion des investissements dans des secteurs porteurs comme les nouvelles technologies, etc.

[1413] La nécessité de cette flexibilité dans la mise oeuvre du pouvoir normatif ressort de la déclaration conjointe de l'Union européenne et des États Unis d'Amérique faisant référence au besoin de « *to promote responsible business conduct, preserve government authority to regulate in the public interest and avoid attracting foreign investment by weakening or failing to apply regulatory measures* »(Voir *The 2012 Joint Statement by the European Union and the United States, issued under the auspices of the Transatlantic Economic Council*, en ligne: Communauté européenne <http://trade.ec.europa.eu/ doclib/docs/2012/april/ tradoc_ 149331.pdf>).

Paragraphe 3 : Marge d'appréciation comme norme de contrôle des actions et mesures étatiques

L'importation de la norme de marge d'appréciation dans l'arbitrage d'investissement constitue, à notre avis, une réponse pour corriger l'usage des critères restrictifs que les tribunaux arbitraux du CIRDI utilisent pour juger de la légalité et de l'opportunité des mesures entreprises par les pays d'accueil pour protéger leur intérêt général. Par-delà l'imprécision des normes internationales relatives à l'investissement qui laissent aux arbitres du CIRDI une faculté d'interprétation à l'origine des courants contradictoires, la nécessité d'une norme de contrôle compatible avec les intérêts en présence tire aussi sa justification dans les spécificités de l'arbitrage d'investissement par rapport à l'arbitrage commercial international. Dans l'arbitrage d'investissement, les tribunaux arbitraux ne tranchent plus seulement des questions techniques de nature privée. Ils sont amenés à se prononcer fréquemment sur des questions d'intérêt général en rapport avec le pouvoir de l'État de légiférer. Selon nous, c'est à juste titre que certains auteurs présentent cet arbitrage sous un jour du droit public[1414] et le perçoivent comme du « droit administratif global »[1415] et que donc, à l'instar de la juridiction administrative, les tribunaux arbitraux ont pour fonction de contrôler l'exercice de la puissance publique, d'en apprécier la légalité et réparer les excès[1416]. De plus, l'arbitre d'investissement utilise l'infrastructure juridique destinée au départ à l'arbitrage commercial international. En dépit de ces particularités de l'arbitrage d'investissement, « il s'avère que les tribunaux du CIRDI se comportent finalement comme tout juge confronté au problème de l'interprétation : ils pratiquent « une navigation à l'estime (pas toujours exempte de dérives, cependant) entre les écueils opposés de la sujétion au texte et de la

[1414] Voir G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007 aux pp 45 et s.
[1415] Voir G. Van Harten, M. Loughlin, « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law » (2006) 17:1EJIL/JEDI121 aux pp 122 et s
[1416] *Ibid* à la p 146.

libre invention du droit »[1417]. En transférant les principes de l'arbitrage international privé à l'arbitrage d'investissement caractérisé par ces particularités, le fondement jurisprudentiel qui guident le choix des normes de contrôle applicable est vacillant[1418]. Pour assurer une meilleure protection de l'intérêt général des pays d'accueil en développement, l'adoption des normes de contrôle puisées dans le contexte de droit public beaucoup plus analogue aux questions d'intérêt général que pose l'arbitrage d'investissement[1419]. Nous soutenons que, bien qu'il existe plusieurs normes[1420] de contrôle qui pourraient permettre de prendre en compte les questions d'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement, la norme de la marge d'appréciation (A) pour permettre aux États de préserver leur flexibilité réglementaire parait la solution la plus appropriée (B).

A. Notion de marge d'appréciation : Éléments de définition

Selon Yourow, cette notion de marge d'appréciation se définit comme :

> *the breadth of deference the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before they will disallow a national derogation from the Convention, or before they will find a restriction of a substantive Convention right incompatible with a State Party's obligations under the Convention*[1421].

Cette notion de marge de marge d'appréciation avait pour but de répondre « *to concerns of national governments that international policies could jeopardize their national security*»[1422]. Son application cherche à déterminer « *the line at which international supervision should give*

[1417] Voir Latty, *supra* note 1195 à la p 480.
[1418] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 285.
[1419] *Ibid*.
[1420] *Ibid*.
[1421] Yourow, *supra* note 55 à la p 118.
[1422] Voir Murat Tümay , «The "Margin Of Appreciation Doctrine" Developed By The Case Law Of The European Court Of Human Rights» (2008) 5:2 Ankara Law Review 201 à la p 207[Tümay].

way to a [State Party's] discretion" in enacting, enforcing and interpreting its laws »[1423]. Pour comprendre la notion de marge d'appréciation et saisir les éléments de sa définition, il nous parait opportun de retracer son origine que la doctrine situe dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme, organe juridique chargé de veiller au respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme[1424]. C'est au sein de cet organe notamment que les éléments et la méthodologie d'usage de cette norme de contrôle auraient pris naissance. Le souci de la Cour qui a inspiré l'usage de cette norme de contrôle était de pouvoir assurer l'arbitrage entre le respect des droits conventionnels et la légalité des interférences qui peuvent les paralyser[1425]. Ainsi, c'est l'article 19 de la *Convention européenne des droits de l'homme* qui incarne le mieux la fonction de contrôle qu'exerce la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) puisqu'il proclame : « [a]fin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée "la Cour". Elle fonctionne de façon permanente »[1426].

A. 1. Cadre contextuel d'apparition de la notion de marge d'appréciation

La notion de marge d'appréciation a fait son apparition dans les procédures de règlement des différends relatifs aux droits de l'homme[1427]. Elle a été développée au sein de la jurisprudence de

[1423] Voir Wong, « The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights » (1984) 17 NYU J INT'L L & POL 35 à la p 58.
[1424] Sur l'évolution de cette notion de marge d'appréciation, voir Tümay, *supra* note 1423.
[1425] Council of europe, En ligne : Council of europe <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P140_13356>.
[1426] *Convention européen des droits de l'homme, supra* note 55 art 19; Voir Jeroen Schokkenbroek – « The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights » (1998) 19 Human Rights Law Journal 30 à la p 31.
[1427] Voir Mireille Delmas-Marty, «*La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique* », Conférence publique présentée à Genève, novembre 2006; en ligne : ILO <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/delmas.pdf> [Delmas-Marty]"[E] n ce qui concerne les « techniques de réglage», la Cour européenne des droits de l'homme a inventé la notion de « marge nationale d'appréciation », qu'elle utilise pour limiter sa propre compétence ».

la (CEDH)[1428], organe judiciaire créé sous la Convention européenne des droits de l'homme[1429]. Aujourd'hui, elle transcende ce cadre et elle est utilisée dans les autres institutions de règlement des différends[1430]. Dans ce cadre conventionnel, le concept de marge d'appréciation « *refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights (the Convention)* »[1431]. Cette notion, au départ confinée à l'application aux dérogations de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, a progressivement conforté son assise en s'étendant aux autres dispositions de cette Convention[1432]. Celle-ci cherche donc à assurer la conciliation de la protection des droits individuels et de l'intérêt général lorsque les interventions législatives et réglementaires des décideurs, en cas d'urgence ou de nécessité nationale, portent atteinte aux obligations des États[1433]. Comme le cas de la crise argentine le démontre, c'est dans les temps critiques d'urgence ou de nécessité nationale que la protection des intérêts des uns et des autres devient problématique et que la possibilité de recours aux clauses d'exception s'amplifie. Ce pays a recouru a recouru aux mesures draconiennes pour protéger l'intérêt général invoquant que ce motif était admissible au titre de l'exception de sécurité contenu dans son TBI avec les États-Unis[1434]. La CEDH n'a pas tardé à vivre cette réalité, car :

> [dès] les premières affaires portées devant les organes de la Convention, l'évidence s'est imposée que l'article 15 permettant aux États de déroger, à l'exception de quelques-uns,

[1428] *Ibid*; Voir généralement Yourow, *supra* note 55.
[1429] *Convention pour la protection des droits humains et des libertés fondementaux*, 4 novembre 1950, 213UNTS 222 art 19.
[1430] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 304.
[1431] Voir S. Greer, The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2000, à la p 5
[1432] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 304; Sébastien van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de... à la p486 au para 675; Yourow, *supra* note 55 aux pp 121 et s.
[1433]Voir Wada Emily, « A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide» (2005) 27 Loy LA Int' l & Comp L J à la p 269 n 33[Wada]: « The margin of appreciation is historically rooted in cases relating to public emergencies where the Court was reluctant to rule against a state for their policy decisions».
[1434] TBI Argentine /États-Unis, *supra* note 1047, article XI.

> aux droits garantis par ce texte « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation » laissait place à une marge d'appréciation généreuse au motif que les États sont mieux placés que les organes de Strasbourg (argument de la meilleure position) pour apprécier si cette condition est remplie[1435].

La marge d'appréciation en tant que norme de contrôle dans l'espace de la Convention européenne de droit de l'homme est née de cette nécessité de recourir aux dérogations pour apporter des limitations aux intérêts privés en vue sauvegarder l'intérêt général. Le souci de conférer une plus grande flexibilité dans la conduite des affaires publiques a été le fondement de l'enracinement de cette notion dans ce domaine des droits individuels[1436].

A.2. Justification de l'incorporation de la doctrine dans l'arbitrage d'investissement CIRDI

Pour importer une notion d'un domaine du droit à un autre, une préoccupation qui nous parait légitime concerne l'analyse des possibilités de son intégration ou son rejet au nouvel ensemble juridique dans lequel elle est appelée à évoluer. En effet, bien que d'arbitrage soit une vieille institution[1437], l'arbitrage d'investissement, c'est-à-dire l'arbitrage dont le fondement juridique est un TBI[1438] et qui oppose un investisseur étranger à un pays d'accueil de son investissement est d'apparition récente[1439]. Ce nouveau mode d'arbitrage est essentiellement bâti sur les notions juridiques de base empruntées à son ainé, l'arbitrage commercial international[1440]. Cet emprunt,

---

[1435] Greer, *La marge*, *supra* note 1208 aux pp 8-9[notes omises]

[1436] Voir Yourow, *supra* note 55

[1437] Carbonneau Thomas E., Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences. In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 36 N°4, Octobre-décembre 1984. pp. 727-781.

[1438] L'arbitrage d'investissement peut aussi se fonder sur une réglementation d'investissement octroyant à l'investisseur étranger le droit de saisir les juridictions arbitrales. Voir la Loi égyptienne no 43 de 1974 sur l'investissement étranger tel qu'amendée par la Loi no 32 de 1977 tel que cité dans (1977) 16 ILM 1476. Voir aussi *Southern Pacifique Properties (SPP) Limited c la République Arabe d'Égypte* (1992), 32 ILM 933 à la p 1008 (CIRDI) [*Southern Pacifique Properties (SPP)*].

[1439] Voir *Asian Agricultural Products Limited c Republic of Sri Lanka*, (1991), 30 ILM 580 (CIRDI) [*AAPL c Sri Lanka*].

[1440] Voir Kaufmann-Kohler, *supra* note 58 à la p 10 [Notes omises] : La procédure devant le tribunal arbitral est régie par la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI. Elle ressemble beaucoup à une procédure standard dans un arbitrage commercial international. A deux principales différences près : il n'y a pas de juge local d'appui et les parties renoncent à s'adresser aux tribunaux étatiques pour obtenir des mesures provisoires.

dès l'apparition de ce mode de règlement des différends, nous pousse à soutenir que le phénomène d'importation des normes est donc inhérent à l'arbitrage d'investissement[1441].

L'importation, pour autant qu'elle puise en droit international, ne nous semble pas offenser la logique de l'arbitrage d'investissement. Elle rentre dans le prescrit de l'article 42 de la Convention de Washington qui autorise aux tribunaux arbitraux d'appliquer « les principes de droit international en la matière »[1442]. Ce feu vert pour recourir au droit international nous transpose sur un terrain juridique aux sources variées et celles-ci comprennent la jurisprudence de la CEDH[1443]. La norme de marge d'appréciation développée par la CEDH peut donc s'intégrer dans l'arbitrage d'investissement.

D'une part, elle est tirée des sources admises de droit dans le règlement des différends au niveau du CIRDI. D'autre part, le contexte du droit public et les conflits portant sur les actions et mesures étatiques dans lesquels la norme de marge d'appréciation a été développée se rapprochent du cadre de l'arbitrage d'investissement où les tribunaux arbitraux évaluent les interventions réglementaires des États qui ont un effet défavorable sur les droits des investisseurs étrangers.

[1441] On peut inférer cette affirmation de cette position de Kaufmann-Kohler, *supra* note 58 aux pp11-12 qui affirme : L'article 42 de la Convention de Washington a été conçu pour des arbitrages fondés sur un contrat, à une époque où l'on n'imaginait même pas qu'un arbitrage puisse se baser uniquement sur un traité. Voilà pourquoi son libellé n'est pas adapté à cette dernière catégorie d'arbitrage. Or, c'est l'ensemble des règles d'arbitrage de la Convention de Washington qui s'applique à l'arbitrage d'investissement.

[1442] Voir *Convention de Washington*, *supra* note, article 42.

[1443] Voir Kaufmann-Kohler, *supra* note 58 aux pp11-12. Kaufmann-Kohler qui après s'être interrogée sur ces sources de droit international suggère les pistes suivantes :

> Quant aux sources, ce sont celles qui sont énumérées dans le Statut de la Cour internationale de justice avec les adaptations requises par la nature de l'arbitrage d'investissement. Il s'agit des traités, notamment des traités d'investissement; du droit international coutumier, […] ainsi que des principes généraux du droit, qui comprennent parmi d'autres la règle pacta sunt servanda, l'exceptio non adimpleti contractus, […]. Au titre des sources, on compte également la jurisprudence internationale, celle de la Cour internationale de justice, de la Cour de justice des Communautés et européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme, du Tribunal des différends irano-américains, et des sentences CIRDI. Enfin, la doctrine peut aussi constituer une source de droit international.

D’autre part, le droit international des investissements fait partie du grand ensemble de droit international. En raison de son appartenance à cette grande catégorie, il ne peut se départir des problèmes contemporains internationaux avec lesquels il est aux prises. C’est ainsi que l’on retrouve dans les arbitrages d’investissement les problèmes de protection de l’environnement, de droits humains, de légalité internationale des actes normatifs étatiques, etc. Donc, le terrain juridique de l’arbitrage d’investissement nous semble favorable à la réception de la norme de marge d’appréciation.

Nous soutenons que l’arbitrage d’investissement doit sortir de l’ombre de l’arbitrage commercial international et amorcer sa spécificité. Cette nécessité fait de lui un chantier en reconstruction juridique forçant ces concepteurs de lui forger des normes qui lui permettent de tailler aux États d’accueil la flexibilité réglementaire tout en assurant simultanément la protection des investisseurs étrangers. Le recours à la marge d’appréciation en tant que norme de contrôle nous parait ainsi approprier pour assurer l’arbitrage des intérêts en présence dans l’arbitrage d’investissement. L’évaluation des politiques et mesures économiques et sociales que contestent les investisseurs étrangers exige souvent une profonde connexion culturelle, politique et sociale avec la société pour apprécier les motivations profondes de certains choix et les intérêts y afférentes. Étant donné que, dans beaucoup de cas, telle n’est pas la situation des arbitres, cela devrait justifier, à notre sens, l’usage de la doctrine afin de laisser ceux qui sont accoutumés aux mœurs et pratiques du pays faire ces choix surtout que ce sont les mêmes autorités argentines qui sont redevables devant leurs citoyens. Ayant la possibilité d’élargir la flexibilité réglementaire, ce critère de contrôle peut mieux servir à la préservation de l’intérêt général.

B. Contribution de la norme de marge d'appréciation dans la prise en compte de l'intérêt général dans les conflits d'investissement

L'usage de la marge d'appréciation comme norme de contrôle répond aux spécificités de l'arbitrage d'investissement. Au sein du CIRDI, un recours, qui reste très marginal, à la marge d'appréciation comme norme de contrôle, s'observe. Notre analyse met en lumière sa contribution potentielle qui expliquerait son usage généralisé dans l'arbitrage d'investissement

L'arbitrage d'investissement recouvre des spécificités peu compatibles avec l'usage des critères rigides et restrictifs pour évaluer la légalité des interventions réglementaires étatiques. Avec l'intensification des conflits[1444] d'investissements, les questions débattues tournent autour de l'exercice du pouvoir réglementaire souverain des États[1445]. En plus des questions techniques traditionnelles d'expropriation et de nationalisation[1446], l'arbitrage d'investissement embrasse des préoccupations d'intérêt général comme la fourniture de services publics de base, tels que la distribution du gaz, l'eau et l'assainissement, le maintien de l'ordre public, etc[1447].

La fréquence de ces questions d'intérêt général accentue la démarcation de l'arbitrage d'investissement avec l'arbitrage commercial privé pour se rapprocher plutôt des procédures judiciaires administratives qui opèrent dans le contexte du droit public[1448]. En dépit de cette particularité de l'arbitrage d'investissement, de nombreux tribunaux du CIRDI continuent d'employer des normes de contrôle conçues pour l'arbitrage international privé[1449].

[1444] Voir UNCTAD, Latest Developments in Investment–State Disputes Settlement, IIA ISSUES NOTE, No. 1 avril 2014 à la p 1en ligne; http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf
[1445] Voir Tsai-fang, *supra* note 1191 à la p 25. L'auteur affirme : « *the subject matter ICSID arbitral tribunals deals with includes the exercise of public authority by the host States* ».
[1446] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 284.
[1447] *Ibid*.
[1448] *Ibid* à la p 285.
[1449] *Ibid*.

À notre avis, ces traits particuliers justifient à suffisance l'adoption de la marge d'appréciation comme norme de contrôle[1450]. Comme l'a soutenu Chen, certaines frictions au sein de l'arbitrage CIRDI viennent du fait, « *the public law characteristics of ICSID investment arbitrations do not comport well with some of the procedures originating from their private law tradition* »[1451]. De fait, certains auteurs ont soutenu l'adoption de la marge d'appréciation en alléguant que les tribunaux arbitraux manquent souvent des compétences critiques en droit public et sont des communautés dont ils examinent les politiques[1452]. Ils estiment par conséquent que l'adoption de la marge d'appréciation est plus appropriée au contexte unique de l'arbitrage international *ad hoc* pour des raisons de capacité institutionnelle et d'expertise[1453].

Comme Burke-White et von Staden[1454] l'ont analysé dans les affaires *CMS*[1455], *Enron*[1456] et *sempra contre Argentine*[1457], les tribunaux arbitraux ont soumis l'invocation de l'exception de sécurité par l'Argentine au test strict.

Ces tribunaux se sont appuyés sur les exigences de la défense de nécessité de l'article 25 (1) (a) du projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, qui prévoit

---

[1450] Voir la distinction suivante que fait Thomas W. Wälde :

> *In substance and function, investment arbitration is not very close to commercial arbitration; commercial arbitration is about solving, efficiently, neutrally and in confidence, private disputes between the participants to a cross-border commercial transactions; investment arbitration, on the other hand, is an asymmetric right of foreign investors to a quasi-judicial review of governmental contracts based on a very limited number of « investment disciplines » or « investment treatment obligations". In national law, such review is carried out by administrative courts or general courts. In international economic law, it is in the main standing judicial bodies (ECJ, WTO) and international human rights law permanent courts (ECHR, LACHR) which carry out a comparable activity* (Thomas W. Wälde, « New Aspects of International Investment Law/Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux », Martinus Nijhoff Publishers, 2007 à la p 145).

[1451] Tsai-fang, *supra* note 1191 à la p 25.
[1452] Voir Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 286.

[1453] En note 12 en bas de page, ces auteurs définissent la capacité institutionnelle comme suit :(« *Institutional capacity can be broadly defined as an institution's "ability to perform functions, solve problems, and set and achieve objectives* » Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 287).
[1454] Burke-White et von Staden, « Private Litigation », *supra* note 1164 à la p 298.
[1455] *CMS*, Décision sur l'annulation, *supra* note 1112.
[1456] *Enron Corporation*, *supra* note 865.
[1457] *Sempra Energy*, *supra* note 865.

que la défense de nécessité exige que les actions adoptées par les États qui invoquent cette défense doivent être « le seul moyen pour l'État de sauvegarder un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent »[1458]. Cette analyse a débouché sur la conclusion que l'Argentine avait à sa disposition d'autres moyens pour faire face à la crise et que par conséquent, elle ne pouvait pas se prévaloir de l'exception de sécurité pour justifier ses interventions réglementaires. La question d'efficacité et du coût de ces autres moyens disponibles n'a pas retenu l'attention des 3 tribunaux arbitraux du CIRDI dans ces affaires.

L'incidence de l'usage du critère du « seul moyen » comme norme de contrôle dans ces conflits ci-haut cités est que les arbitres ont assumé le rôle de décideurs politiques relativement à la nécessité des mesures adoptées et ont fait abstraction de l'évaluation de la crise économique par les autorités argentines[1459]. Le recours à la doctrine de marge d'appréciation dans ces circonstances aurait permis aux tribunaux de respecter le choix souverain des autorités argentines au regard des orientations économiques et sociales et éviter ainsi aux arbitres de se placer en lieu et place du décideur et substituer leurs décisions à celle des autorités nationales.

Selon le principe de subsidiarité, utilisé pour interpréter cette norme de marge d'appréciation, la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle subsidiaire par rapport à celui des États membres et exerce plus une fonction de contrôle que celle d'une Cour d'appel statuant en dernier ressort ou d'une « quatrième instance »[1460]. Conséquemment, un tribunal qui applique cette norme de contrôle garantit à l'État le pouvoir de décider de ce qui est approprié pour lui-même[1461]. C'est dans cette logique que :

[1458] Article 25 du projet d'articles, *supra* note 1056.
[1459] Voir Tsai-fang, *supra* note 1191 à la p.
[1460] Voir R.St.J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993 à la p.41.
[1461] Voir R. Clayton, H. Tomlinson – *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000, à la p 285.

> la Cour européenne a élaboré la théorie de la marge d'appréciation en reconnaissant aux États la possibilité d'invoquer leur auto-interprétation. Ce mécanisme lui permet de concilier le respect des droits prévus par la Convention avec la défense des intérêts légitimes des États parties. Cette marge d'appréciation correspond à la latitude que la Cour laisse aux États dans la mise en place des limites à leurs obligations conventionnelles avant de retenir une violation de ce texte[1462].

En allant dans ce sens, Choudhury affirme: « *Overall, use of the margin-of-appreciation doctrine on a case-bycase basis allows for the inclusion of public interest issues into investment treaties, which, for the most part, do not provide for the consideration of non-investment issues* »[1463]. Un tribunal qui s'embarque dans la détermination de ce qui relève de l'ordre public, ou de l'intérêt public d'un État court le risque de s'écarter du mandat du CIRDI de ne régler que les différends d'investissement. Cette doctrine peut donc jouer un rôle d'encadrement en évitant aux tribunaux arbitraux de glisser sur un champ constitutionnel et politique dont ils n'ont pas nécessairement la maîtrise[1464].

L'usage de la marge d'appréciation en tant que norme de contrôle nous semble mieux approprié pour protéger l'intérêt général et les intérêts économiques des investisseurs étrangers. Cette norme garantit la déférence[1465] aux choix des autorités nationales et rend cette notion davantage convenable aux arbitrages d'investissement, car elle n'est ni aveugle ni totale[1466]. Pour la mériter, les mesures contestées doivent être raisonnables[1467] et prises de bonne foi[1468]. En substance, la

---

[1462] Cassella, *supra* note 1079 à la p 199.

[1463] Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, 41 Vand. J. Transnat'L L 775, (2008) à la p827.

[1464] Voir généralement Burke-White et Von Staden, *supra* note 382.

[1465] Voir Koubi Geneviève « La déférence, un devoir sans droit? » Communications, 69, 2000 à la p 204, en ligne : Persée <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/comm_05888018_2000_num_69_1_2056>. Selon cette auteure, la déférence est perçue comme « une contrainte morale acceptée, validée par un groupe social sans que soit nécessairement énoncé au préalable une règle juridique fondatrice ».

[1466] Voir *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* (1998) OMC Doc WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rapport de l'organe d'appel au para 1150 : « *The standard of review[...] must reflect the balance established in that [SPS] Agreement between the jurisdictional competences conceded by the Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves* » [note omise].

[1467] Voir *US – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fiber Underwear* (1996), OMC Doc WT/DS24/R, Rapport du groupe spécial au para 7.13 :

Delmas-Marty a soutenu : « admettre des marges conduit à ne pas imposer la conformité totale, mais accepter des différences, en passant de la 'conformité' à la 'compatibilité »[1469]. L'idée derrière cette réflexion et que la marge de manœuvre n'est pas un chèque en blanc pour les interventions gouvernementales. Celles-ci doivent, pour leur admissibilité, composer avec les intérêts concurrents des investisseurs étrangers.

Pendant que les normes de contrôle utilisées dans les différends États-investisseurs peuvent convenir à l'arbitrage international privé, elles le sont moins dans les nombreuses réclamations où les questions du droit public qui y sont débattues exigent au tribunal arbitral d'évaluer les actions et mesures étatiques et de se prononcer sur la capacité des États à entreprendre des mesures de redressement social et économique. L'arbitrage d'investissement a besoin des normes de contrôle qui ménagent l'intérêt général des États et les intérêts des investisseurs étrangers. La capacité de la norme d'appréciation à ménager l'équilibre entre ces deux extrêmes la rend plus adaptée à la problématique de l'arbitrage d'investissement[1470].

Conclusion du chapitre 5

Ce chapitre propose deux pistes de solution pour remédier à l'insuffisance de protection de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement.

> *[A]n objective assessment would entail an examination of whether the [US Committee for the Implementation of Textiles Agreements] had examined all relevant facts before it[...], whether adequate explanation had been provided of how the facts as a whole supported the determination made, and, consequently, whether the determination made was consistent with the international obligations of the United States.*

[1468] Voir Sope, *supra* note 867 aux pp 389-91.
[1469] Delmas-Marty, *supra* note1427.
[1470] Voir *Hatton et autres c Royaume-Uni* [GC], no 36022/97 [2003] VIII CEDH au para 122 :

> La protection de l'environnement doit être prise en compte par les États lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur marge d'appréciation et par la Cour lorsqu'elle examine la question du dépassement ou non de cette marge, mais il ne serait pas indiqué que la Cour adopte en la matière une démarche particulière tenant à un statut spécial qui serait accordé aux droits environnementaux de l'homme.

Tout d'abord, il y a la piste institutionnelle dont l'objectif serait de doter les PED de l'expertise technique qui leur manque afin d'intégrer le système juridique d'investissement international en tant qu'acteurs capables de mesurer la portée de leurs engagements conventionnels ainsi que leurs effets sur leurs objectifs de développement économique. Nous avons ciblé les API comme institutions des PED dont le renforcement des capacités contribuerait à accroitre la protection de l'intérêt général. Nous soutenons que la meilleure protection commence d'abord par l'incorporation des préoccupations de développement dans les législations sur l'investissement au plan national.

Les API sont au coeur de la conception des politiques nationales d'investissement, de la mise en place et de l'application de la réglementation y afférente. Le renforcement des capacités de ces acteurs permettrait d'acquérir l'expertise technique qui accroitrait leurs aptitudes à comprendre les règles d'investissement et les relations complexes entre ces normes et les autres objectifs de développement économique et social.

La deuxième piste de nature juridique comporte deux volets. Elle préconise l'incorporation dans les TBI des normes de RSE tirées de l'OIT, de l'OCDE et de l'ONU pour y renforcer la « dimension développement » et la flexibilité des PED à réglementer les activités économiques des investisseurs étrangers. Le second volet propose de limiter la portée du concept d'investissement pour diminuer son élasticité qui est à l'origine des interprétations divergentes qui précarisent la protection de l'intérêt général. Nous suggérons de définir restrictivement cette notion d'investissement au moyen d'une liste fermée d'actifs et en écartant expressément les opérations commerciales et les investissements de portefeuille de sa définition.

Conclusion de la deuxième partie

La prétention de cette deuxième partie était d'analyser le sort de l'intérêt général dans le processus d'arbitrage. Nous avons abouti à la conclusion que la protection de l'intérêt général y est très précaire en raison du fait que les dispositions des TBI consacrent la prédominance de la protection des intérêts des investisseurs au détriment de l'intérêt général des PED. Ce déséquilibre de protection résulte du manque d'expertise des PED qui justifie leur incapacité à concevoir et à négocier des dispositions qui prennent en compte leurs besoins de développement. Pour arriver à ce constat de protection précaire de l'intérêt général, nous avons recouru à l'analyse du concept d'investissement dont nous considérons la compréhension comme base de protection de l'intérêt général. Préalablement à l'examen de la protection de l'intérêt général dans la jurisprudence CIRDI, l'étude a examiné la conception de cette notion dans les TBI et dans la *Convention de Washington* qui constituent les bases juridiques de l'arbitrage CIRDI.

Il s'est avéré que ces instruments juridiques appréhendent la notion d'investissement de manière extrêmement extensive et que cette compréhension élastique la rend presque insaisissable. En explorant la doctrine et la conception de cette notion dans le cadre des institutions internationales qui s'intéressent aux investissements, il en ressort qu'il existe des divergences de vues qui apportent peu d'aide à la compréhension de cette notion d'investissement.

L'analyse des sentences du CIRDI ne permet pas non plus de saisir cette notion d'investissement. Certains tribunaux estiment que seule la définition de l'investissement donnée dans les TBI suffit pour analyser si l'opération ou l'actif en question bénéficie de la protection du CIRDI. D'autres par contre ont affirmé que l'opération doit remplir la condition d'investissement aussi bien dans le sens du TBI que dans le sens de la *Convention de Washington*. Ils soutiennent

ainsi que l'intention des rédacteurs de la *Convention de Washington* n'était pas de tout ériger en investissement et que par conséquent il y a des critères objectifs auxquels l'investissement doit répondre. Mais au sein des tribunaux CIRDI qui avancent cette thèse, nous avons démontré qu'ils divergent essentiellement sur le critère de développement économique. Les uns considèrent que ce critère est déterminant, mais sans arriver à le conceptualiser pour en permettre la compréhension, les autres le rejettent sous prétexte qu'il est difficile à évaluer. On trouve même des décisions qui ont estimé que ce critère était couvert par les critères de contribution, de durée et de risque. Nous avons aussi démontré que même les critères de durée et de risque qui sont moins controversés dans la définition de l'investissement comportent une dose d'imprécision et d'arbitraire qui ont des effets défavorables sur l'intérêt général des PED.

En somme, la jurisprudence du CIRDI nous est apparue déroutante pour les PED en ceci qu'elle ne permet pas d'appréhender le contenu de la notion d'investissement qui constitue pourtant la fondation autour de laquelle est érigé le système d'arbitrage d'investissement CIRDI. Mais aussi, cette notion d'investissement constitue le centre d'intérêt autour duquel sont articulées les préoccupations de développement économique des PED.

Ayant conclu que ni les TBI ni les tribunaux arbitraux ne protègent suffisamment l'intérêt général, cette étude propose une solution à deux volets pour améliorer le sort de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement. D'une part, elle suggère une approche centrée sur le renforcement des capacités institutionnelles des PED et d'autre part le renforcement de la dimension « développement » dans les TBI en y incorporant des normes de RSE et en limitant la portée du concept d'investissement.

Conclusion générale

La question au centre de notre thèse consistait à examiner la protection de l'intérêt général des PED dans les TBI qui garantissent aux investisseurs étrangers le droit d'assigner les pays d'accueil devant les tribunaux arbitraux internationaux en cas de non-respect des obligations contenues dans ces accords. De prime abord, notre étude appréhende l'intérêt général comme étant « l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »[1471].

Avec le tarissement progressif de l'aide publique au développement et la multiplication des conditionnalités pour y accéder, mais aussi avec la crise des années 1980, les PED éprouvaient plus que jamais le besoin du capital pour financer leur développement et avaient peu d'alternatives et se sont tournés vers la ratification des TBI avec les PD[1472]. Nous soutenons qu'en s'engageant dans les TBI tout en promettant d'écarter le recours aux tribunaux et droit national en cas de différends les opposant aux investisseurs étrangers, les PED s'attendaient, et c'est toujours le cas, à la contribution des investissements ainsi protégés, à leur développement économique[1473]. Ginsburg souligne cette attente[1474] qui ressort aussi d'une grande partie de la doctrine à l'effet que « *Many of these treaties have been signed between developed countries and developing countries for the purpose of encouraging FDI capital to come into the developing countries and stimulate their markets, economies and infrastructures* »[1475]. Cet intérêt général

[1471] Conseil d'État français, *supra* note 104.
[1472] Voir Vandevelde, « A Brief History », *supra* note 21aux pp 177-78.
[1473] Voir *ibid*. Voir aussi Joshua, Be Boone, « How Developing Countries can Adapt Current Bilateral Investment Treaties to Provide Benefits to Their Domestic Economies » (2010), en ligne: Works be press <http://works.bepress.com/joshua_boone/1>.(« By the 1990's, BIT signing became the "thing to do" for developing Countries ») à la p 4 [Be Boone].
[1474] Tom Ginsburg, « International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance » (2005) 25 Int'l Rev L & Econ 107 à la p 108.
[1475] Voir Be Boone, *supra* note 1473 à la p 2; Voir aussi Susan D Franck « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future » (2005) 12 Uc Davis J Int'l L & Pol'y 47 aux pp 48-49 et 52-53[Franck].

centré sur le développement économique que les PED veulent promouvoir s'inscrit dans les objectifs des institutions qui encadrent et encouragent le développement. Dans ce sens, la ratification massive de la Convention de Washington et l'adhésion au CIRDI pour sanctionner les manquements aux TBI rentrent dans la logique de cette facette économique de l'intérêt général. En effet, la Convention de Washington qui institue l'arbitrage CIRDI a été créée en ayant à l'esprit « *la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* »[1476]. Le rattachement de ces deux instruments juridiques (CIRDI et Convention de Washington) aux institutions du groupe de la BM qui se consacrent à la problématique du développement confirme, à notre sens, la nature économique de l'intérêt général que poursuivent les PED dans les TBI. À la lumière de toutes ces considérations qui motivent essentiellement les PED à ratifier les TBI nous avons retenu que l'intérêt général de ces pays dans les TBI se rapporte essentiellement à la recherche du développement économique.

Pour déterminer la nature de cet intérêt général et ses manifestations dans les TBI, nous consacrons la première partie de ce travail au traitement de l'intérêt général dans le cadre normatif des investissements. Dans cette partie, nous conceptualisons la notion d'intérêt général dans une perspective des traités bilatéraux d'investissement. Les développements conduisent à la définition du concept d'intérêt général, de concepts d'intérêts publics et d'intérêts particuliers qui lui sont proches. Nous faisons un aperçu sur l'encadrement du respect des obligations conventionnelles par le CIRDI avant de passer au crible la détermination de la nature même de cet intérêt général dans une perspective des traités bilatéraux d'investissement. Dans ce cadre, nous examinons les concepts de développement économique et de pays en développement pour

[1476] *Convention de Washington*, *supra* note 37, préambule.

appréhender ce que recouvre la contribution attendue des investisseurs étrangers. Cette analyse débouche sur l'examen de la présence des préoccupations de développement économique dans les TBI. Comme notre étude l'a démontré, les PED ont vainement tenté de définir la place de leurs préoccupations économiques dans les normes internationales régissant l'investissement étranger. Ils ont fait voter la *Résolution 1803*[1477] *et la résolution 3281 sur la charte des droits et des devoirs économiques des États*[1478]. Les textes de ces deux résolutions convergeaient sur l'affirmation du droit de réglementer l'usage des ressources naturelles et les activités économiques des étrangers. La prise en compte des préoccupations économiques des PED s'y manifestait à travers la consécration, en leur faveur, du droit d'exproprier et de nationaliser, du droit de régler les différends dans leurs juridictions et de fixer le montant d'indemnisation en fonction de leurs normes nationales.

Ces droits qui allaient renforcer la souveraineté économique des PED par l'entremise du contrôle des activités des investisseurs étrangers n'ont toutefois pas produit les effets escomptés. Les PD ont notamment rejeté *la charte des droits et des devoirs économiques des États* lui reprochant de consacrer le relâchement des engagements des PED envers la protection des investissements de leurs ressortissants. Ils ont alors instauré des TBI dont l'orientation avait pour philosophie de renforcer la protection des investisseurs étrangers[1479]. En dépit de cette orientation générale, les TBI comportent des dispositions auxquelles les PED peuvent recourir pour y inclure les considérations d'intérêt général.

[1477] *Résolution 1803 supra* note 1.
[1478] *La charte*, *supra* note 2.
[1479] Au regard de la surprotection, Mann soutient que « *the emerging investment treaty regime of the 1960s had investor protection as its only function. On this point, there is no dispute* » (voir Howard Mann, « Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development » (2013) 17:2 Lewis & Clark Law Review 521à la p 524); Voir aussi Franck qui abonde dans le même sens lorsqu'elle considère que: « *These [BITs] act like economic bills of rights, which grant foreign investors substantive protections and procedural rights to facilitate investment* » (Franck *supra* note 1453 à la p 48).

C'est ainsi que les PED peuvent recourir aux dispositions sur les exceptions. Ils ont aussi la possibilité d'utiliser les réserves et les préambules. Cependant, il ressort de l'évaluation que nous avons faite de ces divers procédés que leur formulation intègre peu ou pas leurs préoccupations de développement économique. Mais aussi, les réserves sont rarement utilisées et les accords qui contiennent des exceptions sont peu nombreux[1480].

Le défaut d'intégration des politiques de développement dans les réglementations et l'absence d'une stratégie de négociation conséquemment définie limitent de cette manière la possibilité d'intégration de dispositions orientées vers la prise en compte de la dimension développement[1481]. On peut noter par exemple que contrairement aux PD dont plusieurs disposent des modèles de TBI incorporant leurs orientations économiques et qui servent de base de négociation, beaucoup de pays en développement n'en possèdent pas[1482]. Les PED se trouvent ainsi à la croisée des chemins. Ils doivent décider soit de continuer à ratifier des TBI défavorables à leur intérêt général ou opter pour le développement de TBI prenant en compte leurs priorités de développement national. La conclusion qui se dégage de nos analyses est que les PED, surtout les pays africains les moins avancés, ont choisi de se ranger *passivement* aux TBI que leur proposent leurs partenaires et qui sont moins compatibles à leurs besoins de développement économique. Cette adhésion à ces accords, trop souvent automatique, aboutit à

[1480] Voir Newcombe qui affirme: « *states have included general exceptions with the intention of providing greater regulatory flexibility to pursue public interest objectives* », Andrew Newcombe, « General Exceptions in International Investment Agreements », Draft Discussion Paper, Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference, London 13th and 14th May 2008 [Newcombe, « General Exceptions »].

[1481] Voir Caliari qui estime que :

> *The fact that these options are for the most part absent from existing North-South treaties is the realpolitik fact that most powerful countries have templates that are tabled on a take-it-or-leave-it basis. Moreover, in the trade-off between interests of investors and the sustainable development concerns of the host countries, the evolution of IIAs has a clear trend to being further skewed towards the former* (voir Aldo Caliari, « UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development: Potential and Issues » (2013) IISD Investment Treaty News).
>
> .

[1482] Voir en général Garcia, Carlos G « All the Other Dirty Little Secret: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor State Arbitration » (2004)16 Fra J Int'l L 301.

l'effritement de l'exercice de la souveraineté économique de plusieurs de ces PED en ce qu'elle s'oppose à la flexibilité normative dont ils ont besoin pour exercer un contrôle sur les investisseurs étrangers qui opèrent parfois dans des domaines stratégiques de leur économie. Ce choix des PED contribue à la prolifération de TBI aux dispositions élastiques. Si les PED continuent de s'enfermer dans ce positionnement, leur pouvoir de contrôle des activités des investisseurs étrangers s'érodera davantage et l'intérêt général, dont la protection se trouve pourtant au cœur des attributs de leur souveraineté, ne sera plus qu'un concept sans aucune efficience, ni surtout, et c'est ce qui est le plus grave, de protection.

En effet, le choix de plusieurs PED d'accepter quasi aveuglément des TBI incompatibles avec leurs objectifs de développement économique, et ce, afin de maximiser leur attrait auprès des investisseurs étrangers, ne reflète pas une lecture informée et attentive de la doctrine portant sur le rôle des investissements étrangers. Il y a un faisceau d'indices doctrinaux démontrant que la signature des TBI n'est qu'un élément parmi tant d'autres qui attirent les investissements étrangers[1483]. Plusieurs auteurs estiment en effet que « *Developing countries should be cautious about taking too uncritical an attitude toward the benefit of FDI […] [and] transfer of control may not always benefit the host country […]* »[1484].

En procédant dans une deuxième partie à l'examen du sort de l'intérêt général, nous avons ciblé les conflits nés autour de la notion d'investissement et de l'exception de sécurité en prenant l'illustration des conflits contre l'Argentine. Notre analyse a mis en exergue les lacunes des dispositions relatives à la notion d'investissement et à l'exception de sécurité. Les faiblesses dont

[1483] *Voir nos développements au para 2 section 2 chapitre 1 partie I.*

[1484] Voir Loungani Prakash et Assaf Razin « How Beneficial is Foreign Direct Investment for Developing Countries? » (2001) 38(2) Fin & Dev, en ligne: FMI < http://www.imf.org/ external/ pubs/ft/ fandd/2001/06/ loungani.htm>.

regorgent ces dispositions contribuent aux interprétations extensives qu'en font les tribunaux arbitraux du CIRDI.

En analysant les diverses conceptions de la notion d'investissement et ses interprétations, il se dégage que beaucoup de TBI lui attribuent des définitions élastiques et que les approches objectives et subjectives que les tribunaux CIRDI ont développées peinent à concilier l'investissement au sens de la Convention de Washington et des TBI[1485]. Les divergences nées de ces approches ne permettent pas d'appréhender la notion d'investissement et de définir des dispositions prévisibles en cette matière[1486]. Nous avons démontré que la même difficulté existe dans la formulation des exceptions de sécurité. Celles-ci ne sont pas toujours formulées de manière à lever l'équivoque sur l'intention des parties eu égard à leur portée et aux objectifs admissibles qui déclenchent le recours aux mesures qu'elles autorisent[1487]. L'examen des cas argentins nous a permis de mettre en évidence les interprétations divergentes de ces exceptions par les tribunaux arbitraux du CIRDI, mais aussi les risques de pouvoir de contrôle élargi des réglementations d'intérêt général que disposent les arbitres du CIRDI.

Si les PED ne font rien pour surmonter ces failles et faiblesses, l'exercice de leur souveraineté pour préserver l'intérêt général continuera inexorablement à se dégrader, et ce, au détriment des PED et de leur population. Les PED doivent s'engager dans la négociation des TBI qui prennent en compte leurs préoccupations de développement économique. Nous estimons qu'il est temps d'insuffler une nouvelle prise de conscience aux PED. C'est dans cette dynamique que nos propositions s'orientent premièrement vers un renforcement des capacités des institutions des

[1485] Voir Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI » 2009(4) Cahiers de l'arbitrage 40[Hamida, «Le chaos »].
[1486] Voir Onana, *supra* note 778 aux pp 206-207
[1487] Voir Burke-White et von Staden, « Investment Protection », *supra* note 442.

PED afin de doter ceux-ci de l'expertise que requièrent la négociation et la compréhension des dispositions des TBI ainsi que de leur portée sur les préoccupations d'intérêt général et des liens que ces règles d'investissements entretiennent avec les autres objectifs relatifs à leur développement économique et social.

Le renforcement des connaissances techniques et de l'expertise des institutions, telles que les Agences de promotion des investissements que nous avons ciblées, constitue une solution en amont pour une protection accrue de l'intérêt général des PED. Cet intérêt général doit être plus explicitement incorporé dans les réglementations et les politiques d'investissements dont la prise en compte sert de toile de fond dans les négociations des TBI. Pour cela, il faut davantage d'institutions et des ressources humaines techniquement mieux outillées pour faire ce travail d'intégration et d'harmonisation des instruments sur l'investissement avec les politiques de développement économique.

Cette expertise est loin d'être acquise dans les PED où se multiplient des confessions d'incapacités de négocier efficacement des TBI et d'analyser l'impact de leurs dispositions sur l'intérêt général[1488]. La jurisprudence CIRDI relève aussi cette incapacité[1489]. Elle a affirmé, à

[1488] Pour le cas de l'Afrique du Sud, Leon, Veeran et Warmington exposent les conséquences negatives de cette incapacité dans les termes suivants :

> *Minister of Trade and Industry […] observed that the first-generation of BITs "pose a risk and limitation on the ability of the Government to pursue its Constitutional-based transformation agenda"[…] the Cabinet endorsed the review's recommendations in April 2010 and decided to refrain from entering into any new BITs except in cases of "compelling economic and political circumstances". The government also undertook to review all first-generation BITs that are approaching their expiry date "with a view to termination, and possible renegotiation on the basis of a new Model BIT to be developed". [The Minister] suggested that domestic legislation might replace BITs to appropriately balance investor protection with other public interest goals, including the promotion of development and historical redress. He was critical of international arbitration, which he considered unpredictable; implying that it impeded further governmental intervention in the economy* (Peter Leon, Jonathan Veeran et Erin Warmington, « South Africa: South Africa Declines to Renew Bilateral Investment Treaties with European Union Member States » (26 juillet 2012), en ligne: Mondaq <http://www.mondaq.com/x/199586/ international+trade+ investment/South+Africa+Declines+To+Renew+Bilateral+ Investment+Treaties+ With+European+Union+ Member+States>).

certaines occasions, l'ignorance des PED dont des mesures et interventions réglementaires inappropriées ont contribué à la nuisance de leurs propres intérêts économiques[1490].

Nous considérons donc le rehaussement des capacités comme un préalable afin de permettre aux PED de faire des choix informés orientés vers l'accroissement de leur flexibilité pour réglementer dans l'intérêt général. Les institutions et les ressources humaines dotées des compétences requises sont à même d'offrir aux PED l'assurance que leurs interventions réglementaires en matière d'investissements garantissent à leur propre économie nationale de tirer les bénéfices des investissements étrangers présents sur leur territoire.

Nous estimons que l'expertise constitue un outil susceptible d'améliorer les connaissances indispensables aux négociations des TBI et à l'insertion au sein de ces accords de la dimension développement. Les capacités renforcées contribuent à la bonne gouvernance des investissements étrangers pour les amener à jouer pleinement leur rôle de soutenir leur développement économique.

Les Agences sont étroitement associées à l'élaboration et à la mise en application de la réglementation sur l'investissement et participent dans beaucoup de PED à la définition de réformes pour l'amélioration du climat d'investissement à l'échelle nationale. À notre avis, cette expérience locale, et de surcroît spécialisée dans le domaine des investissements constitue un atout pour la réception et la capitalisation des efforts de renforcement des capacités qui constitue

---

; Voir aussi Webber Wentzel, « SA Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With EU Member States » (premier octobre 2012), en ligne: Polity <http://www.polity.org.za/article/sadeclines-to-renew-bilateral-investment-treaties-with-eu-member-states-2012-10-01>.

[1489] Voir l'affaire *Suez, Sociedad General contre l'Argentine* dans laquelle le tribunal a rejeté la défense de l'Argentine articulée sur l'état de necessité affirmant que « *Argentina's measures in violation of the BITs were not the only means to satisfy its essential interests and because Argentina itself contributed to the emergency situation that it was facing in 2001-2003* » (Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/03/19, Décision sur la compétence, (30 juillet 2006) au para 265).

[1490] *Ibid*.

par ailleurs un préalable dans la prise de conscience de la nécessité d'une relecture de la stratégie de négociation des TBI.

Pour autant, l'acquisition de cette expertise technique à elle seule ne suffirait pas à améliorer la prise en compte de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement. D'où nous considérons que ce travail de renforcement de capacité n'est qu'une étape vers l'autre piste de solution juridique que nous recommandons. Cette piste juridique comporte trois volets. D'une part, nous proposons l'inclusion dans les accords d'investissement des normes de RSE développées par l'OIT, l'OCDE et l'ONU. Nous sommes d'accord que ces normes sont juridiquement non contraignantes. Mais en même temps, elles ne sont pas dépourvues de toutes contributions[1491]. Insérées dans les préambules, ces normes peuvent être des outils efficaces d'interprétations des dispositions des accords en cas de conflits[1492]. Ces interprétations jouent un rôle essentiel dans le développement de la jurisprudence et partant du droit international[1493]. Pour ce faire, elles contribueraient à un développement progressif d'un droit des investissements prenant en compte les préoccupations de développement économique[1494]. L'inclusion croissante de ces normes de RSE contribuerait aussi à maintenir et à développer dans le domaine des investissements la conscience d'une prise en compte de certaines valeurs (environnement, droits humains, normes de travail) réglementées certes ailleurs, mais, sur lesquelles les activités des investisseurs étrangers peuvent produire un impact défavorable.

[1491] Voir Définition de la *soft law*, *supra* note 1355.
[1492] Voir Mustafa Kamil Yasseen M. K., *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit*, Martinus Nijhoff Publishers, 1978 à la p 35.
[1493] Voir Duplessis, « La déclaration de l'OIT », *supra* note 1341 à la p 58.
[1494] Voir Hepburn Jarrod et Vuyelwa Kuuya, *Corporate social responsibility and investment Treaties* dans Segger et Gehring, *Sustainable Development*, *supra* note 24, 585 aux pp 603-06.

Le deuxième volet de cette piste juridique préconise d'encadrer le concept d'investissement au moyen d'une définition comportant une liste fermée d'actifs éligibles au statut d'investissement et de soustraire explicitement de sa portée les opérations commerciales et les investissements de portefeuille. Ces ajustements devraient diminuer le caractère imprévisible et élastique des définitions de la notion d'investissement dans plusieurs TBI. Au regard des multiples définitions extensives des TBI, nous avons démontré que la jurisprudence n'a pas toujours été cohérente et que dans un bon nombre de conflits, elle s'est caractérisée par un véritable désordre jurisprudentiel et une imprévisibilité préjudiciables à la sécurité juridique[1495]. La restriction de la portée de la notion d'investissement pourrait donc réduire la possibilité des interprétations divergentes.

Le troisième volet de notre piste juridique propose d'adopter la marge d'appréciation comme critère d'évaluation des interventions réglementaires dans les arbitrages des conflits d'investissement. La préoccupation pour laquelle cette notion de marge d'appréciation a été développée dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme était de conférer aux États plus de flexibilité dans les interventions réglementaires lorsqu'il existe une possibilité de conflit entre la poursuite d'intérêt général et la protection des intérêts particuliers[1496]. Dans cette vision, la marge d'appréciation assure la préservation de cet équilibre de traitement des intérêts en présence. L'exigence à laquelle ce principe doit se conformer est celle qui veut que :

> [U] ne mesure d'ingérence doit ménager un « juste équilibre » entre les impératifs de l'intérêt général de la communauté et ceux de la sauvegarde des droits de l'individu, et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. Elle a précisé qu'en contrôlant le respect de cette exigence, elle reconnaissait à l'État une grande marge d'appréciation, tant pour choisir les modalités de

[1495] Voir Hamida « Le chaos », *supra* note 1485.
[1496] Voir Yourow, *supra* note 55 à la p 118; Voir nos développement au chapitre 5 paragraphe 3, section 2.

> la mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvaient légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause […][1497].

Cette préoccupation de ne pas sacrifier les droits individuels sur l'autel des intérêts étatiques est au cœur de cette notion de marge d'appréciation. Celle-ci est donc un outil de médiation des intérêts pour assurer leur cohabitation pacifique et telle nous semble le fondement de son émergence dans le contexte des droits de l'homme européen.

Certes, la mise en œuvre de ces propositions ne peut se faire sans heurt et délai. Les intérêts en jeu sont souvent très importants et les tensions provoquées par toute nouvelle vision de la dynamique entourant les TBI sont inévitables. Nonobstant de telles conséquences, nous estimons néanmoins que les PED doivent assumer leurs responsabilités et accepter de revoir, souvent en profondeur, leurs diverses façons d'appréhender l'investissement étranger. C'est dans cette perspective que nous soumettons nos propositions et pistes de réflexion. Il ne reste qu'à souhaiter que celles-ci soient envisagées par les principaux intéressés.

[1497] Voir Dejeant-Pons Maguelonne, « Les droits de l'homme à l'environnement dans le cadre du Conseil de l'Europe » (2004) 60 Rev trim dr h 861 à la p 863.

BIBLIOGRAPHIE

Jurisprudence

Jurisprudence du CIRDI

Abaclat and Others c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, (4 août 2011).

Abaclat and Others c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/07/5, Opinion dissidente du professeur Abi-Saab, (28 octobre 2011).

Aguas del Tunari SA c Bolivie, Affaire CIRDI no ARB/02/3, Décision sur la compétence, (21 octobre 2005).

Alasdair Ross Anderson and others c Costa Rica, Affaire CIRDI no ARB(AF)/07/3, Sentence, (19 mai 2010).

Alpha Projektholding GmbH c Ukraine, Affaire CIRDI no ARB/07/16, Sentence, (8 novembre 2010).

*Amco Asia Corporation and others c Indonésie, (*1983) 23 ILM 351, Affaire CIRDI no ARB/81/1, Décision sur la compétence, (25 septembre 1983).

Asian Agricultural Products Ltd. c Sri Lanka, Affaire CIRDI no ARB/87/3, Sentence, (27 juin 1990).

ATA Construction, Industrial and Trading Company c Jordanie, Affaire CIRDI no ARB/08/2, Sentence, (18 mai 2010).

Autopista Concesionada de Venezuela c Venezuela, (2001) 16 ICSID Rev 469, Affaire CIRDI no ARB/00/5, Décision sur la compétence, (27 septembre 2001).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c le Pakistan, Affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence, (14 novembre 2005).

Bernardus Henricus Funnekotter and others c Zimbabwe, Affaire CIRDI no ARB/05/6, Sentence, (22 avril 2009).

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c Tanzanie, Affaire CIRDI no ARB/05/22, Sentence, (24 juillet 2008).

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c Slovaquie, Affaire CIRDI no ARB/97/4, Sentence, (24 mai 1999).

CMS Gas Transmission Company c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/08, Sentence, (12 mai 2005).

Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c Algérie, Affaire CIRDI no ARB/03/08, Sentence, (10 janvier 2005).

Consortium RFCC c Maroc, Affaire CIRDI no ARB/00/6, Décision sur la compétence, (1er juillet 2001).

Consorzio Lesi-Dipenta c Algérie, Affaire CIRDI no (ARB/03/8), Sentence sur l'irrecevabilité, (10 janvier 2005).

Continental Casualty Company c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/03/9, Décision, (5 septembre 2008).

Desert Line Projects LLC c Yémen, Affaire CIRDI no ARB/05/17, Sentence (6 février 2008).

Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/01/03, Décision, (22 mai 2007).

Enron Corporation Ponderosa Assets, LP c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/01/3, Décision sur l'annulation, (30 juillet 2010).

Fedax N.V. c Venezuela (1998) 37 *ILM* 1378, Affaire CIRDI no ARB/96/3, Décision du tribunal sur les objections sur la compétence, (11 juillet 1997).

Fraport AG Frankfurt Airport Serv. Worldwide c Philipines, Affaire CIRDI no ARB/03/25, Sentence 16 /08/ 2007).

Gea group Aktiengesellschaft c Ukraine, Affaire CIRDI no ARB/08/16), Sentence, (31 mars 2011).

Goetz et consorts c Burundi, Affaire CIRDI no ARB/95/3, Sentence, (10 février 1999).

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c Ghana, Affaire CIRDI no ARB/07/24, Sentence, (18 juin 2010).

Helnan International Hotels A/S c Égypte, Affaire CIRDI no ARB/05/19, Décision du tribunal sur l'objection sur la compétence, (17 octobre 2006).

Hochtief c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/07/31, Décision sur la compétence, (24 octobre 2011).

Impregilo S.p.A. c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/07/17, Sentence, (21juin 2011).

Inceysa Vallisoletana, S.L. c Salvador, Affaire CIRDI no ARB/03/26, Sentence, (2/8/2006).

J. Ch. Lemire c Ukraine, Affaire CIRDI no ARB/06/18, Décision sur la compétence et la responsabilité, (14 janvier 2010).

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. c Égypte, Affaire CIRDI no ARB/04/13, Décision sur la compétence, (16 juin 2006).

Joy Mining Machinery Limited c Égypte, Affaire CIRDI no ARB/03/11, Décision sur la compétence, (6 août 2004).

L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c Algerie, Affaire CIRDI no ARB/05/3, Décision sur la compétence et la recevabilité, (12 juillet 2006).

LG & E Energy Corp., L & E Capital Corp., LG & E International Inc c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, (3 octobre 2006).

M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c Equateur, Affaire CIRDI no ARB/03/6, Sentence, (31 juillet 2007).

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c Malaisie (2009), 48 ILM 1081, Affaire CIRDI no ARB/05/10, Décision sur la demande d'annulation, (16 avril 2009).

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c Malaisie, Affaire CIRDI no ARB/05/10, Sentence sur la compétence, (17 mai 2007).

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c Égypte, Affaire CIRDI no ARB/99/6, Sentence, (12 avril 2002).

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c Égypte, Affaire CIRDI no ARB/99/6, Sentence, (12 avril 2002).

Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM SA c Sénégal, Affaire CIRDI no ARB/08/20, Décision du tribunal sur la compétence, (16 juillet 2010).

Mr. Patrick Mitchell c République démocratique du Congo, Affaire CIRDI no ARB/99/7, Décision d'annulation, (1er novembre 2006).

Noble ventures, Inc. c Roumanie, Affaire CIRDI no ARB 01/11/12, Sentence, (12 octobre 2005).

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c Albani, Affaire CIRDI no ARB/07/21, Sentence, (30 juillet 2009).

Phoenix Action, Ltd. c Tchécoslovaquie, Affaire CIRDI no ARB/06/5, (15 avril 2009).

Piero Foresti, Laura de Carli and others c Afrique du Sud, Affaire CIRDI no ARB (AF)/07/1), Sentence, (4 août 2010).

Plama Consortium Limited c Bulgarie, Affaire CIRDI no ARB/03/24, Sentence, (27 août 2008).

PSEG Global, Inc., and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c Turquie, Affaire CIRDI no ARB/02/5, Décision sur la compétence, (4 juin 2004).

Railroad development Corporation c Guatemala, Affaire CIRDI no ARB/07/23, 2e décision sur l'objection, (18 mai 2010).

Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c Kazakhstan, Affaire CIRDI no ARB/05/16, Sentence, (29 juillet 2008).

Saba Fakes c Turquie, Affaire CIRDI no ARB/07/20, Sentence, (14 juillet 2010).

Saipem S.p.A. c Bangladesh, Affaire CIRDI no ARB/05/07, Décision sur la compétence et recommandation sur les mesures provisoires, (21 mars 2007).

Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c Maroc, Affaire CIRDI no ARB/00/4, Décision sur la compétence, (23 juillet 2001).

Sempra Energy International c *Argentine*, Affaire CIRDI no ARB/02/16, Décision (28 septembre 2007).

SGS Société Générale de Surveillance c Philippines, Affaire CIRDI no ARB/02/6, Décision sur les objections à la compétence, (29 janvier 2004).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c Pakistan (2003), 42 ILM 1290, 18 ICSID Rev 307, ICSID Affaire CIRDI no ARB/01/13, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, (6 août 2003).

Siemens A.G. c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/02/8, Décision sur la compétence, (3 août 2004).

Southern Pacifique Properties (SPP) Limited c Égypte (1992), 32 ILM 933 (CIRDI).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. c Argentine, Affaire CIRDI no ARB/03/19, Décision sur la compétence, (30 juillet 2006).

Tokios Tokelės c Ukraine, Affaire CIRDI no ARB/02/18, Décision sur la Compétence, (29 avril 2004).

Toto Costruzioni Generali S.p.A. c Liban, Affaire CIRDI no ARB/07/12, Décision sur la compétence, (11 septembre 2009).

Tradex Hellas S.A. c Albanie (1996) 14 ICSID Rev-FILJ161, Affaire CIRDI no ARB 94/2, Décision sur la compétence, (24 décembre 1996).

Victor Pey Casado and President Allende Foundation c Chili, Affaire CIRDI no ARB/98/2, Sentence, (8 mai 2008).

Autres sentences arbitrales des tribunaux ad hoc

Appellate Body Report, European Communities, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

BG Group Plc c Argentina, Sentence CNUDCI, (24 décembre 2007).

EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (1998) OMC Doc WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Rapport de l'organe d'appel.

International Thunderbird Gaming Corporation c United Mexican States, CNUDCI, Règlement d'arbitrage de 1976, (26 janvier 2006).

Saluka Investments BV c Tchécoslovaquie, Sentence partielle, CNUDCI, Règlement d'arbitrage de 1976, (17 mars 2006).

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c United Mexican States, Case no ARB (AF)/00/2, (29 mai 2003).

Texaco-Calasiatic (TOPCO) c Libye, (1975) ILR préc 408, Sentence préliminaire sur la compétence, (27 novembre 1975).

Texaco-Calasiatic (TOPCO) c Libye, (1977) JDI *350,* Sentence (29 janvier 1977).

United Parcel Service of America Inc. c Canada, CNUDCI (ALENA), Sentence sur le fond et Déclaration séparée de Dean Ronald A Cass, (24 mai 2007).

US – Restrictions on Imports of Cotton and Man-Made Fiber Underwear (1996) OMC Doc WT/DS24/R, Rapport du groupe special.

Décisions de la Cour internationale de justice, Cour permanente de justice internationale et Cour européenne des droits de l'homme

Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), [1986] CIJ rec 14.

Affaire des ressortissants américains au Maroc, [1952] CIJ rec 176.

Affaire du différend territorial Tchad/Libye, [1994] CIJ rec 6.

Affaire du vapeur Wimbledon (1923), CPJI (sér A) n° 1.

Affaire relative à la sentence du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal), [1991] CIJ rec 53, op dissidente du juge Weeramanrty.

Affaire relative à la souveraineté sur certaines parcelles frontalières [1959] CIJ rec 209.

Hatton et autres c Royaume-Uni [GC], no 36022/97 (8 juillet 2003) VIII CEDH.

Hertzberg et autres c *Finlande*, 1982, n° 61/1979 (2 avril 1982).

Hulley Enters Ltd. (Cyprus) c Russie, Cour permanente d'arbitrage, no AA 226, (2009).

Île de palmas c les États-Unis (les États-Unis c les Pays-Bas), (1928) 2 Recueil des sentences arbitrales 829.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), CIJ Recueil 1997,7 (25 septembre).

Autres décisions de Justice

Bowoto v Chevron Texaco Corp, 312 F Supp (2d) 1229 (N D Cal 2004).

Doe I v Unocal Corp, 395 F (3d) 932 (CA9 Cal 2002).

Goodwin c/Royaume-Uni, Rec, 1996-II.

State of Uttar Pradesh c Hari Shankar Tewari, AIR 1987 SC 998.

The Presbyterian Church of Sudan et al. v *Talisman Energy, Inc.*, affaire no 01(CV) 9882 (SDNY 2001).

Wiwa v *Royal Dutch Petroleum Co*, 226 F (3d) 88 (2d Cir 2000).

Wiwa v Royal Dutch Petroleum Co, no 96, Civ 8386 (KMW), 2002 WL 319887 (SDNY Feb. 28, 2002).

Législation

Décret n° 2005-310 du 1er septembre 2005 portant organisation et fonctionnement de l'Agence de Promotion des Investissements au Cameroun, en ligne : droit Afrique <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Cameroun/Cameroun%20-%20ANPI.pdf.>

Décret n ° 100/177 du 19 octobre 2009 portant Création et Organisation de l'Agence de Promotion des Investissements au Burundi

Loi no 1/24 du 10 septembre 2008 portant code des investissements du Burundi, en ligne : admin<http://admin.theiguides.org/Media/Documents/Code%20des%20investissements%202008.pdf>.

Loi concernant l'investissement au Canada, insérés par l'article 453 de la Loi d'exécution du budget de 2009,12 mars 2009, en ligne: Parlement canadien <http://www.parl.gc.ca>.

Multilateral Investment Guarantee Agency Act, 1988.

United State's NAFTA implementaion Act of 1993, Reprinted in H.R, DOC.103-159,666.

US Foreign Rel 1 (1903).

Doctine

Monographies

Amerasinghe, Chittharanjan Felix. *Local Remedies in International Law*, 2e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

André Kaan et préfacé par Jean Hyppolite, Paris, Édition Gallimard, Coll idées, 1972.

Anghie, Antony. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, New York, Cambridge University press, 2005.

Ansoff, Igor. *Corporate strategy*, New York, Penguin Business, 1987.

Basdevant, Jules. *L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Vénézuéla* (1902-1903), Paris, Pedone, 1907.

Bedjaoui, Mohammed, Emile K M Yakpo, Tahar Boumedra. *Liber Amicorum: Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 1999.

Bedjaoui, Mohammed. *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979.

Bekaert, H. *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1973 .

Bettati, M. *Le nouvel ordre économique international*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983.

Bin, Cheng. *General Principles Of Law As Applied By International Courts And Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

Bin, Li. *Entre droits de la personne et droit du commerce : La protection de la propriété en Chine*, t 2, Paris, L'Harmattan, 2011.

Blomström Magnus, A Kokko et M Zejan, dir. *Foreign Direct Investment: Firm and Host Country Strategies*, Palgrave Macmillan, Business & Economics, 2000.

Capron, Michel et Françoise Quairel-Lanoizelée. *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : Acteurs, enjeux, stratégies*, Paris, Découverte, 2004.

Carreau et Patrick Juillard, coll Cahiers internationaux, Paris, Pedone, 2009,17.

Carreau, Dominique et Patrick Juillard. *Droit international économique*, 1ère éd, Paris, Dalloz, 2003.

Carreau, Dominique, et Patrick Juillard. *Droit international économique*, 4e éd, Paris, Dalloz, 2010.

Carreau, Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11ème édition, éditions A. Pedone, 2012.

Cassella, Sarah. *La Nécessité en Droit International : De L'état de Nécessité Aux Situations de nécessité*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

Chang, Ha-Joon, *et* Joseph Stiglitz, dir. *The Rebel Within*, New York, the World Bank, Anthem Press, 2001.

Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissement international dans les pays en développement, Paris, 1984* Centre de développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques, 1984.

Chimène, Keitner. *L'UNESCO et la question de la diversité culturelle : bilan et stratégies, 1946-2000* : Paris, Division des politiques culturelles et du dialogue interculturel, UNESCO, 2004.

Clayton, R et H Tomlinson. *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000.

CNUCED. *Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves*, New York, Nations Unies, 2006.

Cole, Tony. *The Structure of Investment Arbitration*, *Oxfordshire*, England; New York: Routledge, 2013.

Crawford, James et Karen Lee. *ICSID Reports*, Vol 13, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Crowford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press 2002, aux pp 178-184.

Daillier, P. et A. Pellet. *Droit International Public*, 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.

de Vattel, E. *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, vol I, livre II, Londres, 1758.

Deroche, Frédéric. *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre : Un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008.

Development Counselors International. *A View from Corporate America: Winning Strategies in Economic Development Marketing*, New York, DCI, 2008.

Dollar, David, Mary Hallward-Driemeier et Taye Mengistae. *Investment Climate and Firm Performance in Developing Economies*, Washington DC, World Bank, 2003.

Dolzer, R. *et* M Stevens. *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, London, M Nijhoff, 1995.

Dolzer, Rudolf et Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Dominick, Salvatore. *Économie internationale*, traduction de la 9ème éd américaine par Fabienne Leloup et Achille Hannequart, Bruxelles, Groupe De Boeck, 2008.

Douglas, Zackary. *The International Law of Investment Claims*, New York, Cambridge University Press, 2009.

Dreyfus, Simone. *Droit des relations internationales : Éléments de droit international public*, 2è éd, Revue et augmentée, Paris, Cujas, 1981.

Dufey, Annie, Maryanne Grieg-Gran et Halina Ward. *Responsible Enterprise, Foreign Direct Investment and Investment Promotion: Key Issues in Attracting Investment for Sustainable Development*, New York, International institute for environment and development, 2008.

Dumopoulos, Angelos. *EU Foreign investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Edouard, Didier et Thierry Jacomet. *Les Relations financières avec l'Étranger*, 2e éd, Juridictionnaires Joly, 1984.

Engels Xavier et al., dir. *De l'intérêt général à l'utilité sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.

Fatouros A.A.. *The OECD Guidelines in a Globalising World*, Paris, OCDE, DAFFE/IME/RD (99)3).

Feuer, Guy. *La théorie de la souveraineté sur les ressources naturelles dans les résolutions des Nations Unies*, Paris, Université René Descartes, 1983.

FIAS. *Promotion as a Tool for Attracting Foreign Investment*, Washington, World Bank, 2000.

Fontan, Jean-Marc et Andrée Lévesque, *Initiation au développement économique local et au développement économique communautaire, Expériences pertinentes et études de cas*, Montréal, Institut de formation en développement économique communautaire (IFDÉC), 1992.

Foster, S. *Human Rights and Civil Liberties*, London, Longman, 2003.

Frutos-Peterson, Claudia. *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, Paris, L'Harmattan, 2003.

G Hamilton, *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, Presses Universitaires de France, Paris, 1984.

Ghestin J., C. Perelman et R Vander Elst. *Les notions à contenu variable en droit, Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

Gordon, R., T Ward et T. Eicke. *The Strasbourg Case Law* , London, Sweet & Maxwell, 2001.

Grawitz, Madeilene et Jean Leca. *Traité de sciences politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

Greer, Steven. *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme*, éditions du conseil de l'Europe, 2000.

Guinard, Dorian. *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012.

Hamilton, G. *Les entreprises multinationales : Effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les dossiers de l'Institut de Recherche et d'information sur les Multinationales, Genève, Paris, Presses Universitaires de France, 1984.

Hatem, Fabrice. *Les outils de promotion de l'investissement dans la région MEDA*, no 2, Paris, ANIMA, 2004.

Hatem, Fabrice. *Les politiques d'attractivité en Europe de l'Ouest : Délégation aux investissements internationaux*, Paris, 1993.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif*, 12e éd, Paris, Sirey, 1933.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Principes de la philosophie du droit*, traduit de l'Allemand par

Hirsch, Moshe. *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Hoffmann, Anne K., dir. *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration: Diversity and Harmonisation*, no 34, ASA Special Series, Suisse, Association Suisse de l'Arbitrage, 2010.

Horchani F, dir. *Òu va le droit de l'investissement*? *Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Éditions A. Pedone, 2006.

Horn, Norbert et Stefan Michael Kröll, dir. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural And Substantive Legal*, Netherlands, Kluwer Law International, 2004.

Hugon, Ph. *Économie du développement*, Paris, Dalloz, 1989.

Jackson, John Howard. *The World Trading System: Law and Policy in International Relations*, 2e éd, Cambridge, Mass, MIT Press 1997.

Kern, Alexander et Mads Tonnesson Andenæs, dir. *The World Trade Organization and Trade in Services*, Boston, Martinus Nijhoff, 2008.

Kikeri, Sunita, Thomas Kenyon et Vincent Palmade. *Reforming the Investment Climate: Lessons for Practitioners*, Washington, DC, World Bank, 2006.

Kolb, Robert. *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Krasner, Stephen D. *Structural Conflict: The Third World Against Global Liberalism*, Berkeley, University of California Press, 1985.

Kulick, Andreas. *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Combridge University Press, 2012.

Lawson, R A et H G Schermers. *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997.

Loschak, D et J Chevallier. *Science administrative*, t1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978.

MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

Macdonald, R. St. J., F. Matscher et H. Petzold. *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Macrory, Patrick F. J., Arthur Edmond Appleton et Michael G Plummer. *The World Trade Organization: Legal economic and political analysis*, New York, Springer, 2005.

Mahbubani, K. *The New Asian Hemisphere: The Irresistible Shift of Global Power to the East*, New York, Public Affairs, 2008.

Manciaux, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : Trente années d'activités du CIRDI*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2004.

Mappa, S., dir. *Essai historique sur l'intérêt général. Europe, Islam, Afrique coloniale*, Paris, Kartala, 1997.

Mason, Edward Sagendorph et Robert E. Asher. *The World Bank Since Bretton Woods*, Washington, Brookings Institution, 1973.

Mayer-Robitaille, Laurence. *Le statut juridique des biens et services culturels dans les Accords commerciaux internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2008.

Mekki, Mustapha. *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.

Merland, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.

Mezghani, Nébila et Marie Cornu. *Intérêt culturel et mondialisation : Les aspects internationaux*, t 2, Paris, L'Harmattan, 2004.

Michel Capron et Françoise Quairel-Lanoizelée, *Mythes et réalités de l'entreprise responsable : Acteurs, enjeux, stratégies*, Paris, Découverte, 2004.

Mistelis, Loukas A., dir. *Concise International Arbitration*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010.

Morisset, J. *Does a Country Need a Promotion Agency to Attract Foreign Direct Investment? A small analytical model applied to 58 countries*, Washington DC, World Bank, 2003.

Morisset, Jacques et Kelly Andrews-Johnson. *The Effectiveness of Promotion Agencies at Attracting Foreign Investment*, Washington, DC, World Bank 1968.
Morisset, Jacques et Kelly Andrews-Johnson. *The Effectiveness of Promotion Agencies at Attracting Foreign Direct Investment*, Washington, DC, World Bank, 2004.

Mourra, Mary Helen et Thomas E. Carbonneau. *Latin American Investment Treaty Arbitration*: *The Controversies and Conflicts*, Kluwer 2008, 105.

M'Rini, Mohamed Lotfi. *De La Havane à Doha - Bilan juridique et commercial de l'intégration des pays en développement dans le système commercial multilatéral*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005.

Muchlinski, Peter, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Mustafa, Kamil Yasseen M K. *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit*, Martinus Nijhoff Publishers, 1978.

Nations Unies. *Le développement économique en Afrique. Repenser le rôle de l'investissement étranger direct*, New York, Nations Unies, 2005.

Nguyen, Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet. *Droit international public*, 5e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

Nieuwenhuys, Eva Constant *et* Marcel Brus, dir. *Multilateral Regulation* of *Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.

Nijiman, Janne Elisabeth. *The Concept of International Legal Personality*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2004.

OCDE. *Cadre d'action pour l'investissement*, Paris, OECD, 2006.

OCDE. *Cadre d'action pour l'investissement : Panorama des bonnes pratiques*, Paris OECD Publishing, 2007.

OCDE. *Définition de référence de l'OCDE pour les investissements directs internationaux*, 4e édition, Paris, OCDE, 2008.

OCDE. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris, OCDE, 2011.

OCDE. *Mesurer la mondialisation : Les indicateurs économiques de la mondialisation, Manuel de l'OCDE*, Paris, OCDE, 2005.

OCDE. *Outil de sensibilisation au risque de l'OCDE destiné aux entreprises opérant dans les zones à déficit de gouvernance*, Paris, OCDE, 2006.

OCDE. *Perspectives d'Investissement International*, Paris, OCDE, 2006.

OCDE. *Promouvoir l'investissement au service du développement : Le rôle de l'APD*, Paris, OCDE, 2006.

OECD. *Strategic Investment Promotion: Successful Practice in Building Competitive Strategies*, Paris, OCDE, 2002(a).

OECD. *The OECD Report on Regulatory Reform*: *Synthesis*, Paris, OCDE, 1997.

Perroux, François. *L'économie du XXe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964.
Peterson, L. E. *The Global governance of foreign direct investment: Madly off in for all directions*, Geneva, Friedrich Ebert Stiftung Publisher, 2005.

Pollan, Thomas. *Legal Framework for the Admission of Foreign Direct Investment*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006.

Puel, Jean-Marc. *Les fonds souverains – Instruments financiers ou armes politiques* ?, Paris, Éditions Autrement, 2009.

Puel, Jean-Marc. *Les fonds souverains : Instruments financiers ou armes politiques ?*, Paris, Éditions Autrement, 2009.

Rangeon, François. *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.

Rapley, John. *Understanding development: theory and practice in the third world*, London, (R-U), Lynne Rienner Pub, 1996.

Reed, Lucy, Jan Paulsson, Nigel Blackaby. *Guide to ICSID arbitration*, 1ère éd, New York, Kluwer Law International, 2004.

Reuter, Paul. *Introduction au droit des traités*, 3è éd, Revue et augmentée par Philippe Cahier, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Rigo Sureda, Andrés. *Investment Treaty Arbitration: Judging Under Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Robinson, Nicholas A., dir. *Agenda 21 : Earth's Action Plan s38.1,* IUCN environmental policy and law paper, no 27, New York, Oceana Publications, 1993.

Röling, BVA. *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan, 1960.

Rosenberg, D. *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Coll. Droit et Jurisprudence, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

Rousseau, Charles. *Droit international public*, t 4, Paris, Sirey, 1979.

Sachs, Lisa E. et Karl P. Sauvant. *BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview dans The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press, 2009)

Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Salmon, Jean, dir. *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Sasson, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration : The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Netherlands, Kluwer Law International, 2010.

Schreuer, Ch H. *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Schreuer, Ch. H. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2e éd, Cambridge England, Cambridge University Press, 2009.

Shea, Donald Richard. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*, 3eme éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, 2e éd, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2004.

Stiglitz, Joseph E. *Un autre monde : Contre le fanatisme du marché*, Paris, Édition Fayard, 2006.

Tanguy, Y. *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, t 10, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

Terre, F., Ph. Simler et Y. Lequette. *Les obligations*, n ° 358, 5e éd, Paris, Dalloz, 1993.

Torfinn, Harding et Beata Smarzynska Javorcik. *Developing Economies and International Investors: Do Investment Promotion Agencies Bring Them Together?* Washington, DC, World Bank, 2007.

Touzeau, Line. *La protection du patrimoine architectural contemporain : Recherche sur l'intérêt public et la propriété en droit de la culture*, Paris, L'Harmattan, 2011.

Trichet, Didier. *La notion de la fonction d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977.

UNESCO. *Culture, commerce et mondialisation, Questions et réponses*, Paris, Éditions UNESCO, 2000.

Van Drooghenbroeck, Sébastien. *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme,* Publications Fac St Louis, 2001.

Van Harten G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Vandevelde, Kenneth J. *U.S. International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Vandevelde, Kenneth J. *United States Investment Treaties: Policy And Practice* , Boston: Kluwer Law and Taxation, 1992.

VanDuzer J Anthony, Penelope Simons, Graham Mayeda, *Integrating Sustainable Development Into International Investment Agreements*, London, United Kingdom: Commonwealth Secretariat, 2013.

Weiler, Todd, dir. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005.

Weiler, Todd: *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005.

Wells, Louis T. et A. G. Wint. *Facilitating Foreign Investment: Government Institutions to Screen and Monitor Investment from Abroad*, Washington, D.C World Bank, 1991.

Wells, Louis T. et Alvin A. G. Wint. *Marketing a Country, Foreign Investment Advisory Service*, éd révisée, World Bank, Washington, 2000.

Wells, Louis T. et Alvin G Wint. *Marketing a Country*, Foreign Investment Advisory Service, éd révisée, Washington, World Bank, 2000.

World Bank. *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, Washington DC, World Bank, 2005.

Articles et chapitres de livres

Abbas, M. « La Cnuced XI: du consensus de Washington au consensus de Sao Paul? », (2005) 6 Cahier de recherche 1.

Abby, Cohen. « State Responsibility And Attribution: When Is A State Responsible For The Acts Of State Enterprise » dans Weiler T. dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, 17.

Ago, R. « Le délit international », (1939) 68 :2 RCADI 544.

Akande Dapo and Sope Williams. « International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO? », (2002–3) 43 Virginia Journal of International Law 365.

Alvarez, Alberto Jimenez. « Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law: A New Approach Based on the Complexity of Argentina's 2001 Crisis », (2010) 27 Journal Of International Arbitration 141.

Alvarez, J. E. « The Return of the State », (2011) 20 Minn J Int'L L 223.

Alvarez, Jimenez Alberto. « The Interpretation of Necessity Clauses in Bilateral Investment Treaties After The Recent ICSID Annulment Decisions », (2011) 419 Yearbook On International Investment Law And Policy 445.

Alvarez Jose E. and Kathryn Khamsi. « The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of Investment Regime », (2008-2009) The Yearbook of International Investment Law and Policy 379.

Alvarez Jose E and Kathryn Khamsi. « The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of Investment Regime », (2008-2009) The Yearbook of International Investment Law and Policy 379.

Alvarez, Alberto Jimenez. « Foreign Investment Protection and Regulatory Failures as States' Contribution to the State of Necessity under Customary International Law: A New Approach Based on the Complexity of Argentina's 2001 Crisis », (2010) 27 Journal Of International Arbitration 141.

Alvarez, José E. « A BIT on Custom », (2009) 42 NYU J Int' l L & Pol 17.

Alvarez, José E. « Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'? », (2009) 60 Am U Int'l L Rev 943.

Alvarez, José E. « The Return of State », (2011) 20:2 Minnesota journal of international law 223.

Amarasinha, Stefan D et Juliane Kokott. « Multilateral investment rules » dans Muchlinski, Peter, Ortino Federico, Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxyford, Oxford University Press, 2008, 119.

Carlevaris, Andrea. « The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals », (2008) 9 The Journal of World Investment and Trade 35.

Newcombe, Andrew. « Sustainable Development and Investment Treaty Law », (2007) 8 J World Investment and Trade 370.

Anthea, Roberts. « Power And Persuasion In Investment Treaty Interpretation: The Dual Role Of States », (2010) 104 The Américan Journal Of International Law 179.

Arghyrios A., Fatouros. « International Investment Agreements and Development – Problems and Prospects at the turn of the Century » dans Hafer Gerhard et al, dir, *Liber amicorum – Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday*, The Hague, Kluwer Law International,1998, 115.

Audit, Bernard. « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil? » dans Leben, Charles dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, 185.

Baertschi, B. « Quel patriotisme à l'âge de la mondialisation? », (2003) 47Archives de philosophie du droit 121.

Baez, C et al. « Multinational Enterprises and Human Rights », (2000) 8 Yearbook of Int'l Law 183.

Banga, R. « Impact Of Government Policies And Investment Agreements On FDI Inflows », Working Paper no. 116, Indian Council for Research on International Economic Relations, New Delhi, novembre 2003.

Barberis, J. A. « Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine », (1992)235 Rec des Cours 87.

Bartels Frank L. « FDI Policy Instruments: Advantages and Disadvantages », (2009), Vienna, UNIDO, UNCTAD.

Bend, Pauline. « Repenser le concept de développement, des impasses d'un processus de standardisation des sociétés à la nécessaire d'un sens historique », (2007) 32: 3 Afrique et développement 72.

Bennett, Edmund H. « Public Meetings and Public Order: The United States », (1888) 4 LAW Q REV 237.

Bhala, Raj. « Book Review: International Rules: Approaches from International Law and International Relations », (1998) 23 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 737.

Bjorklund, K Andrea. « Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure » dans Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, XCIX.

Blackaby, Nigel. « Public Interest in Investment Treaty Arbitration », (2004) 1 TDM1.

Blomström Magnus et Ari Kokko. « The Economics of International Investment Incentives » dans Heinz Herrmann, Robert E Lipsey dir, *Foreign Direct Investment in the Real and Financial Sector of Industrial countries,* Verlad Berlin, Springer, 2003, 37.

Bolgar, Vera. « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », (1965) 17 :2 RIDC Revue internationale de droit comparé 329.

Bolle de Bal, Marcel. « Intérêt général et services publics : réflexions d'un semi-candide belge » dans Mappa Sophia, dir, *Essai historique sur l'intérêt général,* Paris, Karthala, 1997, 35.

Stern Brigitte. « The Contours of the Notion of Protected Investment », (2009) 24:2 ICSID Review 534.

Broches, A. « The Convention on Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction », (1966) 5 Colum J Transnat'l L 263.

Broches, Aron. « The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States », (1972) 136 Rec Des Cours 331.

Bruno Poulain, « L'investissement international : définition ou définitions? » dans Kahn Philippe et Thomas Wälde, dir, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 121.

Burdeau, Geneviève. « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans les contentieux économiques intéressant les États », (1995) 1Rev arb 3.

Burke-White, William W. et Andreas von Staden. « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », (2008) 48:2 Va J Int'l L 307.

Burke-White, William W. « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under Bits And The Legitimacy Of The ICSID System », (2008) 3 Asian J WTO & Int Health L&Policy 199.

Busse M., J Koeniger et P Nunnenkamp. « FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than A BIT? », (février 2008), Kiel Working Papers, no.1403, Kiel : Kiel Institute for the World Economy.

Büthe T. et Milner H.V. « Bilateral Investment Treaties And Foreign Direct Investment: A Political Analysis » dans Sauvant KP et Sachs LE, dir, *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, New York, Oxford University Press, 2004,171.

Cabrera Diaz, Fernando. « South American Alternative to ICSID in the Works as Governments Create an Energy Treaty », (2008) Investment Treaty News, Int'l Inst for Sustainable Dev.

Caliari, Aldo. « UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development: Potential and Issues », (2013) IISD Investment Treaty News.

Carbonneau, Thomas E. « Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », (1984) 36 :4 Revue internationale de droit comparé 727.

Carreau, Dominique, Flory Thiébaut et Patrick Juillard. « Chronique de droit international économique », (1986) 32 AFDI 603.

Castaneda, J. « The Underdeveloped Nations and the Development of International Law », (1961) 15 Int'l Org 38.

Cazala, Julien. « Traitement juste et équitable (transparence - protection des attentes légitimes) », (2007) Gazette du Palais - Les Cahiers de l'arbitrage, n° 348-349.

Levesque Céline. **«** Abaclat and Others v Argentine Republic: The Definition of Investment **»,** (2012) ICSID Review 1.

Chalamish, Efraim. « The Future of Bilateral Investment Treaties: A de Facto Multilateral Agreement? », (2009) 34:2 Brook J Intl'L 304.

Choudhury, Barnali. « Recapturing Public Power : Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », (2008) 41 Vand J Transnat'l L 775.

Christakis, Théodore. « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine : La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS contre l'Argentine », (2007) 4 Revue générale de droit international public 779.

Knahr, Christina. « *Investments in Accordance with Host State Law* », (2007) 4 TDM no 5.

Christina Knahr, Investments. « In Accordance with Host State Law » dans International Investment Law In Context, August Reinisch & Christina Knahr eds., 2008, 27 à la p 27.

Chunbao, Liu. « The Evolution of Chinese Approaches to IIAs » dans Armand de Mestral et Céline Lévesque, dir, *Improving International Agreements*, Abingdon, Oxon, New York, Routledge, 2013, 59.

Coe, Jack J. Jr. « Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes : A Preliminary Sketch », (2005) 12 U C Davis J Int'l L & Pol' Y 7.

Cohen, Abby. « State Responsibility And Attribution: When Is A State Responsible For The Acts Of State Enterprise » dans T Weiler, dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, 17.

Colard, Daniel. « La Charte des droits et devoirs économiques des États », (1975) 6 : 4 Études Internationales 439.

Cremades, Bernardo M. et David J. A. Cairns. « The Brave New World of Global Arbitration », (2002) 3 The Journal of World Investment 173.

d'Aspremont, Jean. « Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials », (2008)19:5 EJIL 1075.

de Schutter, Olivier. « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », (2006) 52 AFDI 55.

Delaume, G. « ICSID Arbitration Practical Considerations », (1984) 1 J Int' l Arb101.

Delaume, G. « ICSID And The Transnational Financial Community », (1986) 1: 2 ICSID Rev 237.

Delaume, Georges. « Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », (1982) 109 JDI 775.

Dession, George H. « Sanction, Law and Public Order », (1947–48) 8:1 Vand L Rev7.

Deswarte, M P. « Intérêt général, bien commun », (1988) 5 RDP 1289.

Howard, Mann. « Reconceptualizing International Investment Law: Its Role In Sustainable Development », (2013) 17:2 Lewis & Clark Law Review 521

Drago, Louis M. « State Loans in their Relation to International Policy », (1907) 1 AJIL 692.

Dumas, Michel. « Qu'est-ce que le nouvel ordre économique international? », (1976) 17: 66 Tiers-Monde 265.

Duplessis, Isabelle. « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail » (2004) 54 1RI/IR 52 à la p 56.

Duplessis, Isabelle, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » (2007) RQDI 245 (hors série).

Egger P. et Merlo V. « The Impact Of Bilateral Investment Treaties On FDI Dynamics », (2007) 30 The World Economy 1536.

Egger P. et Pfaffermayr M. « The Impact Of Bilateral Investment Treaties On Foreign Direct Investment », (2004) 32:4 Journal of Comparative Economics 788.

El Boudouhi, Saida. « L'intérêt général et les règles substantielles des investissements », (2005) 51 AFDI 542.

Emmerson, Andrew. « Conceptualizing Security Exceptions: Legal doctrine Or Political Excuse? », (2008) 11:1 Journal of International Economic Law 135.

Ewe-Ghee Lim. « Determinants of, and the Relation Between, Foreign Direct Investment and Growth: A Summary of the Recent Literature », (2001), International Monetary Fund (IMF), IMF Working Paper no 01/175.

Fabrice, Hatem. « Les dispositifs de promotion de l'investissement dans le monde », Notes bleues de Bercy, no 267 du 1er au 15 mars 2004.

Falk, Richard. « The New State and International Legal Order », (1966-II) 118 Rec des Cours 1.

Filipek, Jon. « European Quotas: The Controversy over the European Community's Broadcasting Policy », (1992) 28 Stan J Int'l L 323.

Fischer, Georges. « La souveraineté sur les ressources naturelles », (1962) 8 AFDI 516.
Fouret J. et D. Khayat. « Chronique CIRDI », (2006) 19:1RQDI 257.

Fouret, Julien. « CMC c LG & E ou l'état de nécessité en question » (2007) 2 Rev arb 249.

Franck, Susan D. « The Nature and Enforcement of Investor Rights Under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future », (2005) 12 U C Davis J Int'l L & Pol' Y 47.

Gaillard, Emmanuel. « Chronique des sentences arbitrales du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », (1999) 126 JDI 273.

Gaillard, Emmanuel. « Chronique des sentences arbitrales », (2009) 136 : 1JDI 334.

Gaillard, Emmanuel. « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » dans Jean-Marc Sorel, dir, *Le droit international économique à l'aube du XXÎ siècle n° 21, en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, coll Cahiers internationaux, Paris, Pedone, 2009,17.

Gaillard Yann et Guy Thuillier. « Qu'est-ce qu'un investissement? », (1968) 19 : 4 Revue économique 607.

Garcia, Carlos G. « All the Other Dirty Little Secret: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor State Arbitration », (2004)16 Fra J Int'l L 301.

Garcia-Bolivar, Omar E. « Définir un investissement au titre du CIRDI : Pourquoi le développement économique devrait être l'élément essentiel », (2012) 3 Investment Treaty News1, Int'l Inst for Sustainable Dev.

García-Bolívar, Omar E. « Economic Development At The Core Of The International Investment Regime » dans Chester Brown et Kate Miles, dir, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, 586.

Gehring Markus et Andrew Newcombe. « An Introduction to Sustainable Development » dans Cordonier Segger et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 6.

Gehring Markus et Avidan Kent. « Soustainble development and IIAs : From objective to Practice » dans de Mestral Armand et Céline Lévesque,dir, *Improving International Agreements*, Abingdon, Oxon ; New York, Routledge, 2013, 284.

Fitzmaurice, Gerald. « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law » *dans* Recueil des cours de l'académie de droit international 119 (1957).

Gess, K. N. « Permanent Sovereignty over Natural Resources: An Analytical Review of the United Nations Declarations and Its Genesis », (1964) 13:2 ICLQ 398.

Corsetti, Giancarlo. « What Caused The Asian Currency and Financial Crisis », (1999) 11:3Japan and the World Economy 305.

Ginsburg, Tom. « International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance », (2005) 25 Int'L Rev L & Econ 107.

Godin, Robert P. « L'intérêt général – Commentaire sur l'article 982 du Code civil du Québec ou "JE PUISE, MAIS N'ÉPUISE" », (2010) 69 R du B 137.

Grieg-Gran Maryanne et Johanna Edlund. « Attracting FDI That Contributes To Sustainable Development: A Review Of Current IPA Practice » dans IIED et WAIPA, dir, *Responsible Enterprise, Foreign Direct Investment and Investment Promotion*, IIED and WAIPA, London and Geneva, 2008, 17.

Guzman, Andrew T. « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », (1998) 38 Va J Int'l L639.

Habchi, Laetitia. « Les chartes sectorielles du Black Economic Empowerment : Une transition en douceur? », (2004) 2:210 Afrique Contemporaine109.

Hamida, Walid Ben. « L'arbitrage État/investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelles mesures l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? », (2005) 7 : 4 Forum 261.

Hamida, Walid Ben. « La notion d'investissement : la notion maudite du système cirdi? », (2007) 349 Gazette du Palais 33.

Hamida, Walid Ben. « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », (2008) 135 : 4 J D I 999.

Hamida, Walid Ben. « The Mihaly v Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-investment Expenditures » dans Weiler T dir, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May 2005, 47.

Hamida, Walid Ben. « Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control–Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo », (2007) 24:3 J Int'l Arb 287.

Hamida, Walid Ben. « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », (2009) 4 Gaz Pal 40.

Harding Torfinn et Javorcik, Beata Smarzynska. « Roll Out the Red Carpet and They Will Come: Investment Promotion and FDI Inflows », (2011) 121:557 The Economic Journal1445.

Helfer, Laurence. « Exiting Treaties », (2005) 91 Va L Rev 1579.

Hepburn, Jarrod et Vuyelwa Kuuya. « Corporate social responsibility and investment Treaties » dans Cordonier Segger, et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 585.

Hon. Charles Doherty Gonthier. « Foreword » dans Kerr Michael, Richard Janda et Chip Pitts, dir, *Corporate Social Responsibility: A Legal Analysis*, Markham, Ontario, LexisNexis, 2009.

Horchani, Ferhat. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », (2004) 2 JDI 367.

Hwang, Michael et Jennifer Fong lee Cheng. « Definition of "Investment": A voice From the Eye of the Storm », (2011) 1 Asian JIL 99.

Ibironke, T. Odumosu. « The Antinomies of the (Continued) Relevante of ICSID to the Third World », (2007) 8 San Diego Int'l LJ 345.

Ibold, Till Müller. « Foreign Investment in Germany : Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU Law » (2010) 1European Yearbook of International Economic Law 103.

Ichrak, Ayed et Mohamed Abida. « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain (2004) et canadien (2005) » dans Horchani, Ferhat, dir, *Òu va le droit de l'investissement*? *Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Éditions A Pedone, 2006,139.

IISD. « Tribunal Prepares for Amici curiae in Miners' Dispute with South Africa », (2008) Investment treaty news, Int'l Inst for Sustainable Dev.

Ivor, Jennings, W. « Public Order », (1971) 42:5 the political Quartely 175.

Jeroen, Schokkenbroek. « The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights » (1998) 19 Human Rights Law Journal 30 Council of Europe,

Joubin-Bret, Anna. « Admission and Establishment in the Context of Investment Protection » dans Reinisch August, dir, *Standards of Investment Protection*, Oxford, Oxyford University Press, 2008, 9.

Juillard, Patrick. « Investissements privés », (1984) 30 AFDI 744.
Juillard, Patrick. « L'évolution des sources du droit des investissements», (1994) 250 Rec des Cours 9.

Juillard, Patrick. « À propos du décès de l'AMI », (1998) 44 AFDI 595.

Juillard, Patrick. « Investissements privés » (1984) 30 AFDI 744.

Kassedjian, Catherine. « Public Order in European Law », (2007)1:1 Erasmus Law Review 25 .

Kentin, Esther. « Economic Crisis and Investment Arbitration: The Argentina cases » dans Philippe & Thomas W.Waelde eds, *New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Klaaren, Jonathan et David Schneiderman. « Investor-State Arbitration and SA's Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review », Working Paper, 10 août 2009.

Koering-Joulin, R. et J. F. Seuvic. « Droits fondamentaux et droit criminel », (1998) numéro spécial, AJDA 106.

Krishan, D. « A notion of ICSID investment », (2009) 6 TDM 1.

Jurgen, Kurtz. « Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis », (2010) 59 International Comparative Law Quarterly 340.

Lalive, Jean Flavien. « Contrats entre États et personne privée », (1983) 181 : 3 RCADI 9.

Latty, Franck. « Les techniques interprétatives du CIRDI », (2011) 2 RGDIP, t 115, 459.

Leben, Charles. « Evolution du droit international des investissements: un rapide survol » dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006,16.

Leben, Charles. « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », (2004) 50 AFDI 683.

Legouté, Jean Ronald. « Définir le développement, historique et dimension d'un concept plurivoque », (2001) 1 : 1 Cahier de recherche 1.

Lemieux, Charlotte. « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C.c.Q. : problèmes d'interprétation», (1992) 23 RDUS 191.

Lim, Ewe-Ghee. « Determinants of, and the Relation Between, Foreign Direct Investment and Growth: A Summary of the Recent Literature », (2001), International Monetary Fund (IMF), IMF Working Paper no 01/175.

Mahnaz, Malik. « Definition of Investment in International Investment Agreement, Best practices series », (2009) 1 IISD Bulletin1.

Mainguy, Claire Blaise Séverine. « L'impact des investissements directs étrangers sur les économies en développement », (2004) 20 Revue Région et développement 65.

Manciaux, Sébastien. « The Notion of Investment: New Controversies » (2008) 9:6 Journal of World Investment & Trade 443.

Marek, Jezwski. « Development Consideration in Defining Investment » dans Cordonier Segger et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 215.

Martinez, Elizabeth A. « Understanding the Debate Over Necessity: Unanswered Questions and Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases », (2012) 23 Duke Journal of Comparative & International Law 149.

McArthur, Kathleen S. et Pablo A. Ormachea. « International Investor-State Arbitration : An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction », (2009) 28 Rev Litig 559.

Mekinda Beng, Antoine. « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la conjoncture institutionnelle actuelle des états du tiers-monde en mutation », (2004) 58 Rev trim dr h 503.

Bothe, Michael. « Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations? » (1980) 11Netherlands Yearbook of International Law 65.

Miles, Kate. « Sustainable Development. National Treatment and Like Circumstances in Investment Law » dans Cordonier, Segger et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 265.

Mohsin, Habib. « Corruption and Foreign Direct Investment », (2002) 33:2 Journal of International Business Studies 291.

Moon,William J. « Essential Security Interests in International Investment Agreements », (2012) 15 J Int'l Econ L 481.

Morin, Jacques-Yvan. « Ordre économique international et droit au développement », (1991) 7 : 2 RQDI 118.

Mortenson, Julian D. « The Meaning of "Investment" : ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law », (2010) 51 Harv Int'l LJ 258.

Muchlinski, Peter. « Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard », (2006) *55* I C LQ 567.

Muchlinski, Peter. « The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? » (2000), 34 Int'l Law 1033.

Muller, Daniel. « L'investissement étranger : Tentative d'identification » dans Patrick Daillier, dir, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Édition pedone, 2004, 645.

Nguyen, Huu-Tru. « Le réseau suisse d'Accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements », (1988) 92 RGDI Pub 577.

Neumayer, Eric et Laura Spess. « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment in Developing Countries? », (2005) 33 World Dev 1567.

Neumayer, Eric. « Self-interest, Foreign Need and Good Governance: Are Bilateral Investments Treaty Programs Similar To Aid Allocation? », (2006) 2:3Foreign Policy Analysis 245.

Newcombe, Andrew. « General Exceptions in International Investment Agreements », Draft Discussion Paper, Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference , London 13th and 14th May 2008.

Newcombe, Andrew. « General exception in international agreements» dans Cordonier, Segger, et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 368.

Blackaby, Nigel. « Public Interest in Investment Treaty Arbitration », (2004) 1 Transnational Dispute Managment 1.

Nolan, Micheal D. and Frederick G Sourgens. « The Limits of Discretion? Self-judging emergency clauses in international investment agreements » dans Karl P Sauvant, (2010/2011) Yearbook on International Investment Law and Policy, 363.

Noureddine, Gara. « Consentement et droit de l'investissement » dans Ferhat Horchani, dir, *Òu va le droit de l'investissement*? *Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Éditions A. Pedone, 2006, 45.

P, Noel. « La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re) construction du marché mondial », (2000) 20 Cahier de recherche de l'Institut d'économie et de politique de l'énergie 1.

Parra, Antonio R. « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », (1997) 12 ICSID Rev-FILJ 287.

Parra, Antonio R. « ICSID and New Trends in International Dispute Settlement », (1993) 87 ASIL PROC 2.

Paulsson, Jan. « Arbitration Without Privity », (1995) 10:2 ICSID rev 232.

Paulsson, Jan. « Jurisdiction and Admissibility » dans *Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution*, Gerald Aksen Et Al. Eds., ICC publication, 2005, 601.

Peel, Michael et Jane Croft. « Arbitration : Case Closed », Fin Times, (15 avril 2010, 7: 00 PM GMT).

Peterson, Luke Eric. « European Mining Investors Mount Arbitration Over South African Black Empowerment », (2007) Investment Treaty News, Int'l Inst for Sustainable Dev.

Issalys, Pierre et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis du droit des institutions administratives*, 2e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2002.

Pilch, Genady. « The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties », (1992) 86 Am Soc'y Int'l L Proc 532.

Polasek, Martina. « The Threshold for Registration of a Request for Arbitration under the ICSID Convention », (2011) 5 DRI 177.

Potestà, Michele. « The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws » (2011) 27:*2* Arb Int'l 149.

Dupuy, R. J. « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la soft law » dans L'élaboration du droit international public, colloque SFDI, 1975 à la p132

Moloo, Rahim and Alex Khachaturian. « The Compliance With The Law Requirement In International Investment Law », (2011) 34:6 Fordham International Law Journal 1473 à la p 1480.

Rangeon, François. « L'intérêt général et les notions voisines » dans Bartha, Maria Knoppers et Yann Joly, dir, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008.

Reinisch, A. « Necessity In International Investment Arbitration—An Unnecessary Split Of Opinions In Recent ICSID Cases? », (2007) 8 J World Invest Trade 191.

Reinisch, August. « Necessity in Investment Arbitration », (2010) 41Netherlands Yearbook of International Law137.

Romain, J. F. « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, dans l'ordre public : Concept et application », Bruxelles, 1995.

Rose-Ackerman S and Billa B. « Treaties and National Security », (2007) Yale Law and Economics research paper no. 351.

Rubins, Noah. «The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration » dans Horn, Norbert et Stefan Michael Kröll, dir, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, aucun lieu, Kluwer Law *International* 2004, 283.

Salacuse, J. W. et Sullivan N P. « Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », (2005) (46) Harv Int'l LJ 67.

Salem, M. « Investissement étranger et droit international » dans Leben, Ch, Loquin E et Salem M, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle*, vol 20, Paris, Litec, 2000, 367.

Salomon, Jean J. A. « Le procédé de la fiction internationale », (1974) 11 Rev b dr intern11.

Sattorova, Mavluda. « Defining Investment Under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos, and Beyond », (2012) 2 Asian JIL 267.

Saunders-Hastings, Emma. « The Assymetrical Legalization of Investment Regimes in Africa : Lessons from Water Privitazation » dans Cordonier, Segger, et al, dir, *Sustainable Development in the World of Investment Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 457.

Schill, Stehpan & Robyn Briese. « If The State Considers : Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement », (2009) 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law 61 .

Schill, Stehpan & Robyn Briese, « If The State Considers : Self-Judging Clauses In International Dispute Settlement » (2009) 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law 61 .

Schloemann, Hannes L. and Stefan Ohlhoff .« Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence », (1999), 93:2 American Journal of International Law 424 à la p 426.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz. « Ordre Public (Public Order) » dans Rudolf Bernhardt, dir, III Encyclopedia Of Public International Law, vol3, Amsterdam, 1997, 788.

Shafaeddin, M. « What did Frederick List actually say? Some Clarifications on the Infant Industry Argument », CNUCED Discussion Papers, Geneva, CNUCED, 2000.

Shany, Y. « Contract Claims vs. Treaty Claims : Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims », (2005) 99 AJIL 835.

Shihata, Ibrahim et Parra A R. « The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID Review », (1999) 14:2 ICSID-FLLJ 308.

Shihata, Ibrahim. « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA », (1986) 1ICSID Review -FI LJ1.

Soloway, J. « NAFTA's Chapter Eleven: The Challenge of Private Party Participation », (1999) 16 J Int'l Arb1.

Sornarajah, M. « Portfolio Investments and the Definition of Investment », (2009) 24:2 ICSID Rev 516.

Sornarajah, M. « State Responsibility and Bilateral Investment Treaties », (1986) 20 J World Trade L 79.

Stanimir, Alexandrov. « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It? », (2006) 5:1 Chinese JIL 29.

Stern, Brigitte. « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : Que disent les travaux préparatoires? » dans Mélanges en l'honneur de Philippes Khan, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, vol 20, Paris, Litec, 2000, 223.

Stern, Brigitte. « The Future of International Investment Law: A Balance between the Protection of Investors and the States' Capacity to Regulate » dans Alvarez J E et K P Sauvant, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options,* Oxyford, Oxford University Press, 2011, 174.

Spears, Suzanne A. « Making Way For The Public Interest In International Investment Agreements » dans Chester Brown et Kate Miles, Evolution in investment treaty law and arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2012 , 271.

Sylvain Allemand, Dagorn René-Éric Et Vilaça Olivier, « L'Occident, c'est l'Europe + l'Amérique du Nord », La géographie contemporaine, coll Idées reçues, n° 102, Cavalier bleu, 2005 aux pp 67-71.

Taylor, John. « Sovereign Wealth Funds and Their Regulation » dans Mario Giovanoli / Diego Devos, dir, *International Monetary and Financial Law: The Global Crisis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 275.

Tévoédjré, Albert. « Pour un contrat de solidarité », (1976) 4 Revue internationale des sciences sociales 706.

The Economist. « Argentina' s Collapse : A Decline Without Parallel », (2002) 26.

Tienhaara, Kyla. « Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments », (2007) 16:2 RECIEL 230.

Tobin, J. et S. Rose-Ackerman. « Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment? », (2006), Yale University, Mimeo.

Tobin, J. et S. Rose-Ackerman. « Foreign Direct Investment And The Business Environment In Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties », (2003) William Davidson Institute Working Paper no. 587.

Tomuschat, C. « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », (1999) 281 : 10 Recueil des Cours 25.

Tümay, Murat. « The "Margin Of Appreciation Doctrine" Developed By The Case Law Of The European Court Of Human Rights », (2008) 5:2 Ankara Law Review 201.

Tsai-fang, Chen. « The Standard of Review and the Roles of ICSID Arbitral Tribunals In Investor-State Dispute Settlement » (2012) 5: 1Contemporary Asia Arbitration Journal 23.

Tzanakopoulos, Antonios. « Denunciation of the ICSID Convention Under the General International Law of Treaties », dans Rainer Hofmann et Christian J Tams, dir, *International Investment Law And General International Law: From Clinical Isolation To Systemic Integration*?, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden: Nomos, 2011, 75.

Ursula, Kriebaum. « Investment Arbitration : Illegal Investment » dans Christian Klausegger, Peter Klein, et al. dir, Austrian Arbitration Yearbook 2010, (C.H.Beck, Stämpfli & Manz 2010) 307 à la p 308.

Van Harten, M. Loughlin. « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law » (2006) 17:1EJIL/JEDI121

Van Houtte, Hans. « International Investment Treaties and Arbitration as Imbalanced Instruments: A Re-visit », (2010) 13:3 Int'l Arb L Rev 81.

Vandevelde, Kenneth J. « Investment Liberalization and Economic Development: the Role of Investment Bilateral Treaties », (1998) 36 Colum J Transnat'l L 501.

Vandevelde, Kenneth J. « Rebalancing Through Exceptions » (2013) 17:2 Lewis & Clark Law Review 449.

Vandevelde, Kenneth J. « The Bilateral Investment Treaty Program of the United States », (1998) 21 Cornell Int'L LJ 201.

Vandevelde, Kenneth J. « Treaty Interpretation from a Negotiator´s Perspective », (1988) 21 Vand JTransnat'l L 281.

Vandevelde, Kenneth J. « US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave » (1993)14 Michigan Journal of International Law 621.

Vandevelde, Kenneth J. « A Brief History of International Investment Agreements », (2005)12 U C Davis J of Int'l L & Pol'y 157.

Vandevelde, Kenneth J. « Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs », (1993) 11 Int'l Tax & Bus Law 159.

Vandevelde, Kenneth J. « The Economics of Bilateral Investment Treaties », (2000) 41 Harv Int' L L.J 469.

Vincentelli, Ignacio A . « The Uncertain Future of ICSID in Latin America », (2010) 16 Law & Bus Rev Am 409.

Vis-Dunbar, Damon. « Malaysian Historical Salvors jurisdictional award annulled; committee split on question of economic development as criteria of ICSID investments », (2009) Investment treaty news 1, Int'l Inst for Sustainable Dev.

W, Friedmann. « Legal Philosophy and Judicial Lawmaking », (1961) 61Colum L Rev 821.

Wachsmann, P. « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans Mélanges J. Schwob, *Le droit des Organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 241.

Wada, Emily. « A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide », (2005) 27 Loy LA Int' l & Comp L J à la p 269.

Wallace, Perry E. « International Investment Law and Arbitration, Sustainable Development, and Rio+20: Improving Corporate Institutional And State Governance », (2012)12:3 Sustainable Dev L & Pol' y 22.

Weber, Joerg. « Balancing Private and Public Interests in International Agreement », (2008) TDM 1.

Wong,Wing-wah Mary. « The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights », (1984) 17 NYU J INT'L L& POL 35

Yala, F. « The notion of "investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement ? Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS and Mihaly », (2005) 22: 2 J Int'l Arb 105.

Zhan, James. « Investment policies for sustainable development: addressing policy challenges in a new investment landscape » dans Roberto Echandi, Pierre Sauvé, *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 16.

Sites Internet

Agence éthiopienne de promotion des investissements, en ligne: EIA< http://www.eia.gov.et/english/about/about_eia>.

Agence de promotion des investissements djiboutienne, en ligne: Djibouinvest <http://www.djiboutinvest.com/index.php?option=com_content&view=article&id=311&Itemid=661>.

Agence de promotion des investissements du Burundi, Décret présidentiel n° 100/177 du 19 octobre 2009, en ligne: Investburundi < http://www.investburundi.com/fr/mission>

Abi Saab, G. *Définition de la soft law, l'indéfinissable fourre-tout*, en ligne: RSE<http://rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf>.

Be Boone, Joshua. « How Developing Countries can Adapt Current Bilateral Investment Treaties to Provide Benefits to Their Domestic Economies » (2010), en ligne: Works be press : <http://works.bepress.com/joshua_boone/1>.

Bernier, Yvan, « Document de réflexion sur : Mondialisation de l'économie et diversité culturelle : » les arguments en faveur de la préservation de la diversité culturelle » (12 décembre 2000), Deuxième Concertation intergouvernementale sur le thème de la promotion de la diversité culturelle, Paris, en ligne: francophonie <http : //www.francophonie.org/IMG /pdf/ Mondialisation _ economie_et_div_cult.pdf>.

Conseil de l'Union européenne, *Conclusions sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, 3041ème session du Conseil, Affaires étrangères, Luxembourg, 25 octobre 2010, en ligne: Conseil de l'Union européenne <http://www.eutrio.be/files/bveu/ media/documents/ Press_release/Conclusions_politique_investisse ments_internationaux.pdf>.

Définition de la *soft law*, l'indéfinissable fourre-tout, en ligne: RSE< rse.univ-lille1.fr/IMG/pdf/Soft_law.pdf>.

D Vis-Dunbar, « Norway Shelves its Draft Model Bilateral Investment Treaty » (8 juin 2009), IISD Investment Treaty News, en ligne: Investment Treaty News< www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/>.

D Vis-Dunbar, « United States Reviews Its Model Bilateral Investment Treaty » (5 juin 2009) IISD Investment Treaty News, en ligne : IISD <http://www.iisd.org/itn/2009/04/23/malaysian-historical-salvors-jurisdictional-award-annulled-committee-split-on-question-of-economic-development-as-criteria-of-icsid-investments/>.

Delmas-Marty, Mireille, « *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique* », Conférence publique présentée à Genève, novembre 2006; en ligne : ILO <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/delmas.pdf>.

Fon,Vincy, « Treaty Formation and Reservations » (2010), en ligne: SSRN <http:// ssrn.com/abstract=1665251 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1665251>.

Hohnen, Paul, « Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales : Pour une gestion responsable », en ligne: OCDE <http://www.observateurocde. org/news/archivestory.php%20%20/aid/%202249/Les_Principes_directeurs_de_l_OCDE__E0_l _intention_des_multinationales.html">.

Horchani, Ferhat, « Le statut de l'investisseur étranger », en ligne: URDRI <http://www.urdri. fdspt.rnu.tn/ articles/ etranger/ etranger_horchani.pdf>.

Koubi Geneviève, « La déférence, un devoir sans droit? » Communications, 69, 2000 à la p 204, en ligne: Persée <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/comm_05888018_2000_num_69_1_20 56>.

Kenya Investment Authority, en ligne: KenInvest <http://www.investmentkenya.com/>.

Leon Peter, Jonathan Veeran et Erin Warmington, « South Africa: South Africa Declines to Renew Bilateral Investment Treaties with European Union Member States » (26 juillet 2012), en ligne: Mondaq <http://www.mondaq.com/x/199586/ international+trade+ investment/ South+Africa+Declines+To+Renew+Bilateral+ Investment+Treaties+ With+European+Union+ Member+States>.

Les Échos, « La nécessité d'une définition dans le futur : Livre blanc sur la Défense et Sécurité nationale » (26 septembre 2011), en ligne: Lesechos <http://lecercle.lesechos.fr/economie-societe/societe/autres/221138059/secteurs-strategiques-necessite-definition-futur-livre-bla>.

Loungani Prakash et Assaf Razin, « How Beneficial is Foreign Direct Investment for Developing Countries? », (2001) 38(2) Fin & Dev, en ligne: FMI < http://www.imf.org/ external/ pubs/ft/ fandd/2001/06/ loungani.htm >.

Monebhurrun, Nitish, « Are Bilateral Investment Treaties Contemporary Unequal Treaties? », en ligne: IJCL <http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1 /8751632/ ijcl_vol.1_1_-_article_by_ nitish. Pdf>.

OCDE, « Le décrochage de l'aide aux pays pauvres se poursuit à mesure que les gouvernements serrent la vis budgétaire » (3 avril 2013), en ligne: OCDE <http://www.oecd.org/fr/cad/stats/le-decrochage-de-laide-aux-pays-pauvres-se-poursuit-a-mesure-que-les-gouvernements-serrent-la-vis-budgetaire.htm>.

ÖZDEN Melik, Sociétés transnationales et droits humains : État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », CETIM, 2005, en ligne: Cetim <http://www.cetim.ch/fr/publications_details.php?pid=125>.

Poulain, Bruno. « L'arbitrage investisseur-État et le droit français des immunités de l'État étranger », en ligne: Cbpavocats <http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat-et-immunit%C3%A9s.pdf>.

Rencontre nationale avec le peuple d'Afrique du Sud, « Black Economic Empowerment, discrimination positive » (17 janvier 2009), en ligne: RENAPAS <http://renapas. rezo.net/article.php3?id_article=269>.

The Carter Center, « République Démocratique du Congo : Développement ou Appauvrissement des Communautés Locales? Rapport d'impact des investissements miniers étrangers sur les droits humains : Cas des investissements Chemical of Africa (Chemaf) et Ruashi Mining au Katanga » (octobre 2012), en ligne : Carter Center <http://www.cartercenter.org/resources/ pdfs/ news/peace_publications/human-rights/carter-center-mining-governance-HRIA-Oct2012.pdf>.

UNIDO, « European Commission to boost capacity-building of Investment Promotion Agencies in sub-Saharan Africa » (10 mai 2011), en ligne: UNIDO<http://www.unido.org/index.php%3 Fid%3D4 835%2 6ucg_no64%3 D1/DATA1/ DATA1/data/fileadmin/media/documents/pdf/Forum/index.php?id=7881&tx_ttnews% 5Btt_news%5D=893&cHash= 6ff9d1a36f121cb1219df3ce095bab48>.

Van Aaken Anne et Tobias A Lehmann, « Investment and Sustainable Development: Developing a New Conceptual Framework » (2011), Working paper no 2011-10, en ligne: SSRN: <www.ssrn.com>.

Vis-Dunbar, D, « Norway Shelves its Draft Model Bilateral Investment Treaty » (8 juin 2009), IISD Investment Treaty News, en ligne: Investment Treaty News<www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/ 2009/ 06/08/>.

Vis-Dunbar, D, « United States reviews its model bilateral investment treaty » (5 juin 2009) IISD Investment Treaty News, en ligne: IISD <http://www.iisd.org/itn/2009/04/23/malaysian-historical-salvors-jurisdictional-award-annulled-committee-split-on-question-of-economic-development-as-criteria-of-icsid-investments/>.

Zanatta Mariana, Ionara Costa et Sergey Filippov, « Foreign Direct Investment: Key Issues for Promotion Agencies » (2006), 10 Policy Brief 1 à la p 1, en ligne: Université des nations Unies http://www.merit.unu.edu/publications/pb/unu_pb_2006_10.pdf

Wentzel, Webber, « SA declines to renew bilateral investment treaties with EU member states », (premier octobre 2012), en ligne: Polity < http://www.polity.org.za/article/sadeclines-to-renew-bilateral-investment-treaties-with-eu-member-states-2012-10-01>.

Rapports et autres documents officiels

Accord général sur le commerce des services, (15 avril 1994), 1869 UNTS 183.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), (30 octobre 1947) 61 Stat A11, 55 UNTS 194.

Action concertée en vue du développement économique des pays économiquement peu développés, Rés 1515 (XV) AGNU, 948e séance plénière (1960).

AGNU, Rapport du Secrétaire général des Nations Unies, *Décennie des Nations Unies pour le développement, Mesures proposées*, Doc off NU, Doc E/3613/62. II.B.2, (1962).

Charte des droits et devoirs économiques des États, Rés AG 3281 (XXIX), Doc Off AG NU, 29e sess, supp n ° 31, Doc NU A/9946, (1974)53.

Charte des Nations Unies, 1945, *R T Can 1945 n7* (entrée en vigueur : 24 ctobre 1945).

CNUCED, *Base de données sur l'IED et les STN*, en ligne : CNUCED <www.unctad.org/fdistatistics>.

CNUCED, *Consensus de Sao polo, São Paulo*, Distr. Générale, TD/410 (2004).

CNUCED, *Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement : Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2009/5 (2009).

CNUCED, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, *La protection de la sécurité nationale dans les Accords internationaux d'investissement (AII)*, Doc off CNUCED, Doc NU. UNCTAD/DIAE/IA/2008/5 (2009).

CNUCED, *Examen de la politique d'investissement, Burkina Faso*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/PCB/2009/4 (2009).

CNUCED, *Portée des définitions*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2010/2 (2011).

CNUCED, *Portée et définitions*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2010/2 (2011).

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012, vue d'ensemble : Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement* (2012).

CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux Accords internationaux d'investissement II*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2010/1 (2010).

CNUCED, *Trends in International Investments Agreements* : An Overview, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/13 (1999).

CNUCED, *World investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy* (2010).

CNUCED, *World Investment report, Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, United Nations, New York and Geneva (2007).

CNUCED, *World Investment Report: The Shift Towards Services*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/WIR/2004 (2004).

Commission mondiale sur l'Environnement et le Développement, *Rapport Notre Avenir à tous*, 1987.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 22 : Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion),* 30 juillet 1993, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I) 240.

Conseil d'État français, « *L'intérêt général, rapport public* », Études et documents no 50, la documentation française, Paris 1999.

Constitution de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en tant qu'organe de l'Assemblée générale, Rés AG 1995 (XIX), Doc off AG NU, 19e sess, supp no 15, Doc NU A/5815 (1965).

Convention d'assistance mutuelle en matière de lutte contre la criminalité, entre la France et le Djibouti, 27 septembre 1986 (entrée en vigueur : premier août1992), UNTS vol 1695 no 297.

Convention européenne de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (Ouverte à la signature le 11 avril 1950), 213 UNTS 221, ETS 5.

Convention pour la protection des droits humains et des libertés fondementaux, 213UNTS 222 (4 novembre 1950).

Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, Rés AGNU 3201 (S-Vl), Doc Off AGNU, 6e sess extra, supp no 1, Doc NU N9596 (1974) 3

Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable, avril 2002, Résolution 2/2002.

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res 2624, UN GAOR

Supp (No. 28) 121, UN Doc A/8028 (1971) en ligne: untreaty <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>.

Développement économique intégré et Accords commerciaux, Rés AG 523 (VI), Doc Off AG NU, 6e sess, supp no 20, (1952), 20.

Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles, Rés AG 626 (VII), Doc Off AGNU, 7e sess, supp no 20, (1952) 8.

European Parliament, *Resolution on Corporate and Social Responsibility in International Trade Agreements*, Doc. 2009/2201(INI), (11 novembre 2010).

European Parliament, Resolution on the future European International Investment Policy, Doc (2010/2203(INI)) (6 avril 2011).

G20 Heads of State, *Core Values for Sustainable Economic Activity*, United Kingdom, London, April (2009), en ligne : Reuters <http://www.reuters.com/article/2009/09/25/us-g20-communique-annex-sb-idUSTRE58 O6W520 09 0925>.

G8 Summit, *Responsible Leadership For A Sustainable Future*, Aquila, Italie, juillet 2009 au para 49, en ligne : Sommet G8 <http://www.g8italia2009.it/static/G8_Allegato/G8_ Declaration_08_07_09_final%2c0.pdf>.

Identification des pays en voie de développement les moins avancés, Rés AG 2768(XXVI), Doc off AGNU, 26e sess, supp no 29, Doc NU A/8429 (1972) 54.
John Ruggie, *Protéger, respecter et réparer : un cadre conceptuel pour les entreprises et les droits de l'Homme*, A/HRC/8/5, 7 avril 2008.

Independent evaluation office of the IMF in Argentina, 1991-2001, *Report on the Evaluation of the Role of the IMF in Argentina, 1991–2001 Appendix IX*.

Letter from David Choquehuanca Cespedes, Foreign Affairs Minister, Bol., to Paul Wolfowitz, President, World Bank, Cancillería Oficializa la Salida de Bolivia del CIADI [Ministry of Boliva Officially Exits ICSID] (May 1, 1997), reproduite dans 46 I.L.M. 973 (2007).

Luke Eric Peterson, « Bilateral Investment Treaties –Implications for Sustainable Development and Options for Regulation », FES, Report on Dialogue on Globalization, Conférence tenue à Berlin le 10 décembre 2006.

Ministry of economy and production, « Argentina : Advantages of Investsting Today », en ligne: Argentina trade <http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/material/adi2.pdf>.

Morgan, Peter. « Capacités et développement des capacités, quelques stratégies », Notes préparées pour la Direction des orientations sociales et politiques, Direction générale des politiques, ACDI Octobre 1998 à la p 3, en ligne : SIFEE :

<http://www.sifee.org/Actes/synthese_EE_2009/Contenu_Formation/D_Enjeux_Transversaux_02/002_Renforcement_des_Capacites/005_StrategiesF.pdf>.

Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc off CES, Doc NU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, en ligne: NU <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fa319e648a7b3389c1256d5900459385?Open document>.

Nations Unies, Commission des droits de l'homme, E/CN.4/1985/4, 28 septembre 1984, *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, en ligne:<UNHCR<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4672bc122>.

Nations Unies, « Le Pacte mondial » , en ligne: NU <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/dix_principes.html>.

Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc off CES, Doc NU E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

Note by the UNCTAD Secretariat, « International Investment Rulemaking », 22 May 2007, TD/B/COM.2/EM.21/2.

OCDE, « L' « expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement », Documents de travail sur l'investissement international, Numéro 2004/42004.

OCDE, Comité de l'investissement étranger, *Codes de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes : Guide de référence (*2007).

OCDE, Conseil de ministres, *Déclaration sur la croissance verte*, C/MIN(2009) 5/ADD1/FINAL, (2009).

OCDE, Conseil, *Projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 1967.*

OCDE, Direction des échanges et de l'agriculture participants à l'arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public, *Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, TAD/PG (2013) 1.

OCDE, Investment Division, *Policy Framework For Investment User's Toolkit*, 2011.
OCDE, *National security approaches to foreign investment in"critical" infrastructure*, Document de travail no DAF/INC/WD(2007) 21/REV1.3 (2008).

OECD and South East Europe Compact For Reform, *Investment, Integrity And Growth, Strategic Investment Promotion Successful Practice in Building Competitive Strategies*, 2002.

OECD, MENA- OECD Investment Programme, *Assessment Of Challenges Faced By Mena Investment Promotion Agencies And Investment Promotion Guidelines For The Mena Region: A Summary Overview Of Mena Ipas And Recommendations For Future Actions*, en ligne, OCDE <http://www.oecd.org/mena/investment/36086726.pdf>.

OCDE, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), DAFFE/MAI (98) 7/REV1, en ligne: OCDE< http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.

OCDE, *Principes directeurs pour les entreprises et les droits de l'homme : mise en œuvre du cadre « Protéger, respecter et réparer »*, en ligne: OCDE < http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-901/responsabilite-sociale-des-22057/les-referentiels-internationaux-et/article/les-principes-directeurs-de-l-ocde>.

OCDE, *Recommandation du Conseil concernant les mesures se rapportant au traitement national prises par les pays membres pour des motifs tenant à l'ordre public et aux intérêts essentiels de leur sécurité,* 16 juillet 1986 - C (86)55/FINAL.

OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204e session (Genève, novembre 1977), telle qu'amendée par le Conseil à sa 279e session (Genève, novembre 2000) et à sa 295e session (mars 2006).

ONU, IIe *Commission, Développement économique des pays insuffisamment développés*, A/972 du 19 octobre 1949.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, (entrée en vigueur : le 23 mars 1976).

PNUD, Division du renforcement de la gestion et de la gouvernance, *Renforcement des capacités*, Document de référence technique no. 2, New York, PNUD, en ligne : PNUD< http://magnet.undp.org/docs/cap/Capdevfr.pdf>.

PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain,* 2001 en ligne : PNUD <hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh2001>.

Principles Guiding Consideration of Foreign Government Related Investment in Australia, février 2008, en ligne: Gouvernement australien <http://www.treasurer.gov.au>.

Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, Rés AGNU 3202 (S-VI), Doc Off AGNU, 6e sess extra, supp no 1, Doc NU N9596 (1974) 5.

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), UN. Int' l Law Comm' n, UN doc A/56/10 (2001).

Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965.
Rapport du sommet mondial pour le développement social, Copenhague, 6-12 mars 1995.

Traité établissant la Communauté européenne dans sa version consolidée, (24 décembre 2002), 2002 O.J. (C 325) 33, en ligne: < http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2002/c_325/c_32520021224en 00010184.pdf>.

Recommandations concernant le respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes, Rés AG 1314 (XIII), Doc off AGNU, 13e sess, supp no18, 788e séance (1958) 27.

Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI, Doc. ICSID/11.

Republic of South Africa, *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review : Executive Summary of Government Position Paper*, Notice 961 OF 2009, no.32386, Government Gazette, (7 juillet 2009).

Souveraineté permanente sur les ressources naturelles Rés AGNU 1803 (XVII), 1197e séance plénière (1962) 15.

Teixeira, Alessandro. « Message from AlessandroTeixeira, WAIPA President, World Association of Investment Promotion Agencies », WAIPA annual report, 2009.

The *2012 Joint Statement by the European Union and the United States*, issued under the auspices of the Transatlantic Economic Council.

UNCTAD, *Aftercare. A Core Function in Investment Promotion*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IPC/2007/1 (2007).

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/7 (1998).

UNCTAD, *Report of the Ad Hoc Expert Meeting on Advocacy for Investment Policies with Particular Reference to the Development Dimension*, Doc off CNUCED, Doc NU TD/B/COM.2/AHM.1/1 (2006).

UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims*, IIA Issues Note No 2 (2010).

UNCTAD, *Evaluating Investment Promotion Agencies*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/PCB/2008/2 (2008).

UNCTAD, *Incentives*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/2003/5 (2004).

UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/18 (2000).

UNCTAD, *International Investment Policymaking In Transition: Challenges And Opportunities Of Treaty Renewal*, Issues Note No 4 (2013).
UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)*, United Nations, (2012).

UNCTAD, *Investment Promotion Agencies As Policy Advocates*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IPC/2007/6 (2008).

UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No1 (2012).
UNCTAD, *Latest Developments in Investment–State Disputes* Settlement, IIA ISSUES NOTE, no. 1 avril 2014, en ligne; <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>.

UNCTAD, *Recent developments in International Investment Agreements*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8 (2009).

UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Updated for the Multilateral Dialogue on Investment*, Issue note no 1 (28-29 mai 2013).

UNCTAD, *Report on the Export Meeting on Development Implications of International investment Rulemaking*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/TD/B/COM.2/EM.21/3 (2007).
CNUCED, *Scope and definition*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol II) (1999).

UNCTAD, *South-South Investment agreements proliferating*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2006/1 (2006).

UNCTAD, *The REIO Exception in MFN Treatment Clauses*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/ITE/IIT/2004/7 (2004).

UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, Doc off CNUCED, Doc NU UNCTAD/DIAE/IA/2009/5 (2009).

UNCTAD, *World Investment directory :Volume IX :Latin America and Caribbean 2004*, United States, New York and Geneva, 2004.

UN Conference on Trade & Employment, *Havana Charter for an International Trade Organization, Final Act and Related Documents*, UN Doc E/Conf.2/78, UN. Sales No. 1948.II.D.4 (1948).

United Nations industrial development organization (UNIDO), *Guidelines for Investment Promotion Agencies, Foreign Investment Flows to developing countries*, Vienna 2003.

US Dep't of State, Pub no 2598, *Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations* (1946), en ligne: World Trade Law <www.worldtradelaw.net/misc/Suggested%20Charter.pdf>.

World Trade Organization, Working Group on Relations Between Trade and Investment, Note by the Secretariat, WT\WGII\W\108, (21 mars 2002).

Written Comments Concerning the Administration's Review of the U.S. Model Bilateral Investment Treaty, (Public Notice 6693), 74:133 Fed Reg 34071 (2009) 34071.

<u>Conférences/Séminaires/Présentations</u>

Ahiou Ahmed M, « Les implications du nouvel ordre économique et le droit international », Communication présentée au colloque organisé par la Faculté de Droit d'Alger, sur le thème suivant : Droit international et développement, 11 au 14 octobre 1976.

Barton Legum, « Defining Investment and Investor:Who Is Entitled to Claim? », Communication presentée au Symposium co-organisé par le CIRDI, l'OCDE et la CNUCED, Paris, 12 décembre 2005.

Bébéar, Claude, « L'investissement international et la souveraineté des États », Présenté à Montréal dans Les conférences Gérard-Parizeau, 7e conférence, 5 avril 2006, en ligne : HEC <http://www.hec.ca/fonds_gerard_parizeau/ conferences/conference_bebear.pdf>.

Corneliu, Russu, « La Contribution des Investissements Étrangers à la Restructuration Industrielle en Roumanie », Communication présentée au 54-ème Congrès de l'Association internationale des économistes de langue française (AIELF), Aix-en-Provence, France, 23 au 25 mai 2005.

De l'intérêt général à l'utilité sociale? La reconfiguration de l'action publique entre État, associations et participation citoyenne, Journée d'étude organisée sous l'égide de l'EHESS, du LASMAS et du GREE, prévue pour le 11 janvier 2005, en ligne : Calenda <http://calenda.revues.org/nouvelle4385.html>.

Devaney, Margaret, « Leave it to the Valuation Experts?: The Remedies Stage of Investment Treaty Arbitration and the Balancing of Public and Private Interests», Présenté à Third Biennial Global Conference, National University Of Singapore, NUS Faculty Of Law, Centre For International Law, 12 au14 juillet 2012.

Tesón, Fernando R et al, « Should Investment in the Third World Be Internationnally Protected? What Role for the United Nations? », (1985) Proceedings 79th American Society of International Law of the Annual Meeting, New York, 27 avril 1985.

Gibbs, Murray, « Special and Differential Treatment in the Context of Globalization », Note présentée au G15 Symposium on Special and Differential Treatment in the WTO Agreements, New Delhi, 10 décembre 1998.

Hwang, Michael, « Definition Of "Investment": A Voice From The Eye Of The Storm », A Presentation for The Second Biennial Conference, The Asian Society of International Law, en ligne: Society of International Law <http://asiansil-jp.org/wp/wp content/uploads/2012/07/michael_hwang.pdf>.

X Zhan, James, « Making The Most Of International Investment Agreements: A Common Agenda », Symposium coorganisé par le CIRDI et la CNUCED, OCDE, Paris 12 décembre 2005, en ligne OCDE : <http://www.oecd.org/ daf/inv/international investmentagreements /3605 3809.pdf>.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité –entre intérêts privés et intérêt public? », Conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais

d'arbitrage à Beyrouth, en ligne : LK-K< http://www.lk-k.com/data/document/arbitrage-investissement-entre-contrat-traite-entre-interets-prives-interet-public-i.e.pdf>.

Magraw Daniel, Sofia Plagakis, et Jessica N. Schifano, « Ways and Means of Citizens' Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedures», Communication présentée à Inaugural Conference, Genève, 15 juillet 2008.

Malik M, « South-South Bilateral Investment Treaties: The Same Old Story? », IISD Winnipeg, IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators, New Delhi, 27 au 29 octobre 2010 2011, en ligne :IIDD <http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_south_bits.pdf>.

Nitish Monebhurrum, « L'utilisation contemporaine du développement en droit international des investissements : la méconnaissance des réalités régionales », Régionalisme et droit international, présentée à la 5e conférence biennale de la société européenne de droit international, Valence, 13au15 septembre 2012.

OCDE, « Policy Framework For Investment: User's Toolkit Draft User Guidance On The PFI Investment Policy », Communication présentée à Global Forum on International Investment VII, 27 au 28 mars 2008, en ligne : OCDE< https://www1.oecd.org/investment/globalforum/40300222.pdf>.

Roy Nelson, « Promoting Development with FDI: The Irish Development Agency in Comparative Perspective », papier présenté à la 45ème rencontre annuelle de International Studies Association, tenue à Montréal au Québec, (Canada) du 17 au 20 mars 2004.

Sandrine Clavel et Yves Derains, « La définition de l'investissement, Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement? », Dossier d'orientation, Journée d'étude du 27 mars 2013, en ligne : Conventions< http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf>.

UNESCO, Conférence générale, « La culture et la créativité face à la mondialisation », 30 C/INF.39, 30e session, Paris, 13 novembre 1999.

Walid Ben Hamida, « La participation des personnes publiques subsahariennes à l'arbitrage relatif aux investissements », Conférence donnée par l'auteur lors d'un colloque organisé par la CCI et le JADA sur « L'Afrique Subsaharienne et l'Arbitrage International », le 27 mai 2011 à la CCI, en ligne : L'extenso <http://www.lextenso.fr/ weblextenso/article/print?id=CAPJA2012-3-005>.

Thèses et mémoires

Bochaud, Bertrand. *La protection diplomatique de l'individu en droit international*, mémoire de recherche en vue de l'obtention du DEA de droit international et communautaire, Université de Lille II, 2001-2002.

Davanture Sandrine, *Les limites de l'application du droit sur les ressources naturelles : le cas des territoires palestiniens et du Sahara occidental*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2006.

Carmen Rodica Zorila, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, thèse de doctorat en droit, Université d'Auvergne, Clermont 1, 2007.

Hamida Walid Ben, *L'arbitrage transnational unilatéral: réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat en droit, Université Pathéon –Assas (Paris II), 2003.

Fairise Nicolas, *L'exception de moralité publique dans les accords de l'OMC et son application dans le différend canado européen sur la chasse au phoque*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 2010.

Lévesque Marie Claude, *Investissement étrangers, souveraineté nationale et développement : L'exploitation et le commerce du cuivre au Chili*, thèse de doctorat en Droit, Université Laval, Québec, 2010.

Onana Dieudonné Edouard Onguene, *La qualification d'investissement étranger: Contribution à la notion juridique d'investissement et à la définition de l'extranéité*, Université Laval 2011, Thèse de doctorat en droit aux pp 206-207.

Trnik Michal, The Role of Investment Promotion Agencies, at attracting foreign direct investment and their impact on economic development in central Europe, the Czech Republic and Slovakia in comparative perspective, Central European University, Paper submitted for degree of master, 2007.

Dictionnaires et Encyclopédies

Allard France, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2011.

Joseph Antoine et Marie-Claire Capiau Huart, *Dictionnaire des marchés financiers : plus de 2000 termes et expressions expliqués et traduits en cinq langues, anglais, allemand, espagnol, italien, néerlandais,* Bruxelles, De Boeck Université, c 2006.

Trader-Finance, *Lexique finance*, en ligne : Trader-finance <www.trader-finance.fr/lexique-finance.html>.

Investopedia, *Investopedia*, en ligne: <http://www.investopedia.com/terms/i/investment. asp#axzz2CawT ylgD>.

Instruments juridiques relatifs relatifs aux investissements

Traités bilatéraux et autres accords sur les investissements

Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Allemagne et Philippines, 18 avril 1997, 2108 UNTS 19.

Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Pakistan et Turquie, 16 mars 1995.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union belgo-Luxembourgeoise /Ouzbékistan, (17 février 1998), en ligne: UNCTAD< http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belg_lux_uzbekistan_fr.pdf>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Burkina-Faso et Belgique, en ligne: <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belg_lux_burkina_fr.pdf>.

Accord concernant l'encouragement et la protection des investissements, Inde/Royaume Uni, (14 mai 1994), en ligne: UNCTAD< http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/uk_india.pdf>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Chine/Allemagne, (1er décembre 2003) protocole 4(a), en ligne: UNCTAD < http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/china_germany.pdf>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union Economique belgo- Luxembourgeoise et Bolivie, 25 avril 1990, (entré en vigueur : 10 janvier 2004), en ligne : Kluwer arbitration< http : www. Kluwer arbitration.com/document.aspx?id =ipn28567>.

Accord concernant la promotion et la protection des investissements, Burkina Faso et Ghana, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28701>.

Accord concernant la promotion et la protection des investissements, Pérou et Paraguay, 31 janvier 1994, (entré en vigueur : 18 décembre 1994), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Peru>.

Accord concernant la promotion et la protection des investissements, Canada et Jordanie, (entré en vigueur : 1er octobre 2012), en ligne : Ministère des affaires étrangères et du Commerce international<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/jordan-jordanie/agreement-toc-tdm-accord.aspx?lang=fra>.

Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Confédération suisse et Botswana, 26 juin 1998, (entré en vigueur : 13 avril 2000), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Botswana>.

Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Suisse et Algérie, 30 novembre 2004, (entré en vigueur : 15 août 2005), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28409>

Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Burkina Faso et Mauritanie, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/ BITs.aspx?country=Burkina%20Faso>.

Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Maurice et Burundi, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.

Accord concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, Burundi et Pays-Bas, 30 mai 2007, en ligne : Kluwer arbitration, <http://www.kluwerarbitration. com/ BITs.aspx?country=Burundi>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Maroc et Bénin, 15 juin 2004, (entré en vigueur : 15 décembre 2007), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28624>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Burkina Faso et Union économique belgo-luxembourgeoise, 18 mai 2001, (entré en vigueur : 13 janvier 2004), en ligne : Kluwer arbitration, <http://kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn 28568>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union économique belgo-luxembourgeoise et Gabon, (entré en vigueur : 28 mai 2005), en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Belgium>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union Économique belgo Luxembourgeoise et Pérou, 12 octobre 2005, (entré en vigueur : 12 septembre 2008), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/ BITs.aspx?country=Peru>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union belgo-luxembourgeoise et Ouzbékistan, 17 avril 1998, (entré en vigueur : 06 février 2001), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Belgium>.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, BLEU–Mex, 27 août 1998.

Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union Économique Belgo Luxembourgeoise/Pérou, en ligne : UNCTAD <http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/belgium_peru_fr.pdf>.

Accord d'association Égypte/Union européenne, (17 décembre 2000), JO no L317

Accord de libre – échange, Canada et Israël, 1er janvier 1997, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/israel/index.aspx?lang=fra>.

Accord de libre-échange nord-américain, Canada, États-Unis et Mexique, 17 décembre 1992, R T Can 1994 no 2, 32 ILM 289 (entré en vigueur : 1er janvier 1994)

Accord de libre-échange portant sur à la promotion et à la protection réciproques des investissements, Algérie et Mali, 11 juillet 1996, (entrée en vigueur : 16 février 1999), en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Algeria>.

Accord de libre-échange, Canada et Chili, 5 décembre 1996, (entré en vigueur : 5 juillet 1997), art B-01, en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international< http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx?lang=fra>

Accord de libre-échange, Canada et États-Unis, le 2 janvier 1988(remplacé par l'Alena)

Accord de libre-échange, Canada et Pérou, (entré en vigueur : 1er août 2009), en ligne : Ministère des affaires étrangères et du commerce international <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/preamble-preambule.aspx?lang=fra>.

Accord de libre-échange, Canada-Costa-Rica, (entré en vigueur 1er novembre 2002), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agracccostarica/index.aspx?lang=fra>.

Accord de libre-échange, Chine et Pérou, 6 décembre 2009, (entré en vigueur : 1er mars 2010) en ligne : Sice <http://www.sice.oas.org/TPD/PER_CHN/Texts_28042009_e/Chapter_10.pdf>.

Accord de partenariat économique, États du Cariforum, et Communauté européenne et ses États membres, Bridgetown, 15 octobre 2008.

Accord de promotion et la protection réciproque des investissements, Bénin et Pays-Bas, 13 décembre 2001, en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration. com/BITs.aspx?country=Benin>.

Accord entre concernant la promotion et la protection des investissements, Burkina Faso et Ghana, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration, http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Burkina%20Faso>.

Accord portant sur la promotion et à la protection réciproques des investissements, Algérie et Mali, 11 juillet 1996, (entrée en vigueur : 16 février 1999), art 1en ligne : CNUCED< http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/mali_algeria_fr.pdf >.

Accord portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Algérie-Mali, 11 juillet 1996, (entrée en vigueur : 16 février 1999), en ligne : CNUCED< http://unctad.org/sections/dite/iia/ docs/bits/mali_ algeria_fr.pdf >

Accord relatif à la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, (1947) 2RTNU 135.

Accord relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, Cameroun et Guinée équatoriale, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Cameroon>.

Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Burkina Faso-Guinée, 25 mars 2003, (entrée en vigueur: 26 août 2004).

Accord sur la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, Japon-Vietnam, (le 14 novembre 2003), entré en vigueur le 19 décembre 2004.

Accord sur l'encouragement et la promotion réciproque des investissements, France et Argentine, 3 juillet 1991, (entré en vigueur 3 mars 1993), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Argentina>.

Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Algérie et France, 13 février 1993.

Accord sur la promotion et la protection des investissements, Égypte et Sénégal, 5 mars 1998, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Egypt>.

Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Burkina Faso et Guinée, 25 mars 2003, (entré en vigueur le 26 août 2004), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Burkina%20Faso>.

Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Maurice et Guinée, 18 mai 2001, en ligne : Kluwer arbitration<http://www. kluwerarbitration.com/BITs.aspx? country=Guinea>.

Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, France-Algérie, 13 février 1993, (entré en vigueur : 27 juin 2000), en ligne : Kluwer arbitration < http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28399 >.

Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Madagascar et France, 27 juillet 2003, (entré en vigueur : 17 avril 2005), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Madagascar>.

Agreement concerning for the promotion and reciprocal protection of investments, Pologne et Danemark, 1er mai 1990, (entré en vigueur : 13 octobre 1990), en ligne : CNUCED <http://unctad.org/Sections/dite_pcbb/docs/bits_denmark.pdf>.

Agreement concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Allemagne et Égypte, 16 juin 2005, en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration. com/document. aspx? id=ipn30152>.

Agreement concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, China and Peru, 9 juin 1994, (entré en vigueur : 1er février 1995), en ligne : Kluwer arbitration, <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Peru>.

Agreement concerning the Promotion and Protection of Investments, Australia and Indonesia, 17 novembre 1992, (entré en vigueur : 29 juillet 1993), en ligne:Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Australia>.

Agreement concerning the reciprocal promotion and protection of investments, Nigeria et Turquie, (entré en vigueur:11 mars 2011), en ligne : CNUCED < http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/turkey_nigeria.pdf >.

Agreement concerning the reciprocal promotion and protection of investments, Tanzanie et Turquie, 11 mars, 2011

Agreement for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, Japon et corée du Sud, 22 mars 2002, (entré en vigueur : 1er janvier 2003) en ligne : Kluwer arbitration : < http://www.kluwerarbitration.com/ document.aspx?id=ipn29245>.

Agreement for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment , Korea and Japan, 22 mars 2002,(entré en vigueur : 1er janvier 2003), en ligne : Kluwer arbitration < http://www. kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Japan>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Austria and Bosnia and Herzegovina, 2 octobre 2000, (entré en vigueur: 20 octobre 2002), en ligne, Kluwer arbitration<http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Bosnia and Herzegovina>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Chine et Inde, 21 novembre 2006, (entré en vigueur : 1er août 2007), en ligne : Kluwer arbitration <http://www. kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1226109-n>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Éthiopie et Tunisie, 14 décembre 2000, (entré en vigueur : 2 octobre 2004), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28957>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Éthiopie et Tunisie, (entrée en vigueur : 2 octobre 2004), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration. com/document.aspx?id=ipn28957>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Royaume-Uni et Irlande du Nord et Vietnam, 1er août 2002, en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration. com/document.aspx?id= ipn29687>.

Agreement for the Promotion and Protection of Investments, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Vietnam, août 2002, en ligne : Kluwer arbitration, <http://www. kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=United Kingdom>.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Royaume Uni et Irlande du nord et Panama, 7 octobre 1983, (entré en vigueur : 7 novembre 1985), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1042221-n>.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Mexique et Royaume Uni, 12 mai 2006, (entré en vigueur: 27 juillet 2007), en ligne : Kluwer arbitration <http://www .kluwerarbitration. com/document.aspx?id=KLI-KA-1042204-n >.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Panama, (entré en vigueur: 7 novembre 1985), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=United Kingdom >.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United Mexican States, 12 mai 2006, (entré en vigueur: 25 juillet 2007), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com /BITs.aspx? country=Mexico>.

Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Tchécoslovaquie et Paraguay, 21 octobre 1998, en ligne: WIPO <http://www.wipo.int/wipolex/en/other_ treaties/text.jsp?file_id=245601>.

Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Australia and United Mexican States , 23 août 2005, (entré en vigueur : 21 juillet, 2007), en ligne : Kluwer arbitration <http://www.kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Mexico>.

Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, Éthiopie et Soudan, 7 mars 2000, (entré en vigueur :15 mai 2001), en ligne : Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28956>.

Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, Ethiopia and Sudan, 7 mars 2000, (entré en vaguer :15 mai 2001), en ligne : Kluwer arbitration <http://www. kluwerarbitration.com/BITs.aspx?country=Sudan>.

Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Belg.–Lux.–P.R.C., 4 juin 1984, 1938 UNTS 334, 335 (entré en vigueur : 5 octobre 1986).
aspx? country=Burundi>.

Convention concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Union économique belgo-luxembourgeoise et Burundi, 13 avril 1989, (entré en vigueur : 12 septembre 1993, en ligne : Kluwer arbitration, <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id =ipn28569>.

Convention de la Haye portant renonciation à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles, (18 octobre 1907).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 UNTS 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11 octobre 1985, 24 ILM 1598 (entrée en vigueur : 12 avril 1988).

Convention portant *renonciation au recours à la force armée pour le recouvrement des dettes contractuelles dite Convention Drago-porter*, (18 octobre 1907), JORF 8 décembre 1910.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 RTNU 159.

Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text, OECD Doc DAFFE/MAI (98) 7/REV1 (April 22, 1998).

Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 2 ILM 241 (1963).

Trade Agreement, European Union [and Its Member States] and Colombia and Peru, Official Journal of the European Union, 21décembre 2012, (adopté le 30 mars 2010), en ligne: Union européenne <www.bilaterals.org/spip.php?article17138&lang¼en>.

Trade Agreement, European Union and Colombia and Peru, 30 mars 2010, en ligne: <www.bilaterals.org/spip.php?article17138&lang¼en>.

Treaty Concerning The Encouragement And Reciprocal Protection Of Investment, Etats-Unis et Rwanda, 19 février 2008, en ligne: Kluwer arbitration< http://www.kluwerarbitration.com/BITs. aspx?country=Rwanda>.

Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, États-Unis et Argentine, (entré en vigueur le 20 octobre 1994), US Treaty Doc no 103–2 (1993).

Traité bilatéral d'investissement, Japon–Corée, 22 mars 2002, (entré en vigueur : premier juin 2003).

Traité d'amitié, de commerce et de navigation, Japon/États-Unis, (2 avril 1953), 4 UST 2063.
Traité d'amitié, de commerce et de navigation, Pays Bas/ États-Unis, (27mars 1956) 8 UST 2043.

Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, Autriche / États-Unis (27 mai 1931) 47 Stat 1876.

Traité d'amitié et de relations économiques, États-Unis/Thailande, (29 mai 1966), 19 UST 5843.

Traité sur la Charte de l'énergie (et documents connexes) (en anglais), en ligne: Charte d'énergie, <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf>.

Modèles d'accord sur l'investissement

Modèle d'accord du marché commun d'Afrique orientale et australe (COMESA), en ligne : CNUCED<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable de l'IIDD, IIDD, 2005, révisé et traduit en 2006, en ligne : IIDD< http://www. iisd.org/ pdf 2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf>.

Modèle de TBI norvégien de 2007, en ligne : ITA<http://ita. law.uvic.ca/documents/Norway Model200.doc>.

Modèle de traité bilatéral d'investissement de la communauté pour le développement de l'Afrique australe (CDAA), en ligne : IIDD <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

Modèle de TBI américain de 2012, en ligne : Gouvernement américain <http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/index.htm>.

Communiqués de presse

European Parliament International Trade Committee, communiqué, « EU Investment Policy Needs to Balance Investor Protection and Public Regulation, says International Trade Committee » (17 mars 2011), en ligne: European Parliament/News/www.europarl.europa.eu.

Banque mondiale, communiqué de presse n° 2013/337/INT, « *La Banque mondiale radie SNC-Lavalin Inc. et ses filiales pour dix ans* » (17 avril 2003), en ligne : Banque mondiale <http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2013/04/17/world-bank-debars-snc-lavalin-inc-and-its-affiliates-for-ten-years>.

Communiqué de presse, « Government Improves Transparency of Foreign Investment Screening Process », 17 février 2008, en ligne: Gouvernement australien < http://www.treasurer.gov.au>.

ICSID, press Release, « Ecuador's Notification Under Article 25(4) of the ICSID Convention » (5 décembre 2007).

France 24, dépêche, « Libre-échange : l'exception culturelle française reconnue » (15 juin 2003), en ligne : France 24 <http://www.france24.com/fr/20130615-accords-libre-echange-etats-unis-europe-paris-parvient-preserver-expection-culturelle-audiovisuel-commerce>.