

Le différend réglementaire dans la procédure de RDIE : la liberté normative des Etats face aux protections des investisseurs, vers un meilleur équilibre au sein de l'UE ?

Auteur : Gillet, Guillaume

Promoteur(s) : Caprasse, Olivier

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4920>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Le différend réglementaire dans la procédure de
RDIE : la liberté normative des Etats face aux
protections des investisseurs, vers un meilleur équilibre
au sein de l'UE?**

Guillaume GILLET

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur extraordinaire

RESUME

Le droit international de l'investissement est composé de plus de 3000 accords permettant aux investisseurs étrangers d'investir en toute sécurité dans l'Etat d'accueil où ils souhaitent s'installer. Ces accords prévoient en effet des protections en vue de favoriser l'investissement. Néanmoins, les recours à l'encontre de mesures étatiques qui mettent en place de nouvelles politiques publiques semblent se multiplier et sont susceptibles de nuire à la liberté normative des Etats. L'objectif de cet exposé sera en premier lieu de montrer le déséquilibre qui peut exister au sein de ces accords entre les protections des investisseurs et le droit des Etats à réglementer, et d'analyser la tendance arbitrale qui tente de délimiter les notions des protections reprises dans ces traités d'investissement. Nous verrons par la suite que cette délimitation n'est pas suffisante et qu'il convient pour l'Union européenne de mettre en place une nouvelle génération de traités capables de répondre aux critiques qui sont faites à l'encontre des clauses de protection des investisseurs et du mécanisme d'arbitrage des traités, et ainsi rétablir un meilleur équilibre entre les protections des investisseurs et le droit de réglementer des Etats.

TABLE DES MATIERES

I. INTRODUCTION	7
II. ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX	8
A. APERÇU : MULTIPLICITÉ DES TYPES D'ACCORDS	8
<i>i. Les traités bilatéraux d'investissement (TBIs).....</i>	<i>9</i>
<i>ii. Les traités multilatéraux d'investissement</i>	<i>9</i>
<i>iii. Les traités bilatéraux ou multilatéraux de nature économique</i>	<i>9</i>
<i>iv. Les contrats d'Etat.....</i>	<i>10</i>
B. TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT (TBIs).....	10
<i>i. Clause de traitement national</i>	<i>11</i>
<i>ii. Clause de la nation la plus favorisée.....</i>	<i>12</i>
<i>iii. Clause du traitement juste et équitable</i>	<i>12</i>
<i>iv. Clause du respect des engagements</i>	<i>13</i>
<i>v. Clause du standard de pleine et entière protection et sécurité.....</i>	<i>13</i>
<i>vi. Clause de protection contre l'expropriation</i>	<i>14</i>
<i>vii. Clause de résolution des différends</i>	<i>15</i>
III. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS	16
A. CONTEXTE PROCÉDURAL.....	16
B. DE LA PROTECTION DES INVESTISSEURS.....	17
C. AU DROIT DE RÉGLEMENTER DES ÉTATS	18
<i>i. Définition.....</i>	<i>18</i>
<i>ii. Le « gel réglementaire ».....</i>	<i>19</i>
D. ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE : LE DIFFÉREND RÉGLEMENTAIRE	20
<i>i. Evolution du différend</i>	<i>20</i>
<i>ii. Quelles limites dégagées par la jurisprudence ?.....</i>	<i>21</i>
a. Les limites à l'expropriation indirecte	22
b. Les limites à la protection du traitement juste et équitable.....	23
<i>iii. Conclusion.....</i>	<i>25</i>
IV. VERS UN SYSTÈME PLUS ÉQUILIBRÉ AU SEIN DE L'UE.....	26
A. EVOLUTION DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT	26
<i>i. Modifications substantielles.....</i>	<i>27</i>
a. Précision des règles de protection des investissements	28
b. Affirmation du droit de réglementer des Etats	31
c. Intégration de normes de protection des mesures étatiques	32
d. Limitation de l'interprétation des traités aux parties	32
e. Limitation du mécanisme RDIE	33
<i>ii. Modifications procédurales du mécanisme RDIE</i>	<i>33</i>
a. Impartialité et indépendance des arbitres	33
b. Transparence de la procédure	34
c. Introduction de l'appel	35
B. ALTERNATIVES	35
<i>i. Un système juridictionnel des investissements (SJI).....</i>	<i>36</i>
<i>ii. Une Cour Multilatérale d'investissement.....</i>	<i>36</i>
C. COMPATIBILITÉ DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE AVEC LE DROIT DE L'UE ?.....	37
<i>i. Arrêt ACHMEA : le contexte et l'analyse de la cour.....</i>	<i>37</i>
<i>ii. Les conséquences</i>	<i>38</i>
V. CONCLUSION	39

LISTE DES ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AECG	Accord économique et commercial global (CETA)
AII	Accord d'investissement international
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral d'investissement
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CETA	Comprehensive economic trade agreement (AECG)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
GATS	Accord général sur le commerce et les services (ACGS)
ISDS	Investment-State dispute settlement (RDIE)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations unies
RDEE	Règlement des différends Etats-Etats
RDIE	Règlement des différends Investisseurs-Etats (ISDS)
SJI	Système juridictionnel d'investissement (ICS)
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TJE (clause)	Traitement juste et équitable
TTIP	Transatlantic trade and investment partnership

I. INTRODUCTION

Au sein de la plupart des traités d'investissement est prévue un mécanisme d'arbitrage permettant à l'investisseur de faire valoir ses intérêts à l'encontre du non-respect par l'Etat d'accueil d'une mesure prévue dans le traité. Depuis que ces mécanismes existent, le nombre d'actions à l'encontre des Etats pour non respect des obligations de protections des investissements a augmenté considérablement, passant à 62 actions intentées en 2016 contre moins d'une dizaine en 1997¹.

La problématique que nous allons rencontrer, et qui continue de susciter de nombreuses inquiétudes auprès de l'opinion publique, notamment dans les récents accords de libre-échange entre l'Union européenne et les pays d'Amérique du nord, oppose les intérêts publics, défendus par l'Etat, et ceux des investisseurs. Le mécanisme d'arbitrage prévoit que les règles substantielles de protection des investisseurs prévues dans les traités peuvent être invoquées par les investisseurs à l'encontre de mesures de politiques publiques des Etats. Quoique les chiffres tendent à montrer que la majorité des affaires aboutissent à une décision en faveur des Etats², ces contestations peuvent opérer, dans certaines circonstances, ce qu'on appelle un « gel réglementaire » auprès des Etats.

Quoique les règles substantielles sont les plus souvent remises en cause par les Etats pour essayer rétablir l'équilibre entre les protections des investisseurs et le droit de réglementer des Etats, remarquons que la ligne de démarcation entre les règles substantielles et procédurales est compliquée à situer et que certaines règles procédurales sont susceptibles d'influencer les effets de règles substantielles. Le droit est en effet une interaction entre les deux types de normes qui dépendent l'une de l'autre³. Nous verrons que l'UE semble avoir compris cette logique et qu'elle tente d'agir sur les deux fronts pour rétablir cet équilibre.

Le présent exposé débutera par la présentation des différents accords internationaux d'investissement, afin d'établir rapidement le cadre du droit international des investissements, et développera de manière plus approfondie les protections des investisseurs prévues dans les traités bilatéraux d'investissement (TBIs) qui représentent la grande majorité des accords conclus en la matière (Titre II). Nous nous concentrerons ensuite sur la procédure de règlement des différends entre Etats et investisseurs (RDIE) en mettant en lumière l'opposition des intérêts des parties à cette procédure d'arbitrage et la problématique du « différend réglementaire » qui a donné lieu à une importante jurisprudence ces dernières

¹ CNUCED, « Rapport sur l'investissement dans le monde - L'investissement et l'économie numérique. Repères et vue d'ensemble », UNITED NATIONS PUBLICATION, 2017, pp. 25-26.

² CNUCED, « Recent Trends in IIAs and ISDS », février 2015.

³ L. JOHNSON, L. SACHS, J. SACHS, « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », CCSI Policy Paper, 2015.

années (Titre III). Nous analyserons enfin les évolutions récentes du modèle des traités d'investissement au sein de l'Union européenne, qui tente de prendre mieux en compte la liberté normative des Etats au détriment des intérêts des investisseurs (Titre IV). La conclusion aura pour objet de répondre à la problématique suivante : le droit international de l'investissement est-il parvenu à trouver un meilleur équilibre entre la protection des investissements et la souveraineté des Etats à réglementer à travers les innovations les plus récentes de la jurisprudence et des traités ?

II. ACCORDS D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAUX

A. APERÇU : MULTIPLICITÉ DES TYPES D'ACCORDS

Le droit international de l'investissement est en perpétuelle évolution. De sources historiques des principes coutumiers de protection des étrangers, il s'est ensuite rapidement développé au travers des nombreux accords internationaux à partir de la fin des années 1980. Un grand nombre de traités d'investissement a été conclu par la majorité des Etats afin de favoriser les flux d'investissements globaux. L'investisseur d'un Etat partie à un traité est protégé de la manière prévue par ce traité lorsqu'il réalise des investissements dans un autre Etat également partie à ce traité. Ces protections sont nécessaires au développement et au bon fonctionnement du droit international d'investissement.⁴

Le droit des investissements internationaux regroupe une multitude de types d'accords. Souvent repris sous la dénomination d' « accords d'investissement internationaux » (AIIs), les traités d'investissement constituent le socle actuel du droit des investissements. Ils consistent principalement en trois types d'accords : les traités bilatéraux d'investissement (TBIs), les traités multilatéraux d'investissement et les accords commerciaux⁵. A côté de ces accords, les contrats d'Etat complètent les relations entre les investisseurs étrangers et les Etats dans lesquels ils investissent.

⁴ European Commission, « Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, fact sheet », November 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf ;

⁵ J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, p. 1 ;

i. Les traités bilatéraux d'investissement (TBIs)

Les traités bilatéraux sont, comme leur nom l'indique, des traités conclus entre deux Etats en vue de favoriser les investissements étrangers sur leur territoire. Ce sont les traités les plus nombreux parmi les traités d'investissement : ils représentaient, en 2014, près de 90 pour cent des traités d'investissement avec plus de 2900 TBIs. C'est la raison pour laquelle nous nous pencherons plus en détails sur ce type d'accord dans la suite de l'exposé.

ii. Les traités multilatéraux d'investissement

Les traités multilatéraux sont des accords conclus entre plus de deux Etats, mais sont pour le reste fort semblables aux TBIs. Ils ne se sont pourtant pas autant développés que les TBIs, quoiqu'ils auraient eu pour avantage de simplifier le cadre des sources conventionnelles. Cette limitation des accords multilatéraux s'explique en grande partie par l'échec du projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) négocié de manière secrète entre 1995 et 1997 par les 29 Etats de l'OCDE qui affecta sensiblement les Etats occidentaux. Ils n'ont d'ailleurs pas réitéré l'expérience sous la même forme, ce qui n'empêche pas pour autant certains traités multilatéraux portant sur la protection de l'investissement de naître, comme par exemple le Mercosur, l'accord de l'ASEAN ou encore l'ALENA⁶.

iii. Les traités bilatéraux ou multilatéraux de nature économique

Les accords commerciaux ont, quant à eux, pour objectif premier de favoriser les échanges de biens entre deux ou plusieurs Etats et de promouvoir de manière plus générale le commerce entre ces Etats.

Ils ne sont cependant pas dépourvus d'influence en matière d'investissement. En effet, il est possible que certaines obligations applicables en matière de commerce dans le cadre de ces accords trouvent à s'appliquer à des opérations d'investissement au regard des critères retenus ou que des chapitres spécifiques à l'investissement soient insérés dans l'accord. Dans le premier cas, les champs d'application du droit commercial et du droit de l'investissement finissent alors par se recouper.

On mentionnera, à titre d'exemple, les accords de l'OMC tels que le GATS ou encore les accords ADPIC⁷, mais également les nouveaux accords de libre-échange que l'UE négocie

⁶ J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, p. 118-124.

⁷ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017.

depuis sa reprise de compétence en matière d'investissement en 2009. Les deux plus importants en terme de médiatisation sont le CETA (AECG) conclu avec le Canada et le TTIP avec les Etats-Unis.

iv. Les contrats d'Etat

Parallèlement à ces AIIIs conclus entre Etats, il convient, pour la compréhension ultérieure du sujet traité, de présenter succinctement « les contrats d'Etat ». Tout comme les traités, ce sont des contrats internationaux qui favorisent le développement économique. On les définit comme des contrats soumis au droit international et signés entre un investisseur étranger (personne privée) et un Etat.

Leur évolution a fortement contribué à la naissance du droit international de l'investissement. Ils n'était en effet pas tout de suite clair auprès des parties à l'accord si les contrats d'Etats se voyaient appliquer le droit national de l'Etat avec lequel l'investisseur avait conclu le contrat ou si, au contraire, c'était le droit international qui devait s'appliquer. On ne parlait d'ailleurs pas encore de contrats d'Etats à ce moment. Avec le temps, les contrats d'Etats ont évolués et ont alors soit prévus directement de se voir appliquer le droit international, soit indirectement. C'est, dans ce deuxième choix, à travers des clauses de stabilisation et d'intangibilité prévues au contrat, qui ont pour effet de « geler » le droit national, que la nature des contrats d'Etat ne pouvait être juridiquement possible que si le droit international s'y appliquait. L'autonomie des volontés au sein des contrats a donc conduit les relations à s'internationaliser indéniablement et créant ainsi les contrats d'Etat⁸.

B. TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT (TBIs)

De leur dénomination plus complète « Traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements », les TBIs sont les accords d'investissement internationaux les plus nombreux parmi les AIIIs avec un total de 2957 TBIs en 2016 d'après le rapport mondial de l'investissement publié par la Conférence des Nations Unies au Commerce et au Développement (CNUCED), organe subsidiaire de l'assemblée générale des Nations Unies qui vise à développer l'économie mondiale en intégrant au mieux les pays en voie de développement.

L'objet principal des TBIs est double : d'une part, la protection des investissements, d'autre part, la promotion de l'Etat d'accueil des investissements étrangers. Ils ont par

⁸ A. DE NANTEUIL, op. cit., p. 30-49.

conséquent pour but de fournir aux investisseurs étrangers une série de protections dans l'Etat d'accueil afin que ceux-ci soient plus enclins à aller investir dans cet Etat et ainsi favoriser le développement économique de l'Etat en question.

Bien qu'en constante évolution depuis les années 90, le contenu générale des TBIs reprend des dispositions systématiques. Les traités comprennent en premier lieu une définition de la notion d'investissement, pour ensuite développer une série de protections substantielles dont l'investisseur peut se prémunir. Après cette série de clauses de protection des investissements, une clause compromissaire vient enfin donner l'accès à l'investisseur à un tribunal arbitral au cas où l'Etat ne respecterait pas ses engagements⁹.

Nous nous contenterons de définir les règles du traité qui nous paraissent importantes en vue d'appréhender les différents droits et protections dont les investisseurs et les Etats peuvent se prévaloir dans une procédure arbitrale. Parmi les règles substantielles de protection des investissements, on retrouve des règles visant la non-discrimination des investisseurs étrangers par renvoi au traitement des investisseurs nationaux, à savoir la clause de traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. On retrouve également des règles qui constituent des standards minimums de droit international, à savoir la clause de la pleine et entière protection et sécurité, la clause du respect des engagements et la clause du traitement juste et équitable qui se prêtent à de multiples difficultés d'interprétations à cause du flou qui entoure ces termes¹⁰. La dernière clause qui fera l'objet d'un développement est celle de protection contre l'expropriation. On y distinguera l'expropriation directe et l'expropriation indirecte qui pose nettement plus de problèmes en la matière. Enfin, nous présenterons de manière rapide la clause de résolution des différends puisqu'elle fera l'objet d'un développement plus complet dans la suite de l'exposé.

i. Clause de traitement national

Le traitement national constitue un élément fondamental parmi les protections des investisseurs. Il consiste pour l'Etat à s'engager à traiter les investisseurs étrangers de manière tout aussi favorable que les investisseurs nationaux se trouvant dans les mêmes conditions. Bien qu'il soit repris dans la plupart des TBIs, la règle de traitement national n'est pas reprise systématiquement dans tous les traités. Les traités ne reprenant pas cette règle prévoient néanmoins le traitement juste et équitable qui pourrait s'apparenter à une obligation générale de non-discrimination impliquant les mêmes effets que ceux du traitement national¹¹.

⁹ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », *Larcier, R.A.E. - L.E.A.*, 2017, pp. 44-47.

¹⁰ S. BONOMO, « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », *PUAM*, 2012, p. 165 et s.

¹¹ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 306.

Cette clause n'est pas toujours bien vue par les Etats qui tendent à protéger leur économie nationale. C'est pourquoi certains Etats, en grande partie des Etats en développements qui reconnaissent cette disparité de traitement entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers, tentent de limiter les effets de cette clause.

ii. Clause de la nation la plus favorisée

Cette règle se rapproche de la première en ce qu'elle prévoit que les investisseurs étrangers ne peuvent pas être traités de manière moins favorable par l'état d'accueil mais par rapport, cette fois-ci, aux autres investisseurs étrangers. C'est-à-dire que les investisseurs de différents Etats vont se voir appliquer le même degré de protection. En conséquence, la règle oblige l'Etat à attribuer la plus haute protection en harmonisant le contenu de celle-ci¹².

La particularité de cette clause réside dans son champ d'application. En effet, puisqu'un Etat doit accorder aux investisseurs étrangers le même traitement que celui qui est accordé à un investisseur étranger tiers en vertu du TBI qui est conclu entre le premier Etat et l'Etat de ce dernier investisseur, la règle de la nation la plus favorisée a pour effet d'atténuer le principe de l'effet relatif des traités qui prévoit, lui, la limite des effets d'un traité aux seules parties du traité¹³.

La clause semble avoir été prévue, initialement, pour s'appliquer aux seules dispositions du traitement substantiel. La rédaction particulière de cette dernière peut néanmoins élargir le champ de protection au traitement procédural, comme il a été défendu par le tribunal arbitral dans l'arrêt *Maffezini c. Espagne*¹⁴.

iii. Clause du traitement juste et équitable

Bien que les termes de cette clause soient vagues, la mention du « traitement juste et équitable » est une constante dans les TBIs. Cette expression est reprise dans la quasi-totalité des traités d'investissement, avec la même cohérence et constance des termes employés.

Cette notion recouvre aujourd'hui plusieurs éléments fondamentaux tel que l'interdiction du déni de justice ou encore la garantie d'une procédure légale, issus du droit international général. Elle est néanmoins évolutive et implique dès lors de plus en plus

¹² J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, p. 149.

¹³ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p. 320.

¹⁴ CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Le Royaume d'Espagne*, N°. ARB/97/7.

d'éléments de protection actuels comme la protection des attentes légitimes ou la transparence¹⁵.

La notion d'« attentes légitimes » occupe une place prépondérante dans le contentieux arbitral. Son interprétation pose en effet de nombreuses questions auxquelles les arbitres tentent de répondre. Nous exposerons ces interprétations par la suite et tenterons de dégager les conséquences qui en découlent pour la liberté des Etats à réglementer¹⁶.

iv. Clause du respect des engagements

Plus familièrement appelée « clause parapluie » (de l'anglais « umbrella clause »), la clause du respect des engagements prévoit le respect de toute obligation pour laquelle l'Etat se serait engagé à l'égard d'un investisseur étranger¹⁷.

L'introduction de cette clause dans les TBIs s'est faite progressivement. Bien que son but initial était de garantir les contrats d'Etat d'une protection supplémentaire en les incluant sous la protection des TBIs et autres AII, son objet s'est élargi pour s'appliquer également aux engagements unilatéraux et généraux des Etats. La jurisprudence arbitrale à ce sujet n'est cependant pas complètement univoque¹⁸. Cette incertitude réside dans les formulations diverses que la clause peut prendre.

v. Clause du standard de pleine et entière protection et sécurité

D'origine coutumière, la clause du standard de pleine et entière protection et sécurité s'est insérée de manière autonome dans les TBIs ou en référence à une norme interne ou internationale. Cette règle prévoit l'obligation pour l'Etat de faire preuve de diligence à l'égard de l'investisseur étranger.

Bien qu'elle semble reprendre des protections déjà prévues dans d'autres clauses, la « pleine et entière protection et sécurité » fait naître des obligations bien plus précises. Elle

¹⁵ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 340-356.

¹⁶ J. CAZALA, « LA PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES DE L'INVESTISSEUR DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL », Revue internationale de droit économique, 2009, pp. 5-32.

¹⁷ C. LEBEN, « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements », L.G.D.J., Anthemis Paris, 2006, p. 53.

¹⁸ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp. 154-155.

protège l'investissement et l'investisseur à deux égards principalement : elle prévoit leur sécurité physique et leur protection contre l'inaction ou la passivité de l'Etat¹⁹.

La difficulté de cette clause se trouve dans la définition du type d'obligation que les Etats ont voulu prévoir. La jurisprudence ne semblant pas avoir formulé une réponse précise à ce sujet, une partie de la doctrine avance que l'obligation des Etats dépend du niveau de vigilance fixé par l'Etat, « qui ne peut descendre en dessous du standard minimum prévu par le droit international, mais qui peut être augmenté par le biais d'une disposition conventionnelle exigeant une protection plus poussée »²⁰. L'étendue de l'obligation dépendrait donc des circonstances locales et du libellé de la clause. Cependant, la jurisprudence arbitrale en la matière semble plutôt s'orienter vers l'obligation prévalant en droit international classique, à savoir que cette règle n'est pas absolue et n'impose pas de stricte responsabilité de la part de l'Etat²¹.

vi. Clause de protection contre l'expropriation

L'expropriation est un pouvoir de l'Etat et le droit international n'a pas l'intention de l'interdire mais de l'encadrer. La protection contre l'expropriation mise en place dans les TBIs a pour objectif de limiter ce droit des Etats et ainsi empêcher qu'il y ait des abus. L'encadrement de ce droit à l'expropriation se traduit par des conditions fixées dans les clauses²².

On distingue l'expropriation directe de l'expropriation indirecte. La première, l'expropriation directe et formalisée qui se trouve dans la plupart des ordres juridiques internes, se définit comme la dépossession de l'investisseur de son investissement par la puissance publique à charge pour lui de rembourser l'investisseur de manière adéquate. La seconde constitue toutes les mesures d'effets équivalents. Ce sont donc des mesures qui n'ont en elles-mêmes rien d'une expropriation mais qui produisent le même effet. Les TBIs protègent des deux expropriations et les soumettent aux mêmes conditions de licéité, à quelques nuances près²³.

Les conditions de licéité sont autant de garanties pour l'investisseur étranger. Elles lui assurent une protection minimum efficace qui limite les possibilités d'expropriation. L'expropriation doit, faut-il encore le rappeler, être réalisée dans un but d'intérêt général. Il

¹⁹A. DE NANTEUIL, op. cit., pp. 384-388.

²⁰ S. MANCIAUX, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité CIRDI », Travaux du Credimi, vol. 24, Paris, Litec, 2004, p. 599.

²¹ S. BONOMO, « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », PUAM, 2012, pp. 50-56.

²² S. BONOMO, op. cit., pp. 140-141.

²³ A. DE NANTEUIL, op. cit., pp. 358-360.

convient néanmoins de préciser que cette condition n'est pas remplie par la simple affirmation de l'Etat qu'il poursuit l'intérêt général pour se protéger de toute illicéité. Des tribunaux arbitraux ont rendu des décisions précisant que cette condition n'était pas sans contenu²⁴. La non-discrimination constitue la deuxième condition de licéité. Elle consiste à appliquer de manière identique à toute entité privée le même régime. La troisième condition est le respect d'une procédure légale. Les formulations des TBIs à cet égard ne sont pas unifiées mais l'on peut affirmer que la plupart de ceux-ci prévoient le respect d'une procédure d'expropriation qui correspond en grande partie au *due process of law*. Enfin, l'expropriation ne peut être réalisée que moyennant une compensation financière adéquate versée à l'investisseur concerné.

La difficulté réside dans l'interprétation de la notion d'expropriation indirecte. Les TBIs prévoient un régime juridique similaire à celui de l'expropriation directe, comme nous venons de le voir, mais ils manquent de déterminer les mesures similaires à une expropriation qui nécessitent une compensation. Ce problème d'identification amène les arbitres devant une mission relativement délicate que nous développerons par la suite²⁵.

vii. Clause de résolution des différends

Afin de garantir les protections aux investisseurs et de permettre de répondre à toute question d'interprétation ou d'application des dispositions du TBI, la clause de résolution des différends prévoit plusieurs modes de résolutions. Ces modes varient suivant le modèle de clause qui est mis en place par le TBI. On peut y retrouver une étape de conciliation, à travers le modèle diplomatique, de consultation entre les Etats parties au traité, de médiation ou encore d'arbitrage. Malgré la grande variété des clauses de résolution, il semble que toutes prévoient des mécanismes faisant intervenir une tierce personne indépendante et impartiale en vue de résoudre un « problème » inter-étatique²⁶.

Les traités actuels prévoient généralement qu'en cas de différend sur l'interprétation ou l'application du traité, les parties concernées tenteront d'abord de résoudre leur conflit à l'aide d'une procédure de négociation et se tourneront seulement après vers le mécanisme d'arbitrage si la première procédure échouait²⁷.

Force est de constater que l'arbitrage est le principal recours disponible pour l'investisseur et qu'il est la solution privilégiée par celui-ci pour régler son différend.

²⁴ CIRDI, *ADC c. Hongrie*, n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §432.

²⁵ A. DE NANTEUIL, op. cit., pp. 358-370.

²⁶ S. BONOMO, op. cit., pp. 69-72.

²⁷ J.W. SALACUSE, « The Law of Investment Treaties - second edition », The Oxford International Law Library, 2015, pp. 152-154 ;

L'investisseur y voit en effet un mécanisme dépolitisé qui met les deux parties sur un pied d'égalité, face à des juges non-étatiques, indépendants et impartiaux. L'importance de l'arbitrage se reflète dans l'augmentation conséquente du nombre d'affaires, mais fait également naître un sentiment de crainte auprès d'une partie de l'opinion public²⁸.

III. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

La résolution des conflits en droit international de l'investissement s'est construit, initialement, autour de l'idée que les systèmes de résolution des litiges des pays en développement n'offraient pas suffisamment de sécurité et d'indépendance pour résoudre les litiges des investisseurs des pays développés ayant investi dans ces pays en développement. La solution a alors été de mettre en place une procédure d'arbitrage susceptible de répondre aux besoins d'impartialité et d'indépendance.

Ce mécanisme d'arbitrage se décline en deux catégories distinctes. D'une part, le Règlement des Différends entre Etats-Etats (RDEE) encadre les conflits survenant entre plusieurs Etats parties à un même traité. D'autre part, le Règlement des Différends entre Investisseurs-Etats (RDIE), plus connu sous le nom d'ISDS (« Investment-State Dispute Settlement »), est le mécanisme permettant aux investisseurs d'invoquer directement les règles de protection prévues par le traité pour protéger leurs investissements face à un manquement par l'Etat de ses obligations.

A. CONTEXTE PROCÉDURAL

Le mécanisme RDIE prévoit pour l'investisseur la possibilité de saisir un tribunal spécialisé constitué selon un modèle international d'arbitrage (comme celui de l'ONU ou de la Banque mondiale) lorsqu'il estime qu'il y a violation des règles fondamentales de protection de son investissement prévues dans le traité²⁹.

²⁸ CNUCED, « Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage », Etudes de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York ; Genève : Nations Unies, 2010.

²⁹ Commission européenne, « Le règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) - Quelques faits et chiffres », 2015, p. 3.

Les tribunaux d'investissement sont constitués sur base de règlements divers qui mettent en place des systèmes particuliers. Le système le plus notoire est assurément le CIRDI qui compte la majeure partie des litiges en droit de l'investissement. D'autres mécanismes commencent néanmoins à prendre une place de plus en plus importante dans le paysage de l'arbitrage d'investissement. On mentionnera la cour permanente d'arbitrage, l'institut d'arbitrage de la chambre de Stockholm ou encore la cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale. Les parties au litige peuvent cependant ne pas faire appel à une institution préexistante et se tourner vers un arbitrage *ad hoc* en faisant application d'un règlement particulier (notamment celui de la CNUDCI). Tout ces systèmes participent, à travers chacune de leur procédure, au développement de la jurisprudence arbitrale, ce qui ne favorise pas sa cohérence³⁰.

La particularité de ce système de règlement des différends, et qui est également une des critiques qui lui est faite, est qu'il prévoit un droit de poursuite à sens unique, des investisseurs à l'encontre des Etats. Les Etats n'ont donc pas la possibilité d'intenter un recours à l'encontre d'un investisseur, ce qui est de nature déséquilibrer la balance des protections des parties³¹. De plus, étant volontaire de par sa nature même, l'arbitrage nécessite que les Etats donnent leur accord pour pouvoir faire l'objet d'une plainte devant un tribunal arbitral. Cet accord se trouve la plupart du temps donné par l'Etat dans le TBI, ce qui facilite l'introduction d'une procédure RDIE. Il est également possible que cet accord soit compris dans la législation nationale ou dans un contrat d'Etat conclu avec l'investisseur.

Le mécanisme RDIE est utilisé en grande partie pour contester des actes administratifs qui représentent 90% des procédures. Néanmoins, une partie grandissante d'affaires, auxquelles nous nous intéressons plus particulièrement, concerne des actions portées à l'encontre de mesures législatives générales.

Nous analyserons dans cette partie les utilisations, dans la procédure de RDIE, des différentes protections des investisseurs pour lutter contre les actes législatifs et les interprétations qui en sont faites, parfois en dépit de la liberté normative des Etats à adopter des mesures de politiques publiques.

B. DE LA PROTECTION DES INVESTISSEURS

A travers les TBIs et autres accords d'investissement, les Etats cherchent à faciliter et à attirer les investisseurs, en partant du constat que l'investissement est important pour le

³⁰ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 246-247.

³¹ V. KORZUN, « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », S.J.D. Dissertations (Fordham Law School), 2016, pp. 368-370.

développement de l'économie. En vue de favoriser ces investissements, les Etats ont du étendre les protections des investisseurs et ainsi remédier à un traitement jugé inadéquat de ceux-ci³². Et de manière à pouvoir garantir le respect des protections prévues dans les TBIs, il était important que les investisseurs aient la possibilité d'introduire un recours contre un Etat. Le mécanisme RDIE est alors apparu comme le procédé permettant d'assurer une protection pertinente face aux abus de pouvoir de l'Etat.

Les différentes règles de protections, mentionnées ci-dessus, sont reprises presque de manière systématique dans les TBIs, à quelques nuances de rédaction prêt. Il s'agit en effet d'une multitude de traités bilatéraux qui se différencient suivant le modèle choisi par l'Etat signataire et non d'un modèle unique, qui aurait pour avantage de faciliter l'interprétation par les tribunaux.

Les difficultés rencontrées lors de l'analyse des différentes protections des investisseurs découlent du caractère abstrait et général des clauses prévues dans le traité. En effet, les Etats parties aux TBIs ne prévoyaient pas de définir de manière précise les règles de protections, ce qui laisse une marge d'appréciation importante aux arbitres. Cette liberté laissée aux arbitres nuit à la sécurité juridique et à l'uniformité d'interprétation des règles de protection. Les arbitres tentent tout de même, comme nous allons le voir, de développer une jurisprudence cohérente en tenant compte des décisions antérieures.

C. AU DROIT DE RÉGLEMENTER DES ÉTATS

i. Définition

Bien que relativement nouvelle en droit international de l'investissement, la notion de « droit de réglementer » est devenue une des plus communes dans les AII's modernes. De part cette notion, l'Etat est libre de prendre des mesures pour le développement de ses politiques publiques. En effet, les décisions rendues par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement s'accordent pour reconnaître un pouvoir de réglementer des Etats concernant la protection des intérêts publics essentiels, tel que dans les domaines de la santé publique³³, de l'environnement³⁴ et de la sécurité.

Cependant, la définition à donner à cette notion semble encore incertaine quoi qu'elle soit centrale pour définir le cadre de protection des Etats en matière d'investissement

³² L. JOHNSON, L. SACHS, J. SACHS, « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », CCSI Policy Paper, 2015.

³³ *Methanex corp. c. Etats-Unis*, sentence du 3 août 2005, § 7.

³⁴ *Chemtura Corp. c. Canada*, sentence du 2 août 2010, § 266.

international. De nombreux auteurs ont tenté de donner la définition la plus juste à cette notion qui paraît pourtant des plus simples pour un juriste avéré. Aiketerini Titi, spécialiste en arbitrage international et chargée de recherche CNRS à l'Université de Bourgogne, l'a défini comme : « *the legal right exceptionally permitting the host state to regulate in derogation of international commitments it has undertaken by means of an investment agreement without incurring a duty to compensate*³⁵ ». Néanmoins, le droit de réglementer dans les débats sur le mécanisme RDIE est généralement pris dans son sens le plus large, à savoir le droit souverain que les états ont à légiférer face aux contraintes des obligations de protection des investissements³⁶.

ii. Le « gel réglementaire »

La plupart des traités prévoit que les règles nationales soient soumises aux dispositions de droit international prévues dans ceux-ci. Le type de mesures pouvant faire l'objet d'une contestation est donc large. L'investisseur peut tout aussi bien contester des législations adoptées par des parlements que des mesures individuelles, allant même jusqu'aux règles constitutionnelles. Les contestations issues de ces différents types de réglementations peuvent mener à différentes analyses des arbitres suivant la clause de protection invoquée. On remarque donc la multiplicité des solutions qui peuvent ressortir des tribunaux arbitraux.

Les impacts de ces plaintes sur les Etats sont nombreuses. Les procédures d'arbitrages coûtent cher et les sentences peuvent atteindre des montants très importants. Mis à part l'impact financier, le risque lié à ce genre de contestations, et qui peut avoir un impact plus important sur l'Etat, est ce qu'on appelle le « gel réglementaire ». Les nombreuses contestations amènent certains Etats à une certaine réticence à légiférer dans certains domaines publics de crainte de voir leur mesures attaquées lors d'une procédure ultérieure.

L'importance de l'impact de ce « gel réglementaire » sur un Etat peut varier suivant plusieurs critères. Premièrement, la bonne connaissance par les gouvernements des traités et des affaires en RDIE influence les décisions prises par ceux-ci. On remarque que les connaissances parmi les Etats varient et que les incompréhensions, malgré l'intérêt du public en matière de AII, persistent. Cette incertitude du champs d'application et de l'interprétation des dispositions des traités compliquent la tâche des Etats en vue de prendre de nouvelles réglementations. Le deuxième critère, que nous avons déjà mentionné, qui influence les Etats à prendre une nouvelle mesure est l'importance du montant des dommages et intérêts attribués à l'issue de la procédure d'arbitrage. Cette perte de moyens financiers peut en effet

³⁵ « le droit permettant exceptionnellement à l'Etat accueillant de réglementer en dérogeant à ses obligations internationales prises dans le cadre d'un accord d'investissement, sans devoir de compensation. »

³⁶ V. KORZUN, « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », S.J.D. Dissertations (Fordham Law School), 2016, p. 374.

jouer dans la prise de décision d'une réglementation particulière par l'Etat qui, bien que n'ayant pas un but ultime de profit, sera vigilant aux coûts engendrés par cette mesure. Enfin, l'impact des traités et de leur mécanisme de RDIE dépend de la clarté des clauses prévues dans le traité. Des règles vagues et imprécises permettent plus aisément aux investisseurs d'introduire une action contre un manquement de l'Etat et amènent les législateurs à percevoir un risque de recours à l'égard d'une plus grande diversité de politiques publiques. A titre d'exemple, la question des attentes légitimes des investisseurs, que nous développerons dans le point suivant, est une des plus importantes en matière de contestations des investisseurs, alors que ce concept est absent des TBIs actuels³⁷.

D. ANALYSE DE LA PROBLÉMATIQUE : LE DIFFÉREND RÉGLEMENTAIRE

Le mécanisme RDIE est souvent critiqué au sein des TBIs, aussi bien auprès des médias qu'auprès d'une partie des spécialistes en matière d'investissement. Il est présenté par un bon nombre comme un mécanisme favorisant les intérêts des investisseurs plutôt que la liberté normative des Etats.

Une des critiques les plus importantes qui lui est faite est qu'il permet aux investisseurs de remettre en cause les réglementations légitimes des Etats défavorables aux investissements. Une politique publique mise en place par un Etat qui aurait donc un objectif d'intérêt général, comme en matière de santé ou encore d'environnement, peut en effet faire l'objet d'un recours devant un tribunal arbitral, tel qu'il est prévu par la plupart des traités d'investissement, si il semble nuire aux investissements étrangers.³⁸ On parle dans ce cas de « différend réglementaire ».

i. Evolution du différend

Cette tendance n'est pas nouvelle en matière de RDIE. Des contestations d'investisseurs étrangers relatives à des expropriations ou à des mesures gouvernementales discriminatoires ont depuis longtemps fait l'objet de procédure d'arbitrage internationale. On notera l'affaire *Maffezini*³⁹ concernant une mesure environnementale dont le jugement fut prononcé le 13 novembre 2000.

³⁷ D. GAUKRODGER, « The balance between investor protection and the right to regulate in vestment treaties : a scoping paper », OECD Working Papers in International Investment, OECD publishing, Paris, 2017, pp. 13-27.

³⁸ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 243-244.

³⁹ CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, N°. ARB/97/7.

Néanmoins, les affaires plus récentes ont évolué et ne se limitent plus à des contestations d'expropriations ou de discriminations mais invoquent la violation d'autres clauses du traité, tel que la clause de traitement juste et équitable, à l'encontre de variétés de réglementations beaucoup plus variées, allant de la simple disposition de service public à celle du maintien de l'ordre public. Une autre particularité des contestations récentes est que les mesures contestées ont pour la plupart un objectif de politique publique légitime⁴⁰. Alors que les anciennes procédures contestaient des réglementations au champ d'application limité, s'adressant à des cas bien particuliers, les récentes procédures contestent des mesures plus générales qui ont peu, parfois pas du tout, de lien avec les investisseurs étrangers. La plupart de ces contestations, enfin, cherchent à se voir dédommager une perte de valeur de leur investissement mais peuvent également, dans certains cas, chercher à faire retirer une mesure étatique du cadre législatif⁴¹.

ii. Quelles limites dégagées par la jurisprudence ?

Afin d'identifier si une mesure prise par un Etat est susceptible de faire l'objet d'une indemnisation parce qu'elle s'apparente à une expropriation indirecte qui n'aurait pas fait l'objet d'une compensation ou, plus généralement, à une violation d'une obligation contenue dans le traité, la jurisprudence arbitrale a dégagé différents critères en vue d'améliorer la compréhension des concepts prévus dans les TBIs et par conséquent limite l'étendue de la protection des investisseurs. Cet encadrement favorise l'équilibre vers lequel le droit des investissements internationaux tend.

Les concepts des clauses de protection sont, pour la plupart, évolutifs. Ils se sont développés à travers la jurisprudence et le droit international coutumier pour avoir aujourd'hui un champ d'application nettement plus large qu'auparavant. Cette évolution fait l'objet aujourd'hui d'une multitude de limitations des tribunaux cherchant à rétablir la souveraineté des Etats dans leur liberté normative ou, du moins, à nuancer l'étendue des protections des investisseurs.

Nous développerons les règles de protection invoquées dans le cadre des différends réglementaires et qui posent le plus de problème en la matière, en mettant en lumière les dernières évolutions jurisprudentielles qui tentent de rétablir un certain équilibre avec la liberté normative des Etats. Nous n'avons pas prétention à présenter l'ensemble des problématiques, qui sont nombreuses au sein des clauses de protection, mais bien de

⁴⁰ J.E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET, « Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System : Journeys for the 21st Century », Kalicki J. E. & Joubin-Bret A. Editions, 2015.

⁴¹ V. KORZUN, « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », S.J.D. Dissertations (Fordham Law School), 2016, pp. 380-381.

reprendre celles qui sont récurrentes dans les litiges réglementaires et pour lesquelles les tribunaux ont établi un certain consensus.

a. Les limites à l'expropriation indirecte

- la distinction entre les mesures expropriatrices et les mesures légitimes

Bien que les TBIs comportent souvent des règles relatives aux expropriations pour cause de réglementations prises par l'Etat, les tribunaux arbitraux ont beaucoup de difficultés à déterminer les réglementations qui doivent faire l'objet d'une compensation de celles qui ont un objectif légitime et qui ne sont donc pas concernées par cette compensation. Deux approches s'affrontent en doctrine : une partie de celle-ci, connue sous le nom de « doctrine de l'effet unique », considère que l'effet de la mesure est le seul à devoir être pris en compte pour déterminer si celle-ci constitue une dépossession de l'investisseur. Une autre partie de la doctrine, la plus importante, considère que l'effet est un élément à prendre en compte mais qu'il n'est pas le seul⁴².

Quoiqu'une partie des tribunaux soutient encore la doctrine du critère exclusif de l'effet de la mesure, la jurisprudence se réfère majoritairement à plusieurs facteurs pour distinguer les mesures ayant un effet d'expropriation des mesures légitimes⁴³. Le tribunal dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* a pris en considération l'effet des mesures et le degré dans lequel l'investisseur était privé de son investissement à travers un test de proportionnalité. D'autres ont tenté de distinguer les deux types de mesures en se focalisant sur les objectifs, la nature et la manière dont ces mesures étaient appliquées. De cette manière, les tribunaux ne condamnaient pas l'Etat à une compensation quand leur réglementation avait un objectif légitime de politique public et qu'elles étaient appliquées de manière non-discriminatoire⁴⁴.

Outre le caractère légitime de la mesure, la jurisprudence semble avoir développé un test de proportionnalité afin de savoir si cette mesure peut être ou non qualifiée d'expropriation indirecte. On constate néanmoins que la jurisprudence en la matière n'est pas univoque. Certains tribunaux ont refusé de limiter l'expropriation du fait d'une réglementation à son caractère légitime et d'intérêt public⁴⁵.

⁴² A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, p. 370-374.

⁴³ OCDE, « L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement », Editions OCDE, Paris, 2004.

⁴⁴ *Methanex corp. c. Etats-Unis*, sentence du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, § 7 ; *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence du 17 mars 2006, § 262.

⁴⁵ CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, n°ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, § 71.

- le seuil élevé de la preuve

Pour qu'un tribunal arbitral puisse faire état d'une expropriation indirecte, l'investisseur qui cherche à établir cette expropriation doit en faire la preuve. La jurisprudence arbitrale a mis en place un seuil de preuve élevé pour démontrer cette expropriation. Au regard du caractère relativement imprécis de la clause, il semble en effet logique qu'un seuil important ait été fixé. La norme prise par l'Etat doit donc porter atteinte de manière à ce que l'Etat se trouve largement sous les critères fixés par les standards internationaux⁴⁶.

b. Les limites à la protection du traitement juste et équitable

- « *the high level of deference* »

Contrairement aux clauses d'expropriation, la clause TJE ne comprend généralement pas de référence directe à la possibilité pour l'Etat de réglementer dans certaines circonstances⁴⁷. En conséquence, il n'est pas facile pour les tribunaux de savoir quelles considérations ils doivent accorder aux mesures prises par l'Etat au regard du traitement juste et équitable.

La doctrine remarque que cette nécessité de devoir déterminer l'équilibre entre les droits de réglementer des Etats et les droits des investisseurs dans le cadre de la règle TJE revient souvent auprès des tribunaux. De manière générale, les tribunaux relèvent l'importance très élevée que le droit international prévoit au droit des Etats de réglementer et s'y réfèrent pour déterminer une violation de la clause TJE⁴⁸.

Le nombre important de procédures RDIE intentées au moyen de la clause TJE montre qu'une violation de cette clause se limite aux modifications du cadre légal existant au moment de l'investissement qui auraient un effet « discriminatoire », « déraisonnable », « drastique » ou qui changeraient complètement le cadre légal⁴⁹.

- les attentes légitimes

Quoiqu'elle ne fasse pas l'objet d'un développement explicite dans les TBIs, il semble être accepté par les tribunaux arbitraux que la notion d'« attentes légitimes » entre dans le

⁴⁶ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, « INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION : Substantives Principles », Oxford International Arbitration Series, 2008, pp. 286 et s.

⁴⁷ V. KORZUN, op. cit., p. 378.

⁴⁸ *SD Myers, Inc. c. Canada*, CNUDCI, sentence partielle du 13 novembre 2000, § 263.

⁴⁹ P. BERNARDINI, « Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests », ICSID Review, Oxford University Press, 2016, Vol. 32, n°1, pp. 38-57.

champ d'application du « traitement juste et équitable ». Elle impose aux Etats de respecter leurs engagements tout en leur assurant un cadre stable et prévisible et, par conséquent, fait naître des attentes dans le chef des investisseurs⁵⁰.

Le respect des attentes légitimes de l'investisseur par l'Etat correspond à ce qu'il serait raisonnablement en droit d'attendre d'un Etat. On comprend très vite la nécessité de devoir préciser les termes de ce droit qui ne pourrait comprendre toute « attente » de l'investisseur. Dès lors, quelles attentes peuvent être invoquées par l'investisseur ? Est-il possible de dresser une liste valable reprenant les attentes ayant un caractère légitime ? Le tribunal, dans l'affaire *Thunderbird*, précise très justement que le seuil pour savoir si les attentes ont un caractère légitime dépend des circonstances de l'espèce et peut varier suivant la nature de la violation alléguée⁵¹. La position d'un tribunal arbitral, dans l'affaire *Continental Casualty company c. Argentine*, tente néanmoins de faire la distinction entre trois types d'engagements : les déclarations politiques générales, qui ne font pas naître d'attente légitime ; les déclarations législatives générales, qui font naître des attentes réduites pour l'investisseur ; les engagements contractuels, qui font naître les attentes les plus fortes mais qui n'ont pas d'intérêt dans la mesure où ils font déjà l'objet de protections en elles-mêmes⁵². Il semble en revanche certain, comme l'exprime un grand nombre de tribunaux, que les attentes légitimes se rapportent à une situation où le comportement de l'Etat fait naître dans le chef de l'investisseur des attentes suffisamment raisonnables et précises pour qu'il puisse appuyer son raisonnement dessus⁵³.

A côté de cette liste délicate, pour ne pas dire impossible, à mettre en place, la jurisprudence a développé une série d'éléments susceptibles d'aider les tribunaux et les parties aux traités à déterminer l'étendue des « attentes légitimes »⁵⁴. On retrouve notamment, parmi les décisions rendues en la matière, le niveau de développement de l'Etat d'accueil, les divers engagements spécifiques pris par l'Etat à l'égard de l'investisseur, la stabilité de l'environnement juridique et économique⁵⁵, ainsi que l'absence de contradiction dans le comportement de l'Etat⁵⁶.

Outre ces critères, l'investisseur ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que la législation ne soit pas modifiée. Mis à part pour les cas particuliers où une clause de respect

⁵⁰ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 1235.

⁵¹ *International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States*, sentence du 26 janvier 2006, § 148.

⁵² CIRDI, *Continental Casualty Company c. Argentine*, n°ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, §261.

⁵³ CIRDI, *Glamis Gold Ltd c/ USA*, sentence du 8 June 2009, §620 et 766 ; CIRDI, *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Mexique*, sentence du 26 janvier 2006, §147.

⁵⁴ A. DE NANTEUIL, op. cit., p. 355.

⁵⁵ CIRID, *CMS Gas transmission company c. Argentine*, ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §274-276.

⁵⁶ CIRDI, *Técnicas Medioambientales TECMED SA c. Mexique*, n°ARB/10/17, sentence du 29 mai 2003, §154.

des engagements ou d'intangibilité serait prévue, la législation d'un état est en constante évolution et ces évolutions ne sauraient constituer une violation d'attente légitime. De plus, un arbitre doit pouvoir se référer au contexte global qui donne un indice sur les objectifs politiques à long et court termes de l'Etat ainsi que sur sa situation économique. En effet, un investisseur ne peut avoir pour attente légitime que la législation environnementale de l'Etat ne change pas si ce même Etat développe depuis plusieurs années une conscience environnementale forte⁵⁷.

Ainsi, de manière générale, on constate que les attentes légitimes ne pourront être admises par les arbitres que si elles sont jugées raisonnable et socialement légitimes dans les circonstances particulières de l'espèce⁵⁸.

- le seuil élevé de la preuve

De manière similaire à l'expropriation indirecte, les tribunaux ont établi un seuil élevé de la preuve pour pouvoir faire état d'une violation du traitement juste et équitable. La décision *Glamis Gold*⁵⁹ semble en effet reprendre la jurisprudence *Neer*⁶⁰ de 1926 à son compte. Une mesure prise par l'Etat doit être « suffisamment importante et choquante »⁶¹ de façon à violer les standards minimums de droit international coutumier et donc se trouver sous les seuils acceptable des standards du droit international de manière à porter atteinte aux droits des investisseurs⁶².

iii. Conclusion

Ces précisions, dégagées par les tribunaux arbitraux, permettent de limiter l'étendue conséquente des protections attribuées aux investisseurs sans pour autant enlever du contenu aux clauses. Les premiers bénéficiaires de cet encadrement substantiel sont les Etats. En effet, les interprétations des clauses par les tribunaux favorisent la transparence et la prévisibilité quant aux conséquences qu'un acte réglementaire peut avoir et aux décisions que pourraient prendre les arbitres en matière de différend réglementaire. Cette prévisibilité devra sans doute

⁵⁷ *Methanex corp. c. Etats-Unis*, sentence du 3 août 2005, chapitre D, § 9.

⁵⁸ J. CAZALA, « LA PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES DE L'INVESTISSEUR DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck, 2009/1, titre XXIII, p. 5-32.

⁵⁹ CIRDI, *Glamis Gold Ltd c. USA*, sentence du 8 June 2009, § 616.

⁶⁰ *Neer c. Mexique, R.S.A.* vol. IV, p. 82.

⁶¹ « sufficiently egregious and shocking »

⁶² A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, § 717.

rassurer les plus septiques du mécanisme RDIE en ce qu'elle incitera les Etats à réglementer plus sereinement et ainsi limitera l'effet du « gel réglementaire » .

Néanmoins, les incertitudes quant à certaines notions n'ont pas complètement disparues et des divergences d'interprétations persistent. Même si les décisions arbitrales rendues en matière de différend réglementaire donnent une vision plus claire de la situation, la précision des définitions des clauses de protections semble insuffisante pour encadrer au mieux les effets potentiels sur le pouvoir normatif des Etats.

Même si la grande partie de la jurisprudence est suivie par la plupart des arbitres pour éclairer leur jugement, on constate l'élaboration d'une multiplicité des raisonnements et des solutions des tribunaux dans l'interprétation des règles. En effet, la règle du précédent n'existant pas en droit international, les tribunaux n'ont aucune obligation à devoir respecter les sentences précédemment rendues. Cette absence de contrainte complique l'univocité des définitions et la délimitation des concepts. Elle explique également leur constante évolution et les contradictions entre les décisions qui empêchent parfois le droit international de l'investissement d'être cohérent⁶³. Ce manque de cohérence n'est malheureusement pas susceptible de disparaître si le système international reste tel qu'il est, c'est-à-dire constitué d'un ensemble de procédures distinctes ayant chacune un corps de règles particulières qui favorise les applications et interprétations divergentes.

IV. VERS UN SYSTÈME PLUS ÉQUILIBRÉ AU SEIN DE L'UE

A. EVOLUTION DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT

Ces dernières années ont vu naître une nouvelle génération de traités d'investissement ainsi qu'une réforme des anciens accords. Les Etats ont pris conscience que l'ancienne génération de traités n'était pas adaptée aux besoins auxquels les traités d'investissement font face aujourd'hui. Une bonne partie d'entre eux mettent en oeuvre des réformes qui aboutissent à de nouveaux modèles de AII.

Cette mouvance s'est développée à travers plusieurs organes étatiques et internationaux qui poussent les Etats à adapter leurs AII aux problématiques auxquelles ils font face. La CNUDEC prévoit notamment depuis 2015, dans ses rapports annuels, des recommandations de réformes en vue notamment de responsabiliser les investisseurs et de

⁶³ P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER, « The Oxford Handbook of International Investment Law », Oxford University Press, 2008, chap. 30, pp. 1188-1206.

mieux protéger la souveraineté normative des Etats⁶⁴. L'UE a également rendu un rapport préconisant de nouvelles approches en matière de droit de règlementer des Etats et de RDIE⁶⁵.

Au sein de l'Union européenne, la compétence pour conclure des traités en matière d'investissement était encore dévolue aux Etats membres jusqu'en 2009. Depuis le Traité de Lisbonne, l'exercice de cette compétence a été transférée à l'Union européenne qui développe depuis lors une nouvelle approche innovatrice, s'intéressant à la fois aux protections procédurales et substantives, mais également à de nouveaux systèmes de règlement des différends censés mettre un terme au vieux modèle de RDIE. Cette nouvelle approche conduit le droit international d'investissement vers une nouvelle génération de traités⁶⁶.

L'évolution des TBIs et autres AII a pour objectif de s'assurer que la protection et l'encouragement des investissements ne nuit pas à la capacité des Etats d'adopter des mesures de politiques publiques. Elle tente de rétablir un équilibre entre la protection des investissements et la liberté normative des Etats de manière à contrer les abus de procédures en matière de RDIE⁶⁷.

Cet équilibre passe par des modifications substantielles, notamment en précisant les concepts des clauses et en limitant les interprétations par les tribunaux, ainsi que par des modifications procédurales, en s'assurant que le mécanisme de RDIE est juste et indépendant. Des alternatives au mécanisme classique de RDIE voient également le jour dans les nouveaux accords conclus par l'UE.

Nous nous concentrerons sur la nouvelle approche que l'Union européenne applique depuis peu à ses nouveaux accords. Après avoir développé les évolutions substantielles et procédurales, nous présenterons successivement le nouveau système juridictionnel d'investissement proposé par la Commission européenne et le projet de cour multilatéral d'investissement. Enfin, nous verrons que le mécanisme entier de RDIE est en péril suite à l'arrêt *Achmea* rendu par la CJUE le 6 mars 2018, qui pose de nombreuses questions quant à son avenir au sein de l'UE.

i. Modifications substantielles

Les Accords d'investissement, et plus particulièrement les TBIs, n'avaient pas pour objectif de s'appliquer de manière autonome aux relations entre les Etats et les investisseurs.

⁶⁴ CNUCED, « World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance », UNITED NATIONS PUBLICATION, 2015, pp. 219 et s.

⁶⁵ Commission Européenne, « Investment in TTIP and beyond - The path for reform », concept paper, 2015.

⁶⁶ C. TITI, « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », The European Journal of International Law (EJIL), Vol. 26 n°3, November 2015, pp. 639-661.

⁶⁷ Commission Européenne, op. cit. n° 9.

Ils devaient compléter les contrats d'Etats, instruments juridiques bien plus complets permettant d'assurer des droits particuliers aux investisseurs étrangers. Cette origine particulière des TBIs explique très certainement la formulation standardisée des clauses, tel que celles d'expropriation ou de traitement juste et équitable.⁶⁸

Ce manque de précision laisse malheureusement une marge de manoeuvre gigantesque aux arbitres qui sont les premiers à devoir interpréter les Traités d'investissement. Une rédaction plus précise de ces clauses semble dès lors être un point central pour encadrer au mieux le pouvoir considérable laissé aux arbitres et ainsi assurer un meilleur équilibre entre les différentes parties concernées.

Parmi les modifications substantielles qui voient le jour au sein de la nouvelle génération de traités, on distingue la précision de clauses de protection des investissements, l'affirmation du droit de réglementer des Etats, la limitation du champ d'application des protections par l'intégration de références aux mesures étatiques, la limitation de l'interprétation des traités et enfin les limitations du mécanisme RDIE.

a. Précision des règles de protection des investissements

Du fait de leur rédaction dans des termes vagues, les TBIs offrent une liberté d'interprétation des clauses aux arbitres. La difficulté pour les parties aux traités est de déterminer l'interprétation qu'un arbitre est susceptible de donner aux notions dont les contours sont incertains. La multitude de procédures d'arbitrage complique d'avantage ces délimitations.

L'UE a tenu compte de ce problème, notamment dans la rédaction du CETA (AECG) en y introduisant une série de précisions.

Clause du traitement juste et équitable

La notion ayant donné lieu aux interprétations les plus diverses est sans aucun doute le « traitement juste et équitable ». Le CETA reprend en son article 8.10 l'obligation pour l'Etat de garantir un traitement juste et équitable tout en détaillant le contenu de cette obligation. La clause prévoit ainsi pour les Etats l'interdiction du déni de justice, des traitements abusifs, discriminatoires ou arbitraires et le respect du *due process of law*. De plus, le concept d'attente légitime, laissé jusqu'ici hors des accords d'investissement, est repris de manière concrète et est à prendre en compte par les Etats dans l'évaluation du respect de leurs obligations⁶⁹.

⁶⁸ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 247-248.

⁶⁹ Art. 8.10 de l'Accord Economique et Commercial Global (AECG).

L'évolution de cette clause est cependant à nuancer. Le détail de l'obligation du traitement juste et équitable par une série de concept n'est en réalité que la codification du développement jurisprudentiel en la matière. Tout au plus, cette codification rend l'encadrement de ce concept obligatoire, quand elle était volontaire auparavant. Ensuite, cette précision dans le traité ne fait que transposer l'incertitude d'interprétation de la notion de « traitement juste et équitable » aux éléments qui la composent dorénavant.

Clause du standard de pleine et entière protection

Toujours à l'article 8.10 du traité, la clause du standard de pleine et entière protection et sécurité fait l'objet d'une limitation découlant également de la jurisprudence. A la différence de la jurisprudence qui divergeait sur la limite à donner à cette notion, l'article prévoit que la notion se limite à la « sécurité physique ». La protection des investisseurs semble néanmoins restreinte dans une moindre mesure quand on sait que la plupart des contestations concernant un obstacle non-physique violait également la clause TJE⁷⁰.

Clause de l'expropriation indirecte

Une autre précision des traités se trouve dans la rédaction de la clause de l'expropriation indirecte. Tout aussi problématique que la précédente, la notion d'expropriation indirecte recouvre « les mesures d'effet équivalent » qui est une notion complexe à délimiter. Le CETA a repris dans ses annexes une liste non exhaustive des critères facilitant la distinction entre une expropriation indirecte et une mesure légitime que les arbitres doivent prendre en compte.

L'annexe 8-A prévoit ainsi :

« Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constituent une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants :

a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte; EU/CA/Annexe/fr 122

b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie;

c) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement;

⁷⁰ A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : from investor-state arbitration to permanent investment court », CIGI, 2016.

d) la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but. »⁷¹

On remarque aisément que la jurisprudence a, encore ici, influencé les négociateurs du CETA. Toutefois, le réel apport de cette liste tient dans le fait que la doctrine de « l'effet unique » en est écarté et que la clause prévoit le test de proportionnalité qui faisait déjà l'objet d'une utilisation par certains tribunaux arbitraux.

Clause de la nation la plus favorisée

La clause de la nation la plus favorisée évolue quant à elle à deux égards⁷². L'article 8.7 du CETA prévoit la limitation de la notion de « traitement ». Celle-ci n'a pas vocation à englober les procédures de RDIE et les obligations substantielles contenues dans d'autres accords internationaux. Cela signifie que les investisseurs ne peuvent pas invoquer des règles de procédures plus favorables en vertu d'un autre traité et que les obligations d'un autre traité ne peuvent pas être invoquées pour constituer une violation de la clause de la nation la plus favorisée⁷³.

Conclusion

Quoiqu'elles reportent d'une certaine manière la problématique à un autre stade et qu'elles n'apportent que très peu de nouveautés, ces précisions offrent une plus grande sécurité aux Etats et aux investisseurs, respectivement dans leurs décisions normatives et dans leur chances de contestation. Ces délimitations leur permettent en effet de prévoir plus facilement les conséquences de telles actions.

On notera cependant l'absence de précision dans la rédaction de la clause du traitement national. Contrairement aux nouveaux modèles de traité d'investissement mis en place par les Etats-Unis ou, notamment, dans le cadre de l'accord de partenariat transpacifique (TPP) entre les économies des régions d'Amérique et de l'Asie-Pacifique, l'UE n'a pas souhaité détailler le traitement national dans le CETA. Or, des incertitudes persistent dans l'interprétation de certains termes, tel que pour les « situations similaires »⁷⁴.

⁷¹ Annexe 8-A de l'AECG

⁷² A. REINISCH, op. cit., pp. 17-18.

⁷³ Art. 8.7 AECG : « Il est entendu que le "traitement" mentionné aux paragraphes 1 et 2 n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux. Les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un "traitement", et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une Partie au titre de ces obligations ».

⁷⁴ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP », Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2016.

b. Affirmation du droit de réglementer des Etats

Du fait de leur origine, les AII ont longtemps été pensés de façon à protéger les investissements plutôt que les Etats. Certains accords allaient même jusqu'à prévoir une référence à un droit à un « environnement économique stable » pour les investisseurs, qui était interprété par les tribunaux arbitraux comme procurant aux investisseurs une garantie générale contre des modifications répétées de la législation d'un Etat⁷⁵.

La problématique soulevée par ces interprétations reflète la considération uniquement économique dont les tribunaux tenaient compte pour interpréter les litiges issus des AII et l'absence de référence explicite de la notion de « droit de réglementer » dans les accords d'investissement.

De plus en plus, les Etats ont voulu rappeler dans les préambules de leurs nouveaux accords que le droit de réglementer ne disparaissait pas face aux protections des investisseurs. Néanmoins, cette précision s'est vite révélée insuffisante. En effet, le préambule ne crée en principe pas de droit ou d'obligation légale.

On mentionnera à titre d'exemple le futur accord de libre-échange entre l'UE et Singapour, validé par la Commission en avril 2018, qui reprend en son préambule :

*« each Party's right to adopt and enforce measures necessary to pursue legitimate policy objectives such as social, environmental, security, public health and safety, promotion and protection of cultural diversity »*⁷⁶.

Il est donc nécessaire, comme l'indique la Commission européenne dans son *concept paper*, que les Etats prennent des mesures supplémentaires en vue de réaffirmer la liberté normative des Etats. Des clauses d'exception doivent être prévues dans le corps des accords afin d'être clair sur la portée des règles de protection des investisseurs.

Depuis sa reprise de la compétence, la Commission introduit ces mesures au sein des règles contraignantes de ses accords. Le CETA prévoit notamment dans son chapitre sur l'investissement, en son article 8.9 :

*« Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle »*⁷⁷.

⁷⁵ Commission Européenne, « Investment in TTIP and beyond - The path for reform », concept paper, 2015.

⁷⁶ Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, disponible sur : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁷⁷ Art. 8.9 AECG.

c. Intégration de normes de protection des mesures étatiques

Finalement, un des meilleurs moyens de garantir la protection des mesures légitimes d'intérêt public prises par l'Etat, et ainsi de limiter la protection des investisseurs, est de prévoir des références aux autres disciplines nécessitant une protection, tel que les droits de l'homme ou encore le droit de l'environnement.

Progressivement, les TBIs ont intégré ces règles de protection faisant références aux droits fondamentaux, ainsi qu'aux droits de l'environnement. Tout comme pour la réaffirmation du droit de réglementer, l'importance de cette intégration varie suivant l'endroit où elle est placée dans le traité. En insérant cette référence dans le préambule du traité, la disposition aura une portée limitée à l'encontre des investisseurs. En revanche, si cette référence est insérée dans le dispositif du traité, elle crée indéniablement du droit, étant entendu que le dispositif est contraignant à l'égard des parties.

Ces normes intégrées au TBI agissent à la manière d'exceptions. Elles limitent les protections des traités et renforcent la souveraineté normative de l'Etat dans ces matières d'ordre public. Les normes générales prises par l'Etat dans l'intérêt public ne sont dès lors en principe plus susceptibles de violer les protections des investisseurs tant qu'elles ne se révèlent pas discriminatoires ou arbitraires⁷⁸.

d. Limitation de l'interprétation des traités aux parties

En plus des précisions relatives à l'étendue des protections substantives, un dispositif capable de protéger le droit de réglementer des Etats et qui permet aux Etats parties d'interpréter de manière contraignante et simplifiée le traité en l'amendant peut être prévu.

Ce dispositif se retrouve notamment dans le CETA qui prévoit plusieurs comités aptes à modifier des dispositions diverses du traité en vue de les clarifier. En matière d'investissement, les Etats, à travers le *comité pour les services et les investissements*, peuvent soumettre des interprétations et des compléments d'informations relatifs aux clauses de protection des investissements⁷⁹.

Les Etats peuvent ainsi modifier plus aisément les interprétations malvenues des tribunaux arbitraux qui auraient étendu les droits des investisseurs de manière abusive. Ainsi, la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée par les tribunaux arbitraux que dans les cas spécifiquement prévus dans les clauses du traité⁸⁰. L'interprétation du traité semble alors canalisée dans les mains des Etats parties au traité.

⁷⁸ A. DE NANTEUIL, « Droit international de l'investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp. 410-411.

⁷⁹ Art. 8.44 AECG.

⁸⁰ A. REINISCH, op. cit., pp. 18-19.

e. Limitation du mécanisme RDIE

Le nouveau modèle mis en place par l'UE tente de délimiter le champ d'application du mécanisme d'arbitrage.

Malgré la subsistance du caractère unilatéral de l'arbitrage qui limite le dépôt d'une plainte au seul investisseur, le traité d'investissement de l'UE restreint les possibilités pour celui-ci de déposer plainte en écartant les recours offensifs ou abusifs. L'article 8.18 du CETA prévoit par exemple que les plaintes « ne peuvent être déposées que pour autant que la mesure se rapporte aux activités commerciales existantes d'un investissement visé » et qu'elles ne peuvent pas l'être « si l'investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalent à un abus de procédure ».

Ce nouveau champ du mécanisme devrait mettre fin aux procédures dilatoires, sinon les limiter fortement.

Enfin, le CETA prévoit également un encadrement des peines laissées à la discrétion des arbitres⁸¹. Dorénavant, lorsqu'une plainte est déposée par un investisseur à l'encontre d'un Etat pour réparer le dommage causé par le non-respect d'obligations au traité, la condamnation de l'Etat se limitera au versement d'une somme d'argent. Les tribunaux arbitraux ne pourront pas condamner l'Etat à modifier son droit, à abroger une mesure, ou à faire quoi que ce soit d'autre⁸².

ii. Modifications procédurales du mécanisme RDIE

Les garanties pour un meilleur équilibre passent non seulement par une amélioration des règles substantielles des accords mais également par la modification de procédures et par l'apparition de nouvelles règles que les nouveaux modèles tentent de mettre en oeuvre.

Les mécanismes mis en place par l'UE dans sa nouvelle approche ont toujours pour finalité de répondre aux critiques adressées à l'arbitrage RDIE à propos des risques que les nouvelles législations des Etats encourent.

a. Impartialité et indépendance des arbitres

Une critique faite au mécanisme RDIE était que les arbitres étaient choisis par les parties au litige. Un des arbitres était donc mandaté par l'investisseur, un autre par l'Etat et le troisième arbitre était choisi par les deux premiers. La crainte des plus sceptiques envers le système d'arbitrage consistait à dire que le choix effectué par les investisseurs se tournait vers

⁸¹ Art. 8.18 et 8.39 AECG.

⁸² Commission indépendante, « L'impact de l'Accord Economique Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé », rapport au premier ministre, septembre 2017.

un arbitre en fonction de son intérêt personnel, qui ne serait donc pas parfaitement impartial à leurs yeux. Cette désignation serait dès lors défavorable aux Etats.

Le nouveau système mis en place par l'UE, notamment à travers le CETA, supprime cette liberté du choix des investisseurs. Seuls les Etats parties au traité pourront, à travers un comité joint, nommer les 15 arbitres susceptibles d'être désignés pour régler un litige⁸³. L'investisseur perd totalement sa faculté de choisir librement son arbitre.

En dehors du fait de savoir si le choix qui était effectué par les investisseurs influençait réellement la décision finale du tribunal, il est certain que limiter ce choix aux seuls Etats parties au traité empêchera toute dérive⁸⁴.

En plus de la méfiance à l'égard de l'impartialité des arbitres, une crainte à l'égard de leur indépendance subsistait. Le CETA a mis en place des mesures afin d'encadrer au mieux les arbitres en s'assurant qu'aucun conflit d'intérêt ne puisse survenir. Ces mesures obligent les arbitres à remplir une déclaration d'intérêts qui leur empêche notamment d'exercer une fonction d'avocat pendant leur mandat ou encore qui leur interdit de travailler pour un gouvernement pendant cette même période⁸⁵.

On remarquera néanmoins que ces mesures faisaient déjà l'objet d'une application par la plupart des tribunaux. Le CETA constitue à cet égard plus une formalisation du procédé qu'une réelle avancée procédurale.

b. Transparence de la procédure

La Commission européenne a introduit dans le CETA les mesures du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage RDIE, entré en vigueur le 1er avril 2014⁸⁶. Celui-ci prévoit plusieurs mesures qui visent à rendre accessibles au public certaines informations sur les procédures de RDIE. Le règlement prévoit cependant des catégories d'informations qui peuvent être, au cas par cas, considérées comme confidentielles ou protégées⁸⁷, ce qui limite l'impact de la mesure.

Le principe de la publicité des audiences et l'intervention d'une tierce personne sont également des mesures mises en places dans le cadre du CETA mais, comme pour les mesures

⁸³ Art. 8.27, 2° et 5° AECG.

⁸⁴ A. DE NANTEUIL, « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017, pp. 244-245.

⁸⁵ Art. 8.30 AECG.

⁸⁶ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, New York, 2014.

⁸⁷ L. JOHNSON, N. BERNASCONI-OSTERWALDER, « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence : Son application, son contenu et la voie à suivre », Investment treaty news, 2013, Vol. 4, n° 4, pp. 3-5.

du point précédent, elle ne font que formaliser des pratiques arbitrales développées par la jurisprudence depuis quelques temps⁸⁸.

c. Introduction de l'appel

La réelle évolution procédurale du mécanisme RDIE réside dans l'introduction de l'appel aux traités conclus par l'UE. Toujours en reprenant l'exemple du CETA, l'article 8.28 de l'accord prévoit que le tribunal d'appel « peut confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal »⁸⁹.

Les motifs d'appel sont restreints. Il n'empêche que les fondements de l'appel permettront aux arbitres d'appel de contrôler les bonnes applications et interprétations des clauses du traité. Cette grande avancée se confirme d'autant plus que les décisions rendues par ces juridictions d'appel s'imposeront aux tribunaux de première instance au risque pour leurs décisions de se voir remises en cause.

Le droit international de l'investissement tendra alors en principe vers une jurisprudence plus uniforme et la prévisibilité sera alors favorisée. Les Etats pourront anticiper de manière plus certaine l'étendue de leurs obligations internationales et la validité de leurs mesures de politiques publiques.

B. ALTERNATIVES

Malgré les nombreuses évolutions en matière d'arbitrage d'investissement, le mécanisme RDIE semble pour certains toujours manquer de transparence, de légitimité et de cohérence. Parallèlement aux réformes initiales des RDIEs classiques, la Commission européenne a alors entrepris la création d'alternatives qui reprennent notamment les évolutions susmentionnées, afin de répondre de manière directe et efficace aux problèmes présentés antérieurement.

Cette nouvelle approche se traduit par deux projets qui tentent, eux aussi, de répondre aux craintes suscitées en matière de règlement des conflits d'investissement. La première proposition est un « système juridictionnel des investissements », proposé en automne 2015 par la Commission dans le cadre du TTIP suite à une consultation publique, qui sera prochainement mis en place dans le cadre du CETA. La seconde proposition est une cour multilatérale d'investissement, en négociation depuis 2015 également, en vue pour les Etats d'avoir un corps international permanent en matière de règlement des conflits entre les

⁸⁸ A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, pp. 245-246.

⁸⁹ Art. 8.28 AECG.

investisseurs et les Etats qui ne se limite plus à une multitude de systèmes bilatéraux d'arbitrage.

i. Un système juridictionnel des investissements (SJI)

Le système qui sera prochainement mis en place dans les nouveaux accords d'investissement conclus par l'UE, notamment dans le cadre du CETA ou dans l'accord de libre-échange entre l'UE et le Mexique dont l'accord de principe a été signé le 21 avril 2018⁹⁰, engage une rupture à certains égards avec l'ancien modèle de l'arbitrage. Il a pour objectif de dissiper les visions divergentes à propos du mécanisme RDIE au sein d'un système neuf et innovant, tenant compte des nombreuses critiques que l'ancien système essuyait.

La Commission voulait que le nouveau système juridictionnel se distingue du système classique d'arbitrage par son indépendance, sa transparence et son impartialité.

Ainsi, il se compose d'un tribunal de première instance et d'un tribunal d'appel. Ces tribunaux seront permanents contrairement aux tribunaux *ad hoc* classiques de RDIE qui ne sont organisés que pour un litige particulier. Les juges sont choisis par les parties au traité parmi des professionnels et les parties au litige n'auront donc plus la liberté de choisir leur arbitre. Ces mêmes juges devront suivre un code de conduite en vue d'être mieux encadré et remplir une convention qui vise à éviter les conflits d'intérêt. La procédure prévoit une série de règles de publicité en vue d'assurer la transparence des débats vis-à-vis du public. Les procédures parallèles sont interdites et les juges ne peuvent rendre une décision qui abrogerait une mesure étatique. Enfin, l'intervention d'un tiers au litige sera possible.

Le modèle SJI n'est pas entré en vigueur le 21 septembre 2017 comme la majeure partie de l'accord. Il fait partie des mesures pour lesquelles l'accord de l'ensemble des parlements nationaux est nécessaire pour pouvoir sortir ses effets⁹¹.

ii. Une Cour Multilatérale d'investissement

A terme, l'UE cherche à mettre en place une cour multilatérale d'investissement. On remarque en effet qu'au sein de ses accords de libre-échange et de ses TBIs, l'UE a prévu une clause qui permet aux organes compétents d'adopter « une décision établissant que les

⁹⁰ Accord de principe entre l'UE et le Mexique, 21 avril 2018, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf.

⁹¹ L. PUCCIO, R. HARTE, « De l'arbitrage au système juridictionnel des investissements (SJI) », PE607.251, *Service de recherche du Parlement européen*, 2017.

différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral »⁹².

Pour parvenir à ce système multilatéral, la Commission indique néanmoins que des développements doivent encore être réalisés à deux égards. D'une part, un même mécanisme d'appel, proposant les mêmes règles de procédure que le SJI, doit être installé au sein de chaque accord bilatéral d'investissement conclu entre l'UE et ses partenaires économiques. D'autre part, afin d'institutionnaliser au mieux le mécanisme RDIE, il est nécessaire qu'une liste d'arbitres fixes soit mise en place dans chaque traité d'investissement.

Une fois ces développements réalisés dans un ensemble d'accords conclus par l'UE et ses Etats membres, une cour multilatérale d'investissement pourra voir le jour et ainsi proposer un corps centralisé et des procédures d'arbitrage uniformisées prenant en compte les nouvelles règles substantielles de protection des investisseurs et des Etats⁹³.

C. COMPATIBILITÉ DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE AVEC LE DROIT DE L'UE ?

i. Arrêt ACHMEA : le contexte et l'analyse de la cour

Ce 6 mars 2018, la CJUE s'est prononcée sur la compatibilité de la clause d'arbitrage contenue dans les TBIs avec le droit de l'Union européenne.

Dans le cadre d'un recours devant un tribunal arbitral, la société Achmea soutenait le non-respect par la Slovaquie d'une clause du TBI conclu entre celle-ci et les Pays-Bas, ce qui leur aurait causé un préjudice pécuniaire.

Le tribunal arbitral ayant donné droit à la société Achmea, la Slovaquie introduit par la suite un recours en annulation devant les juridictions allemandes soutenant que la clause d'arbitrage était contraire à certaines dispositions européennes. En pourvoi, La cour fédérale de justice allemande pose alors une question préjudicielle devant la CJUE pour savoir si la clause d'arbitrage du TBI est compatible avec le droit de l'Union au regard des articles 267 et 344 du TFUE⁹⁴.

La cour fait le constat que, d'après les dispositions du TBI, le tribunal arbitral est disposé à trancher le conflit sur base du droit applicable de l'Etat faisant l'objet du litige ainsi que sur base de tout les accords pertinents entre la Slovaquie et les Pays-Bas. Le droit de

⁹² Art. 8.29 AECG.

⁹³ Commission Européenne, « Investment in TTIP and beyond - The path for reform », concept paper, 2015.

⁹⁴ CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=417886>.

l'Union étant applicable au sein de tous les Etats de l'Union, la cour constate que le tribunal arbitral est en mesure de devoir interpréter et appliquer le droit de l'Union.

Toujours d'après les clauses du TBI, la cour constate que le tribunal arbitral déroge au système juridictionnel des Etats concernés par le TBI et, par conséquent, ne saurait être qualifié de « juridiction d'un Etat membre » tel que le prévoit l'article 267 TFUE. De plus, la cour fait remarquer que les parties au TBI soustraient cette procédure d'arbitrage à leurs juridictions nationales et ainsi à celles de recours.

De ces éléments, la cour conclut que le système d'arbitrage mis en place par ce type de TBI empêche qu'une juridiction relevant du système juridictionnel de l'UE, et qui est la seule à pouvoir assurer une application pleine et efficace des règles de l'Union européenne, puisse être saisie du litige. Par conséquent, la cour constate que la décision rendue par le tribunal arbitral ne saurait faire l'objet d'un recours et est de ce fait définitive.

La cour considère dès lors qu'il y a atteinte au droit de l'Union et que la clause d'arbitrage n'est pas compatible avec les articles 267 et 344 du TFUE⁹⁵.

ii. Les conséquences

Les conséquences d'une telle décision peuvent être catastrophiques pour le mécanisme d'arbitrage prévu dans les TBIs. En effet, si elle venait à s'étendre à l'ensemble des TBIs intra-européens, qui compte pas moins de 196 traités, cette décision pourrait rendre la procédure de RDIE illégale dans son ensemble face au droit européen.

Il convient néanmoins de nuancer la portée de la décision de la CJUE qui répond à une question préjudicielle dans le cas d'une affaire particulière, concernant le TBI entre la Slovaquie et les Pays-Bas. En effet, certains auteurs voient dans l'arrêt une réponse qui se limite au seul traité concerné par le litige, de manière à limiter fortement la portée des conséquences de l'arrêt⁹⁶. On sait la multitude des TBIs et la diversité de leurs clauses qui peuvent avoir pour conséquence de limiter la portée de l'arrêt *ACHMEA*. De plus, l'arrêt ne concerne pas les arbitrages CIRDI qui obéissent à la Convention de Washington de 1965.

Si les difficultés qu'amène cet arrêt semblent certes nombreuses, on constate cependant qu'il est encore tôt pour pouvoir déterminer la portée de l'arrêt *Achmea* et qu'il est nécessaire que d'autres questions préjudicielles soient posées à la CJUE pour que celle-ci puisse éclairer les Etats membres sur l'avenir du mécanisme RDIE. Tout au plus, la décision de la cour permet de se rendre compte de l'incompatibilité d'une clause d'arbitrage classique

⁹⁵ Cour de justice de l'Union européenne, « La clause d'arbitrage incluse dans l'accord conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie sur la protection des investissements n'est pas compatible avec le droit de l'Union », Communiqué de presse n° 26/18, 6 mars 2018.

⁹⁶ P. PINSOLLE, I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », Dalloz, 2018.

avec le droit de l'UE en ce que le mécanisme n'est pas adapté pour permettre une juste application du droit européen. L'absence de contrôle de l'application du droit de l'union par les juridictions d'un Etat membre risque d'amener les tribunaux arbitraux à interpréter le droit de l'Union sans en assurer la pleine efficacité. Même si certains auteurs critiquent le fondement en droit du raisonnement de la cour⁹⁷, la décision rendue semble avoir remis profondément en question l'arbitrage d'investissement.

A ce propos, le ministre Reynders a introduit le 6 septembre 2017 une question préjudicielle devant la CJUE sur la compatibilité du nouveau modèle SJI avec les traités européens. On remarquera que dans cette demande d'avis, il est précisé que le modèle SJI n'est qu'un système réformé de l'ancien mécanisme RDIE. Cet avis sera donc sans aucun doute un deuxième pas quant à la compatibilité du mécanisme RDIE, sous couvert du nouveau mécanisme SJI. Néanmoins, ces alternatives au mécanisme classique de RDIE, telles qu'elles sont présentées par les négociateurs de l'UE, seront peut-être susceptibles de rétablir un processus comprenant les éléments nécessaires pour que l'arbitrage soit finalement conforme au droit de l'Union.

V. CONCLUSION

Le présent exposé avait pour objectif de présenter les règles applicables en matière de protection des investissements et tentait ainsi de répondre à la question suivante : Le droit de l'investissement tend-il vers un meilleur équilibre entre les protections des investisseurs et le droit de réglementer des Etats suite aux évolutions jurisprudentielles et législatives récentes ?

Afin d'y répondre, nous nous sommes d'abord concentrés sur les règles de protection telles qu'elles sont prévues dans la plupart des TBIs. Nous avons analysé les développements jurisprudentiels que les tribunaux arbitraux ont tenté d'apporter aux notions imprécises en vue de mieux encadrer les droits des investisseurs. Pour ce faire, nous avons essayé de dégager la ligne directrice suivie par la majorité des tribunaux. La suite de l'exposé a essayé de mettre en lumière les évolutions qu'ont subi les traités d'investissements après la reprise de la compétence par l'Union européenne. Ces évolutions, nous l'avons vu, prennent en compte la jurisprudence arbitrale pour détailler les règles de protection des investisseurs, mais tentent également de mettre en place des mesures supplémentaires, notamment en vue de prendre en compte les autres droits qui doivent faire l'objet de nouvelles législations, comme le droit de l'environnement. En plus des nouvelles mesures substantielles, les nouveaux traités prévoient des améliorations procédurales qui, bien qu'elles ne soient pas toutes d'application, dirigent

⁹⁷ PINSOLLE P., MICHOU I., op. cit..

indéniablement les accords d'investissement vers une meilleure transparence et plus de cohérence. Ceci implique un meilleur encadrement du système d'arbitrage et a pour conséquence une meilleure protection de la liberté normative des Etats. Enfin, l'UE espère pouvoir mettre prochainement en place un nouveau cadre du mécanisme RDIE, le SJI, afin de répondre encore mieux aux attentes d'impartialité et d'indépendance. Pour clôturer la question de l'équilibre, nous avons présenté en un temps l'avenir incertain de l'arbitrage d'investissement au sein des TBIs qui fait suite à l'arrêt *ACHMEA*.

Ce raisonnement nous a permis de répondre positivement à la question posée, tout en apportant les nuances adéquates. La tendance à devoir rééquilibrer l'ancien système semble s'être propagé aussi bien auprès des tribunaux qu'auprès des négociateurs de traités européens. Nous avons pu constater, d'une part, que malgré la jurisprudence fortement développée, le droit de Etats à réglementer dans des matières d'ordre public reste controversé et devra toujours faire l'objet d'une analyse au cas par cas par les tribunaux⁹⁸. D'autre part, il semblait nécessaire de développer un nouveau modèle de traités qui prenne en compte les besoins développés par la jurisprudence et par la doctrine. L'introduction d'un mécanisme d'appel et la nouvelle politique de confidentialité permettront sans doute d'uniformiser la jurisprudence arbitrale et favoriseront la cohérence du système et la sécurité juridique, facilitant ainsi les Etats à réglementer. Tel que l'Institut International pour le développement durable l'avait préconisé dans son nouveau modèle d'accord international de l'investissement, la nouvelle génération de traités d'investissement cherche non seulement à protéger les droits des investisseurs étrangers, mais tente également de placer ces droits au sein du cadre plus large des réglementations des Etats⁹⁹.

Toutefois, il convient de nuancer ces affirmations. Bien que les règles du nouveau modèle de traité d'investissement soient plus claires et détaillées, leur rédaction semble montrer ses limites. L'UE précise les notions d'expropriation et de traitement juste et équitable, mais peine à donner un cadre susceptible de ne plus laisser de marge d'appréciation aux arbitres. Il nous semble néanmoins compliqué de pouvoir appréhender des concepts juridiques des traités de manière complète, à moins d'en dresser une liste casuistique infinissable.

Ainsi, certains auteurs se laissent à penser que ce nouveau modèle apporte suffisamment de clarté et de certitude pour raisonnablement penser qu'un investisseur ne saura mettre en oeuvre une protection à des fins abusives ou qu'un tribunal ne pourra interpréter une autre règle dans un sens peu souhaitable. Tandis que d'autres, plus sceptiques, continuent à exprimer leur mécontentement vis-à-vis du système mis en place, convaincus de l'inadaptation du mécanisme RDIE pour protéger les politiques publiques des Etats.

⁹⁸ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, « INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION : Substantives Principles », Oxford International Arbitration Series, 2008, pp. 298 et s.

⁹⁹ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, op. cit., pp. 21-23.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

BERNARDINI, P., « Reforming Investor–State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interests », *ICSID Review*, Oxford University Press, 2016, Vol. 32, n°1.

BONOMO, S., « Les Traités Bilatéraux relatifs aux Investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats », *PUAM*, 2012.

CAZALA, J., « LA PROTECTION DES ATTENTES LÉGITIMES DE L'INVESTISSEUR DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck, 2009.

CNUCED, « Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l’arbitrage », Etudes de la CNUCED sur les politiques d’investissement international au service du développement, New York-Genève, *Nations Unies*, 2010.

CNUCED, « Rapport sur l’investissement dans le monde - L’investissement et l’économie numérique. Repères et vue d’ensemble », *UNITED NATIONS PUBLICATION*, 2017.

CNUCED, « Recent Trends in IIAs and ISDS », février 2015.

CNUCED, « World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance », *UNITED NATIONS PUBLICATION*, 2015.

Commission Européenne, « Investment in TTIP and beyond - The path for reform », *concept paper*, 2015.

Commission européenne, « Le règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) - Quelques faits et chiffres », 2015.

Commission indépendante, « L’impact de l’Accord Economique Commercial Global entre l’Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l’environnement, le climat et la santé », rapport au premier ministre, septembre 2017.

Cour de justice de l’Union européenne, « La clause d’arbitrage incluse dans l’accord conclu entre les Pays-Bas et la Slovaquie sur la protection des investissements n’est pas compatible avec le droit de l’Union », Communiqué de presse n° 26/18, 6 mars 2018.

DE NANTEUIL, A., « Droit international de l’investissement », deuxième édition, Paris, Editions A. Pedone, 2017.

DE NANTEUIL, A., « Quelle préservation du droit de réglementer dans le cadre du règlement des différends investisseurs-Etats ? », Larcier, R.A.E. - L.E.A., 2017.

European Commission, « Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements, fact sheet », November 2013, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf.

- FONTANELLI, F., BIANCO, G., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014.
- GAUKRODGER, D., « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties : a scoping paper », *OECD Working Papers in International Investment*, Paris, OECD publishing, 2017.
- HENCKELS, C., « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA and TTIP », *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2016.
- JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., « Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence : Son application, son contenu et la voie à suivre », *Investment treaty news*, 2013, Vol. 4, n° 4.
- JOHNSON, L., SACHS, L., SACHS, J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *CCSI Policy Paper*, 2015.
- KALICKI, J.E., JOUBIN-BRET, A., « Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System : Journeys for the 21st Century », Kalicki J. E. & Joubin-Bret A. Editions, 2015.
- KORZUN, V., « The right to regulate in Investor-State Arbitration : Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », Fordham Law School, *S.J.D. Dissertations*, 2016.
- LEBEN, C., « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements », Paris, *L.G.D.J.*, Anthemis, 2006.
- MANCIAUX, S., « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité CIRDI », *Travaux du Credimi*, Paris, Litec, 2004.
- McLACHLAN, C., SHORE, L., WEINIGER, M., « INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION : Substantives Principles », *Oxford International Arbitration Series*, 2008.
- MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C., « The Oxford Handbook of International Investment Law », *Oxford University Press*, 2008.
- OCDE, « L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international de l'investissement », *Editions OCDE*, Paris, 2004.
- PINSOLLE, P., MICHOU, I., « Arbitrage : l'arrêt Achmea, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », Dalloz, 2018.
- REINISCH, A. et STIFTER, L., « European Investment Policy and ISDS », *SSRN*, 2014.
- REINISCH, A., « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court », *Center for International Governance Innovation*, 2016.
- REINISCH, A., « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : from investor-state arbitration to permanent investment court », *CIGI*, 2016.
- SALACUSE, J.W., « The Law of Investment Treaties - second edition », *The Oxford International Law Library*, 2015.

TITI, C., « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *The European Journal of International Law (EJIL)*, November 2015.

WOOLCOCK, S., « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen, 2010.

LEGISLATION

Accord Economique et Commercial Global (AECG)

Accord de principe entre l'UE et le Mexique, 21 avril 2018 (disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf)

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour (disponible sur : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>)

JURISPRUDENCE

CJUE

République Slovaque c. Achmea BV, 6 mars 2018, C-284/16

CIRDI

ADC c. Hongrie, n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005

Compania del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, n°ARB/96/1, sentence du 17 février 2000

Continental Casualty Company c. Argentine, n°ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008

Emilio Agustín Maffezini c. Le Royaume d'Espagne, N°. ARB/97/7

Glamis Gold Ltd c/ USA, sentence du 8 June 2009

Tecnicas Medioambientales TECMED SA c. Mexique, n°ARB/10/17, sentence du 29 mars 2003

AD HOC

Chemtura Corp. c. Canada, sentence du 2 août 2010

International Thunderbird Gaming Corporation v. the United Mexican States, sentence du 26 janvier 2006

Methanex corp. c. Etats-unis, sentence du 3 août 2005, § 7

Neer c. Mexique, R.S.A. vol. IV, p. 82

Saluka Investments B.V. c. République Tchèque, sentence du 17 mars 2006

SD Myers, Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence partielle du 13 novembre 2000