

# LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

**Jeanne-Yolande Fores Bitomol**

**Master en Diplomatie et Fonction Publique International**

**Mémoire de Master**

**Sous la direction de Xavier Fernández Pons**

**Barcelone 2016**



## Sommaire

|     |                                                                                         |    |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.  | Introduction .....                                                                      | 4  |
| 2.  | Origine du traitement juste et équitable .....                                          | 5  |
| 3.  | Sur la portée de la notion .....                                                        | 6  |
| 4.  | Le respect des critères de la conception autonome du traitement juste et équitable..... | 9  |
| 4.1 | <i>Le comportement transparent</i> .....                                                | 9  |
| 4.2 | <i>Le manque de respect de l'obligation de vigilance et protection</i> .....            | 11 |
| 4.3 | <i>La bonne foi</i> .....                                                               | 12 |
| 4.4 | <i>La réglementation stable et prévisible</i> .....                                     | 13 |
| 4.5 | <i>Le comportement non-arbitraire et non-discriminatoire</i> .....                      | 14 |
| 4.6 | <i>La non-observance des attentes légitimes de l'investisseur</i> .....                 | 16 |
| 4.7 | <i>La contrainte et harcèlement par les organes de l'État hôte</i> .....                | 19 |
| 4.8 | <i>Le déni de justice</i> .....                                                         | 20 |
| 4.9 | <i>L'enrichissement injustifié</i> .....                                                | 21 |
| 5.  | Critiques et révisions du TJE.....                                                      | 22 |
| 5.1 | <i>Le CNUCED et le TJE</i> .....                                                        | 23 |
| 5.2 | <i>L'accord économique et commercial global (AECG-CETA) et le TJE</i> .....             | 25 |
| 5.3 | <i>Le TPP et le TJE</i> .....                                                           | 32 |
| 5.4 | <i>Le TTIP et le TJE</i> .....                                                          | 33 |
| 6.  | Conclusions .....                                                                       | 36 |
| 7.  | Bibliographie .....                                                                     | 38 |

## Liste des abréviations

|             |                                                                       |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------|
| A.E.C.G     | Accord Économique et Commercial Global                                |
| A.M.I       | Accord Multilatéral sur l'Investissement                              |
| C.I.R.D.I   | Centre International de Règlement des Différends sur l'Investissement |
| C.N.U.C.E.D | Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement      |
| I.C.L       | Droit Coutumier International (International Customary Law)           |
| I.S.D.S     | Règlement des Différends entre Investisseurs et États                 |
| N.O.E.I     | Nouvel Ordre Économique International                                 |
| O.E.C.D     | Organisation de Coopération et de Développement Economique            |
| T.B.I       | Traité Bilatéral d'Investissement                                     |
| T.J.E       | Traitement Juste et Équitable                                         |
| T.L.E       | Traité de Libre Échange                                               |
| T.P.P       | Acord de Partenariat Transpacifique                                   |
| T.T.I.P     | Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement           |

## 1. Introduction

Le traitement juste et équitable est un principe des régimes juridiques applicables aux investissements étrangers de la part de l'État récepteur de l'investissement. Ce principe est composant essentiel des accords les plus importants en matière d'investissement. De la même manière, beaucoup des TLEs incluent la clause de TJE dans les chapitres rapportés à l'investissement étranger qui font une application de ce concept, mais traditionnellement sans définition en concret. Le caractère de principe du traitement juste et équitable a principalement surgi à la lumière des accords bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI.

Le significat de ce standard de comportement exigible peut ne pas être le même dans tous les traités et accords dans lesquels il se contient. Son interprétation peut se trouver affectée par les circonstances dans lesquelles il s'applique, depuis la forme dans laquelle l'accord ou le traité est rédigé, son contexte, l'histoire de sa négociation ou les indications que chacune des parties peut avoir effectuées.

Sans le préjudice des avantages qui peuvent résulter du caractère flexible de ce concept, pour des effets de son interprétation et d'application, cette forme de rédaction attente à l'un des principes juridiques fondamentaux de toute la législation nationale et internationale, la sécurité juridique. Il se livre aux tribunaux, la possibilité de justifier ses arrêts dans un usage arbitraire du concept, en l'appropriant aux intérêts des parties dans un conflit.

C'est cette indétermination du concept du traitement juste et équitable qui motive ce travail. Son but consiste en que le lecteur puisse avoir une vision globale de ce principe, analysé depuis de diverses perspectives et réussir à entendre quel est le véritable standard de comportement qui est exigé à l'État récepteur de l'investissement étranger, en examinant les éléments principaux que la jurisprudence a établis comme intégrants du standard du traitement juste et équitable.

Dans ce travail nous analyserons aussi les critiques qui ont été faites de ce concept et ces nouvelles tendances qu'à chaque fois précisent plus sa définition et qui évitent que le TJE devienne une contrainte pour les politiques sociales et environnementales des pays, parce que certaines politiques ne peuvent pas être remises en question. La protection de l'investisseur est importante mais cela ne doit pas impliquer la réduction de l'espace politique des États.

Certains TLEs comme le CETA ou l'AECG entre autres ont la tendance de préciser dans les accords régionaux ou mega regionaux la définition du TJE, comme on verra dans le chapitre sur les critiques et révisions du TJE.

## 2. Origine du traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable est l'une des normes générales du traitement qui se représentent dans la majorité des TBI et d'autres accords internationaux sur la promotion et protection de l'investissement étranger. Les antécédents de cette norme se trouvent dans le domaine bilatéral, les traités d'amitié, de commerce et la navigation des États Unis, développés avec postériorité à la première guerre mondiale, contenaient un standard référentiel pour le droit international en relation avec la protection des personnes et la propriété.

On trouve aussi cette figure dans la Charte de La Havane pour une Organisation Internationale de Commerce souscrite dans 1948. L'article 11 de cet instrument contemplait que, à l'investissement étranger d'un État membre qui déposait à l'autre, il fallait assurer un traitement juste et équitable dans des différents domaines comme les entreprises, les capitaux, la technologie et toute autre requête que l'investisseur de l'autre État puisse solliciter. Cette Charte a marqué le commencement d'une étape dans laquelle les États ont essayé d'octroyer des garanties aux investisseurs qui déposaient des capitaux et un investissement étranger même si finalement elle n'est pas entrée en vigueur. Aussi comme la Charte de La Havane, l'Accord Économique de Bogota de 1948 n'est pas entrée en vigueur grâce au manque d'appui de la part des pays membres. Bien que la convention n'a pas été mise en application, la reconnaissance à l'intérieur du texte du TJE a aidé à lui donner une actualité au concept dans les débats sur des investissements internationaux<sup>1</sup>.

Dans la période suivante à la préparation de la Charte de La Havane, les termes équitable et juste et équitable ont commencé à apparaître dans des différents traités. Nous le trouvons aussi dans le projet de convention de l'OECD sur la protection des investissements étrangers de 1967<sup>2</sup>.

Dans le NOEI l'idée était d'octroyer un avantage aux pays en développement pour promouvoir une relation plus équilibrée avec les pays développés. Cette idée c'est concrétisé, par exemple, dans l'article 18 de la Charte de droits et devoirs économiques des États, contenue dans la Résolution 3281 de l'Assemblée générale du 12 décembre 1974<sup>3</sup>.

Mais c'est aux années 90 quand ce standard a commencé à être utilisé dans beaucoup de TBIs comme point de lance dans presque toutes les disputes en matière des investissements, ce qui a généré une jurisprudence arbitrale désarticulée sur son

---

<sup>1</sup> Convenio Económico de Bogotá, Novena Conferencia Internacional Americana de 1948.

<sup>2</sup> Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers », OCDE, p. 13-15, 1967.

<sup>3</sup> [http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/3281%20\(XXIX\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281%20(XXIX)) : « Les pays développés devraient envisager d'adopter d'autres mesures différentielles, dans le domaine où cela est possible et approprié et selon des modalités qui aboutissent à l'octroi d'un traitement spécial et plus favorable [...] »



contenu. Selon des données de la CNUCED<sup>4</sup> dans la 10e dernière année du XXe siècle, les flux d'investissement étranger ont été quadruplés. Avec cette croissance, on a commencé à développer une branche du droit international économique, qui est connue comme le droit international d'investissements étrangers.

Parmi les traités régionaux, Lomé IV et Nafta sont des traités importants qui incorporent aussi le traitement juste et équitable. Plus particulièrement, Lomé IV, qui est entré en vigueur en 1990, est remarquable dans le contexte présent parce qu'il reflète une perspective générale d'exportation de capital et des pays importateurs des capitaux.

Une autre tentative multilatérale a été le brouillon des négociations de l'accord multilatéral sur l'investissement de 1995-1998, réalisée par l'OCDE. Ce texte faisait une emphase dans l'équité du processus d'investissement. De cette façon, il y a qui a essayé de doter aux entreprises de plus de droits et moins de devoirs au moment de l'investissement à l'étranger. Bien que d'un fait, l'AMI menace aux communautés locales de tous les pays du monde, parce qu'il octroie aux transnationales le droit de pénétrer dans n'importe quel secteur. Et encore plus, l'AMI accorde aux investisseurs le droit de demander aux gouvernements une protection et une sécurité complète et constantes de ses industries locales, alors que les dits organismes nationaux n'ont pas à son tour le droit de dénoncer ces investisseurs.

### 3. Sur la portée de la notion

Il convient de noter que le principe de traitement juste et équitable, a été exprimé à plusieurs reprises dans les traités et instruments commerciaux et est par la présente en grande partie, été établi en tant que pierre angulaire de la protection des investisseurs.

Il existe actuellement une discussion a niveau international sur si la clause du TJE subsiste seule comme concept indépendant, et si elle va au-delà de l'expression du traitement minimum se référant au droit coutumier, ou si, au contraire le TJE devrait être maintenue encadrée et liée à la norme minimale de traitement, ce qui a généré à travers la pratique des États et a été exprimé comme une obligation contraignante par le droit international coutumier par l'intention des États lié légitimement et légalement<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Un rapport de l'UNCTAD, cité par Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer dans *Principles of Investment Law*, Oxford University Press, la Grande-Bretagne, 2008, p.1

<sup>5</sup> Voir Matthew C. Porterfield is a Senior Fellow and Adjunct Professor at the Georgetown University Law Center's Harrison Institute for Public Law : <https://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/>; Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Oxford, Sixth Edition 2003, p. 502; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II p.2: [http://unctad.org/en/Docs/unctadaddia2011d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/unctadaddia2011d5_en.pdf); Tudor I.; *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2008, Pp. xxxii, 315. £60.00. ISBN: 9780199235063 : <http://ejil.oxfordjournals.org/content/20/1/236.full>; Dolzer R., 'Fair and Equitable Treatment and Customary Law – Lines of Jurisprudence' in BIICL (ed), *Investment Treaty Forum* (forthcoming 2007).

Le principe général du traitement minimum est la constitution par l'État d'un environnement de confiance à travers un comportement rationnel et cohérent reposant sur le caractère légitime et justifié de ses actions. Dès lors, invoquer une violation du traitement juste et équitable implique de démontrer une violation des principes de traitement minimal de protection et de sécurité posés par le droit international coutumier.

La violation du standard minimum ne s'apprécie pas objectivement dans l'affaire *Neer contre Mexique* de 1926<sup>6</sup>, les arbitres délimitent clairement le standard minimum international, en l'affirmant comme un plancher de protection en deçà duquel la conduite d'un Etat ne peut être tolérée par la formulation suivante, renvoyant clairement à la recherche d'une intention:

*« The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to a wilful neglect of duty or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency ».*

De plus, nombreuses sont les sentences qui, malgré une appréciation évolutive du traitement juste et équitable, précisent que celui-ci renvoie bien à un ensemble global de principes généraux du droit international composant la norme minimale de traitement. Ainsi, par exemple, la sentence *AFD Group Inc. contre États Unis*, rappelle<sup>7</sup> :

*« Le droit international coutumier ne renvoie pas à l'image figée de la norme minimale de traitement des étrangers telle qu'elle était définie en 1927 lors du prononcé de la décision Neer. En effet, le droit international coutumier et la norme minimale de traitement des étrangers qu'il englobe, évoluent constamment ».*

Ce faisant, le Tribunal, bien qu'indiquant la nature évolutive du traitement juste et équitable, rattache expressément la notion au standard minimal de traitement des étrangers. La remarque identique peut se faire au regard de la sentence *Waste Managment*<sup>8</sup>.

L'examen des arbitres sur la conformité au traitement juste et équitable va nécessairement se faire dans les limites de ce qu'exige le standard minimum international. Il faudra rechercher une violation manifeste des principes de protection du standard de droit international coutumier. Les sentences *Loewen* et *ELSI* caractérisent cette violation comme la présence d'une « *injustice manifeste ou créant une discrimination évidente* »<sup>9</sup> ou bien comme une « *méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la*

---

<sup>6</sup> Sentence arbitrale, LFH Neer and Pauline Neer (USA) c. Mexique 15/10/1926 UN § 61-62

<sup>7</sup> *AFD Group Inc v. The United States of America*, ARB/00/19, January 2003

<sup>8</sup> CIRDI, *Waste Managment Inc. c. Mexique*, No. ARB(AF)/00/3, 30 avril 2004

<sup>9</sup> CIRDI, *Loewen Group, Inc. c. United States*, No. ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003 § 130

*correction juridique* »<sup>10</sup>. Enfin, la sentence *Glamis Gold* de 2009<sup>11</sup> a, en posant des critères d'appréciations, apporté des précisions sur la qualification d'une violation manifeste du standard minimal. Une violation manifeste de la norme minimale est une mesure causant un préjudice à l'investisseur sans but légitime, qui a été prise pour des raisons déloyales, portant atteinte au devoir de confiance, ou qui a été adoptée au détriment du respect dû aux procédures établies visant à la pleine et entière sécurité des investisseurs étrangers.

Il en ressort que quand bien même l'autonomie de la sécurité pleine et entière n'est pas évidente, il est nécessaire de se pencher sur cette question. La sécurité pleine et entière, étant un standard servant à la protection de l'investisseur, est en relation avec le traitement juste et équitable. Elle partagerait ainsi la même nature et mécanique juridique que le standard du traitement juste et équitable<sup>12</sup>. La sécurité pleine et entière, étant un standard servant à la protection de l'investisseur, est en relation avec le traitement juste et équitable. Elle partagerait ainsi la même nature et mécanique juridique que le standard du traitement juste et équitable<sup>13</sup>. La sécurité pleine et entière renferme pour l'État l'obligation de prendre toute mesure utile et nécessaire pour protéger l'investissement de la destruction et de la spoliation, même par des tiers.

Il est incontestable qu'il existe bel et bien un degré de convergence entre le standard minimum et le TJE, ce qui se manifeste à la fois dans les dispositions d'un certain nombre d'instruments internationaux, mais également dans certaines sentences rendues par les tribunaux arbitraux saisis de l'application de l'un de ces standards. De l'autre côté cependant, on constate que cette approche traditionnelle, qui ne faisait aucun doute il y a quelques décennies, se remplace progressivement par une nouvelle approche, soutenue par les tribunaux arbitraux, qui privilégie l'autonomie du standard de traitement juste et équitable. En outre, on observe qu'actuellement, un nombre très limité de TBI suit la thèse de l'équivalence des deux standards alors que la majorité des traités conclus bilatéralement entre les États donne une prédominance à un standard de traitement juste et équitable autonome.

Il est néanmoins possible d'envisager un rapprochement dans l'avenir entre ces deux standards, qui serait particulièrement favorisé par le caractère évolutif du standard de traitement minimum. En effet, un progrès considérable est détecté dans la pratique des États depuis 1929 lorsque le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Neer* a identifié la consistance du standard minimum sur la base du droit coutumier international<sup>14</sup>. Cet état d'avancement de ce standard, tel qu'il est observable aujourd'hui, pourrait le rapprocher progressivement au standard de traitement juste et équitable.

---

<sup>10</sup> Cour internationale de justice, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) v. United States*, 20 juillet 1989

<sup>11</sup> CIRDI, *Glamis Gold Ltd. c. United States*, 8 juin 2009 § 828

<sup>12</sup> La protection internationale des investissements étrangers : quel impact sur les politiques publiques des États d'accueil. Pascal Schonard Promotion Romain Gary 2003-2005, Léna : <http://www.ena.eu/index.php/eng/Recherche-et-documentation/Ressources-documentaires/memoires-masters/map/CIL-2005>

<sup>13</sup> CIRDI, *MTD Equity c/Chili*, 21 mars 2007; CIRDI, *Olguín c. Paraguay*, 26 juillet 2011 sur le standard de l'investisseur avisé.

<sup>14</sup> Cit. note 5



#### **4. Le respect des critères de la conception autonome du traitement juste et équitable**

La conception autonome du TJE renferme plusieurs standards de protection. Ainsi il ne faut pas une violation des attentes légitimes, il ne faut non plus adopter un comportement inapproprié et de plus garantir une sécurité pleine et entière de l'investisseur. L'obligation d'accorder des investisseurs étrangers le traitement juste et équitable est un des standards de protection clés de l'investissement. Il assure que les investisseurs et les investissements sont protégés contre le traitement par le pays d'accueil que, même si non expropriateur ou discriminatoire, est toujours inacceptable parce que c'est arbitraire, déloyal et abusif.

##### **4.1 Le comportement transparent**

Quelques sentences ont trouvé les violations de ce traitement où l'État n'a pas divulgué les règles à être appliqué ou par contre l'État a échoué à divulguer les raisons aux mesures qu'il avait prises ou avait refusé de prendre. Ainsi, le principe de transparence s'applique non seulement pour accueillir la loi d'État, mais aussi sa politique. Au moins une sentence a trouvé une violation de la norme où l'état hôte a échoué à permettre l'accès aux informations nécessaires par le prétendant de poursuivre un appel vraisemblablement parce que les lois de l'État hôte sont plus aisément accessibles que des politiques de cet état, les prétendants ont réussi plus souvent avec des réclamations basées sur la non-divulgaration de politiques que la non-divulgaration de lois, bien que les sentences soient insuffisamment nombreuses pour tirer n'importe quelles conclusions fermes.

D'ailleurs, l'exigence de transparence n'a pas toujours été aperçue de la même façon dans les jurisprudences. Alors qu'une appréciation vaste dans la sentence *Metalclad* avait été fortement critiquée et censurée par la Cour suprême de Colombie britannique<sup>15</sup>, une interprétation large avait été reprise dans la sentence *Tecmed*. Les arbitres avaient ainsi énoncé: «*The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.* »<sup>16</sup> En ce sens, on peut donc considérer que le principe de transparence garantit à l'investisseur de connaître exactement quel régime juridique lui est applicable.<sup>17</sup> Cela implique l'accessibilité de la réglementation, sa lisibilité, et son intelligibilité.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Supreme Court of British Columbia, *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*.

<sup>16</sup> CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, 29 mai 2003, § 154.

<sup>17</sup> Cazala J., «*Le traitement juste et équitable: Transparence et protection des attentes légitimes de*

De plus, la CNUCED a constaté: « *Very few countries can claim to be fully transparent in their regulatory decision-making and implementation process. An inflexible and unrealistic approach to these issues would in effect transfer the risk of operating in a developing country environment from an investor to the host State.* »<sup>19</sup>. Il en résulte donc que les attentes envers le critère de transparence doivent être relativisées et cohérentes à la vue de la situation du pays.

Dans le cas de *Waste Management c. Mexico*, le tribunal a indiqué que :

*“The minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.”*

Dans *Maffezini c. Espagne* :

Le manque de transparence à travers la quelle une transaction a réalisé est incompatible avec le compromis de l'État d'assurer l'investisseur un traitement juste et équitable<sup>20</sup>. Dans d'autres sentences comme *Saluka ou LG&E Energy c. Argentine*<sup>21</sup> ont aussi justifié que le standard juste et équitable consiste en une conduite consistante et transparente de l'État hôte, libre d'ambiguïtés sur l'obligation d'octroyer et de maintenir un cadre légal stable et prédictible, nécessaire pour accomplir les attentes justifiées de l'investisseur étranger en ce prononçant dans les termes qui suivent :

*« The fair and equitable standard consists of the host state's consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor ».*

---

*L'investisseur*», Gaz. Pal., 15 décembre 2007, n° 349, p.44, Rd.1.

<sup>18</sup> Kotera A. «*Regulatory Transparency*», The Oxford Hand book of International Investment Law, 2008; p.628.

<sup>19</sup> United Nations «*Fair and equitable treatment*», UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, p.72.

<sup>20</sup> *Maffezini c. Espagne*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, Nov. 13, 2000.

<sup>21</sup> *LG&E Energy c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, sentence sur la responsabilité du 3 octobre 2006

#### **4.2 Le manque de respect de l'obligation de vigilance et protection**

L'obligation de la vigilance et protection qu'un État doit assumer à l'égard des investissements étrangers sur son territoire est essentiellement une obligation d'exercer les vérifications préalables à une opération. Ces obligations sont des mesures raisonnables de prévention que le gouvernement pourrait administrer dans des bonnes circonstances.

Dans le cas *AAPL*<sup>22</sup>, le juge Asante a observé que l'exigence en ce qui concerne le TJE, la protection pleine et entière, la sécurité et le traitement de non-discrimination soulignent l'obligation générale de l'État hôte pour exercer les vérifications préalables pour la protection de l'investissement étranger à ses territoires, une obligation qui provient du droit international coutumier.

Dans *Lauder*<sup>23</sup>, le tribunal a accepté que le TJE soit lié au standard traditionnel des vérifications préalables à une opération. Cependant, cette obligation doit être vue dans de certaines limites. Par exemple, il ne peut pas impliquer l'obligation de l'État pour intervenir dans un conflit entre deux entreprises. Le seul devoir de l'État est de garder son système juridique disponible pour le prétendant et n'importe quelles entités qui contrôlent pour apporter leurs réclamations et pour que telles réclamations soient correctement examinées et décidées conformément au droit international et domestique.

Les arbitres dans le cas *AMT*<sup>24</sup> ont interprété que l'État a l'obligation d'accorder au TJE l'obligation de vigilance, dans le sens que le Zaïre comme État receveur prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer la pleine protection et sécurité de l'investissement et ne devrait pas être permis d'invoquer sa propre législation pour amoindrir une telle obligation. Le tribunal a jugé que c'est l'obligation de l'État de montrer qu'il a pris toutes les mesures de précaution pour protéger l'investissement. Cela aurait été intéressant pour le tribunal d'aborder la question de l'obligation du résultat contre une obligation de la conduite de l'État, mais il décide qu'une telle discussion n'était pas utile depuis que l'État a pris par mesure du tout pour protéger les investissements. Dans ce différent cependant le tribunal a décidé que l'État a seulement une obligation de la conduite depuis qu'il a établi que l'obligation de l'État n'est pas une obligation absolue qui garantit qu'aucun dégât ne sera subi, dans le sens que toute violation de cela crée automatiquement à la responsabilité stricte de l'État hôte.

L'État doit être vigilant et protéger l'investissement étranger à son territoire autrement il peut violer l'obligation du TJE. Le tribunal dans le cas *Hôtels Wena* a constaté que même si l'Égypte n'a pas incité ou participé à la saisie des deux hôtels, il y a l'évidence

---

<sup>22</sup> Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3

<sup>23</sup> CIRDI, *Lauder c/ République Tchèque*. 3 septembre 2001.

<sup>24</sup> American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) v. Republic of Zaire, ICSID case No. ARB/93/1

suffisante pour constater que l'Égypte a été consciente du contrôle qu'EHC a fait sur les hôtels<sup>25</sup>.

Pour conclure, les États ont l'obligation de traiter aux investisseurs étrangers de façon à leur permettre de conduire leur activité dans un environnement hospitalier, l'État est aussi obligé à physiquement protéger les investisseurs et les investissements en cas des émeutes ou manifestations de la population qui peut aboutir à la destruction des investissements. Ce ne serait pas en effet juste et équitable que l'État d'accueil n'intervienne pas à la protection de la propriété de l'investisseur où même sur le propre investisseur puisque c'est une obligation de l'État de fournir l'ordre public sur son territoire.

### **4.3 La bonne foi**

La relation entre l'État et l'investisseur étranger doit être exécutée en toute bonne foi. Tandis que le TJE est une obligation unilatérale de l'État, la bonne foi est bilatérale et suppose des droits réciproques et des obligations pour les partis. Dans l'affaire *Mondev*<sup>26</sup> le tribunal a observé qu'un État peut traiter l'investissement étranger de façon injuste et inéquitable sans nécessairement agir dans une mauvaise foi.

Le tribunal dans *Loewen* a aussi évalué que la mauvaise foi ou l'intention malveillante n'est pas l'élément essentiel d'un traitement injuste et inéquitable s'élevant à une infraction de justice internationale<sup>27</sup>. Ceci veut dire qu'un manque d'une procédure établie mène à une infraction des obligations internationales de l'État pour assurer un système juridique nécessaire même sans le besoin de démontrer que cette infraction a été faite avec une mauvaise foi ou une intention malveillante.

Le TJE est un standard objectif, il est donc naturel de conclure que la mauvaise foi ou un autre élément international est nécessaire pour constater que la norme a été contrevenue. L'application de l'infraction au TJE est soumise à l'impact des mesures de l'État sur l'investissement. Cependant, il y a des cas quand une action accomplie avec mauvaise foi est raison suffisante pour reconnaître une infraction de l'obligation. Dans les cas *Genin ou Siemens*<sup>28</sup>, les arbitres ont constaté que les actes de TJE montraient une négligence délibérée ou de mauvaise foi. Dans le cas *Siemens*<sup>29</sup> plus directement, le gouvernement a attribué un contrat à l'investisseur, en ajoutant comme clause, l'obligation du gouvernement pour conclure des accords avec ses provinces mais à la

---

<sup>25</sup> Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4

<sup>26</sup> Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2

<sup>27</sup> Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

<sup>28</sup> Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2,

<sup>29</sup> Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8

signature du contrat, l'État n'a pas accompli cette obligation et le tribunal a donc conclu qu'un tel comportement a violé le principe de bonne foi.

Les obligations de fournir le traitement juste et équitable à l'investissement étranger sont incluses dans la majorité de traités existants qui s'adressent à la protection de l'investissement étranger. Mais la façon dans laquelle les règles sont formulées peut être significativement différente, soulevant des questions à propos de l'interaction entre le traité et le droit coutumier.

La bonne foi soutient beaucoup d'aspects des traités, mais il convient de se concentrer ici sur son rôle dans l'interprétation de traités. Comme élaboré dans la règle générale d'interprétation dans l'article 31 (1) Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (VCLT) stipule que<sup>30</sup> :

*"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".*

Les éléments structurels de base du standard minimum usuelle sur le traitement d'étrangers ont été établis dans la période de guerre. Dans l'identification de ces éléments, on trouve la décision *Neer (États Unis c. Mexique)*<sup>31</sup> à propos de la réclamation en termes de mauvaise foi. *Neer* est une étape importante dans le développement du standard international qui parle honnêtement et explicitement sur l'action procédurale des règles mieux établies de déni de justice et leurs applications sur toutes les règles du traitement d'étranger.

#### **4.4 La réglementation stable et prévisible**

Dans la sentence *OEPC c. Equateur* du 1er juillet 2004 les arbitres avaient précisé que:

« *The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment* ». De plus, l'ensemble des règles applicables à l'investisseur doivent être prévisibles afin qu'il puisse les connaître préalablement à l'investissement.<sup>32</sup> Or, ces principes ne sont ni absolus ni une garantie d'intangibilité des législations nationales<sup>33</sup>. Dans des circonstances de crise l'État doit pouvoir réagir. Dans ce sens les arbitres avaient constaté dans la sentence *ELSI*<sup>34</sup>: « *Every system of law*

---

<sup>30</sup> VCLT: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>

<sup>31</sup> *Neer et Pauline Neer (US c. Mexico) (1926)*

<sup>33</sup> CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, 13 novembre 2000, § 64; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa v. The United Mexican States*, 16 décembre 2002, § 112.

<sup>34</sup> CIRDI, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) United States of America v. Italy*, 20 juillet 1989, § 74.

*must provide, for example, for interferences with the normal exercise of rights during public emergencies and the like ».*

Dans une affaire présentée à la London Court of International Arbitration une problématique semblable s'était posée: l'investisseur était obligé par l'État de rembourser rétroactivement des allègements fiscaux. Les arbitres avaient énoncé que la question importante ne se posait pas sur l'obligation rétroactive de remboursement des taxes mais uniquement sur la stabilité et la prévisibilité des réglementations sous l'angle du droit international. Les arbitres avaient précisé que: « *there is certainly an obligation not to alter the legal and business environment in which the investment has been made. In this case it is the later question that triggers a treatment that is not fair and equitable* ». Il en ressort donc que la rétroactivité seule ne peut être un argument de poids<sup>35</sup>. Certes, la London Court of International Arbitration n'est pas sous l'égide du CIRDI, mais rien n'empêche ce tribunal de s'inspirer de cette solution ; d'autant plus que l'existence d'une jurisprudence en droit des investissements internationaux est contestée.

#### **4.5 Le comportement non-arbitraire et non-discriminatoire**

La protection des investisseurs étrangers contre des traitements arbitraires et discriminatoires joue un rôle majeur en matière de traitement juste et équitable. Le caractère arbitraire du comportement des autorités de l'État d'accueil est souvent défini par la pratique arbitrale comme un comportement « *fondé sur le préjudice et la préférence bien plus que sur la raison et les faits*<sup>36</sup> ».

Néanmoins, le traitement non-discriminatoire est, au sens large, également une composante du traitement juste et équitable. En effet, le tribunal a rappelé dans l'affaire *Lauder* que les mesures discriminatoires constituent une violation du traitement juste et équitable<sup>37</sup>. Selon les tribunaux, une mesure est discriminatoire lorsque, sans justifications, elle traite l'investisseur de manière différente par rapport aux investisseurs se trouvant dans la même situation<sup>38</sup>.

Le tribunal dans *Saluka* a établi qu'une mesure ou une conduite de l'État est considérée discriminatoire quand des cas semblables sont traités différemment et sans justification raisonnable<sup>39</sup>. Le tribunal dans *ELSI* a constaté que pour qu'une mesure soit discriminatoire il doit avoir un traitement international en faveur d'un national mais

---

<sup>35</sup> London Court of international Arbitration, *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador* (Occidental), 1 juillet 2004, § 190.

<sup>36</sup> CIRDI, 2008, *Plasma Consortium Limited c/ Bulgarie*; CIRDI 2001, *Lauder c/ République Tchèque*.

<sup>37</sup> CIRDI, *Lauder c/ République Tchèque*. 3 septembre 2001.

<sup>38</sup> CIRDI, *J.Ch. Lemirec.Ukraine*, 14 janvier 2010.

<sup>39</sup> CIRDI, *Saluka Investments BV (Pays-Bas) c/ République Tchèque*, 17 mars 2006, §302



contre un investisseur étranger, qui ne pourrait pas être discriminatoire, si l'investisseur aurait été national dans un cas semblable<sup>40</sup>.

La difficulté principale liée avec la discrimination est sa preuve. Le tribunal a constaté dans le cas *LG&E* que l'acte incriminant de l'État était en effet discriminatoire parce qu'il a imposé la mesure plus stricte aux entreprises de distribution à gaz que sur d'autres secteurs de service public. Cependant, malgré la discrimination sectorielle, l'investisseur n'a pas apporté la preuve suffisante. Selon le tribunal, la preuve apportée par le prétendant doit être suffisante pour montrer que la mesure de l'État a visé le groupe particulier auquel l'investisseur appartient, en concret le group des investisseurs étrangers<sup>41</sup>.

Le traitement arbitraire et la discrimination reflètent les violations du TJE, dans le cas *MTD*<sup>42</sup> par exemple, après avoir analysé la réclamation basée sur le TJE, le tribunal a été confronté avec une réclamation supplémentaire de l'investisseur discutant que la mesure était peu raisonnable et discriminatoire.

La mesure de l'État ne doit pas être arbitraire et discriminatoire pour être contraire au TJE. Le tribunal dans *LG&E* a constaté qu'une mesure non arbitraire ne doit pas être obligatoirement juste et équitable. En même temps, quand il est trouvé qu'une mesure a clairement été arbitraire et discriminatoire, l'infraction de l'obligation du TJE est claire. Dans la sentence *Eureko*, sur la base de la conduite de l'État, le tribunal a conclu qu'il a agi sur des raisons purement arbitraires liées avec l'interaction de la politique polonaise et des raisons nationalistes de caractère discriminatoires<sup>43</sup>.

Pour conclure, si l'État est tenu de traiter justement et équitablement l'investisseur, ce dernier se doit également de respecter certaines obligations, notamment découlant de sa qualité de professionnel, comme l'obligation de « *connaître la loi et l'environnement juridique de l'endroit dans lequel il souhaite investir* ». De ce fait, l'investisseur doit anticiper les changements qui s'imposent à lui. L'investisseur doit connaître la réglementation et savoir qu'elle peut être modifiée. De plus, plusieurs sentences ont pris en compte les obligations de l'investisseur au moment du calcul de l'indemnité<sup>44</sup>. Par ailleurs, l'investisseur doit s'abstenir des conduites inadmissibles pour pouvoir prétendre avoir subi un traitement injuste et inéquitable.

---

<sup>40</sup> Cit. note 8

<sup>41</sup> Cit. note 19

<sup>42</sup> Cit. note 11

<sup>43</sup> *Eureko BV v Poland*, Judgment on Setting Aside of Award, RG 2005/1542/A, IIC 99 (2006)

<sup>44</sup> CIRDI, *Maffezini c. Espagne*, 13 novembre 2000 ; Chambre de commerce de Stockholm, *RosInvestco UK Ltd c. Fédération de Russie*, 12 septembre 2010.

#### 4.6 La non-observance des attentes légitimes de l'investisseur

La notion d'attente légitime n'est pas inconnue au droit international d'investissement étranger. Dans le cas d'Aminoil, le tribunal favorable à l'utilisation de cette notion a tenu que:

*Les deux parties au litige présent ont impliqué la notion d'attente légitime pour choisir finalement la compensation*<sup>45</sup>.

De plus, Les tribunaux, adoptant une conception large du traitement juste et équitable, ont systématiquement admis que les attentes légitimes de l'investisseur entrent dans le champ de protection du standard de traitement juste et équitable<sup>46</sup>.

Selon le Tribunal, dans la sentence *LG&E*<sup>47</sup> les attentes légitimes doivent correspondre à certaines caractéristiques:

*« They are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment they may not be established unilaterally by one of the parties ».*

A en croire M. Thomas Wälde, qui s'exprime dans son opinion dissidente sur l'affaire *Thunderbird*, les attentes légitimes pourraient naître d'un engagement indirect émanant d'un simple comportement de l'État. Ainsi la conduite générale d'un État pourrait conduire à influencer les choix des investisseurs et faire naître en eux des attentes légitimes. Cependant, de telles formations nécessiteraient un contrôle arbitral beaucoup plus poussé. Il reste néanmoins certain, que la naissance de la confiance légitime d'un investisseur n'est évidente que si un investisseur reçoit spécifiquement des assurances formelles et appuyées, affichant de toute évidence un caractère officiel (le fonctionnaire devant percevoir que l'investisseur envisage de se fonder sur ces mesures)<sup>48</sup>. De nombreux tribunaux suivent cette ligne<sup>49</sup>. Ainsi les attentes légitimes des investisseurs ne peuvent être formées qu'en cas de conditions particulières accordées à l'investisseur. La sentence *Saluka Investments BV (The Netherlands) contre République Tchèque* énonce: *« No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged »* et les arbitres de la sentence *Parkerings contre Lituanie*<sup>50</sup> indiquent eux aussi: *« A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. »*

---

<sup>45</sup> Kuwait v. Aminoil case (1982)

<sup>46</sup> Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c/ Equateur, 18 August 2008 §340 ; Joseph Charles Lemire c/ Ukraine, 21 janvier 2010, §264 ; Saluka Investments BV (Pays-Bas) c/ République Tchèque, 17 mars 2006, §302 ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c/Argentine, 10 juillet 2010, §222 ; Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Mexique, 29 mai 2003, §154

<sup>47</sup> CIRDI, LG&E c. Argentine, n°ARB/02/1, décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, §130

<sup>48</sup> CIRDI, *International Thunderbird Gaming Corporation c /Mexique*, opinion dissidente par Thomas Wälde §27.

<sup>49</sup> CIRDI, *Glamis Gold Ltd c/ USA*, 8 June 2009, §620, 766; *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Mexique*, 26 janvier 2006 §147.

<sup>50</sup> Cit. note 37 et CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c.Lituanie*, n°ARB/05/8,11septembre2007,§332.

De plus, les arbitres dans la sentence *Thunderbird* ont énoncé que l'investisseur ne pouvait pas former d'attentes légitimes s'il avait conscience que son investissement allait à l'encontre des lois de l'État d'accueil<sup>51</sup>. Ainsi, l'investisseur ne peut former d'attentes légitimes que s'il a agit dans le respect des dispositions légales de l'État d'accueil. Cette exigence peut être résumée par l'exigence/le droit d'ester les « *mains propres* ». La corruption d'agents publics a déjà été sanctionnée par un Tribunal du CIRDI dans l'affaire *World Duty Free c. Kenya*<sup>52</sup> par la nullité du contrat fondant l'action devant le Tribunal. Dans cette sentence le tribunal pose le principe *d'impari delicto* : *du fait délictueux il n'y a pas de droit*. De la combinaison des deux sentences, il serait possible de considérer, que si l'investisseur n'a pas les « *mains propres* » il ne peut tirer du droit, y compris d'un TBI. Ainsi la corruption d'agents publics de l'État d'accueil au moment de l'investissement serait un obstacle à la formation d'attentes légitimes. D'ailleurs, la convention des Nations Unies contre la corruption et la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales combattent toutes deux contre ce phénomène.

De plus en plus de tribunaux arbitraux suivent un schéma établi par un Tribunal CNUDCI dans l'affaire *Saluka c. République tchèque*<sup>53</sup>. Les arbitres y font la constatation suivante: « *In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well.* ». Ainsi il faut, pour déterminer si l'État d'accueil a ou non violé les attentes légitimes de l'investisseur étranger, mettre ces dernières en balance avec les intérêts de cet État. La solution a dépassé les barrières institutionnelles, et les sentences suivant ce modèle se font de plus en plus nombreuses. Dans la sentence *LG&E*<sup>54</sup>, le tribunal énonce: « *in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity* ». Les arbitres y sont certes plus restrictifs, ne mettant en balance les attentes légitimes de l'investisseur que face à l'état de nécessité. Cependant plus récemment, les arbitres de *Duke Energy Partners Electroquil & Electroquil SA c. République de l'Équateur* ont considéré que l'évaluation de la légitimité des investisseurs devait prendre en compte « *toutes les circonstances, y compris non seulement les faits entourant l'investissement, mais aussi les politiques, conditions socioéconomiques, culturelles et historiques qui prévalent dans l'État d'accueil* »<sup>55</sup>. Ainsi d'autres tribunaux ont suivi cette analyse, rappelant qu'aucun investisseur ne peut invoquer des attentes légitimes, contraires à la politique de l'État d'accueil dont l'investisseur avait connaissance<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Cit. note 45

<sup>52</sup> CIRDI, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, 4 octobre 2006, ARB/00/7, § 179.

<sup>53</sup> CNUDCI, *Saluka c. République tchèque*, 17 mars 2006.

<sup>54</sup> CIRDI, *LG&E c. Argentine*, n° ARB/02/1, 3 octobre 2006, § 130.

<sup>55</sup> CIRDI, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c/Equateur*, 18 août 2008, § 340.

<sup>56</sup> CIRDI, *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Mexique*, 26 janvier 2006, § 164.

La notion d'attente légitime est aussi utilisée par rapport à l'expropriation indirecte mais c'est dans le contexte du TJE que le principe est plus rencontré. Le tribunal dans le cas *Generation Ukraine* a souligné l'importance du concept dans le cadre du TJE<sup>57</sup>.

L'investisseur étranger est conscient d'un certain nombre d'éléments au début de son investissement, concernant l'État d'accueil. Ces éléments sont connectés à la situation sociale et politique de cet État déterminé comme peuvent être le climat d'affaires et aussi le cadre législatif et administratif. Ces éléments seront pris en compte par l'investisseur, non seulement dans sa décision d'investir dans le pays plutôt que dans un autre, mais aussi dans le cadre législatif et administratif dans lequel il exerce son activité. Les tribunaux du CIRDI ont souligné l'importance de cette phase d'observation préliminaire des conditions de l'État hôte par les investisseurs étrangers et ont réaffirmé le fait que le système du CIRDI n'est pas un système d'assurance qui paye pour un investisseur étranger imprudent. Ces prévisions doivent être légitimes pour recevoir la protection du droit international. Il est clair qu'un investisseur qui décide d'investir dans un pays en développement ne peut pas attendre un même niveau de stabilité et efficacité administrative qu'il pourrait trouver dans un pays développé.

Dans l'affaire *Tecmed*, le tribunal arbitral a observé avec référence au TJE que ;

*In the light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make investment [...]*<sup>58</sup>

La protection de l'investisseur est une partie intégrante ou une des plus importantes parties du TJE. Dans l'affaire *Saluka*, le tribunal pense que l'attente légitime est donc un élément dominant du standard.

Une définition d'attente légitime a été donnée dans l'affaire *Thunderbird c. Mexique* où la conduite d'une partie contractante créait des attentes raisonnables et justifiables de la part d'un investisseur pour agir avec confiance dans cette conduite<sup>59</sup>.

Le type d'actions qui peut créer de l'attente légitime est la compréhension général que cette action est directement liée avec le gouvernement. Le désaccord entre les investisseurs et l'État résulte du type d'actions qui légitime la confiance des investisseurs. Dans l'affaire *Thunderbird*, le Mexique a soutenu que pour avoir une licence il était nécessaire d'avoir un permis, cependant, le tribunal a pris une approche plus large et a considéré que les attentes légitimes peuvent aussi résulter d'autres actions du gouvernement qui peuvent être quelque chose d'autres que la licence ou le permis.

Les autorités ont de nombreuses occasions pour coopérer avec l'investisseur et rectifier les mauvaises interprétations. Par exemple, si les autorités agissent à plusieurs reprises

---

<sup>57</sup> *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9

<sup>58</sup> Cit. note 14

<sup>59</sup> Cit. note 46

d'une façon qui mène à l'investisseur à croire qu'il agit d'une façon légale, les mêmes autorités ne peuvent pas soudainement décider de traiter ce comportement comme illégal, sans violer les attentes légitimes de l'investisseur.

L'attente de l'investisseur doit être proportionnée au comportement de l'autorité, dans *Metalclad*, le tribunal a pris en compte le fait que l'investisseur a vraiment complété la construction avant que l'État le refuse. L'obligation de respecter la confiance de l'investisseur existe tant que l'attente est légitime et il n'est pas utilisé pour soulager l'investisseur des risques commerciaux inhérents à n'importe quel investissement<sup>60</sup>.

La non-observance de l'attente légitime des investisseurs est souvent le résultat d'un manque de transparence ou une bonne foi que l'investisseur espère trouver dans le comportement de l'État d'accueil.

La référence faite par les tribunaux d'arbitrage à la confiance légitime de trouver une violation du traitement juste et équitable ne peut donc être appliquée indépendamment du contexte réglementaire, économique, social et politique réelle et sans tenir compte de l'équilibre nécessaire entre les attentes des investisseurs et la fonction des États en tant que gardiens de l'intérêt public, exercées par l'intermédiaire de leur droit de réglementer. Ceci est particulièrement important dans les pays en développement. Le concept d'équité et de traitement équitable devra prendre en compte, non seulement les intérêts des investisseurs, mais ceux de l'État hôte et, appelant juste à un équilibre entre les différents intérêts légitimes concernés. Le bien fondé du principe de proportionnalité et d'équilibrage par compensation partielle pourrait être exploré comme outils possibles pour aider dans ce processus. Il y a certaines limites quant à ce que les attentes peuvent être considérées comme légitimes et protégées par le standard du TJE. En particulier, les investisseurs doivent anticiper et accepter que la réglementation et l'environnement législatif puissent changer au fil du temps.

À la lumière du TJE, les investisseurs peuvent espérer, cependant, que ces changements seront mis en œuvre de bonne foi et d'une manière non abusive et que les arguments d'intérêt public ne seront pas utilisés comme un déguisement pour des mesures arbitraires et discriminatoires. Le pouvoir des États de réglementer sans indemniser les investisseurs étrangers sera également limité où il fait des assurances spécifiques à l'investisseur de garder en place certains aspects de l'entreprise ou régime juridique. La responsabilité peut être évitée si le traité prévoit des exceptions générales qui peuvent justifier la conduite de l'État concerné.

#### **4.7 La contrainte et harcèlement par les organes de l'État hôte**

La situation doit être liée avec celle basée sur la discrimination, en général, les réclamations des investisseurs établies sur la base de la contrainte ou le harcèlement

---

<sup>60</sup> Cit. note 13

soutiennent aussi que le traitement reçu est plus sévère que celui reçu par les nationaux ou autres investisseurs étrangers. Dans l'affaire *Genin* cependant, le tribunal a considéré que les circonstances spéciales de l'État hôte ont justifié les contrôles intensifiés des opérations<sup>61</sup>.

Dans l'affaire *Eureko*, le harcèlement aux investisseurs par les autorités polonaises a été traité sous la protection pleine et le standard de sécurité et finalement, le tribunal dans *Saluka* a tenu que selon le TJE l'État hôte doit accorder une liberté à l'investisseur sur n'importe quelle contrainte ou harcèlement que celui doté du pouvoir réglementaire<sup>62</sup>.

#### **4.8 Le déni de justice**

Adede a défini le déni de justice comme une administration incorrecte de justice pénale et civile en ce qui concerne un étranger, y compris le déni d'accès aux tribunaux, des procédures inadéquates et des décisions injustes<sup>63</sup>.

La notion de déni de justice contient deux éléments : un élément procédural qui couvre l'inaccessibilité aux tribunaux nationaux et un principal qui se réfère à la défaillance de l'action du tribunal.

Il est généralement admis que les tribunaux nationaux ne devraient pas traiter les réclamations présentées sur les raisons de déni de justice. Ceci est ainsi parce que c'est précisément la conduite du système légal domestique qui est mis en doute. Ces réclamations doivent être résolues devant un tribunal international.

Cette séparation entre les tribunaux nationaux et internationaux est généralement admise. Dans l'affaire *Mondev*, le tribunal a tenu que la question est de savoir si, à un niveau international et en connaissant le standard général de l'administration de justice, un tribunal peut conclure que l'arrêt contesté était clairement incorrecte et compromettante, en conséquence l'investissement a été objet d'un traitement injuste et inéquitable. On peut donc dire que l'État d'accueil ne doit pas administrer irrégulièrement la justice nationale à l'égard des étrangers. En effet, le refus de juger par les juridictions internes, des procès soumis à des délais anormaux, une administration non satisfaisante de la justice par les juridictions ou une mauvaise application de la loi

---

<sup>61</sup> Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2

<sup>62</sup> Cit. note 41 et 37

<sup>63</sup> <https://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawSSRN-id1444253.pdf> pag.736

par les même sont considérés comme des dénis de justice<sup>64</sup> et par là même un manquement au TJE<sup>65</sup>.

Par rapport à l'argument tiré du non-respect d'un délai raisonnable, il a été soulevé dans plusieurs Etats. Ainsi un délai de neuf ans a été considéré par la « *Anglo-Mexican Claims Commission* » comme anormal. De plus, le Conseil d'Etat, étant la plus haute juridiction de droit administratif en France, a estimé, en vertu de l'art. 6§ 1 et 13 de la DDHC<sup>66</sup> qu'il est nécessaire de regarder la complexité d'un cas afin de qualifier un délai comme irraisonnable ou pas<sup>67</sup>.

En outre, au niveau du droit des investissements internationaux, selon la sentence *Toto Costruzioni*<sup>68</sup>, il n'y a pas de déni de justice si d'une part l'investisseur n'a en réalité pas épuisé toutes les voies de recours internes. Et finalement dans le cas de *Barcelona Traction*, le Juge Morelli a déclaré que "*n'importe quel État que, ayant attribué de certains droits aux ressortissants étrangers, les empêchent d'obtenir l'accès aux tribunaux sont coupables, dans le droit international, d'un déni de justice*"<sup>69</sup>.

#### **4.9 L'enrichissement injustifié**

Ce n'est pas une surprise de trouver l'enrichissement injuste parmi les situations auxquelles le TJE a été appliqué; d'abord, parce que c'est dans le concept du standard et parce que les transactions commerciales et financières sont les domaines du droit prédisposées à l'enrichissement d'une personne aux dépens d'une autre circonstance parfaitement légal<sup>70</sup>.

Le principe a été surtout utilisé par les tribunaux arbitraux sur les réclamations pour une indemnisation après une nationalisation. Cependant, dans l'affaire *Lena Goldfields*<sup>71</sup>, ça été utilisé dans un contexte d'infraction d'un contrat de concession. Dans *Saluka*, le demandeur a invoqué le principe d'enrichissement injustifié pour argumenter la violation du TJE. Le tribunal a souligné que l'assimilation entre le principe et le

---

<sup>64</sup>CIRDI, *Mondev International Ltd c/ Etats Unis*, 11 octobre 2002, § 126; STEPHAN W. SCHILL, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, IILJ Working Paper 2006/6.

<sup>65</sup>CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A c/ Chili*, n° ARB/01/7, 25 mai 2004, §113 et §114.

<sup>66</sup>Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

<sup>67</sup>CE, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/M. Magiera*

<sup>68</sup>CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.P.A. c/ Liban*, 8 septembre 2009.

<sup>69</sup><http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5359.pdf>

<sup>70</sup>Il y a un enrichissement sans cause lorsqu'une personne, par un fait personnel, procure à autrui un enrichissement auquel correspond son appauvrissement, sans que cet enrichissement ou cet appauvrissement ne se justifie par une quelconque cause, comme une obligation contractuelle, légale ou naturelle, ou la volonté de l'appauvri. <http://www.ejuris-consult.be/enrichissement-sans-cause.shtml>

<sup>71</sup>The Arbitration Between the *Lena Goldfields, Ltd.* and the Soviet Government, 36 Cornell Law Quarterly 1950/51, at 31 et seq.

standard implique qu'un investisseur serait donc aussi protégé par cette norme contre l'enrichissement injuste effectué par l'État d'accueil. Le tribunal dans *Saluka* n'a pas tenu que l'assimilation entre le standard et le principe était sans fondement; il a renvoyé l'affaire sur ce point parce que les faits ne se soutenaient pas sur une base juridique<sup>72</sup>.

## 5. Critiques et révisions du TJE

La préoccupation centrale du présent est que la norme du TJE peut être invoquée par l'investisseur pour limiter au pays d'accueil l'action administrative et gouvernementale à un niveau qui menace l'autonomie et les politiques publiques de l'État d'accueil.

L'ample interprétation du TJE par les tribunaux d'investissement c'est donc convertie en source de croissance controversial. Quelques pays, en incluant les États-Unis et le Canada, ont répondu à cela en essayant de limiter le TJE au niveau d'une protection conforme au droit coutumier international qui se forme à travers de la pratique générale et cohérente des États. L'Union Européenne au contraire, préfère définir la notion du TJE en le concretisant à travers d'une formule standard dans les traités, par exemple à travers d'une transparence, une bonne foi ou le déni de justice entre autre. Ces points de vue au TJE sont abordés dans les négociations canadiennes-européennes sur l'accord économique et commercial global (en anglais, CETA) ainsi que dans les négociations du TLE entre l'EUA et l'UE (TTIP) ou le TPP.

Une grande partie du débat sur le TJE a impliqué sa relation avec le niveau de protection aux étrangers conformes au droit coutumier international. Malgré le fait qu'il y a toujours eu certaines incohérences entre les traités d'investissements autour du langage utilisé dans les dispositions relatives au TJE, le contraste entre les points de vue autonomes et les liaisons à l'égard du traitement juste et équitable a fait que les États-Unis et le Canada ont été mis sous la loupe quand en 2001 le Mexique a émis une interprétation formelle de l'article sur le standard de traitement minimum du TLCAN, en éclaircissant que le standard minimum et le TJE se limitaient au niveau d'une protection des étrangers propre du droit coutumier international<sup>73</sup>.

Dans l'affaire *Rail road Development Corporation c. Guatemala*<sup>74</sup>, les alternatives pour restreindre les interprétations du TJE sont les suivants :

- Les dispositions du TJE pourraient inclure un langage en disposant qu'un investisseur qui réclame qu'un État a violé une obligation du droit coutumier international possède la responsabilité de démontrer que l'obligation existe sur la base d'une évidence de pratique réelle étatique et d'*opinio juris*, et qu'une

---

<sup>72</sup> Cit. note 37

<sup>73</sup> [http://www.biicl.org/files/3929\\_2000\\_metalclad\\_v\\_mexico.pdf](http://www.biicl.org/files/3929_2000_metalclad_v_mexico.pdf)

<sup>74</sup> Railroad Development Corporation (RDC) c. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23



- obligation comme telle ne peut pas seulement être établie à travers des arbitrages arbitraux ou sources secondaires.
- Les dispositions du TJE pourraient n'éclairer que les affirmations des états dans les procédures arbitrales (tant en qualité des défenseurs comme pour les parties non opposées) autour du niveau de protection conforme au ICL constituent un *opinio juris* pertinent.
  - Les dispositions du TJE pourraient inclure une liste exhaustive d'obligations étatiques sous le TJE, comme il a été suggéré par la CNUCED.

Donnés les différents points de vue adoptés par les États-Unis et l'UE à l'égard du TJE, les négociations du TLC entre l'EUA et l'UE présentent l'opportunité d'explorer certaines de ces options. Il semble peut probable que la disposition du TJE soit omise complètement dans l'accord entre l'EUA et l'UE, mais une ou plus d'alternatives comme les mentionner en haut pourrait imposer la restriction nécessaire de l'interprétation du TJE de la part des tribunaux comme ainsi aussi récupérer dans une mesure le contrôle étatique sur son contenu. D'ailleurs, il y a plusieurs TBI comme celui du Canada-Chine de 2012 (art.4)<sup>75</sup> ou Singapore-Turkey de 2008 (art. 2.3)<sup>76</sup> qui indique ainsi:

1. *Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, in accordance with international law.*
2. *The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" in paragraph 1 do not require treatment in addition to or beyond that which is required by international law.*

Dans ce cas on peut voir clairement que ce standard même si pas définit est important pour les investissements.

## **5.1 Le CNUCED et le TJE**

En vertu de la préoccupation pour un développement durable des investissements et du TJE, la CNUCED a lancé en 2012 son cadre stratégique d'investissement pour le développement durable qui vise à servir de référence mondiale pour le développement des politiques nationales et internationales en matière d'investissement. Il a promu ce cadre pour corriger les défauts observés dans les TBI et les TLEs typiques des années 90 et début des années 2000<sup>77</sup>.

La relation entre l'investissement étranger et le développement durable doit être basée d'une part, sur une approche équilibrée à la réalisation des objectifs de croissance

---

<sup>75</sup> <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-text-chine.aspx?lang=eng>

<sup>76</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/190/treaty/2909>

<sup>77</sup> [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012\\_embargoed\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf)

purement économique par la libéralisation et la promotion de l'investissement, et de l'autre part, la nécessité de protéger la personne et l'environnement.

Comme interprété par les tribunaux arbitraux, la norme du TJE lève des questions fortement complexes et litigieuses quant aux types d'actions administratifs et gouvernementales qui peuvent être passées en revue sous la norme et le degré de sérieuses infractions qui est exigée pour activer une réclamation indemnisable.

Le manque de précision de la norme est au cœur du problème, le défi posé aux négociateurs dans cet environnement d'incertitude est d'établir des frontières plus claires quant aux types de conduite qui constituent une violation de l'obligation du TJE ou, au contraire, ceux que l'on ne peut pas considérer comme infraction.

La formulation de la plupart des clauses du TJE est minimaliste. Une telle langue, manquant d'une signification spécifique, est particulièrement encliné à l'interprétation expansive simplement parce qu'un tribunal arbitral n'a pas d'indications interprétatives suffisantes du traité.

Les tribunaux arbitraux appliquant le standard du TJE disqualifiées ne se sont pas limités aux infractions les plus sérieuses et ont trouvés les violations de la norme où ils ont considérés la conduite de l'État en question d'être simplement déloyal vers le prétendant. Bien que beaucoup de tribunaux, y compris ceux appliquant le TJE disqualifiées, ayez à ne pas trouver des violations légèrement, le seuil différent qui résulte d'une formulation différente de ce traitement peut potentiellement présenter un problème, particulièrement pour ces pays qui se sont souscrits aux traités utilisant une langue différente. Le seuil pour qualifier la conduite de l'État vers un investisseur, protégé par un type de norme peut différer de la découverte d'une violation en ce qui concerne un autre investisseur d'une nationalité différente.

Un autre facteur approprié pour l'assurance d'un équilibre entre l'investisseur et le pays d'accueil est l'application des caractéristiques du pays d'accueil. Il n'était pas généralement accepté par les tribunaux que le contenu de la norme devrait être adapté au niveau du développement du pays hôte, pour cela, les conditions dans le pays d'accueil doivent jouer une partie dans l'analyse de si le standard a été contrevenue. Il est donc nécessaire de dessiner une frontière entre le mauvais traitement des investissements étrangers qui devraient être proscrits par le standard du TJE et les mesures d'États souverains pris dans l'exercice des politiques légitimes qui ne peuvent pas être tenus dans l'infraction de la norme, même ou de telles mesures nuisent aux investissements étrangers.

Le principal vise des négociateurs par rapport au TJE devrait devoir clarifier la source et le contenu de l'obligation et ce faisant déterminer le degré de discrétion que les parties contractantes veulent laisser au tribunal arbitral que l'on demandera d'interpréter la disposition. À cet égard, les négociateurs ont une variété de choix et devront décider s'ils veulent laisser un haut degré de discrétion interprétative au tribunal arbitral ou s'ils veulent déterminer dans le traité la source et les éléments de contenu en le renvoyant à la norme.

À partir du modèle suggéré en 2012 de la CNUCED on peut voir des nouvelles concrétions qui sont faites sur le concept du TJE. Dans les modèles plus récents nous pouvons voir comment les États (Pays développé où en voie de développement) abordent cette notion à travers la révision de leurs TBI ou la renégociation des anciennes TBIs. On peut déjà voir ce progrès dans des nouveaux traités régionaux ou mega régionaux comme ils le sont le TTIP ou le TPP entre autres<sup>78</sup>.

## **5.2 L'accord économique et commercial global (AECG-CETA) et le TJE**

Les origines de la date de l'AECG remontent à 2009, lorsque les négociations ont commencé le 6 mai de cette année au sommet Canada-UE à Prague. Le 26 septembre 2014, au sommet du Canada-Union européenne à Ottawa, les dirigeants ont annoncé la conclusion des négociations de l'AECG. Il permettra de générer plus d'investissements commerciaux dans les deux sens, et de promouvoir la croissance et l'emploi.

Il existe une version définitive de l'accord datée de mars 2016, est disponible sur cette page, mais il n'est pas encore entré en vigueur. Le dernier pas est de ratifier le traité par l'UE et le Canada ainsi que les 28 États Membres de l'UE<sup>79</sup>.

L'AECG est l'un des premiers accords à fournir une définition du TJE. Le traitement juste et équitable est défini par un texte clair, fermé qui définit précisément le contenu du standard sans quitter la discrétion importune aux arbitres.

Les conflits impliquant l'aide de l'État ont soulevé des problèmes spécifiques dans les accords bilatéraux d'investissement intra-UE. Surtout dans la situation de préadhésion, le tribunal a constaté que la décision d'un État membre de cesser l'octroi d'une mesure impliquant l'aide de l'État était dans l'infraction de la clause du TJE. La Commission voit cette décision comme une demande incorrecte du TJE donnée que la loi de l'Union Européenne systématiquement nie des attentes légitimes aux investisseurs en ce qui concerne l'aide de l'État. Il a aussi considéré que la compensation ordonnée par le tribunal s'élève de facto au rétablissement de l'aide de l'État interdite<sup>80</sup>.

Il faut clarifier et améliorer l'élaboration des normes de protection, pour laisser moins de place pour les interprétations injustifiées. Le texte de l'AECG, d'autre part, inclut une liste fermée d'actions qui peuvent être définies comme une infraction du TJE. Ceux-ci incluent un déni de justice pénale et de procédure civile, ou administrative, refusant la procédure établie, arbitraire, manifestés par des actes de discrimination ciblés et un traitement abusif comme la contrainte, la coercition et le harcèlement<sup>81</sup>. Les parties du

---

<sup>78</sup> [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf),  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf)

<sup>79</sup> [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm)

<sup>80</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_fr.htm)

<sup>81</sup> Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case no ARB/05/17

traité peuvent consentir à étendre la liste à une date ultérieure. L'AECG déclare aussi qu'on peut seulement garantir les attentes légitimes de l'investisseur conformément à cette clause, quittant ainsi le tribunal d'interpréter si un État avait fait une représentation spécifique pour l'investisseur qu'il a violé plus tard<sup>82</sup>. Le modèle allemand, tandis qu'incluant la garantie de traitement juste et équitable pour l'investissement, ne définit pas ce terme<sup>83</sup>.

Le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États (ISDS en anglais) mis en place par l'AECG permet aussi aux investisseurs de porter plainte contre les États si ces derniers prennent des décisions d'ordre à porter préjudice à leurs « attentes légitimes » et cela en vertu de la clause de « *traitement juste et équitable* » (art. X.9, section 4, chapitre 10), une notion floue qui laisse la part large aux interprétations des arbitres qui siégeront dans ces tribunaux privés<sup>84</sup>. La tendance démontre que les investisseurs sont de plus en plus nombreux à attaquer des dispositions d'intérêt général prises par les États via ce genre de mécanisme.

Le TJE devrait stipuler qu'un État ne peut pas violer les principes de proportionnalité et de légalité; ne peut pas imposer une charge excessive sur un investisseur sans fournir une compensation et doit traiter aux investisseurs et à leur investissement conformément au standard minimal international.

Après avoir rédigé l'AECG, les cas controversés qui ont été soulevés devant les jurisprudences arbitrales ont été pris en compte pour essayer d'éviter de tomber dans des interprétations vagues ou excessivement extensives du TJE comme on le verra dans les prochains paragraphes.

Une autre préoccupation sur la façon dont le TJE a évolué découle de la relation entre les mesures réglementaires affectant négativement les investisseurs et les raisons qui sous-tendent ces mesures. Une telle raison pourrait n'être que le pays d'accueil a une obligation internationale pour parvenir à un résultat réglementaire spécifique, comme une obligation de protection internationale de l'environnement de la santé publique ou les droits de l'homme. Lorsqu'un gouvernement entreprend une mesure réglementaire dans la poursuite d'un tel engagement et se traduit par une modification de l'environnement juridique ou commercial et affecte négativement l'investissement, il est incertain si le tribunal acceptera la nature de la mesure comme une revendication du TJE comme par exemple l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* fabriquer de tabac a qui Uruguay refusait la vente de sa marque pour un motive de santé public<sup>85</sup>.

Il est important de ce rappelé que le niveau d'attentes légitimes de la part de l'investisseur est en corrélation avec l'environnement d'investissement du pays d'accueil.

---

<sup>82</sup> International Thunderbird Case

<sup>83</sup> 2008 Germany Model Article 2(2) (Admission and Protection of Investments)

<sup>84</sup> <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/10.aspx?lang=eng>

<sup>85</sup> Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)

La conduite de l'investisseur devrait donc être pertinente pour l'exercice de l'équilibre. Certains tribunaux ont reconnu que la conduite inadmissible de l'investisseur pour obtenir un contrat d'investissement, le manque d'exercice pour une diligence raisonnable en réalisant une étude de faisabilité commerciale avant de faire l'investissement et la gestion négligente de l'investissement une fois qu'il a été fait, peut affecter les chances d'une bonne réclamation. Il est donc nécessaire de tracer une limite entre la véritable maltraitance des investissements étrangers qui devraient être mis hors loi par le TJE et les mesures des États souverains prises en application des politiques légitimes qui ne peuvent pas être détenus en violation de la norme, même si ces mesures nuisent à l'investissement étranger.

Il peut y avoir différentes raisons derrière les changements dans l'environnement de l'État ; certains sont dus à des facteurs purement économiques, telles que les innovations technologiques, la hausse et la baisse des prix et la puissance économique relative des concurrents. D'autres proviennent de la conduite du gouvernement de l'État hôte, des mesures spécifiques ou générales, l'action ou l'inaction, le TJE est plus concerné avec ce dernier. Comme toutes les entreprises, les investissements étrangers sont soumis à la réglementation gouvernementale. Parfois, surtout en ce qui concerne les projets à grande échelle, il existe une relation contractuelle directe entre l'investisseur et l'État hôte, qui prévoit la possibilité d'une ingérence gouvernementale des droits contractuels. Il n'est pas rare que la politique de l'État d'accueil puisse changer selon l'évolution du marché, certains cas ont suivi cette approche. Ainsi, dans *CMS c. Argentine* et *Enron c. Argentine*, les tribunaux ont estimé que le TJE inclut l'exigence d'un cadre stable pour l'investissement<sup>86</sup>.

Pour parvenir à cette conclusion, les deux tribunaux invoquaient sur le préambule du TBI Argentine et États-Unis, disent explicitement que « *le traitement juste et équitable des investissements est souhaitable, afin de maintenir un cadre stable pour les investissements* ». Dans les faits, le tribunal a indiqué que les mesures d'urgence prises par l'Argentine suite à la crise du peso de 2000-2002 étaient une violation du TJE, parce qu'ils avaient induit l'investisseur d'investir grâce aux régimes des garanties tarifaires en promettant ainsi un cadre stable pour l'investissement<sup>87</sup>.

Notamment, le tribunal a rejeté les motifs de la conduite de l'Argentine comme non pertinents pour déterminer si une violation a eu lieu: « *même en supposant que le défendeur a été guidé par les meilleures intentions, que le tribunal n'a aucune raison de douter, il y a là un objectif la violation du TJE* »<sup>88</sup>.

De même, dans *PSEG c. Turquie*, le tribunal a souligné que les changements dans l'environnement législatif, ainsi que dans les politiques de l'administration relatives aux

---

<sup>86</sup> CMS v. Argentina, Award of 12 May 2005, para. 274; Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, parag. 259–260.

<sup>87</sup> Ibid., parag. 264–268.

<sup>88</sup> Ibid., parag. 298–316.

investissements étaient contraires à la nécessité de «garantir un environnement commercial stable et prévisible pour les investisseurs à opérer dans, au besoin [...]»<sup>89</sup>. Notamment, le tribunal a rejeté les motifs de la conduite de l'Argentine comme non pertinents pour déterminer si une violation a eu lieu, même en supposant que le défendeur a été guidé par les meilleures intentions. Cette déclaration permet une contextualisation de ce qu'un investisseur peut légitimement attendre des autorités du pays d'accueil. Il faut aussi regarder de près le lien de causalité entre l'investissement et une promesse spécifique faite par l'État à l'investisseur. Dans *Duke Energy c. l'Équateur* et d'autres cas, il est possible d'identifier un certain nombre d'éléments<sup>90</sup>:

- a) Les attentes légitimes peuvent se poser dans des représentations ou des engagements pris par l'investisseur, sur lequel ce dernier a compté sur une promesse de l'État;
- b) L'investisseur doit être conscient de l'environnement réglementaire général dans le pays d'accueil;
- c) Les attentes légitimes des investisseurs doivent être équilibrées par rapport aux activités réglementaires légitimes des pays d'accueils<sup>91</sup>.

La nécessité des représentations spécifiques a été aussi soulignée dans *Methanex c. États-Unis* ou la législation californienne a interdit la production d'essence contenant des additifs à base de méthanol pour des raisons environnementales. L'investisseur a allégué une violation, entre autres, du TJE en faisant valoir que l'interdiction était injustifiée et discriminatoire en faveur de l'éthanol produit par les industries des États-Unis. En rejetant cette demande, le tribunal accorde une importance particulière au fait que *Methanex* n'avait pas donné une justification raisonnable ou les États-Unis pouvaient avoir invoqué pour conclure que ces modifications réglementaires ne seraient pas effectuées<sup>92</sup>.

En outre, Dans *Methanex c. les États-Unis*, discutés ci-dessus, le tribunal a souligné le besoin de l'investisseur d'avoir une conscience générale sur l'environnement réglementaire dans lequel il opère comme condition pour la demande de la doctrine d'attentes légitimes. Il est bien indiquer que:

“... In which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level [...] continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons.”<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> PSEG Global et al. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, parag. 252–253.

<sup>90</sup> *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 18, 2008, para. 340.

<sup>91</sup> *Continental Casualty c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, where the para. 261.

<sup>92</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, 15 January 2001

<sup>93</sup> *Methanex v. United States*, Final Award, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 10.

Les investisseurs doivent donc être conscients et prendre en compte le niveau de développement du pays et des pratiques administratives. En effet, les investisseurs sont souvent attirés aux pays en voie de développement par la possibilité d'obtenir un taux de rendement plus élevé par rapport aux opportunités d'investissement dans les économies plus développées. Il est normal que les perspectives de plus grands profits soient accompagnées de plus grands risques, y compris dans la sphère réglementaire<sup>94</sup>.

La gamme des politiques légitimes est potentiellement très large et ne se limite pas aux objectifs de protection de l'environnement, la santé publique ou la protection des consommateurs souvent mentionnés. Par exemple, une décision récente a conclu que l'introduction de la tarification administrative sur l'énergie a été motivée par la volonté de l'État de réduire les profits excessifs réalisés par les investisseurs. Le tribunal a jugé que cela était un objectif politique parfaitement valable et rationnel d'un gouvernement pour faire face aux profits des investisseurs<sup>95</sup>.

Bien entendu, toute intervention de l'État doit respecter les normes de base de la bonne gouvernance, mais une approche expansive à l'interprétation du TJE, y compris à travers plus de dépendance à l'égard de la doctrine des attentes légitimes des investisseurs, pose un risque conduisant à la création des résultats déséquilibrés la détermination de ce qui est contraire à la bonne gouvernance. En particulier, une interprétation large du langage traité minimaliste peut donner lieu à un manque de prévisibilité dans l'application de la norme. Ceci, à son tour, peut conduire à la remise en cause de l'intervention légitime de l'État à des fins de développement économique, social, environnementaux entre autres.

Le développement durable et la protection de l'environnement et les droits du travail sont des valeurs fondamentales partagées par le Canada et l'UE. Ces valeurs font partie de la façon dont ils définissent la prospérité, ce qui est beaucoup plus que la richesse du bien matériel. La croissance durable pour les Canadiens aujourd'hui et dans l'avenir exige la conservation de l'environnement et l'utilisation efficace des ressources, la protection des droits du travail et l'amélioration de la compétitivité à long terme, L'AECG reconnaît les dispositions dans tous ces domaines.

L'AECG affirme l'engagement du Canada et de l'UE pour encourager les entreprises à adopter des pratiques qui favorisent les objectifs économiques, sociaux et environnementaux. L'AECG crée également un cadre pour faciliter la coopération et établit des engagements communs pour promouvoir le commerce d'une manière qui contribue aux objectifs du développement durable au Canada et l'UE. L'AECG comprend un engagement à examiner, surveiller et d'évaluer l'impact que la mise en œuvre de l'accord a sur le développement durable au Canada et l'UE. L'AECG crée un forum pour les organisations de la société civile pour discuter des aspects de développement durable des relations commerciales entre le Canada et l'UE, qui peuvent

---

<sup>94</sup> Generation Ukraine, Inc v. Ukraine, ICSID No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, paras. 20-37.

<sup>95</sup> AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/17, Award, 23 September 2010.

aider à éclairer le travail du comité de l'AECG sur le commerce et le développement durable<sup>96</sup>.

Faire en sorte que le commerce et le travail se renforcent mutuellement est une priorité pour le Canada. Les dispositions relatives au travail de l'AECG renforcent ce principe en incluant des engagements pour favoriser la bonne gouvernance du travail. Dans l'AECG, le Canada et l'UE se sont engagés à veiller à ce que leurs obligations respectives en ce qui concerne les normes internationales du travail soient reflétées dans la législation du travail. Plus précisément, l'accord comprend un engagement à veiller à ce que les lois et les politiques nationales assurent la protection des principes et droits fondamentaux au travail, y compris le droit à la liberté d'association et de négociation collective, l'abolition du travail des enfants, l'élimination du travail forcé ou obligatoire, et l'élimination de la discrimination.

L'AECG établit aussi des groupes consultatifs de la société civile pour fournir des vues et des conseils sur toute question relative aux dispositions de l'accord sur le travail et crée un mécanisme par lequel le public peut soulever des préoccupations au sujet des questions de travail liées à ces dispositions. L'AECG encourage également la coopération sur les questions liées au travail, y compris par l'échange d'informations sur les meilleures pratiques et la coopération dans les forums internationaux. Le Canada est dont déterminé aux droits fondamentaux du travail, et le soutien des normes élevées de travail par l'AECG est un élément clé de cet engagement.

Veiller à ce que le commerce et l'environnement se renforcent mutuellement est aussi une priorité pour le Canada. Les dispositions de l'environnement de l'AECG renforcent ce principe en incluant des engagements pour favoriser la bonne gouvernance environnementale. Dans l'AECG, le Canada et l'UE se sont engagés à rechercher des niveaux élevés de protection de l'environnement, l'application des lois environnementales et non la renonciation ou dérogation à ces lois afin de promouvoir le commerce ou attirer des investissements. L'AECG reconnaît l'importance de la gestion des forêts, de la pêche et de l'aquaculture de manière durable et comprend des engagements à coopérer sur les questions environnementales liées au commerce d'intérêt commun, tels que les évaluations d'impact, le changement et la conservation du climat, ainsi que l'utilisation durable des ressources naturelles. Il comprend également un engagement à coopérer dans les instances internationales traitant des questions pertinentes à la fois commerciales et environnementales des politiques, y compris, en particulier, l'OMC, l'OECD, le Programme des Nations unies pour l'environnement et les organismes créés pour mettre en oeuvre des accords multilatéraux sur

---

96 Voir quelques auteurs: Lumidla Borta ; [http://www.ceswp.uaic.ro/articles/CESWP2014\\_VII\\_BOR.pdf](http://www.ceswp.uaic.ro/articles/CESWP2014_VII_BOR.pdf), Bilateral and Regional Trade Agreements (Simon Lester, Bryan Mercurio, Lorand Bartels); Patrick Fafard et Patrick Leblond École supérieure d'affaires publiques et internationales Université d'Ottawa, [http://ideefederale.ca/documents/IF\\_AF\\_2012-01\\_FR.pdf](http://ideefederale.ca/documents/IF_AF_2012-01_FR.pdf); Assessing the Costs and Benefits of a Closer EU-Canada Economic Partnership [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc\\_141032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/october/tradoc_141032.pdf); L'accord de libre-échange entre l'UE et le Canada n'a pas fini de faire débattre , Antoine Boyet, Ijsberg Magazine, 27 septembre 2014.



l'environnement. L'AECG contient des dispositions encourageant le Canada et l'Union européenne de continuer à développer les ressources d'une manière qui est respectueuse avec l'environnement pour que les citoyens puissent s'en bénéficier maintenant et dans l'avenir.

L'AECG est l'un des premiers accords commerciaux du Canada d'inclure un chapitre sur le développement durable établissant des engagements entre l'UE et le Canada à encourager aux entreprises à adopter des pratiques qui favorisent les objectifs économiques, sociaux et environnementaux; reconnaître les avantages de l'écoétiquetage et l'environnement performance objectif et des normes; engager les deux parties à examiner, surveiller et évaluer l'impact de l'accord sur le développement durable au Canada et l'UE; et établir un forum de la société civile pour favoriser la discussion sur le développement durable dans le contexte des relations commerciales entre le Canada et l'Union européenne et contribuer à éclairer le travail du comité de l'AECG sur le commerce et le développement durable en prévoyant des sanctions internes ou recours en cas de violation des lois sur l'environnement; et, obligeant les parties à assurer un cadre juridique existe pour permettre against infringements d'action efficace de ses lois de l'environnement.

L'AECG comprend également une définition assez large et robuste du droit de l'environnement. Il est défini au sens large pour couvrir "toutes les lois ou dispositions législatives ou réglementaires, ou d'autres mesures juridiquement contraignantes qui ont pour but la protection de l'environnement, y compris les lois relatives à la gestion des ressources naturelle"<sup>97</sup>.

Le chapitre sur l'environnement de l'AECG fournit en outre une clause d'exception générale qui est calquée sur l'article XX du GATT. Il précise que rien dans l'accord "shall prevent Parties from adopting or maintaining measures to implement the Multilateral Environmental Agreements to which they are party provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the parties or a disguised restriction on trade."

Biens qu'il soit prématuré d'évaluer la portée de la protection prévue par cette disposition, il convient de noter que l'expérience avec d'autres dispositions formulées de manière similaire, comme l'article XX du GATT a fourni une certaine protection significative pour les politiques environnementales nationales<sup>98</sup>.

L'AECG incite aux entreprises à agir de manière responsable en respectant les objectifs sociaux, économiques et environnementaux, tels que la protection des travailleurs et le développement des ressources naturelles d'une manière écologiquement durable. Ces politiques de protection ne peuvent pas être dérogués pour attirer les investissements.

---

<sup>97</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf) art. 22 et ss.

<sup>98</sup> Article 28.3 of CETA et [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/whatis\\_f/tif\\_f/bey2\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/bey2_f.htm);

### 5.3 *Le TPP et le TJE*

Le TPP a commencé comme un partenariat de quatre pays en 2005<sup>99</sup>, mais a rapidement grandi pour inclure 12 pays riverains du Pacifique, y compris le Canada, le Japon, l'Australie et les États-Unis. Le TPP couvre tous les secteurs de l'économie et est un des accords commerciaux les plus ambitieux et complets à ce jour. Le 4 février 2016 l'accord de partenariat transpacifique a été signé mais il doit être soumis à la ratification des 12 parties prenantes<sup>100</sup>.

Le TPP prévoit que le TJE fait partie de la norme minimale de traitement en vertu du droit international coutumier. Le TJE exige à l'État hôte de fournir un cadre juridique et réglementaire transparent et stable. Il exige également que l'État hôte ne doive pas agir de manière déraisonnable ou arbitraire, ni contraire aux attentes légitimes de l'investisseur. En outre, le TJE comprend l'obligation de ne pas refuser la justice dans une procédure judiciaire ou administrative en conformité avec le principe de la procédure régulière.

Le TPP prévoit une exception générale selon laquelle les États ne doivent pas être empêché d'adopter les mesures qu'elles jugent appropriées pour veiller à ce que l'activité d'investissement sur son territoire est entreprise d'une manière sensible à l'environnement, la santé ou d'autres objectifs réglementaires<sup>101</sup>.

De même, dans le chapitre sur l'investissement énonce les protections pour les investisseurs de chaque État et le mécanisme pour les investisseurs d'intenter des poursuites dans le cas où un État ne respecte pas ces protections. Ce chapitre établit des engagements en matière de transparences expansives liées à la mise en œuvre et l'application du chapitre de l'environnement, y compris les engagements par les parties pour encourager la pleine participation publique dans la mise en œuvre du chapitre sur l'environnement et de prévoir des sanctions ou des mesures correctives appropriées en cas de violation de leurs lois environnementales.

L'article 20.7 établie ainsi :

1. Chaque partie promeut la sensibilisation du public de ses lois et politiques environnementales, y compris les procédures d'exécution et de conformité, en veillant à ce que l'information pertinente soit à la disposition du public.
2. Chaque partie veille à ce qu'une personne intéressée résidante ou établie sur son territoire puisse demander que les autorités compétentes de la partie enquêter sur les violations présumées de ses lois environnementales, et que les autorités compétentes donnent ces demandes en considération, conformément à la législation de la partie.

---

<sup>99</sup> Chili, Singapour, Nouvelle-Zélande et Brunei

<sup>100</sup> <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership>

<sup>101</sup> Art. 9.16 TPP ; <https://ustr.gov/tpp/>

3. Chaque partie veille à ce que les procédures judiciaires, quasi judiciaires ou administratives pour l'application de ses lois sur l'environnement sont disponibles en vertu de sa loi et que ces procédures soient justes, équitables, transparentes et conformes à la procédure légale. Les audiences dans ces procédures sont ouvertes au public, sauf lorsque l'administration de la justice exige le contraire, et en conformité avec les lois applicables.

Dans le cadre du TPP la détermination de ce qui constitue le TJE n'est pas délégué aux tribunaux fédéraux, mais plutôt à un système ad hoc d'un tribunal composé d'avocats privés. Les tribunaux qui tranchent les litiges d'investissement ont reconnu l'imprécision de la norme du TJE. Dans la sentence *Bilcon contre Canada*, le tribunal a indiqué que la norme pour le TJE pourrait être violée si un tribunal a considéré qu'il était « injuste » ou incompatible et a concédé que le standard doit être adaptée aux circonstances de chaque cas<sup>102</sup>.

Le TPP indique que les parties peuvent adopter des mesures réglementaires environnementales et autres, mais seulement quand ce sont des mesures compatibles avec l'investissement.

En ce qui concerne les attentes des investisseurs, dans l'intérêt de plus de certitude, l'article 9§6 (4) prévoit que le simple fait qu'une action ou une mesure de l'État est incompatible avec les attentes légitimes de l'investisseur ne veut pas dire qu'il est une violation du TJE. De même, le simple fait qu'une subvention n'a pas été renouvelée ne signifie pas qu'il est aussi une violation du même<sup>103</sup>.

#### **5.4 Le TTIP et le TJE**

L'Union européenne et les États-Unis sont en train de négocier un accord commercial dénommé TTIP qui a commencé en 2006. Il vise à réduire les obstacles au commerce des biens et services dans un large éventail de secteurs. La plupart des négociations sont centrées sur la réduction des obstacles réglementaires au commerce, y compris l'élaboration des lois européennes et américaines relatives à la santé, la sécurité, l'environnement et une sécurité financière plus compatibles, et finalement sur les mesures de protection des droits des investisseurs<sup>104</sup>.

Le premier cycle des négociations a eu lieu en juin 2013. Une fois finalisé, l'accord devra être ratifié par le Parlement européen, les États Membres de l'UE et le congrès américain.

---

<sup>102</sup> William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04

<sup>103</sup> <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>

<sup>104</sup> <https://ustr.gov/ttip>

Les flux d'investissement sont la base et le moteur du marché transatlantique. Cependant, dans beaucoup de secteurs comme l'aviation, la navigation et la communication, les investisseurs font de l'étranger face aux barrières d'accès aux marchés considérables aux États-Unis. Le TTIP n'enlèvera pas toutes ces barrières. Cependant, en étendant la protection d'investissement le traitement juste et équitable à la phase de pré-établissement d'un investissement, en interdisant des certaines exigences de performance pour l'accès au marché et en adressant l'accès au marché pour l'investissement dans un chapitre de service, le TTIP servira du point de départ pour des relations plus ouvertes d'investissement entre l'UE et Les États-Unis. Plus d'occasions d'investissement permettraient aux entreprises d'étendre la production, promettant plus d'emplois et la croissance économique.

Même dans les pays avec un système légal fort comme les États-Unis, les investisseurs prennent un risque en déplaçant ces actifs à l'étranger. Aujourd'hui, il y a peu d'affaires connues sur les conflits d'investissements transatlantiques. La possibilité pour des conflits futurs, cependant, ne peut pas être exclue. On doit donner aux investisseurs une chance de chercher le recours en cas d'une expropriation directe ou indirecte, des politiques discriminatoires, ou des politiques déloyales et injustes. Ni la loi fédérale ni celle d'État aux États-Unis, cependant, ne protège entièrement l'investisseur étranger contre la discrimination.

On ne garantit pas le TJE des investisseurs conformément à la Constitution américaine. En outre, on ne garantit pas que les tribunaux américains appliqueront correctement les traités internationaux du commerce international et d'investissement. On connaît tout à fait que les tribunaux nationaux favorisent la loi nationale. Il y a aussi un peu d'évidence que les tribunaux américains, des juris particulièrement civils, peuvent être influencés par les investisseurs étrangers. En cas d'un conflit d'investissement, les investisseurs étrangers ne peuvent pas ainsi entièrement compter sur les cours nationales pour faire respecter les règles du TTIP de l'investissement.

En outre, le TTIP devrait exiger que les arbitres prennent les attentes légitimes des investisseurs en considération. L'AECG limite la protection des attentes légitimes d'un investisseur aux cas où de telles attentes sont basées sur des représentations spécifiques par l'État hôte, que l'investisseur avait compté en faisant ou maintenant l'investissement. Cette définition est trop étroite et limite la protection de situations où l'État a assumé une obligation explicite vis-à-vis de l'investisseur.

De plus, la proposition de la Commission présentée en novembre 2015 pour définir le TJE en inscrivant les infractions du TJE dans une liste fermée pose quelques problèmes: premièrement, les demandeurs trouveront aujourd'hui difficile de prévoir tous les cas possibles dans lesquels une mesure pourrait être déloyale et injuste. Deuxièmement, comme l'environnement légal change constamment, la liste exigerait une révision régulière. Tandis qu'en théorie c'est possible, en pratique il est douteux si les partis à l'accord d'investissement pourraient exercer leur droit de modifier la liste. Finalement, une liste fermée mettrait aussi aux investisseurs américains et de l'Union européens dans une position plus faible vis-à-vis des investisseurs d'autres pays par rapport à d'autres traités. Troisièmement, le principe de TJE protège aux investisseurs du traitement

arbitraire et déloyal. Les exemples de traitement injuste et non équitable incluent une incapacité d'investisseur pour avoir accès aux tribunaux domestiques intérieures, étant mis sous une pression politique, ou la mise en œuvre de décisions gouvernementales est opaques et arbitraires<sup>105</sup>.

Au cours des dernières décennies, le principe du traitement juste et équitable a gagné en importance. L'objectif principal de l'UE est de clarifier le standard, en particulier en incorporant des leçons clés apprises de la jurisprudence. Ceci éliminerait l'incertitude pour les États comme pour les investisseurs.

Dans cette approche, un État pourrait être tenu responsable d'une infraction de l'obligation de traitement juste et équitable seulement pour les infractions d'un ensemble limité de droits de base, à savoir : le déni de justice; la discrimination ciblée basée sur le genre ou la croyance religieuse; et traitement abusif, la coercition ou harcèlement. Cette liste peut être prolongée seulement où les partis de l'UE consentent spécifiquement à ajouter de tels éléments au contenu de la norme.

Les attentes légitimes de l'investisseur peuvent être prises en compte dans l'interprétation du standard. Cependant, ceci est possible seulement où des représentations claires, spécifiques ont été faites par une partie pour convaincre l'investisseur de faire ou maintenir l'investissement et sur lequel l'investisseur a compté et ça n'a pas été par la suite respecté par cette partie. L'intention est de préciser qu'un investisseur ne peut ne pas légitimement s'attendre que le régime réglementaire et légal général ne change pas. Ainsi l'UE à l'intention d'assurer que la norme n'est pas comprise comme une obligation de stabilisation, autrement dit une garantie que la législation de l'état hôte ne changera pas d'une façon qui pourrait négativement affecter aux investisseurs.

Conformément à l'objectif général de clarifier le contenu du standard, l'UE luttera aussi pour fournir la protection aux investisseurs étrangers dans des situations dans lesquelles l'état hôte utilise ses pouvoirs souverains pour éviter des obligations contractuelles vers les investisseurs étrangers ou leurs investissements, sans cependant couvrir des infractions contractuelles ordinaires comme le non paiement d'une facture.

En prenant l'exemple de l'AECG, la Commission européenne a dévoilé sa proposition sur le chapitre de *développement durable* qui contiendra l'accord de libre-échange et d'investissement qui doit encore être définit<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-6059\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_fr.htm)

<sup>106</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153923.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf)

## 6. Conclusions

Ce travail a essayé de se plonger dans un sujet qui a sans aucun doute suscité une controverse dans le débat juridique en droit international, de même que la norme du TJE, comme on l'a montré, est un thème dans presque tous les litiges l'investissement entre les investisseurs et les États, surtout présent dans les obligations assumées par les États dans ses divers accords internationaux qui ont été dérivés d'un certain nombre de cas devant les tribunaux arbitraux.

Par rapport à la norme du TJE, il est montré qu'elle n'est pas une nouvelle figure, comme il a été présent dans presque tous les instruments internationaux sur l'investissement depuis la Seconde Guerre mondiale, où cette terminologie a été utilisée pour la première fois dans la Charte de la Havane, qui a cherché à établir une Organisation internationale du commerce. Suite à cela il y a eu un progrès dans cette matière à partir de trois points de vue 1) un multilatéral; 2) un autre régional; et 3) finalement dans des accords bilatéraux.

La norme du TJE comprend la transparence, la stabilité et la protection des attentes légitimes de l'investisseur entre autres. En ce qui concerne le déni de justice, il permet aux tribunaux d'apprécier, depuis le point de vue du droit international, les actions de la fonction judiciaire de l'État d'accueil et le droit des États en matière de régulation qui serait consacré et garanti dans les termes des accords de commerce et d'investissement. Ces États doivent aussi respecter les attentes légitimes en relation avec les activités entreprises/exercées par la fonction législative, qui en adoptant une loi qui modifie structurellement les attentes d'un investisseur peut également engager une responsabilité internationale.

Les attentes légitimes des investisseurs sont basées sur le cadre juridique applicable au moment de l'investissement, ainsi que les engagements et déclarations exprimées ou implicites par l'État. Un renversement de ces déclarations faites par le bénéficiaire de l'investissement ou des changements dans le cadre juridique existant serait considéré comme une violation du principe du TJE.

Nous pouvons dire que comme le TJE est toujours en développement, il rend le rôle des sentences arbitrales encore plus importants, comme le sont la difficulté des exercices d'une interprétation qui fournissent signification et contenu à ce principe tellement complexe étant donné qu'il n'y a pas d'unanimité sur la jurisprudence arbitrale internationale, il n'y a aucun moyen de prédire que le TJE sera interprétée de manière restrictive, sauf si c'est prévu dans un traité international, si le traité lui-même indique que le TJE devra l'interpréter selon ce critère restrictif, comme ça peut être pour une mesure environnemental qui devra être respecté.

Le point de départ de l'analyse de la CNUCED constitue la préoccupation centrale sur la possible limitation du pouvoir régulateur des États grâce à l'imprécision dans la formulation du TJE, le manque de clarté au sujet de sa relation avec les sources du droit

international et les diverses interprétations que les tribunaux ont faite du même. La somme de ces éléments a généré un haut degré d'incertitude sûr comment les tribunaux appliquent le standard, en créant, à son tour, des mises en question sur la légitimité du système grâce à son manque de consistance, de cohérence et de prédictibilité.

La CNUCED projette dans ce contexte que le défi principal pour les négociateurs des accords d'investissement est l'établissement des limites sur les types de conduite qui constituent une violation de l'obligation imposée par le TJE, ainsi que l'identification de l'équilibre correct entre la protection à l'investissement et la conservation de la liberté légitime régulatoire de l'État. Ces limites sont révélés comme des aspects nécessaires dans la démarcation des accords d'investissement discrétionnaires que les acords d'investissement ont octroyés jusqu'au moment, aux tribunaux arbitraux chargés de son interprétation et application.

C'est pour cela que la CNUCED propose des orientations aux autorités nationales sur la manière d'affronter ces défis en adoptant des politiques publiques, nationales et internationales qui promeuvent l'investissement comme moteur de la croissance inclusive pour parvenir à des résultats appréciables en matière de développement durable et générer un investissement de qualité.

Finalement, on voit apparaître une nouvelle génération de traités qui cherchent à trouver un équilibre entre la protection de l'investissement et d'autres considérations politiques, y compris des questions sociales et environnementales, et qui encourage la transparence dans l'arbitrage entre les investisseurs et l'État. Ceci se fait en créant des obligations d'autoriser les investissements étrangers dans certaines conditions ainsi que d'exiger aux gouvernements de ne pas faire subir des discriminations aux investisseurs étrangers lorsqu'ils autorisent un investissement.

Promouvoir un développement durable et équitable est l'une des bases des acords actuels comme l'AECG, le TPP ou le TTIP qui se centrent sur un dialogue constructif et inclusif de toutes les parties prenantes, en faisant que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement en encourageant la mise en oeuvre des politiques favorables à l'environnement et au développement. Ils veulent donc un système équitable et non discriminatoire, compatible avec les objectifs du développement durable

Comme nous avons cherché à le montrer dans la présente étude, il existe de nombreuses manières de renforcer le TJE, que ce soit par des mesures prises à l'initiative du pays d'accueil, du pays d'origine ou à travers des accords régionaux ou mega-regionaux dans le cadre de la formulation des règles internationales, mais toujours en respectant le développement durable. En outre, les parties participants à ces traités ont le choix entre diverses possibilités pour ce qui est de la nature des mesures de l'investissement sur lesquelles ils souhaitent s'engager et sur le caractère plus ou moins contraignant des dispositions relatives à l'investissement.

## 7. Bibliographie

### Ouvrages, monographies, articles et contributions :

1. Cazala J.; « Le traitement juste et équitable : Transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007, n° 349.
2. CETA consolidated text:  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)
3. D'Amato A.; *Good Faith*, Encyclopedia of Public International Law, vol. 7, p. 107, R. Bernhardt, ed. 1984.
4. Dolzer R. ; Schreuer C., *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 417.
5. Kotera A.; «*Regulatory Transparency*», The Oxford Hand book of International Investment Law, 2008; p.62
6. OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements »: [https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004\\_3.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_3.pdf)
7. OCDE, *Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, , p. 13-15, 1967.
8. Porterfield M. ; ¿Distinción sin diferencia? La Interpretación del Trato Justo y Equitativo conforme al Derecho Consuetudinario Internacional de los Tribunales de Inversión: [http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd\\_itn\\_march\\_2013\\_es.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_march_2013_es.pdf)
9. Rodríguez Chi, L.; Generalidades del estándar de trato justo y equitativo. Una aproximación a su conceptualización y contenido obligacional, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo 2011, [www.eumed.net/rev/cccss/12/](http://www.eumed.net/rev/cccss/12/)
10. Sauvart K.; Ortino F. / *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*.N/A ed. Helsinki: Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2014. 149 p.
11. Schill S.; « Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law », IILJ Working Paper 2006/6, Global Administrative Law Series.
12. Tudor I.; *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.300.
13. Transatlantic Trade and Investment Partnership:  
[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)
14. UNCTAD: *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2012:  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf)
15. UNCTAD: *World Investment Report*, 2012:  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012\\_embargoed\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf)
16. United Nations « Fair and equitable treatment », UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012. :  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012\\_embargoed\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf)



**Jurisprudence (ordre chronologique) :**

1. L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican State Neer V. Mexique, 15 october 1926
2. Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, 5 february 1970
3. Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), 1982
4. Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), The United States of America v. Italy, july 1989,
5. Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, 27 june 1990
6. American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) v. Republic of Zaire, ICSID case No. ARB/93/1, 21 february 1997
7. Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 august 2000
8. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 13 november 2000
9. S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, 13 november 2000
10. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL , 15 january 2001
11. Alex Genin and others v. Republic of Estonia, ARB/99/2), 25 june 2001
12. Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, 3 september 2001
13. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, 5 february 2002
14. Mondev International Ltd v. The United States of America, ARB(AF)/99/2, 11 october 2002
15. *Marvin Roy Feldman Karpa v. The United Mexican States*, 16 december 2002
16. AFD Group Inc v. The United States of America, ARB/00/19, January 2003
17. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 may 2003
18. Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, 26 june 2003
19. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, 16 september 2003
20. London Court of international Arbitration, *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, 1 july 2004
21. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, January 2004
22. Waste Management v. Mexico, ARB(AF)/00/3, 30 april 2004
23. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 may 2004
24. Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467, july 2004
25. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, 1 january 2005
26. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 8 february 2005
27. Eureko B.V. v. Republic of Poland, ICSID, 19 august 2005
28. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, 1 january 2005 and 26 January 2006

29. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award, 17 march 2006
30. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, 3 october 2006
31. World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7), 4 october 2006
32. Siemens A.G. v. Argentine Replubic, ICSID No. ARB/02/08, 6 february 2007
33. Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, 15 june 2007
34. Parkerings-Compagniet AS v. Lituania, ICSID No. ARB/05/8,11 september 2007
35. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, September 2007
36. PSEG Global et al. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, January 2007
37. Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, 6 february 2008
38. Duke Energy Electroquil Partners v. Republic of Ecuador, ICSID No. ARB/04/19,18 august 2008
39. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04
40. Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, 8 june 2009
41. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/1, 10 july 2010
42. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), 2 august, 2010
43. AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/02/17, 23 September 2010
44. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, 28 march 2011
45. Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, 26 july, 2011
46. Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12 , 7 june 2012