



Shokoufeh RAHBAR

## Le traitement des investissements internationaux

sous la direction de Madame Anne GILLES-YEUM

**Mémoire de Master 2 recherche**  
**Droit des relations économiques internationales**

**Année universitaire 2013-2014**

## **REMERCIEMENTS**

Je souhaite adresser tous mes remerciements aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont ainsi contribué à l'élaboration de ce mémoire.

Je voudrais tout d'abord adresser toute ma gratitude à la directrice de ce mémoire, Madame Anne GILLES-YEUM, pour sa disponibilité, pour le temps qu'elle a bien voulu me consacrer et surtout pour ses judicieux conseils.

Je désire aussi remercier Monsieur le Professeur Michel COSNARD, qui nous a appris, au cours de ses séminaires, la technique de réflexion juridique, ce qui est un outil indispensable à tout travail de recherche dans le domaine du droit.

# SOMMAIRE

PARTIE I. Deux standards aux interférences considérables

**CHAPITRE I. Une proximité imposée par les traités internationaux**

**CHAPITRE II. Une interchangeabilité apparente soutenue par la pratique arbitrale**

PARTIE II. Des divergences plus profondes que les similitudes

**CHAPITRE I. Les divergences de natures**

**CHAPITRE II. Les divergences de contenu**

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.F.D.I	Annuaire Français de Droit International
A.L.E.N.A	Accord de Libre-échange Nord Américain
C.I.R.D.I	Centre International de Règlement des Différends sur l'Investissement
C.I.J	Cour Internationale de Justice
C.N.U.C.E.D	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
C.N.U.D.C.I	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
I.C.S.I.D	International Center for Settlement of Investments Disputes
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
O.C.D.E	Organisation de Coopération et de Développement Economique
N.A.F.T.A	Nord American Free Trade Agreement
N.P.F	Nation la plus Favorisée
R.C.A.D.I	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
T.B.I	Traité Bilatéral d'investissement

## INTRODUCTION

*« L'opposition entre pays développés et pays en développement [...] a fait deux victimes. Une victime, c'est le droit interne, envisagé comme système global de couverture, s'appliquant à l'investissement depuis le moment de sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation et régissant l'ensemble des aspects du traitement et de la protection. [...] L'autre victime, c'est la coutume internationale, victime, certes, et comme on l'a dit, de la suspicion qu'elle a provoquée auprès de certains pays en développement, mais victime, aussi, de la mise en question qu'elle a subie du côté des pays développés »<sup>1</sup>.*

Les scrupuleuses réflexions qui entourent les règles de traitement des investissements internationaux se justifient par l'importance de ce sujet pour la stabilité de ces opérations. En effet, un traitement adapté et raisonnable des investissements internationaux garantit le bon fonctionnement des échanges internationaux de capitaux qui constituent aujourd'hui la première cause de création de la richesse mondiale<sup>2</sup>. Ainsi, après les crises économiques du XXe siècle, les Etats ont pris conscience du rôle des opérations de mouvement de capitaux et des investissements internationaux dans la prospérité mondiale et ont donc essayé d'intervenir davantage dans ces opérations d'investissement.

---

<sup>1</sup> P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, 1994, Vol 250, P. 208

<sup>2</sup> Voir. OCDE, « International Capital Flows : Structural reforms and experience with the OECD Code of Liberalization of Capital Movements », juin 2011. Les mouvements de capitaux, qui se constituent principalement sous forme d'investissements directs à l'étranger, ont connu un essor particulier depuis les années 1980. Au début des années 1980 les échanges internationaux de capitaux représentaient moins de 0,5% du produit intérieur brut (BIP) mondial pour ensuite passer à près de 20% avant la crise financière de 2008, ce qui représentaient environ 12000 milliard de dollars. La crise a pourtant constitué un frein à l'expansion de ces échanges car entre 2008 et 2009 le montant des mouvements internationaux de capitaux a connu un reflux pour arriver à 2% du BIP mondial. Mais à partir de 2010, on assiste à un rebondissement des flux financier sans pour autant atteindre son pic historique de 2007.

En dépit de l'accumulation actuelle des opérations d'investissement international, on constate, en réalité, l'absence d'une définition cohérente pour la notion d'investissement alors même que cette notion s'emploie de manière récurrente à la fois par la doctrine et par les tribunaux (arbitraux ou étatiques). La formule proposée par l'un des avant-projets de la Convention de Washington de 1965 « *pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* » consistait à définir le mot « investissement » comme une « contribution en espèce ou en un autre actif de valeur économique, pour une durée indéterminée ou, lorsqu'il s'agit d'une durée limitée, pour quinze ans en moyenne ». Or, comme on le sait, cette définition n'apparait pas dans la version finale de la Convention. La définition retenue aujourd'hui par la majorité de la doctrine consiste à voir dans l'investissement, une opération qui suppose un apport, qui dure pour une certaine période et qui comprend un certain risque. Cependant, le sens exact de ces mots ainsi que leur admission en tant qu'éléments incontestables de la définition d'investissement sont sources de controverses.

Il existe deux approches différentes de la notion d'investissement qui ont été développées par la doctrine et qui se sont reflétées ensuite dans un certain nombre de sentences arbitrales. Il y a d'une part l'approche « *subjectiviste* » qui admet l'absence d'une définition univoque et unique pour cette notion. Selon cette approche en effet, la notion d'investissement doit être interprétée au regard de la volonté des parties et implique donc tout ce qui est qualifié comme « investissement » dans l'instrument juridique applicable en l'espèce contenant le consentement des parties, notamment un traité bilatéral d'institution (TBI). Il y a d'autre part une approche « *objectiviste* » qui s'intéresse à un contexte plus large que le seul traité bilatéral d'investissement pour la définition de la notion d'investissement, dans le but de garantir une sécurité juridique entre les différents opérateurs.. Ainsi, les tribunaux arbitraux ont souvent tendance à faire appel au test dit de « *Salini* » qui consiste à vérifier le respect par l'opération en question des critères suivants : (a) l'investissement doit s'opérer sur une « *certaine durée* »; (b) il doit comporter un « *facteur de risque* »; (c) il doit correspondre à un « *apport substantiel* »; et enfin (d) il doit « *contribuer de manière significative au développement économique de l'État d'accueil* »<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Le « Salini test » a été utilisé pour la première fois dans l'affaire « *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c/ Royaume du Maroc* » et a été par la suite repris dans de nombreuses affaires.

A cette absence de définition unanime, s'ajoute une absence de cadre global et multilatéral relatif aux investissements internationaux, ce qui entraîne la large dépendance du régime juridique de ces derniers aux instruments juridiques conclus entre les Etats de manière bilatérale. Il s'agissait initialement des *Traités d'amitié de commerce et de navigation* ainsi que des *Conventions d'établissement* qui étaient conclus entre deux Etats et qui prévoient les conditions dans lesquelles les ressortissants d'un Etat pouvaient s'installer sur le territoire de l'autre. Ensuite, la deuxième génération des traités d'investissements internationaux s'est émergée à partir de la deuxième moitié du XXe siècle avec l'apparition des *Traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements*, parmi les premiers desquels on peut mentionner le traité conclu le 25 novembre 1959 entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui, on assiste à une prolifération du nombre des traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus entre les Etats, ce qui s'explique notamment par une participation accrue des pays en développement et la conclusion de plus en plus nombreuse de ces traités, non seulement entre les pays développés et les pays en développement, mais également entre les pays en développement eux-mêmes<sup>4</sup>. Ainsi, selon les chiffres publiés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), plus de 180 pays sont actuellement liés par des TBI dont plus de 120 sont des pays en développement<sup>5</sup>.

Les TBI « ont uniquement pour objet de régler les investissements »<sup>6</sup>, ce qui se traduit par les dispositions qui y sont habituellement incluses, à savoir les dispositions concernant l'accueil des investissements, celles portant sur le traitement des investissements, les règles visant à protéger et à garantir les investissements et enfin les dispositions portant sur le règlement des différends survenus entre l'Etat d'accueil et les investisseurs<sup>7</sup>. La plupart de ces dispositions prennent la forme de règles claires et précises, notamment celles qui concernent le règlement des différends. Ainsi par exemple, l'article 7 du modèle de TBI français donne une priorité à un règlement à l'amiable des différends survenus à l'occasion de

---

<sup>4</sup> On a passé de 385 TBI conclus au début des années 1990 à 1857 TBI à la fin du XXe siècle. A la fin de 2008 les TBI conclus ont atteint le nombre de 2,676 selon les chiffres publiés par la CNUCED.

<sup>5</sup> CNUCED, « Country-specific Lists of Bilateral Investment Treaties », 1<sup>er</sup> juin 2013 <http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20%28IIA%29/Country-specific-Lists-of-BITs.aspx>

<sup>6</sup> OMC, « Rapport annuel : Commerce et Investissement directs étrangers », 1996, P. 73

<sup>7</sup> Voir Ch. LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », in *Journée d'études 'Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?'*, S.F.D.I., Paris, Pedone, 1999, P. 7-28

l'opération d'investissement international<sup>8</sup>. Or, il prévoit également que si le différend n'a pas été résolu à la suite d'un certain délai, les parties auront l'obligation de le soumettre à un tribunal constitué par le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

D'autres dispositions sont néanmoins caractérisées par une certaine généralité et imprécision. Cela concerne fondamentalement de toutes les situations qui impliquent l'application d'un standard, et ce, en raison de l'essence et de la fonction des standards.

Afin de mieux entreprendre la réflexion, il convient d'apporter un éclaircissement sur la notion de « standard » pour pouvoir en tirer les conséquences appropriées. Le terme standard est un mot d'origine anglaise qui est employé comme l'équivalent du terme français « étalon ». Etymologiquement, ce terme provient de la fusion entre le mot « *estendre* »<sup>9</sup> de l'ancien français qui signifie « étendre, mesurage de l'étendu »<sup>10</sup> avec le mot anglais « stand » dans le sens de « s'élever, se situer ». L'accumulation de ces deux mots a donné naissance au terme « standard » qui est aujourd'hui employé de manière courante pour signifier « conforme à un modèle, à un type »<sup>11</sup>. Cette signification ordinaire pourrait alors éclairer l'acception juridique du terme « standard ». Ainsi, dans le sens juridique du terme, il s'agit d'un « terme ou locution inséré dans une règle de droit ou un acte juridique quelconque, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation »<sup>12</sup>. En effet, le standard est une notion avec un contenu indéterminé ou variable, ce qui nécessite l'intervention du juge afin d'y apporter des précisions. Ce caractère flou et indéterminé a été davantage mis en exergue par la définition donnée par le dictionnaire *Vocabulaire juridique*. Ce dernier qualifie le standard comme une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques »<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Modèle de TBI de la France, élaboré en 2006. < <http://italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf> >

<sup>9</sup> Ce terme constituait la forme réduite du mot « *estendart* » de l'ancien français.

<sup>10</sup> A.J. GREIMAS, *Dictionnaire de l'ancien français*, Larousse, 2001

<sup>11</sup> *Dictionnaire Le petit LAROUSSE*, Coll Petit Larousse

<sup>12</sup> A-J ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, P. 582

<sup>13</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, P. 978

L'emploi de ce terme en tant qu'un concept juridique s'est développé en droit anglo-américain, même si des exemples de l'usage des standards se trouvent également en droit romain, notamment le standard de bonne foi ou celui du « bon père de famille ». Cependant, il est communément admis que l'emploi des standards est plus adapté au droit anglo-américain en raison du rôle du juge dans la formation de ce droit et du caractère pragmatique des décisions juridictionnelles dans ce système juridique. Or, à partir des années 1920, le besoin de faire référence à des catégories de concepts dépourvus de prédétermination a été ressenti en France, principalement en raison de l'admission d'autres sources, autres que la loi, pour le droit<sup>14</sup>. La doctrine française a par conséquent commencé la réflexion sur l'adoption de certaines techniques de la *Common Law* et notamment celle de standards afin d'introduire divers intérêts, tels que les intérêts sociaux, dans le droit. Ainsi, cette prise en compte de standard par la doctrine française était le résultat de la prise de conscience des utilités de l'emploi de cette technique. Il s'agit, en effet, à la fois d'une utilité *technique* permettant l'adaptation du droit aux transformations de la société, et également d'une utilité *idéologique* en tant qu'illustration des valeurs communes de la société<sup>15</sup>.

Sur le plan du droit international, les standards sont davantage utilisés dans des domaines tels que le droit du commerce international qui comprend notamment la bonne foi, le délai raisonnable, la loyauté, etc. Or, l'utilisation de cette technique de standard a également été introduite en droit international public où elle « renvoie tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisant pour répondre à la définition de 'norme' »<sup>16</sup>. Parmi ces standards, on compte essentiellement le « standard minimum de traitement », le « standard de traitement juste et équitable », le « standard de pleine et entière protection », le « standard de traitement national » et enfin le « standard de la nation la plus favorisée » (NPF). Force est de constater cependant que l'emploi du qualificatif « standard » au sujet du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée ne constitue pas une évidence. En effet, pour certains auteurs, il s'agit purement et simplement des principes conventionnels de traitement dont le respect n'est vérifié qu'en se référant au traitement dont bénéficient d'autres

---

<sup>14</sup> Voir « Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény », *Recueil SIREY*, 1934. Notamment, Al. SANHOURY, « Le standard juridique », Tome II, P. 144

<sup>15</sup> Voir D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, P. 1439 et s.

<sup>16</sup> J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, P. 1049

investissements<sup>17</sup>. D'autres auteurs néanmoins procèdent à une qualification moins aiguë au sujet du traitement national et du traitement de la NPF en ne les privant pas du qualificatif « standard »<sup>18</sup>. Selon ces auteurs, il s'agit parfaitement de standards de traitement avec la seule distinction qu'ils constituent des standards relatifs qui dépendent de la manière dont d'autres investissements (nationaux ou étrangers) sont traités par l'Etat d'accueil. Ces standards relatifs se situent donc en opposition aux standards absolus de protection et de traitement, à savoir le traitement juste et équitable, le standard minimum de traitement et la pleine et entière protection, qui s'appliquent sans aucune référence au traitement réservé à d'autres entités et dont le contenu est déterminé indépendamment du traitement ou de la protection accordé à d'autres investissements<sup>19</sup>.

Il convient cependant de procéder à une nouvelle distinction parmi ces trois standards absolus en matière de traitement et de protection des investissements internationaux. Il s'agit d'une distinction entre, d'une part, les standards de traitement, à savoir le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable, et d'autre part, le standard de protection qui correspond au standard de pleine et entière protection. Cela pourrait donner lieu à des confusions, notamment parce que dans un nombre important d'instruments portant sur l'investissement international, le standard de pleine et entière protection semble être lié au standard de traitement juste et équitable. Notamment, l'article 5 du modèle de TBI américain dispose que

*« Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security »<sup>20</sup>.*

En outre, l'article 2§2 du modèle du TBI indien affirme que

*« Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty »<sup>21</sup>.*

---

<sup>17</sup> On peut citer notamment les Professeurs Carreau et Juillard

<sup>18</sup> Il s'agit entre autres des auteurs suivants : Stephen VASCIANNIE, Laurence SHORE, et Mathiew WEINIGER

<sup>19</sup> On emploie également le terme « contingent » pour désigner les standards relatifs et le terme « non-contingents » pour qualifier les standards absolus de protection et de traitement.

<sup>20</sup> U.S Model Bilateral Investment Treaty, 2012, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

<sup>21</sup> Modèle de TBI indien, élaboré en 2003, <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>

Cette distinction entre les standards de traitement et le standard de protection a été particulièrement mise en avant par les Professeurs Carreau et Juillard pour lesquels la différence se situe aux stades auxquelles ces deux catégories de standard interviennent dans la vie des investissements internationaux<sup>22</sup>. En effet, pour ces auteurs, les standards de traitement correspondent à des règles gouvernant l'investissement international à tous les stades de son existence, alors que les standards de protection incluent uniquement des règles « ayant pour but de prévenir ou de réprimer les atteintes publiques, ou commises sous le couvert de l'autorité publique, qui causent un dommage à l'investissement international »<sup>23</sup>. Il est ainsi que les standards de protection, comme la pleine et entière protection, interviennent plus souvent dans les hypothèses d'expropriation ou de nationalisation des investissements étrangers par les Etats d'accueil. Notamment dans l'affaire *Saluka c/ République Tchèque*, le tribunal arbitral a affirmé que :

*« the standard obliges the host State take all reasonable measures to protect assets from threats or attacks which may target particularly foreigners, or certain groups of foreigners »*<sup>24</sup>.

De ce fait, on se limite dans cette étude à l'analyse des standards absolus de traitement en raison des problématiques qu'ils soulèvent de manière récurrente tenant à la fois à la diversité de leur nombre mais aussi à l'importance des répercussion des imprécisions qui les entourent.

La pratique des Etats au XIXe siècle en matière de traitement des propriétés étrangères se limitait à un traitement équivalent à celui accordé à leurs nationaux. En effet, le droit national de l'Etat d'accueil constituait la norme de référence dans ce domaine sans aucun renvoi au droit international. Ainsi par exemple, l'article 2(3) du traité conclu en 1850 entre la Suisse et les Etats-Unis disposait que :

*« In case of expropriation for purpose of public utility, the citizens of one of the two countries, residing or established in the other, shall be placed on an equal footing with the citizens of the country in which they reside in respect to indemnities for damages they may have sustained »*<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir, D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, Coll Précis, 2013, P. 496 et s.

<sup>23</sup> *Ibid.*, P. 496, § 1296

<sup>24</sup> *Saluka c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, §484

<sup>25</sup> Traité d'amitié, de commerce et d'extradition. Conclu entre les Etats Unis d'Amérique et la Suisse en date du 25 novembre 1850 à Berne. Entré en vigueur le 8 novembre 1855.

A cette période, un traitement équivalent à celui accordé aux nationaux de l'Etat d'accueil, qu'on appelle aujourd'hui « le traitement national », constituait une garantie parfaitement satisfaisante pour les étrangers. Cet état d'esprit se confirme également en examinant certaines doctrines présentées à la même époque telle que la doctrine de Calvo<sup>26</sup> qui se fondait sur la compétence des tribunaux de l'Etat d'accueil pour connaître des différends liés à l'investissement étranger, ainsi que sur l'absence d'une protection diplomatique au profit des investisseurs étrangers.

Toutefois, cette pensée n'a pas été accueillie favorablement au niveau international car on constatait souvent des lacunes dans la protection accordée par les droits nationaux, notamment et surtout dans les droits des pays de l'Amérique Latine. De ce fait, une nouvelle tendance est apparue sur le plan international qui exigeait une intervention des règles du droit international afin de pallier les lacunes des droits nationaux. Dans cette perspective, un auteur affirmait que

*« There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard »<sup>27</sup>.*

C'est ainsi qu'est né le standard minimum de traitement basé sur le droit international coutumier.

Cependant, des confrontations ont eu lieu à partir de 1945 jusqu'en 1990 entre les pays développés et les pays en développement portant essentiellement sur les modalités et les niveaux de protection et de traitement des investissements étrangers. Ces confrontations ont été largement renforcées en raison d'une augmentation considérable du nombre des pays en développement suite à des événements politiques et géopolitiques, ce qui leur donnait un pouvoir non négligeable face aux pays développés afin de préserver leurs intérêts au niveau

---

<sup>26</sup> Carlos Calvo, Juriste argentin qui a présenté sa doctrine dans une étude intitulée « *Derecho Internacional Teorico y Practico de Europa y América* » publiée en 1868.

<sup>27</sup> E. ROOT, *The basis of protection to citizens residing abroad*, American Society of International Law, 1910, P. 528

international<sup>28</sup>. En dépit de ce contexte de confrontations, un nouveau contexte de relations économiques entre les Etats a progressivement vu le jour où les Etats, développés et en développement, ont ressenti le besoin d'une promotion des investissements internationaux dans le but de l'épanouissement de leurs économies respectives. Par conséquent, les pays en développement ont convenu d'accorder une protection plus importante que celle prévue par le droit international coutumier afin d'attirer davantage d'investissement de la part des pays exportateurs de capitaux. Cette tendance s'est réalisée par le biais de dispositions conventionnelles plus protectrices parmi lesquelles on compte le standard de traitement juste et équitable qui constituait la règle la plus fréquente et la plus large en matière de traitement des investissements internationaux. Il convient cependant de mentionner que la première apparition de ce standard remonte à 1948 où les rédacteurs de la Charte de la Havane y ont affirmé à son article 11(2) l'objectif pour l'Organisation internationale du commerce d'« assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat membre dans un autre ». Cette disposition figurait également dans un certain nombre de traités notamment le *Traité d'amitié, des relations économiques et des droits consulaires* conclu en 1955 entre les Etats-Unis et l'Iran dans son article IV dans les termes suivant :

*« Each High Contracting Party shall at all times accord fair and equitable treatment to nationals and companies of the other High Contracting Party, and to their property and enterprises »<sup>29</sup>.*

Ce qui est néanmoins remarquable à la fin du XXe et au début du XXIe siècle réside dans la prolifération et l'invocation quasi systématique de cette disposition dans les instruments à la fois multilatéraux et bilatéraux en matière d'investissement.

Cela soulève tout de même une interrogation sur la place respective du standard de traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement. Car, certes, le traitement juste et équitable, en tant qu'un phénomène plus récent que le standard minimum, semble bien être inscrit dans la pratique des Etats dans le domaine des investissements internationaux,

---

<sup>28</sup> Cette démonstration de force est notamment illustrée par la Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unis votée majoritairement par les pays en développement en 1962 suivant laquelle les Etats auraient le droit d'exproprier les investissements étrangers en contre partie d'une « indemnisation appropriée ».

<sup>29</sup> Voir R.R. WILSON, *United States Commercial Treaties and International Law*, Hauser Press, 1998

mais il est parfois accompagné d'une référence au droit international coutumier et au standard minimum.

Ainsi, force est de constater aujourd'hui qu'un certain nombre d'éléments justifient un rapprochement entre le standards minimum de traitement et le standard de traitement juste et équitable (**Première Partie**). Ce constat devrait néanmoins être nuancé en raison de l'existence d'un nombre important de divergences entre les deux standards (**Seconde Partie**).

**PARTIE I.**

-

**DEUX STANDARDS AUX INTERFÉRENCES**

**CONSIDÉRABLES**

## **CHAPITRE I. Une proximité imposée par les traités internationaux**

En matière d'investissement international, les différentes normes sont le plus souvent établies par des traités internationaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. Ainsi notamment les standards de traitement des investissements sont la plupart du temps prévus par des conventions, ce qui pourrait être tant avantageux, en raison d'une éventuelle harmonisation au niveau international, que désavantageux, tenant au langage souvent général et imprécis des traités. Dans les dispositions consacrées aux standards de traitement des investissements on peut déceler des signes d'une harmonisation qui est susceptible d'être accompagnée de clarifications sur la question des rapports entre le standard minimum de traitement et le standard de traitement juste et équitable. Ces indications se manifestent à la fois dans des conventions à vocation universelle (**Section 1**) mais également dans des traités régionaux dont le plus révélateur est l'Accord de libre-échange nord américain (**Section 2**).

### **SECTION 1 : Un début de consécration par des traités à vocation universelle**

Les conventions à vocation universelle jouent un rôle plus important tant dans l'harmonisation du droit international, que dans l'interprétation des autres instruments internationaux. Les standards de traitement des investissements internationaux ont toujours occupé une place majeure dans les dispositions de ces conventions, ce qui rend celles-ci porteuses d'un nombre important d'indications quant aux rapports entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable. Différentes dispositions des conventions attestent en effet d'une proximité entre ces deux standards, indépendamment de l'objet des conventions qui peuvent être soit propres au droit des investissements internationaux (§1) soit liées à des sujets plus particuliers du droit international (§2).

*§1 : La consécration par des instruments portant sur la question de l'investissement international*

On constate à l'heure actuelle l'absence d'une codification universellement admise en matière de droit des investissements internationaux en raison de l'échec de diverses tentatives d'élaboration de projets communs entre les Etats. Parmi les premières tentatives de codification, on peut mentionner une conférence internationale réunie en 1929 à l'initiative de la Ligue des Nations dans le but d'élaborer et de conclure une convention internationale sur le traitement des entreprises étrangères. Ce projet avait notamment pour objet de mettre en place un mécanisme de responsabilité pour les dommages causés par les Etats d'accueil aux investissements et aux investisseurs étrangers sur leur territoire. Or, ce projet s'est heurté à l'opposition des pays de l'Amérique latine et certains pays de l'Est, ce qui a donc empêché son entrée en vigueur. Le principal point de divergence entre les pays participants résidait d'une part dans la tendance des pays développés de voir les textes de codification consacrer l'existence de standards internationaux en matière de traitement et de protection des investissements, et d'autre part dans la volonté des pays en développement de n'accorder aucun traitement plus avantageux que le traitement national. En effet,

*« The implicit assumption was that each state would in its national law protect private property and that the extension of the domestic scheme of protection would lead to sufficient guarantees to the alien investor »<sup>30</sup>.*

Néanmoins, un certain nombre de tentatives ultérieures ont débouché sur des textes, non contraignants certes, mais qui servent de modèle de conventions contenant les principales règles en matière de traitement des investissements. Il s'agit tout d'abord du projet de Convention de l'Organisation de coopération et de développement économique (**A**), ensuite du Projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement (**B**) et enfin des Principes directeurs de la Banque mondiale (**C**).

---

<sup>30</sup> R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principals of International Investment Law*, Oxford, 2009, p. 12

## A) Les projets de Convention élaborés par l'OCDE sur la protection des biens étrangers

Le projet de Convention de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) sur la protection des biens étrangers est le résultat de la combinaison de deux textes élaborés sur le même sujet dans les années 1950. Il s'agit en premier lieu du projet de code portant *convention internationale pour la protection mutuelle des droits de propriété privée dans les pays étrangers*<sup>31</sup> élaboré en 1957 et en deuxième lieu, du *projet de convention sur les investissements étrangers*<sup>32</sup> préparé en 1958. L'élément commun de ces deux textes résidait dans leur objectif consistant à favoriser les mouvements de capitaux et à renforcer la coopération économique entre les Etats. Ils ont été ensuite regroupés dans un projet unique de convention communément appelé *Projet Abs-Shawcross sur les investissements étrangers*<sup>33</sup>. Ce projet de convention élaboré par l'OCDE sur la base de ces deux textes n'a pourtant pas recueilli le nombre suffisant d'approbation de la part des Etats, notamment et surtout en raison des réticences venant des pays tels que la Grèce, la Turquie ou le Portugal. Cependant, le Conseil de l'OCDE a finalement décidé de faire adopter ce texte, en 1962, en tant qu'une résolution pour servir de modèle de convention sur la protection et le traitement des investissements. La principale conséquence de cette décision consistait à entériner certains principes de droit international inclus dans cette convention. Autrement dit, à partir de cette date, ce projet de convention sur la protection des biens des étrangers s'est transformé en un texte contenant des lignes directrices en matière de traitement et de protection des investissements internationaux.

A ce texte s'ajoute un deuxième Projet de convention élaboré sous l'égide de l'OCDE, adopté le 12 octobre 1967 sur la proposition des Etats-Unis qui n'avaient pas participé au projet de convention de 1962. Ce nouveau projet a intégré un certain nombre de modifications par rapport au texte de 1962, essentiellement dans le but de le rendre compatible avec la

---

<sup>31</sup> Ce projet de convention a été élaboré sous la direction de Hermann Josef Abs dans le cadre d'un organisme allemand intitulé « *Society to Advance the Protection of Foreign Investments* ». Ce texte prévoyait en effet un certain nombre de standards internationaux de protection des investissements ainsi que la mise en place d'un tribunal arbitral permanent pour l'application de la convention et doté du pouvoir d'imposer des sanctions économiques aux Etats qui violeraient les dispositions de la convention. Ce projet n'a néanmoins pas réussi de recueillir une majorité favorable car jugé trop ambitieux.

<sup>32</sup> Ce deuxième texte est le résultat des travaux d'un groupe de juristes européens dirigé par le juriste anglais Sir Hartley Shawcross.

<sup>33</sup> Voir P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, 2007, P. 655/ Ch. BROWN, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, P.7/ R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principals of International Investment Law*, Oxford, 2009, P. 18

Constitution américaine. Parmi les principales règles prévues dans ce texte<sup>34</sup>, on trouve notamment l'article premier qui appelle les parties contractantes à « assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties »<sup>35</sup>. Cet article reprend en effet les termes de l'article I du projet de convention *Abs-Shawcross* qui faisait référence à un traitement juste et équitable à l'égard des propriétés étrangères sur le territoire des Etats parties<sup>36</sup>. Néanmoins, cette disposition ne fait aucune référence explicite au droit international afin de clarifier les relations entre ce traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement tiré du droit international coutumier. Or, le commentaire de cet article, fourni par le Conseil de l'OCDE, se montre très clair sur ce sujet et tient même à généraliser sa solution. Selon ce commentaire,

« L'expression 'traitement juste et équitable' qui figure habituellement dans les accords bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers ».

On voit ici clairement apparaitre la vocation de ce texte en tant que modèle des traités bilatéraux d'investissement quand il tente de généraliser la référence au droit international à chaque fois qu'un traitement juste et équitable est évoqué. Ce texte poursuit d'une manière plus explicite quant à la relation entre ces deux standards de traitement lorsqu'il affirme que « la norme exigée est conforme en fait à la norme minimum du droit international coutumier ».

Si par ce projet de convention l'OCDE visait simplement à influencer la pratique des Etats, elle s'est montrée plus ambitieuse lorsqu'elle a proposé le projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement dans le but d'unifier les diverses pratiques étatiques en matière d'investissements internationaux.

---

<sup>34</sup> Ce projet de convention comporte globalement des dispositions sur la protection et le traitement des biens des étrangers, des dispositions concernant l'applicabilité de ses règles, ainsi que des dispositions tenant au règlement des différends par la mise en place d'un tribunal arbitral dont les règles institutionnelles se trouvent à l'annexe du texte.

<sup>35</sup> Cette disposition a été notamment reprise par un accord adopté le 22 avril 1980 sous les auspices de la CNUCED portant « l'Ensemble de principes et de règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives » qui constitue un texte à l'intention des sociétés multinationales. En effet, les chapitres E et F de ce texte invitent les Etats à garantir un traitement juste et équitable aux entreprises des autres Etats parties sur leur territoire.

<sup>36</sup> L'article 1 de ce projet de convention disposait précisément que « Chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ».

## B) Projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement

Le projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement a été présenté par l'OCDE en 1995. La décision de confier le soin de l'élaboration de ce projet à l'OCDE a été motivée par la volonté de bénéficier de l'expérience de longue date de cette Organisation ainsi que de son expertise dans le domaine des investissements internationaux. En outre, selon Professeur Juillard :

« il s'agissait là d'une institution qui réunit les principaux acteurs du jeu de l'investissement international – exportateurs de capitaux comme importateurs de capitaux »<sup>37</sup>.

Ce texte avait initialement vocation à harmoniser les différentes pratiques étatiques illustrées par les traités bilatéraux très variés mais diverses confrontations entre les Etats membres de l'Organisation ont conduit à son échec<sup>38</sup>. Cela ne prive pas pour autant ce texte de toute son importance car il constitue le fruit de longues années d'expérience de l'OCDE et de diverses tentatives de mise en place d'un texte multilatéral en matière d'investissement.

Les règles relatives au traitement des investissements se trouvent à l'article 1 du Chapitre IV du Projet d'accord qui dispose que

« Chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes et constantes. En aucun cas, une partie contractante n'accorde un traitement moins favorable que celui qu'exige le droit international ».

Un premier constat à la lecture de cette disposition démontre une confusion dans ce texte entre « la protection » et « le traitement » des investissements, deux notions qui sont pourtant traditionnellement distinctes, quoique souvent liées l'une à l'autre. En effet, les règles générales régissant le traitement des investissements sont insérées sous le Chapitre IV

---

<sup>37</sup> P. JUILLARD, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? » in *Journée d'études, Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre*, SFDI, Paris, Pedone, 1999, p. 48

<sup>38</sup> Plusieurs causes sont habituellement invoquées pour justifier l'échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement. On mentionne notamment le désaccord et la rivalité entre les pays développés qui pourtant étaient les seuls négociateurs de l'Accord. L'autre cause éventuelle est la déclaration du premier ministre français de l'époque, Lionel Jospin, de la décision de la France à renoncer à sa participation aux négociations en raison de l'intégration d'un certain nombre de dispositions dans le texte qui selon la France, portaient gravement atteinte à la souveraineté nationale des Etats. Cette déclaration française a déclenché la tenue d'une session spéciale du Comité exécutif de l'OCDE le 22 octobre 1998 durant laquelle la fin des négociations sur le projet de l'AMI a été officiellement déclarée.

de l'Accord intitulé « Protection de l'investissement ». D'une manière plus générale, dans ce texte la protection est fréquemment confondue avec le traitement, comme en témoignent toutes les implications qui sont habituellement rattachées au standard de pleine et entière protection mais qui sont ici traitées comme étant des règles de traitement. Ce qui, sans affecter véritablement la distinction qui existe entre les deux notions de « protection » et de « traitement », pourrait être signe d'une « imprécision terminologique [...] frappante »<sup>39</sup> dans ce texte pourtant destiné à élucider le droit des investissements internationaux.

Plus précisément en ce qui concerne les standards de traitement inclus dans ce texte, celui-ci consacre un traitement « loyal et équitable » avec une référence explicite au droit international. L'emploi ici du terme « loyal » au lieu de « juste » ne devrait pas affecter la nature du standard car il s'agit simplement d'une différence de traduction du mot anglais « *fair* ». En outre, l'expression « traitement loyal et équitable » est traditionnellement considérée comme une formulation possible du traitement juste et équitable telle qu'elle est notamment incluse dans le modèle de TBI de la Russie<sup>40</sup> ou sous la partie III du Traité européen sur la Charte de l'énergie<sup>41</sup>.

De manière plus importante, on observe que ce Projet d'accord place le traitement juste et équitable dans la marge de ses dispositions sur le traitement des investissements. En effet, le Chapitre III du Projet qui est intitulé « Traitement des investisseurs et des investissements » ne consacre que les standards de traitement national et de la nation la plus favorisée qui comportent un certain nombre d'obligations bien détaillées telles que l'obligation de transparence ou l'obligation en matière d'emploi au profit des investisseurs étrangers. Cette constatation pourrait par conséquent mettre en doute la contribution de ce texte à la clarification de notre interrogation.

---

<sup>39</sup> P. JUILLARD, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? », préc. n° 37, p.59

<sup>40</sup> Russian Model of Bilateral Investment Treaty, 2001. Voir: S. RIPINSKY «Russia» in Ch. BROWN, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013. L'article 3 du modèle de TBI de la Russie dispose dans sa version anglaise que « *Each Contracting Party shall ensure in its territory fair treatment of investments by investors of the other Contracting Party* ». Or la traduction française de cette disposition invoque le devoir pour les Etats d'assurer un « traitement loyal » aux investisseurs de l'autre Etat contractant.

<sup>41</sup> L'article 10(2) du Traité sur la Charte de l'énergie exige de ses membres « d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes ». Le terme « loyal » dans ce texte correspond au terme « *fair* » dans la version anglaise de cette disposition.

### C) Les Principes directeurs de la Banque mondiale

Les Accords de *Bretton Woods* conclus le 22 juillet 1944 aux Etats-Unis ont entre autres donné naissance à la Banque mondiale, une institution financière chargée de promouvoir le développement socio-économique de ses Etats membres<sup>42</sup>. Mais, avec la vague des décolonisations et l'apparition d'un grand nombre de pays en développement, la Banque mondiale a plutôt concentré ses moyens sur la croissance économique et particulièrement en encourageant les investissements étrangers sur leur territoire afin de générer de l'emploi et de la croissance économique. Ainsi, une meilleure gestion de ces investissements en a appelé à l'élaboration des principes et des standards qui pourraient éventuellement déboucher sur la mise en place d'un cadre juridique. De ce fait, la Banque mondiale et particulièrement son *Agence multilatérale de garantie des investissements* (MIGA), se sont préoccupées de l'élaboration de toute une série de *Principes directeurs sur le traitement des investissements directs étrangers* adoptés en septembre 1992 par le Comité de développement de la Banque mondiale.

L'article III de ces Principes directeurs, intitulé « le traitement », s'ouvre avec une référence aux règles du droit international coutumier en déclarant que les mesures adoptées par les Etats, notamment pour l'établissement, la gestion, ou le contrôle des investissements étrangers doivent constituer un ensemble cohérent avec les standards inclus dans le texte et sans préjudice des règles établies par le droit international coutumier<sup>43</sup>. Après avoir dessiné ce cadre général applicable aux standards de traitement mentionnés dans le texte, celui-ci pose, à son paragraphe 2, l'obligation pour les Etats d'accorder un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par les ressortissants des autres Etats sur leur territoire<sup>44</sup>. Ainsi, selon ce texte, le traitement juste et équitable devrait être analysé dans les limites du droit

---

<sup>42</sup> La Banque mondiale a en réalité été créée sous le nom de « Banque pour la reconstruction et développement » en même temps que le « Fonds monétaire international » par les Accords de Bretton Woods. La Banque mondiale, ou la BIRD, est composée de cinq institutions qui regroupent : (i) La Banque internationale pour la reconstruction et le développement, (ii) l'Association internationale de développement, (iii) la Société financière internationale, (iv) l'Agence multilatérale de garantie des investissements, et enfin, (v) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

<sup>43</sup> « *For the promotion of international economic cooperation through the medium of private foreign investment, the establishment, operation, management, control, and exercise of rights in such an investment, as well as such other associated activities necessary therefore or incidental thereto, will be consistent with the following standards which are meant to apply simultaneously to all States without prejudice to the provisions of applicable international instruments, and to firmly established rules of customary international law* ».

<sup>44</sup> « *Each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines* ».

international coutumier et donc d'une manière conforme au standard minimum de traitement. Il s'agit là d'un nouvel instrument international, quoique non contraignant, qui tend à assimiler les deux standards.

Force est cependant de constater que ces Principes directeurs de la Banque mondiale sont loin d'être considérés comme une codification du droit international existant. En effet, même si ce texte est sans doute inspiré de la pratique des Etats ainsi que des instruments internationaux, son préambule déclare lui même que ces principes représentent un cadre juridique « *souhaitable* » regroupant les principes indispensables à la promotion des investissements internationaux dans l'intérêt commun de tous les Etats. Le rapport publié par le Comité de développement de la Banque mondiale sur ces Principes directeurs déclare dans le même sens que ces principes auront vocation à

« *Positively influence the development of customary international law in so far as they do not already reflect its rules* »<sup>45</sup>.

Il convient néanmoins de rappeler qu'il existe tout de même une certaine pression sur les Etats afin de se conformer à ces principes aspirés par la Banque mondiale car l'article 12(e) de la Convention de la MIGA<sup>46</sup>, qui définit les investissements éligibles à une garantie de la part de l'Institution, dispose qu'au moment de l'identification des investissements éligibles, la MIGA devra s'assurer entre autres des conditions de l'investissement dans l'Etat d'accueil, notamment l'existence d'un traitement juste et équitable des investissements dans ce pays. L'existence de cette condition attribue une force non négligeable aux Principes directeurs de la Banque mondiale concernant les standards de traitement des investissements dans la mesure où ces standards sortent du cadre du simple *soft law* et seront dotés d'une certaine valeur contraignante. A cet égard, les modalités de vérification du respect de l'article 12(e) sont prévues par le Règlement opérationnel de l'Agence<sup>47</sup> pour lequel

« un investissement sera considéré comme bénéficiant de protections juridiques satisfaisantes s'il est protégé par un traité bilatéral d'investissement liant le pays d'accueil et le pays d'origine

---

<sup>45</sup> World Bank Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, §6

<sup>46</sup> Convention établissant l'Agence multilatérale de garantie des investissements, adoptée le 11 octobre 1985 par le Conseil des gouverneurs de la BIRD.

<sup>47</sup> Règlement opérationnel de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, adopté le 27 août 2002 et amendé le 5 décembre 2012 par le Conseil des administrateurs de la Banque mondiale. <http://www.miga.org/documents/Operations-Regulations.pdf>

de l'investisseur. En l'absence d'un tel traité, le projet de Règlement opérationnel dispose que l'Agence déterminera l'existence de protections juridiques satisfaisantes en évaluant «la compatibilité du droit et des pratiques du pays d'accueil avec le droit international»<sup>48</sup>.

Par conséquent, si la MIGA n'est pas convaincue de l'existence d'un régime juste et équitable au profit de l'investissement étranger, elle va être amenée à négocier et à conclure avec l'Etat demandeur un traité régissant la question du traitement des investissements objets de la demande de garantie. A cet effet, elle joue un rôle dans le développement des standards internationaux de traitement des investissements car le contenu des traités qu'elle conclut avec les Etats sera nécessairement en cohérence avec les exigences des Principes directeurs de 1992. On peut retrouver dans cette pression exercée sur la pratique des Etats l'objectif énoncé dans le rapport de la Banque mondiale, à savoir celui d'influencer positivement le droit international coutumier.

---

<sup>48</sup> I. SHIHATA, « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol.33, n°33, 1987, p. 607

## §2 : Une consécration en demi-teinte par des instruments spécialisés dans d'autres domaines

Les signes indiquant une proximité entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable se trouvent également dans un certain nombre de conventions qui ne traitent qu'accessoirement de la question du traitement des investissements. Parmi ces instruments internationaux, le cadre juridique mis en place par l'organisation mondiale du commerce (OMC) (**A**) et le Traité sur la Charte de l'énergie (**B**) sont ceux qui comportent les signes les plus apparents.

### A) Le traitement des investissements dans le cadre de l'OMC

La Charte de la Havane<sup>49</sup>, adoptée le 21 Novembre 1947 lors de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi tenue à la Havane, est un texte ambitieux qui est néanmoins dépourvu d'une valeur juridique en raison essentiellement du refus du Sénat américain de la ratifier<sup>50</sup>. Cette Charte consacre un certain nombre de dispositions en matière d'investissements internationaux, parmi lesquelles on peut essentiellement mentionner les articles 11 et 12<sup>51</sup>. L'article 12, en effet, s'appuie sur le rôle des investissements internationaux dans le développement économique des Etats parties et notamment dans leur « progrès social ». Cet article consacre d'une part, certaines règles en matière d'admission des investissements sur le territoire des Etats contractants et d'autre part, invite les Etats à prendre certains engagements dans le traitement des investissements étrangers, notamment

---

<sup>49</sup> Charte de la Havane, portant Statuts de l'Organisation internationale du commerce, adoptée le 21 Novembre 1947, entrée en vigueur le 24 Mars 1948.

<sup>50</sup> Les Etats-Unis contestaient essentiellement certaines dispositions de la Charte qui laissaient la porte ouverte au protectionnisme et ils considéraient ces exceptions comme étant contraire à leur conception du libre échange et de la libéralisation du marché. Par conséquent, le Sénat américain a refusé de ratifier la Charte, ce qui a été un frein à l'établissement de l'Organisation internationale du commerce. Les Etats-Unis ont néanmoins participé au système du GATT en obtenant un certain nombre de dérogations.

<sup>51</sup> La question des investissements internationaux dans le cadre de l'OMC a également été traitée par l'Accord général sur le commerce des services constituant l'annexe 1B des Accords de Marrakech adoptés le 15 avril 1994. Cet accord a pour objet de réglementer le commerce des services entre les Etats membres de l'OMC et il prévoit quatre modes de fourniture de services qui sont les suivants : la fourniture transfrontière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale, et enfin la présence de personne physique. La question des investissements internationaux intervient essentiellement dans le cadre de la fourniture de service par la présence commerciale qui consiste pour un fournisseur de service, d'exercer son activité sur le territoire d'un autre Etat membre moyennant une succursale ou une filiale. Néanmoins, pour ce qui est du traitement des investissements, cet Accord n'exige qu'un traitement national (comme un engagement conditionnel) à l'article XVII et un traitement de la nation la plus favorisée (en tant qu'engagement inconditionnel) dans son article II, sans aucune référence au traitement juste et équitable ou au standard minimum de traitement.

l'engagement d'accorder « des possibilités raisonnables d'investissement aux capitaux qu'ils sont disposés à accepter, et à assurer des conditions suffisantes de sécurité aux investissements existants et à venir ».

Plus spécifiquement, la référence à un traitement juste et équitable se trouve à l'article 11 de la Charte de la Havane qui déclare dans son paragraphe 2 que :

« L'Organisation pourra, en faisant appel, s'il y a lieu, à la collaboration d'autres organisations intergouvernementales: (a) recommander et favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant: i) à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat membre dans un autre ».

En réalité, cet article ne fait pas une référence explicite au droit international ou à d'autres corps de règles en tant que source d'interprétation du traitement juste et équitable. Une indication se trouve néanmoins dans une note issue du Groupe de travail sur les relations entre le commerce et l'investissement et publiée par le secrétariat de l'OMC où les rapports entre le traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement ont été élucidés<sup>52</sup>. Le paragraphe 39 de cette note énonce en effet que « *Fair and equitable treatment has its roots in customary international law* » et il comporte entre autres le principe de non discrimination d'une manière plus abstraite que ce qu'incluent le traitement national et le traitement de la NPF. Ce texte continue en affirmant que le traitement juste et équitable

« ...is an absolute standard, which may be measured in terms of the plain meaning of the term, but more usually has come to be regarded as a minimum international standard of treatment. It therefore has to be interpreted on a case-by-case basis in the light of the particular circumstances in which it is used »<sup>53</sup>.

Il s'agit donc, selon cette note, d'un principe de traitement qui correspond au standard minimum de traitement mais qui pourrait se concrétiser de diverses manières suivant les circonstances de chaque cas d'espèce.

A la lumière de cette note du secrétariat, les contours du standard de traitement juste et équitable dans le cadre du GATT et de l'OMC peuvent être mieux délimités. Elle permet donc d'interpréter l'article 11 de la Charte de la Havane qui donne le pouvoir à la future

---

<sup>52</sup> Note du secrétariat, « *Non-discrimination, most favoured nation treatment and national treatment* », WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002

<sup>53</sup> Le Groupe de travail s'appuie sur un certain nombre d'études et de travaux effectués par la CNUCED, notamment : « *International Investment Instruments : A Compendium* », Vol III, P. 75-107

Organisation internationale du commerce (OIC) de recommander et de favoriser la conclusion des instruments internationaux tendant à assurer un traitement juste et équitable. Or, cela est loin de constituer une certitude en raison de l'important écart temporel qui existe entre les deux textes.

Il serait alors utile de rechercher les liens entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable dans des instruments internationaux plus récents tels que le Traité sur la Charte de l'énergie qui a été adopté dans le contexte de l'expansion des traités d'investissements.

## B) Le Traité sur la Charte de l'énergie et le traitement des investissements internationaux

Le Traité sur la Charte de l'énergie prévoit un cadre de coopération multilatérale dans le domaine de l'énergie et a pour objectif d'élaborer des normes juridiques contraignantes en matière de sécurité de l'énergie sur le plan international. Ce Traité entré en vigueur en avril 1998 compte aujourd'hui 52 parties contractantes, dont l'Union européenne<sup>54</sup>.

A coté d'un traitement national et d'un traitement de la nation la plus favorisée<sup>55</sup>, le Traité sur la Charte de l'Energie assure également un traitement juste et équitable au profit des investissements internationaux dans le domaine de l'énergie. A cet effet, l'article 10 (1) de ce Traité prévoit que

« Chaque partie contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent traité, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs des autres parties contractantes. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres parties contractantes».

Dans le même article, à la suite de ces dispositions, la Charte prévoit que

---

<sup>54</sup> Les Parties Contractantes au Traité sur la Charte de l'énergie sont les suivantes : Afghanistan, Albanie, Allemagne, Armenia, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Biélorussie, Bosnie, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Japon, Kazakhstan, Kirghizstan, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Mongolie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slowacki, Slovénie, Suède, Suisse, Tadjikistan, Turquie, Turkménistan, Ukraine, Union Européenne, Ouzbékistan.

<sup>55</sup> Voir Traité sur la Charte de l'Energie, Préambule, §6

« En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international ».

Selon cette Charte, les éléments constitutifs d'un traitement juste et équitable consistent dans la mise en place de conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour l'investisseur étranger ; ce qui constitue, selon le commentaire officiel de la Charte, un standard de traitement de base pour les investissements étrangers. Force est cependant de constater que ce Traité met essentiellement l'accent sur l'obligation d'accorder un traitement non discriminatoire qui est traditionnellement contenu dans le traitement national et le traitement de la NPF.

Il est néanmoins regrettable qu'un certain nombre de pays qui jouent un rôle considérable dans la production et l'exportation de l'énergie (provenant du pétrole ou du gaz) sur le marché mondial ne soient pas membres à part entière à ce Traité et sont uniquement dotés du statut d'Observateur. Il s'agit essentiellement des pays tels que l'Arabie saoudite, l'Iran, le Qatar, le Koweït et les Etats-Unis. Cela pourrait réduire considérablement la portée de ce Traité en ce qui concerne les contrats d'investissements internationaux portant sur l'énergie en ce qu'il ne trouvera pas application à de nombreux contrats d'investissements dans le domaine de l'énergie.

Si tous les textes envisagés précédemment permettent d'établir un certain lien entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable, ils n'ont pas pu avoir une influence significative sur la pratique étatique ou sur celle des tribunaux arbitraux. Cela s'explique soit par l'absence d'une valeur contraignante d'un certain nombre d'entre eux, soit par le caractère subsidiaire qui a été attribué au traitement des investissements internationaux dans ces instruments. En revanche, les confusions sur les liens entre les deux standards de traitement ont été davantage intensifiées par les obligations prévues à la charge des Etats dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA).

## **SECTION 2 : La principale source de confusion : l'article 1105 de l'ALENA**

Malgré l'étendue moins large des traités à vocation régionale, ceux-ci participent pleinement à l'économie internationale et incarnent nécessairement un rôle d'impulsion des relations économiques et commerciales plus étroites. Par ailleurs, applicables à un nombre limité d'Etats, ils peuvent plus facilement imposer une harmonisation des législations à leurs Etats parties et sont donc d'une importance considérable, particulièrement dans les domaines où des divergences flagrantes existent entre les droits nationaux. Ainsi, il existe un traité régional qui fait preuve d'une précision remarquable quant à la question de la proximité du standard minimum de traitement et du traitement juste et équitable. Il s'agit de l'Accord de libre échange nord américain dans le cadre duquel une clarification a été apportée à cette question (§1) mais qui reste néanmoins critiquable à certains égards (§2).

### *§1 : Une proximité proclamée par la Commission de libre échange de l'ALENA*

Le texte de l'ALENA n'apporte pas de lui même une solution à la question des rapports entre les deux standards absolus de traitement des investissements internationaux. Une situation qui a engendré toute une série de sentences dispersées et éparpillées pendant les premières années d'application de l'Accord (A). Il a donc fallu attendre 2001 pour qu'une interprétation commune entraîne une position quasiment unifiée des tribunaux arbitraux saisis dans le cadre de l'ALENA (B).

A) Une intervention de la Commission du libre-échange justifiée par les interprétations confuses de l'article 1105

L'Accord de libre échange nord américain qui est entré en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1994 a été adopté par trois pays de l'Amérique du nord, à savoir le Canada, les Etats-Unis et le Mexique. Cet Accord a pour objet de créer une zone de libre échange dans le but de favoriser la croissance de ses pays membres. Il met en place un certain nombre de règles qui

relèvent principalement du commerce des marchandises mais qui concernent également les marchés publics, la propriété intellectuelle et la protection de l'environnement. A ces règles s'ajoute un certain nombre de dispositions en matière d'investissement et de commerce des services contenues dans la partie V de l'Accord et qui visent essentiellement la mise en place d'une stabilité dans ces domaines. Ainsi, les règles en matière de traitement des investissements sont incluses sous le Chapitre 11 de l'ALENA qui prévoit un traitement national, une règle de traitement de la nation la plus favorisée et enfin « une norme minimale de traitement ». En effet, l'article 1105 intitulé « Norme minimale de traitement » dispose que

« Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ».

La lecture de cette disposition révèle le manque notable de clarté dont elle souffre à la fois au niveau de la formulation de la disposition, ainsi qu'au niveau de l'intitulé de l'article qui fait référence au standard minimum de traitement sans l'évoquer ensuite dans le corps de la disposition. Ceci justifie le contentieux abondant que cet article a déclenché dans le cadre de l'ALENA afin d'obtenir une interprétation cohérente et univoque de cette disposition.

Il est évident que cette confusion produite par les termes de l'article 1105 (1) est en contradiction avec certains objectifs énoncés dans le préambule de l'Accord qui visent notamment à « assurer un environnement commercial prévisible propice à la planification d'entreprise et à l'investissement »<sup>56</sup> et à « établir une réglementation claire et mutuellement avantageuse »<sup>57</sup> en matière d'échanges commerciaux.

Quoi qu'il en soit, la simple lecture de l'article 1105 peut conduire à différentes interprétations possibles de l'obligation des Etats parties. La première interprétation consiste à voir dans cet article une consécration pure et simple du standard minimum de traitement qui serait fondé sur le droit international coutumier afin de pallier les lacunes du traitement national ou du traitement NPF prévu par le droit national de l'Etat d'accueil. Il s'agit d'ailleurs de l'interprétation qui a été avancée par les Etats parties à l'ALENA. Or, une interprétation divergente a été mise en avant par certaines parties aux premiers litiges survenus dans le cadre de l'ALENA selon lesquels la référence au droit international dans

---

<sup>56</sup> Accord de libre échange nord américain, 17 décembre 1992, Canada, Etats-Unis, Mexique, Préambule, §6

<sup>57</sup> *Ibid.* §5

l'article 1105 correspondrait à tous les engagements internationaux communs adoptés par les trois Etats parties à l'Accord. Par ailleurs, la formulation de cette disposition et l'emploi du terme « notamment » en référence au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection a pu faire supposer que ces deux derniers standards constituaient des éléments constitutifs du standard minimum de traitement et ne contenaient aucune obligation supplémentaire par rapport à ce dernier à la charge de l'Etat d'accueil.

La première vague des affaires dans le cadre de l'ALENA a révélé l'incertitude qui existait sur l'articulation entre l'expression « droit international » et « traitement juste et équitable » avec des appréciations diverses et ambiguës.

A l'occasion de la première sentence rendue dans le cadre de l'ALENA, à savoir la sentence *Azinian c. Mexique*<sup>58</sup>, le requérant avait notamment soutenu la contrariété des mesures adoptées par le Mexique par rapport au traitement juste et équitable. Le tribunal CIRDI a néanmoins rejeté cet argument en affirmant que:

« *The only conceivably relevant substantive principle of Article 1105 is that a NAFTA investor should not be dealt with in a manner that contravenes international law* »<sup>59</sup>.

Autrement dit, le tribunal a refusé d'examiner la conformité de la décision mexicaine au regard du traitement juste et équitable, au motif que la disposition de l'article 1105 ne posait qu'une obligation de conformité par rapport au droit international. Par conséquent, cette décision ne contient aucune clarification sur la teneur du standard de traitement juste et équitable ou de sa relation avec le droit international coutumier.

L'analyse de cette question a véritablement débuté à partir de la sentence *Metalclad Corporation c. Mexique*<sup>60</sup> où le tribunal arbitral a estimé que le Mexique n'avait pas accordé un traitement juste et équitable à *Metalclad Corporation* en vertu de son obligation résultant de l'article 1105(1). Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a considéré qu'un traitement juste et équitable supposait notamment et surtout la transparence des autorités de l'Etat d'accueil dans leurs décisions en rapport avec l'investissement étranger, qui concernait en

---

<sup>58</sup> *Robert Azinian et autres c. Mexique*, CIRDI, N° ARB/AF/97/2, décision sur le fond du 1<sup>er</sup> novembre 1999

<sup>59</sup> *Ibid.* §92

<sup>60</sup> *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/97/1, décision sur le fond du 30 août 2000, §74

l'occurrence une décision de refus de permis de construire<sup>61</sup>. Ainsi, dans cette sentence, le tribunal arbitral s'est contenté d'identifier les éléments constitutifs du traitement juste et équitable au regard du droit international, ce qui a été contesté notamment par les Etats-Unis en filigrane d'une affaire les opposant à *Methanex Corporation*<sup>62</sup>. Ils ont en effet estimé que le défaut d'évaluation du droit international coutumier à l'occasion de l'application du traitement juste et équitable constituait un raisonnement erroné<sup>63</sup>.

La sentence suivante rendue dans le cadre de l'ALENA, la sentence *S.D. Myers c. Canada*<sup>64</sup>, s'est tout d'abord engagée à définir l'intitulé de l'article 1105, à savoir la « norme minimale de traitement ». En effet, le tribunal a affirmé que

« *The minimum standard is a floor below which treatment of foreign investors must not fall, even if a government were not acting in a discriminatory manner* »<sup>65</sup>.

Il poursuit par la suite son raisonnement en considérant que

« *A breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective* »<sup>66</sup>.

En d'autres termes, le tribunal de l'affaire *S.D. Myers* estime que si toute violation du droit international ne saurait être qualifiée comme une violation du traitement requis par l'article 1105(1) de l'ALENA elle constituera un argument notable pour l'investisseur étranger<sup>67</sup>. Cette appréciation s'inscrit dans l'approche générale acceptée par les Etats parties à l'ALENA selon laquelle la violation de l'article 1105 (1) ne peut résulter que d'une violation du droit international coutumier<sup>68</sup>. Autrement dit, la sentence *Myers* a reconnu le droit international coutumier comme étant inclus dans l'article 1105(1).

---

<sup>61</sup> *Ibid.* §93

<sup>62</sup> *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, CNUDCI, sentence partielle du 15 janvier 2001

<sup>63</sup> Mémoire présenté par les Etats-Unis d'Amérique sur la recevabilité et la compétence, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, P. 39-42

<sup>64</sup> *S.D. Myers c. Canada*, CNUDCI, sentence partielle du 13 novembre 2000

<sup>65</sup> *Ibid.* §259

<sup>66</sup> *Ibid.* §263

<sup>67</sup> *Ibid.* §264

<sup>68</sup> Ils contestaient néanmoins la décision finale du tribunal arbitral dans cette affaire qui a considéré que la violation de l'article 1102 établissant un traitement national et constituant un engagement conventionnel international du Canada, emportait par la même une violation de l'article 1105.

La dernière décision rendue dans cette série de sentences confuses et diversifiées sur l'interprétation de l'article 1105(1) de l'ALENA est intervenue en 2001 à l'occasion de l'affaire *Pope & Talbot c. Canada*<sup>69</sup> où un nouveau contenu a été identifié pour le standard de traitement juste et équitable. En l'occurrence, le tribunal a envisagé les deux interprétations possibles de l'article 1105, qui consistaient en premier lieu à considérer que le traitement juste et équitable ainsi que la pleine et entière protection faisaient partie du traitement dû au titre du droit international, et en deuxième lieu à estimer qu'il s'agissait de deux engagements additionnels à celui-ci. Finalement, le tribunal en a déduit qu'un traitement juste et équitable nécessitait non seulement une conformité au droit international, mais également une conformité par rapport à la signification ordinaire du terme « juste » selon qu'il est appliqué dans les systèmes juridiques nationaux des Etats parties de l'ALENA<sup>70</sup>.

Finalement, cette hétérogénéité existante dans le système mis en place par l'ALENA a fourni la justification et la motivation nécessaire pour ses Etats parties d'envisager l'élaboration d'une interprétation commune sur leurs engagements en vertu de l'article 1105 (1).

## B) Une interprétation convergente par les sentences arbitrales

En réponse à ce débat sur l'article 1105(1), la Commission de libre échange de l'ALENA (FTC)<sup>71</sup> s'est vue attribuée la charge d'apporter une clarification sur la disposition de l'article en question<sup>72</sup>. Elle a rendu une note interprétative en date du 31 juillet 2001 dans laquelle elle a statué en premier lieu que

« L'article 1105(1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie ».

Elle a poursuivi en déclarant que

---

<sup>69</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001

<sup>70</sup> *Ibid.* §105-111

<sup>71</sup> La Commission du libre-échange (*Free Trade Commission*) constitue la principale institution de l'ALENA qui est composée de représentants ministériels des trois Etats parties de l'Accord. Elle est en charge notamment de veiller à l'application de l'Accord ainsi qu'à régler les problèmes d'interprétation de celui-ci.

<sup>72</sup> Préc. n° 56, Article 2001

« Les concepts de “traitement juste et équitable” et de “protection et sécurité intégrales” ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l’égard des étrangers ».

Et enfin elle a conclu que

« La constatation qu’il y a eu violation d’une autre disposition de l’ALÉNA ou d’un accord international distinct ne démontre pas qu’il y a eu violation de l’article 1105(1) ».

Cette interprétation fournie par la FTC a pu influencer tout à la fois la pratique des tribunaux arbitraux en général mais aussi les TBI conclus par les trois Etats parties à l’Accord. Ainsi, l’article 5 du modèle de TBI des Etats-Unis dispose que

*« Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security ».*

et intègre l’interprétation de la FTC à son alinéa 2 en statuant que

*« For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights »<sup>73</sup>.*

On retrouve la même formulation à l’article 5 du modèle de TBI du Canada ainsi qu’à l’article 4 du modèle de TBI du Mexique.

Par ailleurs, presque toutes les sentences arbitrales rendues postérieurement à la note interprétative ont décidé de l’appliquer sans la remettre en cause<sup>74</sup>, ce qui est considéré comme une manière de « légitimation » de la note.

---

<sup>73</sup> U.S. Model Bilateral Investment Treaty, préc. n°20, Article 5

<sup>74</sup> Le seul tribunal arbitral qui a ouvertement critiqué la manière de l’adoption et le contenu de cette interprétation était le tribunal de l’affaire *Pope & Talbot* qui a qualifié la note de la FTC comme un ‘amendement’. Voir *Infra*, p. 37

## §2 : Une note interprétative néanmoins objet de critiques

Bien que cette note ait réussi \_ quoique partiellement\_ à unifier l'interprétation de l'article 1105, des divergences persistent quant à la place du traitement juste et équitable dans le cadre de l'ALENA. En effet, les Etats parties à l'Accord ont tendance à se fonder toujours sur la sentence *Neer*<sup>75</sup> qui a identifié les critères permettant d'appréhender les hypothèses de violation du standard minimum de traitement. Or, certaines sentences arbitrales estiment que le contenu de ce standard est susceptible d'évoluer dans le temps<sup>76</sup>.

Outre cette lacune dans la note interprétative de la FTC, celle-ci a de surcroît fait l'objet de critiques adressées à la fois par les investisseurs et par une partie de la doctrine. Ces critiques concernent tant la forme (**A**) que le fond (**B**) de la note d'interprétation.

### A) Sur le fond, une interprétation plus restrictive que le texte

L'une des principales controverses produites par cette note interprétative réside dans la limitation du droit international en tant que source de référence du traitement juste et équitable à l'une de ses composantes, à savoir la coutume internationale. On considère en effet qu'un traitement fondé uniquement sur le droit coutumier international constitue un traitement moins avantageux pour l'investisseur étranger en comparaison à un traitement juste et équitable dans le sens classique du terme, car sa violation nécessiterait le non-respect d'une règle coutumière internationale. En outre, selon un auteur :

*« A state has wide discretion at customary international law with regard to the treatment of aliens within its territory ; it may restrict aliens from owning property, and may interfere with rights of ownership, including those of aliens, in connection with taxation, public health, land use, and other such matters »*<sup>77</sup>.

En réalité, le texte de l'article 1105 exige que les mesures de traitement adoptées par l'Etat d'accueil soient conformes par rapport au droit international, tandis que l'interprétation

---

<sup>75</sup> Voir *Infra*, p. 42

<sup>76</sup> Telles sont les sentences *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, 31 mars 2010, §192-202/ *Mondev International Ltd c. Etats-Unis*, 11 octobre 2002, §116-125/ *Glamis Gold Ltd c. Etats-Unis*, 8 juin 2009, §604, 612, 613.

<sup>77</sup> J. Ch. THOMAS, « Reflections on Article 1105 of NAFTA : History, State Practice and the Influence of Commentators », *ICSID Review*, vol. 17, n°1, 2002, p. 24

produite par la FTC limite cette norme de référence au seul droit international coutumier. Or, il est unanimement admis que le droit international ne se limite pas à la seule coutume et comprend également les traités internationaux et les principes généraux du droit international<sup>78</sup>. Il s'agit donc pour la Commission d'ignorer les deux autres sources du droit international pour limiter les normes de référence prévue à l'article 1105 uniquement à la coutume internationale. Ceci est d'autant plus vrai que selon le requérant dans l'affaire *Methanex Corporation c. Etats-Unis*<sup>79</sup>, l'intégration du terme « coutumier » initialement proposée par le Mexique lors des négociations de l'Accord sur l'article 1105, s'était heurtée à l'opposition des Etats-Unis qui soutenaient que :

*« deleting the word would expand the coverage of Article 1105 by bringing in other legal obligations including independent treaty obligations between or among the NAFTA Parties »*<sup>80</sup>.

Autrement dit, la note interprétative de la FTC a fait intégrer dans le texte un terme que les négociateurs de celui-ci avaient pourtant exclu, ce qui a notamment été confirmé par le tribunal arbitral en charge de l'affaire *Pope & Talbot* lequel avait relevé que

*« the NAFTA Parties were unlikely to have intended, in Article 1105, to treat each other's investors less favorably than those from other countries »*<sup>81</sup>.

Ainsi, on peut éventuellement faire valoir la contrariété de la méthode d'interprétation employée par la FTC par rapport à celle prévue par l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui exige que l'interprétation des traités doit s'effectuer « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »<sup>82</sup>.

Cette constatation fait peser un doute sur la nature de l'intervention de la Commission de libre-échange et entraîne une confusion sur la question de savoir s'il s'agit d'une simple note interprétative ou d'un véritable amendement à l'Accord.

---

<sup>78</sup> Statut de la Cour internationale de justice, Article 38

<sup>79</sup> *Methanex c. Etats-Unis*, préc. n° 62

<sup>80</sup> La lettre soumise par le requérant dans l'affaire *Methanex Corporation c. Etats-Unis*, 18 Septembre 2001, P.6

<sup>81</sup> *Pope & Talbot c. Etats-Unis*, décision sur les dommages, 31 mai 2001, §9

<sup>82</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Article 31

## B) Sur la forme, une note interprétative ou un amendement ?

L'article 2001 de l'Accord qui régit la composition et les compétences de la Commission lui donne notamment le pouvoir de « régler les différends qui pourront survenir relativement à son interprétation ou à son application ». En outre, l'interprétation fournie par la Commission sera dotée d'une valeur obligatoire en vertu de l'article 1131(2) qui dispose qu'« une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section ». Or, une partie de la doctrine soutient que cette note était susceptible de créer des difficultés sur les affaires pendantes impliquant une question relative à l'article 1105(1). On peut citer, entre autres, Andrea K. Bjorklund qui écrivait :

*« The statement was made whilst cases were pending in which the outcome might have been affected by the application of this lower standard. Claimants protested that the interference by the FTC in the midst of their proceedings violated due process by retroactively changing the law in a manner advantageous to government respondents ; the NAFTA governments' response was that the FTC statement was a clarification, not an amendment, so that there was no question of retroactivity »<sup>83</sup>.*

C'était notamment le cas dans l'affaire *Pope & Talbot*<sup>84</sup> qui était en cours de jugement au moment où la note interprétative de la FTC a été rendue et le Tribunal s'est posé la question à l'occasion de sa sentence sur les dommages et la réparation. En effet, à l'occasion de la sentence rendue en avril 2001, le tribunal a estimé que l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers constituait un ensemble autonome et indépendant par rapport au droit international. Or, lorsque la FTC a rendu sa note interprétative le 31 juillet 2001, le Canada a adressé celle-ci au tribunal chargé de l'affaire *Pope & Talbot* afin qu'il en tienne compte dans son appréciation. Dès lors, le tribunal s'est interrogé sur les implications de cette note sur la présente affaire et a conclu, dans la sentence sur les dommages, qu'il s'agissait plus probablement d'un amendement à l'Accord, de sorte qu'il devrait normalement résulter des formalités prévues à l'article 2202 de celui-ci concernant la procédure d'amendement. Finalement, le tribunal a cependant conclu que même au regard de la norme minimale de traitement issue de l'interprétation de la FTC, le Canada

---

<sup>83</sup> A.K. BJORKLUND, « NAFTA Chapter 11 », in Ch. BROWN (éd), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013, p. 520

<sup>84</sup> *Pope & Talbot c. Etats-Unis*, préc. n° 69

avait violé l'article 1105 et a ainsi refusé de donner son appréciation sur l'étendue de l'obligation du tribunal vis-à-vis de l'interprétation de la FTC.

Ainsi qu'indiqué précédemment, hormis la sentence *Pope & Talbot*, toutes les sentences rendues postérieurement à la note interprétative de la FTC ont en général choisi de la suivre au lieu de la défier. Il est toutefois vrai que les critiques soulevées par la doctrine restent valables sur le plan théorique.

## **CHAPITRE II. Une interchangeabilité apparente soutenue par la pratique arbitrale**

Les caractéristiques propres du droit des traités internationaux, notamment la souplesse accompagnée parfois d'une imprécision en vue de réunir un nombre assez élevé de ratification, pourrait entraîner un certain nombre de difficultés au moment de leur application. Ce qui justifie le rôle central confié aux juges internationaux mais également aux tribunaux arbitraux dans l'interprétation et l'application des traités. En droit des investissements internationaux les mécanismes de règlement des différends prévoient régulièrement le recours à un tribunal arbitral et particulièrement à un tribunal constitué sous l'égide du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) sur le fondement de la Convention de Washington conclue le 18 mars 1965<sup>85</sup> (**Section 1**). Cela explique pour quoi une solution à la question des rapports entre les deux standards absolus de traitement est susceptible de surgir à la lecture des différentes sentences rendues par ces tribunaux. On y trouve effectivement un certain nombre d'indices qui laissent supposer une interchangeabilité entre ces deux standards (**Section 2**).

### **SECTION 1 : Une interchangeabilité apparente fonction de l'appréciation des arbitres**

Les différends relatifs au traitement des investissements internationaux dans l'Etat d'accueil occupent une grande partie des sentences arbitrales en raison d'une part de la grande imprécision des instruments internationaux et d'autre part de leurs répercussions sur la survie des investissements. La question des rapports entre le traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement fait également partie de ces différends abondants devant les tribunaux arbitraux, ce qui a aboutit, dans un nombre important de sentences, à constater une

---

<sup>85</sup> Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965

proximité ou une similarité entre ces deux standards (§1). Dans cette série de sentences, le raisonnement des tribunaux réside particulièrement dans l'examen de la finalité de chacun d'entre eux, et les conduit à entreprendre une réflexion générale sur le sujet (§2).

*§1 : La pratique arbitrale, vecteur de clarification des standards de traitement*

Les deux standards absolus de traitement des investissements internationaux sont tous les deux caractérisés par l'absence d'une définition unanimement admise alors même que la quasi-totalité des textes concernant ces investissements incluent au moins l'un de ces standards (A). Pendant près d'un siècle, les différents tribunaux arbitraux se sont préoccupés de dessiner les contours de leur teneur, une démarche toutefois frappé d'un éparpillement évident en raison de la diversité des tribunaux arbitraux et de l'absence d'une « jurisprudence » homogène en matière d'investissement international. Malgré cette situation d'incertitude, certains tribunaux ont explicitement pris position en faveur d'un rapport d'équivalence entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable (B).

A) Le rôle essentiel des arbitres en raison de l'absence d'une définition exacte des standards

Les principaux textes régissant le droit des investissements internationaux, à savoir les conventions multilatérales et les traités bilatéraux d'investissement, se limitent le plus souvent à poser le principe d'un traitement juste et équitable, éventuellement avec une référence au droit international, et au standard minimum de traitement, et ce, sans se soucier de donner une définition ou d'indiquer les critères permettant leur identification. On peut citer à titre d'exemple trois modèles de TBI qui exigent un traitement juste et équitable sans en clarifier le contenu. Il s'agit tout d'abord du modèle de TBI français qui énonce dans son article 4 que :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie ».

En outre, le modèle de TBI iranien se contente de poser le principe d'un traitement juste et équitable dans son article 4 dans les termes suivants :

*« Investments of natural and legal persons of either Contracting Party effected within the territory of the other Contracting Party, shall receive the host Contracting Party's full legal protection and fair treatment »<sup>86</sup>.*

Enfin, l'article 3 du modèle de TBI indien exige que les investissements réalisés par les investisseurs de chacun des Etats parties doivent à tout moment

*« ...be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party »<sup>87</sup>.*

Les seules exceptions à cette pratique généralisée des Etats se trouvent en premier lieu à l'article 5(2)a du modèle de TBI américain<sup>88</sup> et à l'article 3(4)c du modèle de TBI colombien<sup>89</sup>. Les deux textes se chargent en effet de donner des indications sur les éléments constitutifs du traitement juste et équitable dans des termes quelques peu identiques selon lesquels ce standard de traitement inclut l'absence de déni de justice lors d'un procès pénal, civil ou administratif<sup>90</sup>.

Confrontés à l'obligation de définir les standards de traitement des investissements internationaux, les arbitres se sont globalement fondés sur les règles coutumières d'interprétation des traités internationaux qui ont été codifiées, bien après les premières sentences rendues sur ce sujet, par la Convention de Vienne sur le droit des traités dans son article 31. Il s'agit en effet d'interpréter les dispositions des conventions multilatérales ou des traités bilatéraux d'investissements relatifs au traitement des investissements de « bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »<sup>91</sup>. Suivant cette méthodologie, les contours du standard minimum

---

<sup>86</sup> Model de TBI iranien, élaboré en 2001, [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1391](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1391)

<sup>87</sup> Model de TBI indien, préc. n°21

<sup>88</sup> U.S. Model Bilateral Investment Treaties, préc. n°20

<sup>89</sup> Model de TBI colombien, élaboré en 2006. Voir, J-A. RIVAS, « Colombia », in Ch. Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013

<sup>90</sup> U.S. Model Bilateral Investment Treaty, op. Note 39, Article 5(2)a : « *“fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world* ». Colombian Model International Investment Agreement, 2009, Article 3(4)c: « *“fair and equitable treatment” includes the prohibition against denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the main legal systems of the world* ».

<sup>91</sup> Convention de Vienne, préc. n° 82

de traitement ont été pour la première fois dessinés par la sentence *Neer c. Mexique* qui a considéré de manière générale que

« Le traitement réservé à un étranger, pour constituer une violation du droit international, doit relever de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi, du défaut délibéré de se conformer à ses obligations ou de l'insuffisance de l'action gouvernementale, à un niveau tellement inférieur aux normes internationales, que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance »<sup>92</sup>.

Tel fut également le cas dans la définition générale donnée par le tribunal arbitral de l'affaire *Tecmed c. Mexique*<sup>93</sup> à l'occasion de l'examen d'une demande fondée sur la violation par le Mexique de l'article 4(1) du TBI conclu entre celui-ci et l'Espagne qui exigeait un traitement juste et équitable en faveur des investissements de l'Etat cocontractant conformément au droit international. Pour ce tribunal en effet, ce traitement juste et équitable conformément au droit international requiert pour l'Etat d'accueil des investissements d'agir d'une manière compatible avec les attentes « basiques » de l'investisseur de l'autre Etat partie qui sont identifiées de la façon suivante par le tribunal :

*« 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. [...] The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation ».*

Outre cette méthode d'interprétation générale applicable à tout type de traité international, les arbitres ont conçu un raisonnement particulier à l'interprétation des dispositions relatives aux standards de traitement. Ainsi, le tribunal saisi de l'affaire *Mondev c. Etats-Unis* a estimé que « a judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract ; it must depend on the facts of the particular cases »<sup>94</sup>. De la même manière, le tribunal chargé de l'affaire *Waste Management c. Mexique* a interprété le standard de

---

<sup>92</sup> *Neer c. Mexique*, Commission des réclamations générales mexico-américaine, 15 octobre 1926, §4

<sup>93</sup> *Tecmed c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/2, décision sur le fond du 29 mai 2003, §154

<sup>94</sup> *Mondev International Ltd c. Etats-Unis*, CIRDI N° ARB(AF)/99/2, décision sur le fond du 11 octobre 2002, §118

traitement juste et équitable comme un standard « flexible » qui appellerait une appréciation au cas par cas pour l'identification de son contenu<sup>95</sup>.

## B) Deux standards explicitement associés par certaines sentences arbitrales

Outre les différents indices précédemment évoqués qui peuvent aboutir à une confusion sur les rapports entre les deux standards absolus de traitement, certains tribunaux arbitraux ont choisi de se prononcer clairement sur le sujet. En effet, dans certaines sentences rendues en matière des investissements internationaux, les arbitres ont manifestement décidé de trancher la question en optant pour l'équivalence des deux standards en cause.

Ainsi dans l'affaire *Lauder c. République Tchèque*<sup>96</sup> le tribunal a, semble-t-il, décidé que le standard de traitement juste et équitable constituait en réalité le standard minimum de traitement qui trouve son origine dans le droit international coutumier. Il s'est donc prononcé dans les termes suivants :

*« Fair and equitable treatment is related to the traditional standard of due diligence and provides a minimum international standard that forms part of customary international law »*<sup>97</sup>.

L'autre affaire à l'occasion de laquelle le tribunal arbitral a consacré l'équivalence des deux standards absolus de traitement est la sentence *Mondev c. Etats-Unis*<sup>98</sup>, où le tribunal a estimé que les Etats parties à l'ALENA, ainsi que les tribunaux arbitraux saisis d'un différend dans le cadre de cet Accord, ne sont pas dotés d'une « appréciation sans limite » dans l'identification du contenu du standard de traitement juste et équitable. Autrement dit, pour ce tribunal, l'identification du contenu de ce standard devrait effectuer sur la base du standard

---

<sup>95</sup> *Waste Management c. Mexique*, décision sur le fond du 30 avril 2004, §99

<sup>96</sup> *Lauder c. République Tchèque*, CNUDCI, décision sur le fond du 3 septembre 2001

<sup>97</sup> *Ibid.*, §292

<sup>98</sup> *Mondev c. Etats-Unis*, préc. n°94

minimum de traitement qui s'est établi à la fois par la pratique étatique ainsi que par les sentences arbitrales<sup>99</sup>.

Finalement, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le tribunal, après avoir évoqué les standards de traitement prévus par l'ALENA ainsi que l'interprétation fournie par la FTC selon laquelle le standard de traitement juste et équitable ne constituait pas un standard autonome par rapport au standard minimum de traitement, a déduit que cette note interprétative pouvait même clarifier l'Accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et le Chili. La position du tribunal est claire : le traitement juste et équitable ne peut pas être détaché du standard minimum de traitement :

*« In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international minimum standard and its evolution under customary law »<sup>100</sup>.*

Dans une autre affaire plus récente, le tribunal arbitral saisi a confirmé cette série de sentences favorables à l'équivalence des deux standards. Il s'agit de l'affaire *Merrill & Ring c. Canada*<sup>101</sup> où le tribunal distingue deux axes dans l'évolution du standard minimum de traitement<sup>102</sup>. Le premier axe s'inscrit, selon le tribunal, dans la continuité de la sentence *Neer* avec les critères de déni de justice, de sécurité personnelle et de procès équitable reconnus dans cette sentence au sujet du standard minimum. Il reste néanmoins un deuxième axe qui comprend le commerce, les investissements et le monde des opérations d'affaires en générales. Ainsi pour le tribunal, alors que le standard tel qu'il existe dans le premier axe constitue un standard restreint avec l'exigence d'une insuffisance manifeste et exorbitante des critères identifiés pour admettre sa violation, le standard établi sous le second axe correspond à un standard ouvert et potentiellement illimité qui mettrait en place une protection contre toutes sortes de traitements ou de comportements qui seraient dépourvus des caractères juste, équitable ou raisonnable. Le raisonnement du tribunal aboutit à la conclusion que le

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, §119 : «Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was "fair" or "equitable" in the circumstances of each particular case. While possessing a power of appreciation, the United States stressed, the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is "fair" or "equitable", without reference to established sources of law».

<sup>100</sup> *CMS c. Argentine*, CIRDI ARB/01/8, décision sur le fond du 12 mai 2005, §284

<sup>101</sup> *Merrill & Ring c. Canada*, CNUDCI, CIRDI, décision sur le fond du 31 mars 2010

<sup>102</sup> *Ibid.*, §201

traitement juste et équitable ferait actuellement partie du droit coutumier international et serait donc équivalent au standard minimum de traitement<sup>103</sup>. L'essentiel du raisonnement du tribunal s'est donc déroulé sur une constatation selon laquelle le standard de traitement juste et équitable est devenu aujourd'hui une condition dans la vie des affaires, ce qui lui attribue une *opinio juris* et consécutivement, un caractère coutumier.

*§2 : Les finalités communes aux deux standards repérées par les arbitres dans leur interprétation*

L'une des méthodes pour identifier le contenu d'un standard, qui est généralement une notion large et souvent vague, consiste dans l'identification de sa finalité. Il est donc évident que deux standards qui prévoient une même finalité risquent de créer des confusions quant à leur nature et leur contenu. Ainsi, le standard minimum de traitement partage globalement les mêmes finalités avec le standard de traitement juste et équitable, ce qui a consécutivement conduit les arbitres à les assimiler. Leurs principales finalités communes consistent en premier lieu à faire échapper le traitement des investissements étrangers à l'unique emprise du droit national des Etats d'accueil (**A**) et en second lieu, à pallier les lacunes du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée (**B**).

A) L'objectif de soustraire le traitement des investissements de l'emprise des droits nationaux

Un investissement n'est pas nécessairement international ; il l'est lorsqu'il présente un élément d'extranéité<sup>104</sup>. Cette internationalité n'empêche toutefois pas le droit interne de l'Etat d'accueil de régir les différents aspects de l'opération d'investissement et notamment leur traitement par l'Etat d'accueil, d'autant plus que les droits nationaux ont théoriquement

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, §210-211

<sup>104</sup> Voir A. GILLES, *La définition de l'investissement international*, Larcier, 2013, p.384

une compétence exclusive dans cette matière. Or, la doctrine considère que les investissements internationaux doivent échapper à l'emprise du droit interne de l'Etat hôte afin de garantir un traitement impartial et équitable au sens exact du terme.

Mais cette tendance visant à un encadrement international du traitement des investissements n'existait pas dans le passé. En effet, à l'occasion de l'affaire *Barcelona Traction*<sup>105</sup>, la Cour internationale de Justice a refusé l'existence d'un corps de règle communément admis au niveau international en ce qui concerne le traitement des investisseurs étrangers en affirmant que

« Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, [...], il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement »<sup>106</sup>.

La Cour opère ensuite une distinction entre d'une part les obligations « des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble » qui comprennent, selon la Cour, notamment les actes d'agression et de génocide, l'esclavage et la discrimination raciale, et d'autre part « celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique ». Par conséquent, selon la Cour, le traitement des investissements étrangers ne relève du droit international que lorsqu'il s'agit des actes graves tels que les actes d'agression ou l'esclavage. Ainsi, elle déclare expressément que le droit international doit se référer

« Aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des Etats qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles »<sup>107</sup>.

Autrement dit, en droit international tel qu'il existait à l'époque, les investissements étrangers n'étaient protégés que par le mécanisme de protection diplomatique et dépendaient donc largement du droit national des Etats.

Il convient néanmoins de nuancer cette affirmation car cet arrêt se justifiait par le contexte de conflit qui régnait à l'époque entre les différents systèmes juridiques nationaux et plus particulièrement entre les pays exportateurs et importateurs de capitaux. Ces confrontations empêchaient en effet l'établissement d'une *opinio juris* au sein de la

---

<sup>105</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p.3

<sup>106</sup> *Ibid.*, §31

<sup>107</sup> *Ibid.*, §38

communauté internationale étant donné que chaque pays visait en priorité à préserver ses intérêts nationaux au détriment de la mise en place d'un ensemble cohérent de règles internationales.

Le standard minimum de traitement est traditionnellement attaché en permanence au droit coutumier international, comme ce fut notamment le cas dans l'affaire *Neer* où le contenu de ce standard a été consacré pour la première fois. Il en va de même également en ce qui concerne le standard de traitement juste et équitable dont le but essentiel est de fournir un fondement général et légal pour un traitement qui serait détaché du droit national de l'Etat d'accueil<sup>108</sup>. Ainsi par exemple dans l'affaire *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*<sup>109</sup>, le tribunal CIRDI a interprété la clause du TBI exigeant un traitement juste et équitable comme une obligation pour l'Etat d'accueil des investissements de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer une entière protection et sécurité ainsi que de ne pas invoquer sa législation nationale pour se dispenser de cette obligation<sup>110</sup>. Il s'agit pour le tribunal d'une obligation de traitement qui ne devra pas être inférieure à celui qui est requis par le droit international<sup>111</sup>.

B) Une fonction commune de comblement de l'insuffisance des standards relatifs de traitement

Les standards contingents de traitement des investissements internationaux, à savoir le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, sont ceux dont le contenu dépend du traitement accordé par l'Etat d'accueil à d'autres investissements. Ces standards se trouvent dans presque tous les traités, bilatéraux ou multilatéraux, régissant la question des

---

<sup>108</sup> Voir. R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff publishers, 1995, p.58

<sup>109</sup> *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, CIRDI n° ARB/93/1, décision sur le fond du 21 février 1997

<sup>110</sup> *Ibid.*, §6.05

<sup>111</sup> *Ibid.*, §6.6 : *The standard is "an objective obligation which must not be inferior to the minimum standard of vigilance and of care required by international law."*

investissements internationaux<sup>112</sup> et étaient auparavant considérés comme la base acceptable de traitement des investissements étrangers. En outre, pour certains auteurs, les investisseurs étrangers ne devraient bénéficier d'un traitement plus avantageux que les opérateurs nationaux, ce fut le cas par exemple du juriste argentin Carlos Calvo qui considérait que les droits et obligations des étrangers devaient exclusivement être déterminés par le droit interne des Etats<sup>113</sup>. Une illustration de ces standards se trouve notamment à l'article 1102(1) de l'ALENA qui dispose que

« Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements ».

A cette disposition s'ajoute une règle de traitement de la nation la plus favorisée, prévue à l'alinéa (2) dans les termes suivants :

« Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par ses propres investisseurs »

En outre, l'article 5 du modèle de TBI français dispose que :

« Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées aces investissements, un traitement non moins favorable que celui accorde à ses investisseurs, ou le traitement accorde aux investisseurs de la Nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux»<sup>114</sup>.

En ce qui concerne le traitement national, l'appréciation de son respect par l'Etat d'accueil s'effectue généralement par référence au traitement accordé aux opérateurs nationaux du même secteur d'activité<sup>115</sup>. Ainsi le tribunal saisi de l'affaire *Pope & Talbot*<sup>116</sup> a établi une analyse à deux étapes afin d'apprécier la violation du standard de traitement

---

<sup>112</sup> Les seules exceptions existent dans le Projet de Convention de l'OCDE, l'Accord de protection réciproque des investissements entre la France et la Colombie conclu à Bogota, ainsi que dans le Projet d'Abs-Shawcross.

<sup>113</sup> Cette doctrine a notamment trouvé écho dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée le 12 décembre 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies. L'article 2(2)c de cette Charte reconnaît le droit aux Etats « de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers » sous réserve néanmoins du paiement d'une indemnité « adéquate ».

<sup>114</sup> Model de TBI français, préc. n°8

<sup>115</sup> Une exception existe toutefois à cette affirmation générale. En effet, le tribunal de l'affaire *Occidental c. Equateur* a estimé que la comparaison ne devait pas se limiter au seul et unique secteur d'activité de l'investisseur étranger. Voir. *Occidental Exploration and Production c. Equateur*, CNUCED /LCIA, 2004, §173

<sup>116</sup> *Pope & Talbot*, préc. n°69

national selon laquelle le traitement accordé à l'investissement étranger est comparé dans un premier temps à celui dont bénéficie l'opérateur national dans le même secteur d'activité pour intercepter d'éventuelles différences. Reste à déterminer ensuite, dans un second temps et dans l'hypothèse où des différences de traitement ont été détectées, si celles-ci étaient justifiées par des considérations raisonnables<sup>117</sup>.

Quant au traitement de la nation la plus favorisée, la base de comparaison se trouve dans les dispositions incluses dans d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Etat d'accueil. C'est ainsi par exemple que dans l'affaire *MTD c. Chili*, la société Malaisienne MTD a pu invoquer contre le Chili des TBI conclus entre celui-ci et le Danemark ou la Croatie<sup>118</sup>.

Certes il existe des hypothèses où un investisseur étranger bénéficiant d'une clause de traitement national pourrait se trouver dans une situation avantageuse liée à la volonté de l'Etat de favoriser le développement de l'industrie nationale par un traitement libéral, mais dans la majorité des cas, le traitement national ne fait que protéger l'investisseur étranger contre les discriminations en faveur des investisseurs nationaux. Il reste donc que cette garantie de non discrimination attribuée par l'Etat d'accueil ne correspond pas toujours à un traitement juste et équitable conforme au droit international car il est tout à fait concevable que le traitement accordé aux investisseurs nationaux ne soit ni juste ni équitable. Cela explique en partie pour quoi les pays exportateurs de capitaux exigeaient un traitement conforme au droit international pour leurs investissements dans les pays importateurs de capitaux, et ont par conséquent opté pour les standards minimum de traitement et du traitement juste et équitable.

A cela s'ajoute d'autres exceptions à l'application du traitement national ou du traitement de la NPF qui ont justifié le recours aux standards fondés sur le droit international. Il s'agit dans un premier temps des zones d'intégrations économiques ou des marchés communs qui constituent généralement une exception à la clause du traitement NPF. Ainsi, l'article 3(3) du modèle de TBI allemand écarte clairement l'application de cette clause aux

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, §119-120

<sup>118</sup> *MTD Equity Sdn Bhd c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, décision sur le fond du 25 mai 2004, §100

avantages accordés par les parties à des pays tiers dans le cadre des zones d'intégration économiques dans les termes suivants:

*« Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or a free trade area ».*

Dans le même ordre d'idée, l'article 2(a) de l'Annexe III du modèle de TBI canadien écarte le bénéfice du traitement de la national la plus favorisée au traitement accordé par les Etats parties dans le cadre de tout traité :

*« ...establishing, strengthening or expanding a free trade area or customs union ».*

En outre, l'article 4(2) du modèle de TBI iranien dispose que :

*« If a Contracting Party has accorded or shall accord in future special advantages or rights to investor(s) of any third state by virtue of an existing or future agreement establishing a free trade area, a customs union, a common market or a similar regional organization and/or by virtue of an arrangement on the avoidance of double taxation, it shall not be obliged to accord such advantages or rights to investors of the other Contracting Party ».*

Cette exception liée aux zones d'intégration économiques accompagne souvent une exception à la clause du traitement de la NPF concernant les accords de doubles impositions conclus par l'Etat d'accueil avec un Etat tiers. A titre d'exemple, L'article 3(4) du modèle de TBI allemand prévoit que :

*« The treatment granted under this Article shall not relate to advantages which either Contracting State accords to investors of third States by virtue of an agreement for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets or other agreements regarding matters of taxation ».*

Il en est de même pour certaines activités ou secteurs qui sont réservés dans les TBI aux seuls investisseurs nationaux en raison notamment de leur importance particulière pour le développement du pays ou pour des raisons liées à la sécurité nationale. Par conséquent, le traitement accordé à ces investisseurs nationaux ne pourra pas constituer la base de comparaison dans l'application du standard de traitement national des investissements internationaux. Ainsi par exemple, l'article 2(b) de l'Annexe III du modèle de TBI canadien réserve les activités liées à l'aviation, à la pêche ou aux affaires maritimes aux seuls opérateurs nationaux. En outre, l'Annexe du TBI conclu entre le Royaume-Uni et le Panama

en 1983 excluait les domaines d'activités suivants de l'application du traitement national ou du traitement de la NPF :

*« Communications ; agencies of foreign companies ; distribution and sale of imported products ; retail trade ; insurance ; state-owned enterprises ; privately owned public utility companies ; energy production ; the exercise of liberal professions ; custom brokerage ; banking ; the right to exploit natural resources, including fishing ; the production of hydroelectric power ; ownership of land within ten kilometers of the Panama frontiers ».*

Dans une moindre mesure, d'autres exceptions font également obstacle au bénéfice des investisseurs étrangers des standards contingents de traitement. Il s'agit notamment des entreprises publiques qui bénéficient généralement d'un traitement préférentiel de la part de l'Etat d'accueil, ainsi que des entreprises locales qui reçoivent un certain nombre de privilèges dans le but de favoriser le développement des industries locales et régionales.

Ces exceptions justifient ainsi le recours aux standards absolus de traitement, à savoir le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable. Ce but constitue en conséquence l'un des éléments communs à ces deux standards entraînant une ambiguïté sur leurs rapports entre eux.

## **SECTION 2 : Une similarité des contenus dégagés par la pratique arbitrale**

Malgré l'éparpillement majeur qui marque le contenu des standards absolus de traitement identifiés par les sentences arbitrales, il demeure néanmoins possible d'identifier une matrice commune à tous les éléments considérés par les différents tribunaux arbitraux comme faisant partie de ces standards. Certains de ces éléments peuvent être envisagés comme les critères principaux de ces standards en raison de leur présence constante parmi ces éléments (§1). Mais ces principaux facteurs sont habituellement accompagnés de toute une série de critères divers qui bénéficient, eux aussi, d'une consécration par les arbitres (§2).

## §1 : Un noyau dur du contenu : l'absence d'arbitraire et la non discrimination

La lecture des différents TBI ainsi que des différentes sentences arbitrales conduit à une constatation selon laquelle les critères de conduite arbitraire et de discrimination sont fréquemment invoqués en tant qu'indices de la violation du traitement juste et équitable exigé par divers textes. Les exemples sont nombreux : l'article 2(3) du modèle de TBI de la Corée<sup>119</sup> dispose que :

*« neither Contracting Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the operation, management, maintenance, use, enjoyments or disposal of investments in its territory by investors of the other Contracting Party ».*

De la même manière, l'article 3(1) du modèle de TBI des Pays-Bas<sup>120</sup> prévoit que:

*« Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of nationals of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyments or disposal thereof by those nationals ».*

Cette pratique étatique a également trouvé écho dans les sentences rendues par les tribunaux arbitraux qui voient systématiquement dans les standards de traitement le respect des conditions de l'absence d'arbitraire (**A**) et de non discrimination (**B**). Ainsi, le tribunal saisi de l'affaire *CMS Gas c. Argentine* a explicitement affirmé que « toute mesure qui impliquerait l'arbitraire ou la discrimination est en elle-même contraire au traitement juste et équitable »<sup>121</sup>. De ce fait, on pourrait légitimement en conclure que ces deux critères constituent le noyau dur des standards absolus de traitement des investissements internationaux.

### A) L'absence d'arbitraire

L'examen des sentences et décisions des tribunaux arbitraux statuant sur des questions liées à l'investissement international révèlent que l'absence d'arbitraire dans les conduites de l'Etat d'accueil constitue l'une des composantes majeures des standards de traitement. En ce

---

<sup>119</sup> Modèle de TBI de la République de Corée, 2001, article 2(3)

<sup>120</sup> Modèle de TBI des Pays-Bas, 2004, article 3(1)

<sup>121</sup> *CMS. Gas c. Argentine*, préc. n°100, §290

qui concerne la définition d'un acte arbitraire, certains tribunaux se réfèrent à la définition donnée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt *ELSI*<sup>122</sup> où elle a défini ce concept comme une « méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »<sup>123</sup>.

Ce concept central a été explicité par les différents tribunaux. Dans l'affaire *SD. Myers c. Canada*<sup>124</sup> le tribunal a ainsi considéré que l'obligation prévue par l'ALENA d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers est violée notamment lorsque :

« *it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that it is unacceptable from the international perspective* »<sup>125</sup>.

En outre, dans l'affaire *Waste Management*<sup>126</sup> où le tribunal appliquait les dispositions de l'article 1105 de l'ALENA, il a estimé que l'obligation de traitement juste et équitable serait violée par une conduite attribuable à l'Etat et préjudiciable au requérant si « cette conduite est arbitraire, manifestement injuste ou idiosyncrasique »<sup>127</sup>.

Par ailleurs, le tribunal de l'affaire *International Thunderbird c. Mexique*<sup>128</sup> a mentionné l'existence d'un acte manifestement arbitraire parmi ceux qui aboutiraient à la violation du standard minimum de traitement conformément à l'article 1105 de l'ALENA. Autrement dit, pour la majorité des arbitres constituant le tribunal, la violation du standard de traitement juste et équitable nécessitait la preuve d'une conduite manifestement arbitraire et injuste. Ce raisonnement a été également appliqué par le tribunal de l'affaire *Eureko c. Pologne*<sup>129</sup> lors de laquelle l'examen des circonstances de fait a révélé, selon le tribunal, des motifs purement arbitraires à l'origine des conduites des organes de l'Etat polonais, ce qui a amené le tribunal

---

<sup>122</sup> *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)*, Etats-Unis c. Italie, Arrêt, Cour internationale de justice, 20 juillet 1989, Recueil 1989, p.15

<sup>123</sup> *Ibid.*, §128

<sup>124</sup> *SD. Myers c. Canada*, préc. n°64

<sup>125</sup> *Ibid.*, §263

<sup>126</sup> *Waste Maganement*, préc. n°95

<sup>127</sup> *Ibid.*, §98

<sup>128</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, CNUDCI, décision sur le fond du 26 janvier 2006

<sup>129</sup> *Eureko v. Poland*, CIRDI, sentence partielle, 19 aout 2005

d'observer la violation par la Pologne de l'exigence du traitement juste et équitable inclus dans le TBI liant cette dernière au Pays-Bas<sup>130</sup>.

## B) L'absence de discrimination

L'obligation de non-discrimination dans le traitement des investissements étrangers a toujours noué des liens étroits avec les standards de traitement et figurait souvent dans les dispositions prévoyant ces standards. Ainsi par exemple l'article 1(a) du projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens des étrangers, après avoir régit l'obligation pour les Etats Parties d'assurer un traitement juste et équitable aux investissements des autres Etats Parties, interdit que les mesures adoptées par les Etats soient « injustifiées ou discriminatoires ».

Il convient cependant de préciser que la plupart des sentences arbitrales ne sanctionnent la discrimination que dans l'hypothèse où celle-ci est injustifiée. Autrement dit, un traitement est qualifié de discriminatoire seulement s'il procède à une différenciation entre situations similaires sans que celle-ci puisse se justifier par des considérations légitimes. Dans cette perspective, le tribunal de l'affaire *Saluka Investments c. République Tchèque*<sup>131</sup> a d'abord cherché si le refus d'accorder un soutien financier à l'une seulement des institutions impliquées dans l'affaire était fondée sur une discrimination raisonnable ou justifiée pour en déduire finalement la violation du standard de traitement juste et équitable. En outre, dans la sentence *Methanex c. Etats-Unis*<sup>132</sup>, le tribunal a en premier lieu considéré qu'un traitement discriminatoire des investissements ne portait pas généralement atteinte aux obligations posées par l'article 1105 de l'ALENA, ce qu'il a nuancé dans un second temps en affirmant qu'une discrimination fondée sur des raisons raciales pourrait constituer une violation de cet article<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, §233

<sup>131</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n°24

<sup>132</sup> *Methanex c. Etats-Unis*, préc. n°62

<sup>133</sup> *Ibid.*, §26

Plus récemment, l'existence d'une mesure discriminatoire a été invoqué devant le tribunal saisi de l'affaire *Ulysseas c. Equateur*<sup>134</sup> lors de laquelle le requérant considérait que :

« ...an investor is entitled to have the same relevant legislative and regulatory framework, including any subsidies or benefits built into that framework applied to it as to others engaged in the same economic activity »<sup>135</sup>.

Toutefois, l'Etat défendeur se fondait entre autres sur le projet de Convention de l'OCDE de 1967, mais également sur les sentences *Feldman c. Mexique*<sup>136</sup> et *Pope & Talbot*<sup>137</sup> pour faire valoir qu'une mesure ne peut être qualifiée de discriminatoire que lorsqu'elle est basée sur la nationalité. A ces allégations, le tribunal a répondu en se fondant sur la sentence *Goetz c. Burundi*<sup>138</sup>, selon laquelle :

« discrimination supposes a differential treatment applied to people who are in similar situations »<sup>139</sup>.

En conséquence, le tribunal a affirmé que pour qu'une mesure puisse être qualifiée de discriminatoire il suffirait que les deux situations soient objectivement traitées de manières différentes sans qu'il y ait besoin de démontrer une discrimination fondée sur la nationalité de l'investisseur.

## §2 : Une communauté matérielle positive et négative

Outre les deux critères de non-discrimination et d'absence d'arbitraire, qualifiés comme essentiels à un traitement juste et équitable et au standard minimum, les tribunaux arbitraux saisis des différentes affaires concernant le traitement des investissements internationaux ont, au fur et à mesure, établi les divers éléments constitutifs des standards de traitement. Ce travail d'identification a pu déceler les critères inclus dans le contenu de ces standards d'une

---

<sup>134</sup> *Ulysseas, Inc. c. Equateur*, CNUDCI, décision sur le fond du 12 juin 2012

<sup>135</sup> *Ibid.*, §275

<sup>136</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/99/1, décision sur le fond du 16 décembre 2002

<sup>137</sup> *Pope & Talbot*, préc. n° 69

<sup>138</sup> *Antoine Goetz et autres. C. Burundi*, CIRDI n° ARB/01/2, décision sur le fond du 21 juin 2012

<sup>139</sup> *Ibid.*, §121

part (A) mais aussi les critères qui y sont exclus d'autre part (B). Ces éléments participent dans une large mesure à la fois à la composition du traitement juste et équitable ainsi qu'à celle du standard minimum de traitement, d'où s'ensuit une nouvelle raison militent dans le sens de l'identité des deux standards.

#### A) Les éléments participant au contenu des deux standards

Différents tribunaux arbitraux ont identifié divers éléments comme faisant partie des standards de traitement. En juxtaposant ces divers critères, un cercle commun pourrait être dessiné regroupant les éléments le plus fréquemment et le plus solidement identifiés. A titre d'exemple, le tribunal de l'affaire *LG&Energy c. Argentine*<sup>140</sup> a identifié, parmi les exigences du traitement juste et équitable, les conditions de transparence et d'établissement d'un cadre juridique stable pour les opérations d'investissement en se 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 »*<sup>141</sup>.

Par ailleurs, le tribunal de l'affaire *Siemens A.G. c. Argentine*<sup>142</sup> a conclu que le standard de traitement juste et équitable devait constituer un traitement:

*« ...in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion and protection of foreign investment and stimulating private initiative »*<sup>143</sup>.

Dans le contexte de l'identification des critères du traitement juste et équitable inclus dans l'ALENA, le tribunal de l'affaire *Bosh International c. Ukraine*<sup>144</sup> a mentionné un certain nombre d'éléments dont l'existence aboutirait à la violation de l'article 1105. Il

---

<sup>140</sup> *LG&E Energy c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/1, sentence sur la responsabilité du 3 octobre 2006

<sup>141</sup> *Ibid.*, §131

<sup>142</sup> *Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/08, décision sur le fond du 6 février 2007

<sup>143</sup> *Ibid.*, §290

<sup>144</sup> *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, CIRDI n°. ARB/08/11, décision sur le fond du 25 Octobre 2012

s'agissait entre autres du déni de justice, d'absence de transparence, de l'abus de pouvoirs, de l'arbitraire, de la discrimination ou de la contrainte<sup>145</sup>. Il convient de mentionner que dans l'analyse de ces éléments, le tribunal s'est imposé de statuer en continuité et en cohérence avec les précédentes sentences rendues dans des circonstances comparables<sup>146</sup>.

Un élément qui figure quasi systématiquement au sein de ce catalogue est le critère de transparence qui a d'ailleurs reçu des développements par un certain nombre de sentences. Dans la sentence *Metalclad c. Mexique*<sup>147</sup> le tribunal a consacré l'inclusion de l'obligation de transparence au sein du traitement juste et équitable pour ensuite donner une définition de cette obligation. En effet, selon le tribunal, l'obligation de transparence est remplie si :

« *all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party* »<sup>148</sup>.

Ainsi, pour le tribunal, l'investisseur avait le droit, en l'occurrence, de recevoir des notifications ou d'avoir la possibilité d'être entendu par le conseil municipal en charge de la délivrance du permis de construire.

Par ailleurs, le tribunal de l'affaire *Waste Management c. Mexique*<sup>149</sup> a sanctionné une absence totale de transparence dans les procédures administratives du Mexique car il a estimé que cela constituait une violation au « standard minimum de traitement juste et équitable »<sup>150</sup>.

Un autre critère plus général qui est souvent identifié au sein des standards de traitement concerne l'existence d'un cadre juridique stable pour les opérations de commerce en général et plus particulièrement pour les investissements. Ainsi dans l'affaire *Occidental c.*

---

<sup>145</sup> *Ibid.*, §217

<sup>146</sup> *Ibid.*, §211-212. Parmi les précédentes affaires citées par le tribunal, on peut mentionner notamment la sentence *Bayindir c. Pakistan*, CIRDI n° ARB/03/29, 27 août 2009 ; ou la sentence *Lemire c. Ukraine*, CIRDI n°ARB/06/18, 28 mars 2011

<sup>147</sup> *Metalclad c. Mexique*, préc. n°60

<sup>148</sup> *Ibid.*, §76

<sup>149</sup> *Waste Management c. Mexique*, préc. N°95

<sup>150</sup> *Ibid.*, §98 : « *the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of 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 candor in an administrative process* ».

*Equateur*<sup>151</sup>, le tribunal constatant l'absence de définition du traitement juste et équitable dans le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Equateur, s'est ensuite fondé sur le préambule de celui-ci pour en extraire les objectifs communs prévus par les Parties. Finalement, il a affirmé que

« *The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment* »<sup>152</sup>.

D'une manière plus tangible, le tribunal saisi de l'affaire *CMS Gas c. Argentine*<sup>153</sup> a estimé que le traitement juste et équitable était « inséparable » de la stabilité et de la prévisibilité. Il a en effet considéré qu'un cadre juridique stable constituait un élément essentiel pour le traitement juste et équitable. Dans la même perspective, le tribunal de l'affaire *PSEG Global c. Turquie*<sup>154</sup> a reproché à la Turquie son incapacité à assurer un environnement stable et prévisible pour les opérations de commerce gérées par l'investisseur étranger, ce qui l'a conduit à constater une violation de l'obligation du traitement juste et équitable<sup>155</sup>.

Outre ces critères, un autre facteur a été identifié à la fois dans le contenu du standard minimum de traitement et dans le traitement juste et équitable. Parmi les divers éléments identifiés par la sentence *Neer* comme faisant partie du standard minimum, la Commission des réclamations mexico-américaines a adopté une conception large de l'exigence de défaut de déni de justice en l'appliquant aux actes et décisions prises non seulement par les cours et tribunaux, mais également à ceux adoptés par le pouvoir exécutif ou législatif de l'Etat. Autrement dit, selon la Commission, les autorités étatiques doivent en permanence vérifier la compatibilité de leurs actes vis-à-vis des standards internationaux afin de s'assurer qu'ils ne contiennent pas une fraude, un excès de pouvoir ou une erreur manifeste dans l'administration de la justice.

Une clarification sur les éléments permettant d'appréhender un déni de justice a été apportée dans le cadre de l'ALENA et notamment à l'occasion de l'affaire *Azinian c.*

---

<sup>151</sup> *Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, LCIA, n° UN3467, CNUDCI, décision sur le fond du 1<sup>er</sup> juillet 2004

<sup>152</sup> *Ibid.*, §183

<sup>153</sup> *CMS Gas c. Argentine*, préc. n°100

<sup>154</sup> *PSEG Global c. Turquie*, CIRDI N° ARB/02/5, décision sur le fond du 19 janvier 2007

<sup>155</sup> *Ibid.*, §261-262

*Mexique*<sup>156</sup> où le tribunal examinait si la résiliation d'un contrat conclu entre une municipalité avec une entreprise étrangère pouvait être caractérisée comme un déni de justice. Pour cela, il a explicité les éléments caractéristiques du déni de justice dans les termes suivants :

« *A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. There is a forth type of denial of justice, namely, the clear and malicious application of the law* »<sup>157</sup>.

Dans une affaire plus récente, *Iberdrola Energia c. Guatemala*<sup>158</sup>, le tribunal arbitral a considéré que le requérant avait manqué de démontrer que l'exigence de déni de justice incluse dans le standard de traitement juste et équitable constituait une condition plus large que celle que comporte le standard minimum de traitement. Par conséquent, pour examiner la violation du traitement juste et équitable en raison d'un déni de justice, le tribunal a analysé la conformité de l'attitude de l'Etat d'accueil sur la base du concept de déni de justice tel qu'il existe en droit international coutumier<sup>159</sup>.

Un nouveau critère a semble-t-il été ajouté à la composition du standard de traitement juste et équitable par la sentence *Occidental Petroleum c. Equateur*<sup>160</sup>, où le tribunal, après un examen détaillé des circonstances de fait, a jugé que le standard comportait également un critère de proportionnalité, ce qui a fondé la condamnation de l'Equateur pour violation de ce standard de traitement<sup>161</sup>.

## B) La bonne foi, un élément exclu des deux standards

L'absence de bonne foi en tant que critère de violation des standards de traitement a été très peu invoquée devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Une première sentence datée de 2001 a pu être perçue comme incluant l'obligation de bonne foi au sein des

---

<sup>156</sup> *Azinian c. Mexique*, préc. n°58

<sup>157</sup> *Ibid.*, §102-103

<sup>158</sup> *Iberdrola Energia S.A. c. Guatemala*, CIRDI n° ARB/09/5, décision sur le fond du 17 août 2012

<sup>159</sup> *Ibid.*, §427

<sup>160</sup> *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration & Production Company c. Equateur*, CIRDI n°ARB/06/11, décision sur le fond du 5 Octobre 2012

<sup>161</sup> *Ibid.*, §404-450

standards de traitement. En effet, dans la sentence *Genin c. Estonie*<sup>162</sup>, le tribunal après avoir constaté le contenu obscur et imprécis du standard de traitement juste et équitable a fait valoir que ce standard requérait un standard minimum de traitement. La recherche du contenu de ce standard l'a ensuite conduit à considérer que

*« Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith ».*<sup>163</sup>

Cependant, dans les très peu nombreuses affaires ultérieures à celle-ci, où l'absence de bonne foi de l'Etat d'accueil envers l'investisseur étranger a été invoquée, les tribunaux l'ont généralement écartée pour manque d'utilité. Ainsi, le tribunal de l'affaire *ADF Group c. Etats-Unis*<sup>164</sup>, face à l'allégation par l'investisseur d'une « obligation de bonne foi fondée sur la coutume internationale », a indiqué que

*« An assertion of breach of a customary law duty of good faith adds only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment »*<sup>165</sup>.

Cette affirmation a été ensuite confirmée par d'autres sentences rendues dans le cadre des tribunaux CIRDI et semble aujourd'hui faire l'unanimité. Par exemple, le tribunal de l'affaire *CMS c. Argentine*<sup>166</sup> a qualifié l'obligation de bonne foi comme un

*« Requirement unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question »*<sup>167</sup>.

Il a ensuite nuancé cette affirmation en admettant que l'absence de bonne foi de l'Etat d'accueil d'investissement pouvait constituer une « circonstance aggravante » sans être un élément essentiel des standards de traitement.<sup>168</sup> Par ailleurs, dans la sentence *Azurix Corporation c. Argentine*<sup>169</sup>, le tribunal arbitral a même affirmé qu'il serait incompatible avec le but et le texte des standards de traitement de considérer que

---

<sup>162</sup> *Genin c. Estonie*, CIRDI, N° ARB/99/2, décision sur le fond du 25 juin 2001

<sup>163</sup> *Ibid.*, §367

<sup>164</sup> *ADF Groupe c. Etats-Unis*, CIRDI N° ARB (AF)/001/1, décision sur le fond du 9 janvier 2003

<sup>165</sup> *Ibid.*, §191

<sup>166</sup> *CMS c. Argentine*, préc. n°100

<sup>167</sup> *Ibid.*, §280

<sup>168</sup> *Ibid.*, « *Of course, such intention and bad faith can aggravate the situation but are not an essential element of the standard* ».

<sup>169</sup> *Azurix Corporation c. Argentine*, CIRDI N° ARB/01/12, décision sur le fond du 14 juillet 2006

« A party to the BIT has breached the obligation of fair and equitable treatment only when it has acted in bad faith »<sup>170</sup>.

L'exclusion de l'obligation de bonne foi du contenu des standards de traitement constitue donc aujourd'hui une certitude et les tribunaux arbitraux, confronté à une demande fondée sur l'absence de bonne foi de l'Etat d'accueil, se réfèrent simplement aux sentences antérieures. A cet égard, le tribunal de l'affaire *Duke Energy c. Equateur*<sup>171</sup> s'est contenté d'indiquer que

« It appears from a consistent line of cases that a breach of fair and equitable treatment does not presuppose bad faith on the part of the State »<sup>172</sup>.

Finalement, le tribunal de l'affaire *Jan de Nul c. Egypte*<sup>173</sup> a expressément fait allusion à ce consensus lorsqu'il a affirmé que :

« It is accepted today that a breach of fair and equitable treatment does not presuppose bad faith on the part of the State »<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup>*Ibid.*, §372

<sup>171</sup> *Duke Energy Electroquil Partners c. Equateur*, CIRDI N°ARB/04/19, décision sur le fond du 18 aout 2008

<sup>172</sup>*Ibid.*, §341

<sup>173</sup> *Jan de Nul NV c. Egypte*, CIRDI N°ARB/04/13, décision sur le fond du 6 novembre 2008

<sup>174</sup>*Ibid.*, §185

## **PARTIE II.**

-

# **DES DIVERGENCES PLUS PROFONDES QUE LES SIMILITUDES**

## **CHAPITRE I. Les divergences de natures**

Malgré la proximité qui existe entre le standard de traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement, la juxtaposition d'un certain nombre d'éléments conduit à une perception plus nuancée de leur place respective ainsi que des liens qu'ils entretiennent l'un à l'autre. De ce point de vue, on constate notamment des différences en ce qui concerne la nature respective de ces deux standards. Ce qui se révèle d'une part sur le plan méthodologique et objectif (**Section 1**) et d'autre part par la constatation d'une certaine autonomie du standard de traitement juste et équitable par rapport au standard minimum de traitement (**Section 2**).

### **SECTION 1 : Deux standards méthodologiquement et objectivement distincts**

La nature d'une réalité juridique n'est pas toujours évidente ; elle nécessite souvent un examen scrupuleux d'un certain nombre d'éléments qui participent à l'essence même de cette notion. Il pourrait s'agir à la fois des éléments qui participent à l'apparition de la notion en question mais également de la prise en compte des objectifs qu'elle poursuit sur le plan juridique. Parmi les divergences liées à la nature des deux standards de traitement en question, on trouve principalement une divergence dans la méthodologie d'identification qui est employée pour chacune de ces notions (§1), ainsi qu'une différence dans leurs objectifs (§2).

§1 : Une différence de méthode quant à leur identification respectives

Cette distinction tenant à la méthodologie employée par les tribunaux arbitraux chargés de l'identification du contenu du standard minimum de traitement ou du traitement juste et équitable a été clairement explicitée par le tribunal de l'affaire *Cargill c. Mexique*<sup>175</sup>. Ce tribunal a considéré qu'il existait une différence d'approche dans l'appréhension du sens de chacun de ces standards, ce qui a des implications fondamentales sur le raisonnement juridique du tribunal arbitral. Il a expliqué cette différence dans les termes suivants :

*« A tribunal confronted with a question of treaty interpretation can, with little input from the parties, provide a legal answer. It has the two necessary elements to do so; namely, the language at issue and rules of interpretation. A tribunal confronted with the task of ascertaining custom, on the other hand, has a quite different task because ascertainment of the content of custom involves not only questions of law but involves primarily a question of fact, where custom is found in the practice of States regarded as legally required by them »*<sup>176</sup>.

Cette différence méthodologique a également été consacrée d'une manière plus explicite par le tribunal de l'affaire *Glamis Gold c. Etats-Unis*<sup>177</sup> qui déclarait que :

*« those treaties and free trade agreements, like the NAFTA, that are to be understood by reference to the customary international law minimum standard of treatment necessarily lead their tribunals to analyze custom; while those treaties with fair and equitable treatment clauses that expand upon, or move beyond, customary international law, lead their reviewing tribunals into an analysis of the treaty language and its meaning, as guided by Article 31(1) of the Vienna Convention »*<sup>178</sup>.

Par conséquent, le standard de traitement juste et équitable devrait être interprété en se référant à la signification ordinaire des termes qui le composent, à savoir les caractères « juste » et « équitable » (**A**), tandis que l'interprétation du standard minimum de traitement s'effectuerait par une analyse pointue du droit international coutumier (**B**).

---

<sup>175</sup> *Cargill Incorporated c. Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/05/2, 18 septembre 2009

<sup>176</sup> *Ibid.*, §271

<sup>177</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, CNUDCI, 8 juin 2009

<sup>178</sup> *Ibid.*, §605

A) L'identification du standard de traitement juste et équitable par une référence aux critères « juste » et « équitable »

L'ambiguïté qui affecte le standard de traitement juste et équitable est en partie due au caractère abstrait et subjectif des notions qui le composent, ce qui aboutit à une variation du sens et de la substance reconnue à ce standard d'une situation à une autre. Cela confère, en outre, un large pouvoir d'appréciation aux arbitres afin d'appliquer le standard d'une manière qui serait à la fois juste et équitable en fonction des spécificités de chaque circonstance.

Ainsi, le contenu de ce standard dépend largement des circonstances de chaque affaire et son interprétation par les tribunaux arbitraux implique un examen en deux étapes. Les tribunaux se réfèrent dans un premier temps au langage et aux termes utilisés par le TBI en cause, et particulièrement à sa disposition prévoyant le standard de traitement juste et équitable, pour ensuite, dans un second temps, interpréter ces différents termes à la lumière des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>179</sup>.

Concernant la définition des termes « juste » et « équitable » employés dans le titre de ce standard, le caractère « équitable » est habituellement défini comme un caractère qui serait conforme à l'équité, c'est-à-dire à « ce qui est conforme en soi au sentiment de justice, sans arbitraire et sans discrimination »<sup>180</sup>. La subjectivité du traitement juste et équitable réside essentiellement dans le fait que l'équité est traditionnellement définie comme « l'application de la justice dans un cas d'espèce »<sup>181</sup>, ce qui permet une application concrète et adaptée du standard en fonction des circonstances de l'espèce<sup>182</sup>. En revanche, ce standard a également une part d'objectivité qu'il tire du terme « juste ». En effet, ce terme renvoie à la justice et à ce qui est conforme à celle-ci, ce qui suppose donc « que la même norme de référence soit appliquée sans discrimination à tous les membres d'une même catégorie »<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, préc. n°82, articles 31 et 32

<sup>180</sup> *Dictionnaire de droit international public*, préc. n°16, p.441

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> Etymologiquement, l'équité correspond à l'application de la justice influencée par le principe d'égalité. Cette affirmation a d'ailleurs été confirmée par un certain nombre d'arrêts de la Cour internationale de justice. Notamment dans l'affaire « différend frontalier » de 1986, après avoir reconnu la distinction entre les notions d'égalité et d'équité, la Cour a déclaré que « en l'absence de circonstances spéciales c'est en général celle qui traduit le mieux celle-là ».

<sup>183</sup> *Dictionnaire de droit international public*, préc. n°16, p.634

Malgré cette part d'objectivité, le standard de traitement juste et équitable demeure atteint d'une subjectivité au regard de son contenu. En effet, selon le juge Schwebel,

*« The meaning of what is fair and equitable is defined when that standard is applied to a set of specific facts »*<sup>184</sup>.

Le tribunal arbitral saisi de l'affaire *MTD c. Chili*<sup>185</sup> a clairement affirmé qu'un tribunal constitué sur la base d'un TBI a l'obligation d'appliquer les dispositions de celui-ci en les interprétant conformément aux normes mises en place par la Convention de Vienne sur le droit des traités. A cet effet, il a examiné les significations ordinaires des termes de ce concept et a conclu que :

*« In their ordinary meaning, the terms "fair" and "equitable" used in Article 3(1) of the BIT mean "just", "even-handed", "unbiased", "legitimate" ».*

Pour poursuivre son analyse, le tribunal a eu recours au préambule du TBI afin d'interpréter les termes « juste » et « équitable » selon les objectifs du traité et a considéré finalement que :

*« Fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment »*<sup>186</sup>.

Cette méthodologie spécifique employée pour interpréter le standard de traitement juste et équitable, ainsi que le refus des arbitres d'avoir recours au droit international coutumier dans cette tâche démontre l'autonomie de ce standard par rapport au standard minimum de traitement qui lui, est uniquement identifié par le biais du droit international coutumier.

---

<sup>184</sup> *MTD c. Chili*, préc. n° 118, Opinion of Judge Steven Schwebel, §23. Witness Statement submitted with the Memorial

<sup>185</sup> *MTD c. Chili*, préc. n° 118, §

<sup>186</sup> *Ibid.*, §113

## B) Le caractère coutumier, unique critère d'identification du standard minimum de traitement

Contrairement au standard de traitement juste et équitable qui nécessite une interprétation scrupuleuse des dispositions du TBI, l'identification du standard de traitement juste et équitable appelle un examen plus objectif qui se limite à la constatation d'une coutume internationale. En effet, la tâche du tribunal arbitral chargé d'une affaire se borne à constater en premier lieu que la disposition prévoyant un standard de traitement se réfère bien au droit international coutumier comme norme de référence pour ensuite examiner si la conduite reprochée par le requérant à l'Etat d'accueil fait partie de la coutume internationale.

Il convient cependant de préciser que dans cette hypothèse, le tribunal arbitral n'a pas à décider du caractère coutumier ou non d'une pratique ; il se limite uniquement à le constater pour appliquer la norme coutumière. En réalité, pour constater l'existence d'une norme coutumière, l'arbitre devra se référer au Statut de la Cour internationale de Justice qui définit, dans son article 38, la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ». Cette disposition a par la suite fait l'objet d'une clarification par certains arrêts de la Cour internationale de Justice, notamment l'arrêt *Plateau continental de la mer du nord*<sup>187</sup>. Dans cet arrêt, la Cour fait référence à l'arrêt *Lotus* qui conditionnait l'existence d'une coutume au constat d'une pratique étatique qui serait motivée par une conscience de devoir.

Ce qui est cependant « indispensable » du point de vue de la Cour c'est que

« la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu »<sup>188</sup>.

Même si la Cour fait preuve d'une rigueur totale dans l'appréciation de l'*opinio juris*, elle relativise néanmoins le rôle de l'élément temporel dans la constitution d'une coutume. Pour la Cour en effet, le fait qu'une pratique n'ait duré que pendant un bref laps de temps ne fait pas obstacle à la constitution d'une coutume internationale, et inversement, l'étalement d'une pratique dans le temps ne présuppose pas pour autant son intégration systématique à la catégorie de coutume internationale.

---

<sup>187</sup> *Plateau continental de la mer du nord*, Cour internationale de justice, 20 février 1969, Recueil 1969, p.3

<sup>188</sup> *Ibid.*, §74

Outre cette problématique de l'existence d'une règle coutumière, certaines affaires portant sur le traitement des investissements internationaux ont soulevé la question de la charge de la preuve d'une nouvelle règle coutumière devant les tribunaux arbitraux. La position des tribunaux est claire : la charge de la preuve d'une nouvelle norme coutumière internationale repose sur le requérant devant un tribunal arbitral et la tâche de celui-ci se borne à l'examen des éléments fournis par le requérant afin d'établir l'existence d'une norme coutumière. En effet, selon le tribunal de l'affaire *Cargill*<sup>189</sup> si le requérant manque à démontrer l'intégration d'une nouvelle norme au sein du droit international coutumier, le tribunal arbitral n'aura pas à s'en préoccuper. Cette position a été confirmée également par la sentence *Glamis Gold*<sup>190</sup> qui reproche au requérant de ne pas avoir fourni les éléments nécessaires à l'observation du changement dans le standard minimum de traitement tel qu'il prétendait :

*« It is the burden of the claimant to establish that customary international law has changed. The Claimant had not borne that burden, had not shown that the standard of treatment had changed to require something less than "outrageous", "egregious" or "shocking" behavior »*<sup>191</sup>.

Par conséquent, la preuve du caractère coutumier d'une norme de traitement suffit pour le tribunal arbitral de l'intégrer au contenu du standard minimum de traitement, sans avoir à interpréter la disposition conventionnelle du standard de traitement de la même manière que le standard de traitement juste et équitable.

---

<sup>189</sup> *Cargill c. Mexique*, préc. n°175

<sup>190</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n°177

<sup>191</sup> *Ibid.*, §601

## §2 : Une différence dans leur fonctionnement respectif

La différence entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable ne se résume pas à une différence méthodologique tenant à l'identification de leur contenu. Il convient d'y ajouter une divergence liée à leur fonctionnement et à leurs moyens d'action. Il est en effet admis que le standard minimum de traitement se contente de constituer un cadre préventif vis-à-vis des conduites internationalement illicites des Etats d'accueil (**A**) alors que le standard de traitement juste et équitable accorde un traitement avantageux marqué par un dynamisme (**B**).

### A) Le but purement préventif du standard minimum de traitement

L'objectif du standard minimum de traitement consiste essentiellement à prévenir les conduites de l'Etat d'accueil à l'égard de l'investissement étranger qui seraient incompatibles avec le droit international. Cet objectif est en réalité suggéré par l'appellation même de ce standard –un standard « minimum » dans le traitement des investissements internationaux. L'idée est en effet d'exiger de l'Etat d'accueil de respecter un minimum d'obligations lorsqu'il s'agit des biens et les investissements d'un ressortissant étranger, et ce, indépendamment de ses réglementations internes. A cet égard, selon un auteur :

*« The idea of a minimum standard of treatment ... arose well over a century ago because of the concern of some states that the treatment that was accorded to their nationals in other states could on occasion fall below that which should be tolerated »<sup>192</sup>.*

Ainsi, les premières sentences arbitrales qui ont clarifié ce standard, ont déterminé un seuil d'acceptabilité d'un traitement par rapport au droit international. Il convient notamment de citer la sentence *Roberts c. Mexique*<sup>193</sup>, qui fait partie de ces premières tentatives de clarification du standard où le tribunal arbitral considère que le standard minimum de traitement intervient essentiellement pour s'assurer que les investisseurs étrangers sont traités

---

<sup>192</sup> JC THOMAS, « Reflections on Article 1105 of NAFTA : History, State Practice and the Influence of Commentators », 2002, *ICSID Review*,

<sup>193</sup> *Harry Roberts c. Mexique*, Commission des réclamations mexico-américaines, 2 novembre 1926

« en conformité avec les standards ordinaires de civilisation »<sup>194</sup>, indépendamment du traitement que les Etats d'accueil accordent à leurs nationaux.

Plus récemment, le tribunal saisi de l'affaire *Glamis Gold c. Etats-Unis*<sup>195</sup> a confirmé ce point de vue en jugeant que :

« *The customary international law minimum standard of treatment is just that, a minimum standard. It is meant to serve as a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community* »<sup>196</sup>.

Ce tribunal a poursuivi en affirmant que le traitement juste et équitable tel qu'il est perçu dans le cadre de l'ALENA ne constitue pas un standard dynamique car il n'est pas susceptible de varier d'un pays à un autre, précisément aux fins de garantir un traitement minimum. Cela s'explique également à la fois par l'uniformité et par l'universalité de la norme de référence de ce standard, à savoir le droit international coutumier. De ce fait, le but de ce standard se résume à sanctionner toute conduite de l'Etat qui heurterait une norme coutumière internationale, ce qui ne s'étend pas à un large éventail de normes.

## B) Le traitement juste et équitable comme un standard dynamique

Contrairement au standard minimum de traitement, il est généralement admis que le standard de traitement juste et équitable constitue un standard dynamique qui ne se limiterait pas à prévenir ou à sanctionner les conduites dépassant un certain seuil. En effet, il s'agit d'un standard qui vise à créer, à promouvoir et à encourager les investissements internationaux en établissant un climat de stabilité, de transparence et de justice, tel qu'indiqué dans la sentence *MTD c. Chili*<sup>197</sup>. Dans cette affaire, le Chili avait interprété le standard de traitement juste et équitable inclus dans le TBI entre la Malaisie et le Chili en se fondant sur la note interprétative de l'ALENA. Le tribunal arbitral a cependant considéré que la disposition incluse dans le TBI ne contenait aucune référence au droit international coutumier, ce qui a

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, §8

<sup>195</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n°177

<sup>196</sup> *Ibid.*, §615

<sup>197</sup> *MTD c. Chili*, préc. n°118

amené le tribunal à distinguer ces deux standards. Il a poursuivi son interprétation et a considéré que les termes constitutifs du standard de traitement juste et équitable formaient

« *A pro-active statement – “to promote”, “to create”, “to stimulate”- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors* »<sup>198</sup>.

Dans le même ordre d’idée, le tribunal de l’affaire *Azurix c. Argentine*<sup>199</sup>, après avoir examiné les intentions des parties reflétées dans le préambule du TBI en cause, a considéré que :

« *The text of the BIT reflects a positive attitude towards investment with words such as “promote” and “stimulate”. Furthermore, the parties to the BIT recognize the role that fair and equitable treatment plays in maintaining “a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources* »<sup>200</sup>.

Ce rôle reconnu au standard de traitement juste et équitable a été également évoqué dans les sentences *CMS c. Argentine*<sup>201</sup> et *Occidental c. Equateur*<sup>202</sup> comme un objectif essentiel de ce standard et un élément inévitable de tout investissement international. Le dynamisme de ce standard s’explique particulièrement par son inclusion dans les traités bilatéraux d’investissement qui ont pour objet de garantir et de promouvoir les opérations d’investissements dans les pays étrangers. Il s’agit donc d’une disposition conventionnelle qui contribue pleinement à la réalisation des buts et des objectifs de la convention.

Il est possible de résumer ces constatations en ayant recours au vocabulaire du droit français des obligations, pour affirmer que le standard minimum de traitement constitue une obligation de « ne pas faire » contrairement au traitement juste et équitable qui est, lui, une obligation de « faire ». Cette distinction renvoie à une différence dans l’objet des obligations à la charge du débiteur en ce sens que l’obligation de faire impose au débiteur d’accomplir un fait positif alors que l’obligation de ne pas faire le contraint à s’abstenir de faire certains actes. En transposant cette approche au droit des investissements internationaux, on peut interpréter le traitement juste et équitable comme une obligation positive qui génère des obligations d’action à la charge de l’Etat hôte dans le but d’assurer l’effectivité du traitement des

---

<sup>198</sup> *Ibid.*, §113

<sup>199</sup> *Azurix c. Argentine*, préc. n° 169

<sup>200</sup> *Ibid.*, §360

<sup>201</sup> *CMS c. Argentine*, préc. n°100, §274

<sup>202</sup> *Occidental c. Equateur*, préc. n°151, §183

investissements internationaux<sup>203</sup>. Ce standard implique donc une exécution concrète de la part de l'Etat et devient, à ce titre, un moteur de l'action étatique aux fins de favoriser le traitement des investissements. De l'autre côté, le standard minimum de traitement constituerait une obligation de ne pas faire dans la mesure où il impose aux Etats ce qu'ils ne doivent pas faire : dénier justice à l'investisseur étranger, enfreindre son droit de propriété, porter atteinte à sa dignité, etc.

La divergence de l'objet qui est ainsi détectée entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable est une raison de plus qui milite pour l'autonomie de ce dernier par rapport au standard minimum.

## **SECTION 2 : La marge d'autonomie du traitement juste et équitable par rapport au standard minimum de traitement**

La constatation des divergences mentionnées précédemment a conduit un certain nombre d'auteurs à voir dans le standard de traitement juste et équitable un standard totalement autonome par rapport au standard minimum de traitement. Cette interrogation s'est accompagnée d'un débat sur le caractère coutumier de ce standard (§1), qui n'a pourtant pas paru convaincant à une majeure partie de la doctrine. Ce rejet du caractère coutumier a ensuite déclenché un nouveau débat sur l'appartenance du traitement juste et équitable aux principes généraux du droit international (§2).

---

<sup>203</sup> La transposition de cette approche, empruntée du droit civil des obligations, au sein du droit international n'est pas sans précédente. La notion d'obligation de faire, ou celle d'obligation positive, est souvent employée en ce qui concerne les droits de l'homme. Voir notamment : R.P. MAZZESCHI, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, vol. 333, 2008, 331 pages/ M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, 572 pages

§1 : *Le débat sur le caractère coutumier du traitement juste et équitable : l'absence d'une opinio juris*

La multiplication des traités bilatéraux d'investissement et l'inclusion du standard de traitement juste et équitable dans la plupart de ces instruments, a donné lieu à des interrogations sur la nature même de ce standard. Cela a conduit certains tribunaux arbitraux, ainsi que certains auteurs, à y voir une norme coutumière internationale (**A**). Ces réflexions ont néanmoins abouti à constater l'absence de l'un des éléments essentiels à la formation d'une coutume internationale, ce qui a éliminé les doutes sur le caractère autonome de ce standard. Cette autonomie débouche sur un certain nombre de conséquences qui sont également apparentes à la lecture de certaines sentences arbitrales (**B**).

A) Un doute alimenté par les multiples références au traitement juste et équitable dans les textes

Le principal argument en faveur du caractère coutumier du traitement juste et équitable s'inscrit dans la référence fréquente des instruments internationaux, multilatéraux comme bilatéraux, à ce standard. En effet, la quasi-totalité des traités conclus en matière d'investissement international prévoient le traitement juste et équitable en tant que standard de traitement des investissements. Il convient néanmoins d'écarter de la présente analyse les dispositions conventionnelles prévoyant le standard de traitement juste et équitable comme une forme de standard minimum de traitement, telle que l'article 1105 de l'ALENA. Il est en effet admis que ce type de disposition ne reflète que le standard minimum de traitement, ce qui a également été confirmé par le tribunal de l'affaire *Glamis Gold* dans les termes suivants :

*« Article 1105's duty to provide fair and equitable treatment in accordance with "international law" is solely a reference to the minimum standard of treatment required by "customary international law", as an authoritative interpretation of NAFTA of 2001 by its three Parties provides »<sup>204</sup>.*

---

<sup>204</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n° 177, §543

En réalité, c'est particulièrement dans les traités bilatéraux que la référence au traitement juste et équitable s'avère abondante. Ainsi en 1992, Mohamed I. KHALIL a entrepris une analyse comparative de 335 TBI et a constaté que parmi ceux-ci, seul 28 n'incluaient pas le standard de traitement juste et équitable<sup>205</sup>. Par ailleurs, dans un ouvrage élaboré en 2012 par une équipe sous la direction de Chester Brown, 17 modèles de traités relatifs aux investissements ont été étudiés, dont 16 TBI, où on constate que tous les modèles examinés incluaient le standard de traitement juste et équitable<sup>206</sup>. Il reste toutefois que, parmi ces 17 modèles de traités, les modèles de TBI canadien, américain ainsi que la règle de traitement mise en place par l'ALENA adoptent une approche particulière de ce standard de traitement et il y a lieu donc de les écarter (comme il a été débattu précédemment)<sup>207</sup>.

Finalement, toutes ces constatations ont conduit le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Deutsche Bank c. Sri Lanka*<sup>208</sup> à considérer que le contenu actuel du traitement juste et équitable ne serait pas « matériellement » différent de celui du standard minimum, et ce, tout en reconnaissant l'autonomie du traitement juste et équitable par rapport au standard minimum de traitement. Ce raisonnement a été repris dans la sentence sur la compétence de l'affaire *Saur c. Argentine*<sup>209</sup> où le tribunal a estimé que :

« Il est devenu indifférent que le concept de TJE soit interprété conformément à son 'sens courant', comme l'exige la Convention de Vienne, ou conformément au droit international coutumier; dans les deux cas, le niveau de conduite exigible de l'État est le même »<sup>210</sup>.

Cependant, il serait plus pertinent d'examiner la question de l'intégration du traitement juste et équitable par une analyse fondée sur des éléments juridiques, plutôt que sur des données factuelles. A cet effet, il faudrait se référer notamment à l'arrêt *Plateau continental de la mer du nord* rendu par la C.I.J où celle-ci détermine les conditions nécessaires à l'intégration d'une règle conventionnelle au droit coutumier international. Dans cet arrêt en effet, le Danemark et les Pays Bas considéraient que la Convention de Genève sur le plateau

---

<sup>205</sup> M.I. KHALIL, « Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties », *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol 7, N°2, 1992, p.339

<sup>206</sup> Ch. Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2012

<sup>207</sup> Outre les dispositions de l'ALENA, cet ouvrage étudie les modèles de TBI des pays suivants : Allemagne, Autriche, Canada, Chine, Colombie, France, Italie, Japon, Corée du Sud, Lettonie, Pays-Bas, Russie, Singapour, Suisse, Royaume Uni, Etats-Unis d'Amérique

<sup>208</sup> *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*, CIRDI, n° ARB/09/2, 31 Octobre 2012, §418-419

<sup>209</sup> *SAUR International SA c. Argentine*, CIRDI n°ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012

<sup>210</sup> *Ibid.*, §494

continental<sup>211</sup> ne constituait plus uniquement une simple convention internationale et était devenue, par l'adhésion et la pratique des Etats, une coutume internationale avec une force obligatoire à l'égard de tous les Etats, nonobstant, éventuellement, l'absence de leur consentement direct ou indirect. Même si ces deux pays admettaient que la disposition en cause ne relevait pas initialement du droit coutumier international, ils estimaient qu'à l'époque de cet arrêt, la pratique des Etats ainsi que les différents travaux de recherches ayant été effectués sur cette question avaient entraîné une consolidation de la coutume. La Cour a néanmoins rejeté leur argument en ce qui concerne la disposition en question car, pour elle, cette disposition n'avait pas pu accueillir une valeur juridique obligatoire et n'avait été mise en place qu'à titre expérimental. Pour parvenir à cette conclusion la Cour a rappelé que :

« Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »<sup>212</sup>.

Elle s'est ensuite appuyée sur la possibilité pour les Etats d'émettre des réserves à cette disposition comme un élément de preuve au soutien de son raisonnement selon lequel il ne s'agissait que d'une règle purement et simplement conventionnelle. Toutefois, si elle écarte l'existence d'une coutume universelle et généralisée, elle semble admettre qu'il pourrait y avoir une coutume propre à un certain groupe de pays. En suivant le raisonnement de la Cour, on pourrait envisager que le standard de traitement juste et équitable puisse constituer une coutume parmi les seuls pays exportateurs de capitaux car ceux-ci avaient décidé d'y être liés à l'occasion de tous les traités, multilatéraux ou bilatéraux, qu'ils ont négocié et conclu. Mais cette preuve n'existait pas, à l'époque, en ce qui concerne les pays en développement.

Quoiqu'il en soit, cette absence d'*opinio juris* pourrait être expliquée par le fait que la plupart des conventions multilatérales contenant ce standard n'ont pas réussi à recueillir le nombre suffisant de ratifications et restent toujours à l'état de « projet » de convention. Cela tiendrait à démontrer l'absence d'une conviction homogène au niveau international sur ce sujet<sup>213</sup>. Par ailleurs, dans le projet de convention de l'OCDE seuls les Etats exportateurs de

---

<sup>211</sup> Convention sur le plateau continental, Genève, 29 avril 1958, Entrée en vigueur 10 juin 1964, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol.499, p.311

<sup>212</sup> Arrêt préc. n°187. §77

<sup>213</sup> On peut citer notamment la Charte de la Havane, le Projet de convention Abs-Shawcross, le Projet de convention de l'OCDE ou le Projet de l'Accord multilatéral sur les investissements.

capitiaux ont pu participer à la rédaction de ce texte et les Etats en développement en ont été exclus. Ce qui entre en contradiction avec l'une des conditions sine qua non à la formation de la coutume internationale qui exigeait la participation de tous les Etats intéressés à cette formation. Ainsi, il serait possible d'arguer qu'une partie des Etats intéressés à la question du traitement des investisseurs étaient exclus de ce processus, car la contribution des Pays en développement à la promotion des investissements internationaux est aujourd'hui incontestable.

Il convient d'ajouter par ailleurs que le simple fait pour les pays en développement d'entrer dans les conventions prévoyant l'obligation du traitement juste et équitable ne devrait pas, en lui même, démontrer la valeur juridique obligatoire de ce standard. Il peut exister en effet des rapports de force, politiques ou économiques, qui amèneraient ces pays à accepter cette disposition au cours des négociations. Il serait naïf de considérer que tous les pays en développement, et particulièrement les pays les moins développés, aient à une époque consenti volontairement à l'intégration du standard de traitement juste et équitable en droit international coutumier. En effet, il est beaucoup plus facile pour un investisseur étranger de démontrer le manquement de l'Etat hôte au traitement juste et équitable plutôt que la mise en cause de la responsabilité de cet Etat pour violation du standard minimum de traitement<sup>214</sup>. Il est, de ce fait, bien plus réaliste de voir dans leur large participation aux traités contenant ce standard, un moyen pour inciter les investisseurs étrangers à mener des opérations d'investissements sur leur sol.

Cette dernière observation a servi au Professeur Charles Leben pour conclure au caractère coutumier du standard de traitement juste et équitable. En effet pour lui, pour ce qui est de ce standard, l'*opinio juris* devra être trouvée non pas « dans la contrainte des Etats, mais dans leur nécessité » de voir les investissements internationaux être traités de manière juste et équitable sur le plan international<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Cette question va être approfondir dans les développements ultérieures.

<sup>215</sup> Ch. LEBEN, « L'évolution du Droit International des Investissements », préc. n°7

## B) L'affirmation de l'autonomie du traitement juste et équitable et ses implications

L'autonomie du traitement juste et équitable par rapport au droit international coutumier a trouvé la faveur d'une majeure partie de la doctrine. En effet, Stephen Vasciannie s'est fondé sur une approche historique afin de démontrer cette autonomie lorsqu'il s'est prononcé dans les termes suivants :

*« Bearing in mind that the international minimum standard has itself been an issue of controversy between developed and developing States for a considerable period, it is unlikely that a majority of States would have accepted the idea that this standard is fully reflected in the fair and equitable treatment standard without clear discussion »<sup>216</sup>.*

La même position a été prise par Dolzer et Stevens qui affirment que :

*« It is submitted here that the fact that the parties to BITs have considered it necessary to stipulate this standard as an express obligation rather than relied on a reference to international law and thereby invoked a relatively vague concept such as the minimum standard, is probably evidence of a self-contained standard. Further, some treaties refer to international law in addition to the fair and equitable treatment, thus appearing to reaffirm that international law standards are consistent with, but complementary to, the provisions of the BIT »<sup>217</sup>.*

La première conséquence de l'autonomie du standard de traitement juste et équitable se manifeste au stade de l'application de ce standard par les tribunaux arbitraux. En effet, l'absence de caractère coutumier de ce standard conduit obligatoirement les arbitres à se fonder sur un TBI pour pouvoir l'appliquer à un cas d'espèce. De façon plus générale, il s'agit d'une disposition conventionnelle qui nécessite, à ce titre, le consentement explicite des Etats parties au litige pour pouvoir s'appliquer à celui-ci, contrairement au standard minimum de traitement qui ne requiert aucun consentement direct de la part des Etats et trouve à s'appliquer par le simple fait qu'il s'attache à la coutume internationale.

Cette autonomie reconnue au standard de traitement juste et équitable implique une deuxième conséquence qui a trait à la modalité de l'identification de son contenu. En effet, l'absence de caractère coutumier de ce standard conduit au fait que son contenu ne peut être déterminé que par les tribunaux, et ce, contrairement au standard minimum de traitement pour

---

<sup>216</sup> S. VASCIANNIE, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *The British Yearbook of International Law*, 1999, n°17, p.144

<sup>217</sup> R. DOLZER, M. STEVENS, préc. N°108, p. 60

lequel les arbitres ne font que déclarer son contenu. Cela a notamment été mis en avant par le tribunal saisi de l'affaire *Glamis Gold* qui déclare que

*« Arbitral awards, Respondent rightly notes, do not constitute State practice and thus cannot create or prove customary international law. They can however, serve as illustrations of customary international law if they involve an examination of customary international law, as opposed to a treaty-based, or autonomous interpretation »*<sup>218</sup>.

## §2 : Le traitement juste et équitable, un principe général du droit?

Contrairement aux auteurs qui considèrent que le standard de traitement juste et équitable se limite au standard minimum de traitement tel qu'il est conçu par la coutume internationale, une autre partie de la doctrine soutient que ce standard a vocation à se fonder sur toutes les sources du droit international car il s'agit essentiellement d'un standard détaché du droit interne des Etats. Parmi ces auteurs, une position plus précise, et défendue par le Professeur Juillard, consiste à qualifier ce standard comme un principe général de droit international **(A)**. Cette position demeure néanmoins minoritaire car pour la majorité de la doctrine le standard de traitement juste et équitable reste une disposition conventionnelle, quoique très répandue **(B)**.

### A) Une qualification afin de récompenser une pratique abondante

Selon l'article 38 §1 du Statut de la Cour internationale de Justice, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »<sup>219</sup> constituent une source du droit international à côté de la coutume et des conventions internationales. D'un point de vue historique, la référence aux « nations civilisées » limitait le contenu de cette catégorie aux seuls principes reconnus par « les peuples jouissant de la civilisation européenne »<sup>220</sup>. Or, aujourd'hui, il est « communément admis qu'il s'agit des "principes" reconnus par les Etats

---

<sup>218</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n°177, §605

<sup>219</sup> Statut de la Cour internationale de justice, préc. n°78

<sup>220</sup> D. CARREAU, F. MARELLA, *Droit international*, Pedone, 2012, p. 306

en tant que tels », ce qui signifie que « tout Etat, par le fait même qu'il existe, se trouve dans la catégorie des “nations civilisées” »<sup>221</sup>.

Contrairement à ces principes généraux *de* droit qui correspondent en réalité à des règles nationales généralisées et transposées dans l'ordre juridique international, il existe une catégorie de principes généraux *du* droit qui, elle, proviennent directement du droit international. Ces principes sont générés par l'application du droit international lors des litiges portés devant les juges ou les arbitres internationaux. En ce qui concerne le standard de traitement juste et équitable, force est de constater que ce standard n'existe pas dans les ordres juridiques internes des Etats, ce qui l'empêche précisément d'être qualifié comme un principe général de droit. Ce point de vue est partagé par le Professeur Juillard dont la position est essentiellement fondée sur la pratique diversifiée des Etats qui selon lui « accuse, en cette matière, de telles différences qu'il paraît bien difficile d'en déceler les traits communs »<sup>222</sup>. Il considère par conséquent

« plus réaliste de constater, en définitive, que les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements reflètent des principes généraux qui s'affirment indépendamment de toute pratique étatique »<sup>223</sup>.

En ce qui concerne ces règles de traitement des investissements internationaux, il distingue entre deux catégories de principes généraux du droit international en fonction de leurs finalités. Il y a d'une part les principes tenant à l'*efficacité*, dont l'existence est due à une justification économique et qui donnent naissance à des règles juridiques. D'autre part, il y a les règles liées à la *moralité* qui sont donc, à ce titre, déjà établies. La première catégorie comprend par exemple les règles liées au traitement national et la seconde englobe notamment le traitement juste et équitable. En effet, pour le Professeur Juillard, ce sont les normes d'éthique qui servent de fondement au traitement juste et équitable et qui expliquent son existence.

Il poursuit son analyse en examinant la question de savoir si le traitement juste et équitable est lui-même un principe général du droit international ou s'il en est le résultat. Pour répondre à cette interrogation, il se réfère à une étude menée en 1984 par l'OCDE où celle-ci a

---

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », préc. n°1, p.131

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

tenté de réunir les points de vue de ses Etats membres sur la question de la contribution des différents accords interétatiques portant sur la promotion et la protection des investissements<sup>224</sup>. A l'issue de cette étude, menée au moyen de réponses à un questionnaire, les Etats membres de l'Organisation ont exprimé leur opinion sur le standard de traitement juste et équitable dans les termes suivants :

« De l'avis de tous les pays membres qui ont commenté ce point, la notion de traitement juste et équitable introduit un principe juridique en soi, qui renvoie aux principes généraux du droit international, même si cela n'est pas dit explicitement [...] Dans beaucoup d'accords ou conventions, il est donné de l'importance à cette notion de traitement juste et équitable, en la faisant figurer dans des clauses qui se réfèrent très précisément aux règles et aux principes du droit international»<sup>225</sup>.

Le Professeur Juillard déduit de cette affirmation que le traitement juste et équitable constitue bien un principe général du droit international qui « existe indépendamment du support conventionnel qui l'exprime »<sup>226</sup>. Ainsi, il voit dans l'imprécision qui entoure le contenu de ce standard, une implication inévitable de tout principe général du droit international, car il estime qu'un principe général apparaît à chaque fois « qu'il n'a pas été possible de formuler une règle précise »<sup>227</sup>. Ce qui donne lieu, selon lui, à un devoir pour l'arbitre international de clarifier progressivement le contenu de ce principe. Il considère par ailleurs que le contenu déjà identifié pour le traitement juste et équitable pourrait ne constituer qu'un « noyau minimum », susceptible donc de continuer à se clarifier au fur et à mesure, ce qui serait à l'origine des confusions existantes entre ce standard et le standard minimum de traitement.

La position du Professeur Juillard est également confirmée par un certain nombre de modèles de TBI qui renvoient le traitement juste et équitable aux règles et aux principes du droit international. Tel est le cas notamment de l'article 4 du modèle de TBI français qui dispose que :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie ».

---

<sup>224</sup> OCDE, Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales (CIEM), « Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement », 84/14, 27 mai 1984

<sup>225</sup> *Ibid.*, p.13, §36

<sup>226</sup> P. JUILLARD, préc. n°1, p.133

<sup>227</sup> *Ibid.*

Cette approche a été également reprise par le Professeur Horchani qui considère que le standard de traitement juste et équitable :

« constitue un principe au sens qu'on donne aux principes généraux de droit : c'est à dire qu'il n'a pas besoin d'être prévu par un texte pour être appliqué par le juge ou l'arbitre »<sup>228</sup>.

Il convient néanmoins de préciser que cette position est loin de constituer la position majoritaire au sein de la doctrine. Une majeure partie des auteurs contestent l'appartenance du standard de traitement juste et équitable à la catégorie des principes généraux du droit international.

## B) Une qualification rejetée par la doctrine majoritaire

Les principes généraux du droit international cessent d'être la source première du droit des investissements internationaux, comme cela était le cas dans les premières sentences portant sur les investissements pétrolières ou minières<sup>229</sup>. De ce fait, il peut être étonnant qu'un standard aussi récurrent dans le domaine des investissements internationaux, tel que le traitement juste et équitable, puisse relever de cette catégorie de normes internationales. Par conséquent, la position défendue par le Professeur Juillard pourrait faire l'objet d'un certain nombre de réserves.

Dans une perspective générale tout d'abord, cette approche est contestée par les auteurs « volontaristes » qui nient purement et simplement « toute existence autonome à ces principes »<sup>230</sup> par rapport à la coutume internationale. Selon ces auteurs en effet, même dans les hypothèses où le juge international a reconnu l'existence d'un principe général de droit international, celui-ci n'a pas perduré en tant que tel car il a généralement été récupéré par une

---

<sup>228</sup> F. HORCHANI, *Où va le droit de l'investissement. Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, 2006, p. 15

<sup>229</sup> Voir. Ch. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, Vol 302, p. 347-348

<sup>230</sup> *Ibid.*, p.379

nouvelle norme de droit internationale pour renaître ensuite, soit comme une norme conventionnelle, soit comme une norme coutumière. On peut mentionner à titre d'exemple les privilèges de l'Etat côtier, qui ont dans un premier temps été consacrés dans un arrêt de 1974<sup>231</sup> pour ensuite se transformer en une règle conventionnelle incluse dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. En outre, il convient de rappeler qu'il existe des décisions de la Cour internationale de Justice où le juge international se réfère à la double mention de la coutume et des principes généraux du droit international pour une pratique universelle des Etats. Notamment, à l'occasion de l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*<sup>232</sup>, la Cour a tout d'abord qualifié le droit du titulaire d'un fonds enclavé de passer par les fonds intermédiaires pour y accéder comme une coutume générale pour ensuite déclarer que :

« il est rare de trouver un principe se dégageant plus manifestement de la pratique universelle des Etats *in foro domestico* et répondant plus parfaitement aux exigences de l'article 38, paragraphe I, lettre c), du Statut de la Cour »<sup>233</sup>.

Cette critique théorique se renforce par ailleurs par une critique conceptuelle élaborée par le Professeur Charles Leben dans son article intitulé « L'évolution du droit international des investissements ». Dans cet article en effet, il conteste tout d'abord l'opinion du Professeur Juillard qui voyait dans les principes généraux du droit international une alternative à l'absence de précision d'un concept juridique. Autrement dit, pour le Professeur Leben,

« Le caractère vague d'une notion ne saurait démontrer son appartenance aux principes généraux du droit car les juges, ou les arbitres, sont fréquemment confrontés à un travail de clarification de notions floues qu'ils devront appliquer ».

Ainsi, pour lui, il existe un nombre considérable de normes juridiques frappées d'imprécision, sans forcément appartenir à la catégorie des principes généraux. Il pourrait très bien s'agir d'une disposition conventionnelle aux contours flous ou même d'une coutume internationale dont l'étendue devrait être délimitée par le juge international.

---

<sup>231</sup> *Royaume-Uni c. Islande*, Cour internationale de justice, Recueil 1974, p.3

<sup>232</sup> *Affaire du Droit de passage sur territoire indien*, Arrêt du 12 avril 1960, Cour internationale de justice, Recueil 1960, p.6

<sup>233</sup> *Ibid.*, p.9-10

En outre, il estime que la référence systématique des tribunaux arbitraux au standard de traitement juste et équitable inclus dans un TBI dément l'appartenance de ce standard à la catégorie des principes généraux de droit. En effet, s'il s'agissait d'un principe général de droit, il ne serait plus nécessaire pour les arbitres de faire référence à la disposition conventionnelle à chaque fois qu'ils examinent la question du traitement des investissements étrangers.

## CHAPITRE II. Les divergences de contenu

Les divergences entre le standard minimum de traitement et le traitement juste et équitable ne se limitent pas à leur nature respective et touchent également leur contenu. En effet, contrairement au standard minimum qui est généralement considéré comme un standard objectif, le traitement juste et équitable se démarque en contenant à la fois des éléments objectifs mais également subjectifs (**Section 1**). En outre, la pratique arbitrale montre que le traitement accordé suivant l'un ou l'autre de ces standards ne s'opère pas selon le même degré (**Section 2**).

### **SECTION 1 : Une plus grande effectivité du traitement juste et équitable assurée par l'accumulation d'éléments objectifs et subjectifs**

Une grande partie du succès du standard de traitement juste et équitable est en réalité due à son contenu polyvalent face au standard minimum de traitement qui, lui, n'implique qu'une appréciation abstraite des circonstances. Ainsi, le traitement juste et équitable présente un avantage considérable pour les investisseurs étrangers car il assure un traitement adapté en tenant compte à la fois des éléments subjectifs (§1) et des éléments objectifs (§2).

*§1 : La prise en compte d'éléments subjectifs, garantie d'un traitement plus approprié*

Le standard de traitement juste et équitable constitue dans une large mesure un standard subjectif, essentiellement en raison de la présence du terme « équitable » de son intitulé. Cette subjectivité présente un avantage considérable par rapport à l'objectivité du standard minimum de traitement car elle implique un traitement adapté à chaque situation et à chaque opération d'investissement. En d'autres termes, selon un auteur :

« *It offers a general point of departure in formulating an argument that the foreign investor has not been well treated by reason of discriminatory or other unfair measures being taken against its interest. It is therefore a concept that depends on the interpretation of specific facts for its content* »<sup>234</sup>.

Cette subjectivité se manifeste particulièrement à deux stades : elle est démontrée d'abord par l'importance que les arbitres reconnaissent à la volonté des parties dans l'interprétation des dispositions de l'instrument juridique en question (A) et ensuite par la référence systématique des tribunaux arbitraux à la lettre des dispositions du traité applicable lors de l'examen de chaque différend (B).

#### A) La prise en considération de la volonté des parties

Le standard de traitement juste et équitable s'inscrit dans un cadre plus général du droit international des investissements qui est essentiellement lié à la souveraineté économique des Etats. Il est donc tout à fait logique, et nécessaire, de prendre en compte la volonté des Etats. Par ailleurs, il s'agit d'un droit traditionnellement conventionnel, ce qui nécessite d'accorder un poids beaucoup plus important à la volonté des Etats. A cet effet, il est indispensable que les standards mis en places par les traités d'investissement soient interprétés et appliqués selon l'orientation prévue par celle-ci.

Cette idée a été notamment consacrée par l'article 42(1) de la Convention de Washington de 1965 relative au « *Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* » qui dispose que :

« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties ».

En d'autres termes, confrontés à l'obligation d'interpréter les dispositions du traité applicable en l'espèce, le tribunal arbitral se réfère régulièrement au préambule de ce trait qui mentionne habituellement les objectifs et les intentions des parties au moment de sa conclusion. Ce travail d'identification de l'intention des parties va être d'une utilité considérable lorsque les arbitres se trouvent face à l'obligation d'interpréter des dispositions

---

<sup>234</sup> P. Muchlisnki, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1995, p.625

générales ou des notions vagues du traité. Ainsi, selon une étude réalisée par l'OCDE, l'interprétation du standard de traitement juste et équitable

« peut être influencée par la formulation particulière d'un traité, les circonstances dans lesquels il est conclu, le déroulement des négociations ou d'autres indications sur l'intention des parties »<sup>235</sup>.

En outre, l'absence de référence au droit international coutumier dans la plupart des TBI contenant le traitement juste et équitable pourrait refléter l'intention des parties d'avoir recours à un standard autonome. Dans cette perspective, et étant donné que dans la plupart des TBI le standard de traitement juste et équitable est mentionné sans aucune référence au standard minimum de traitement, les termes constitutifs de cette expression devront être interprétés selon leur signification ordinaire et placés dans leur contexte à la lumière des objectifs des traités. Selon Christoph Schreuer :

*« It is inherently implausible that a treaty would use an expression such as 'fair and equitable treatment' to denote a well-known concept such as the 'minimum standard of treatment' in customary international law' ».*

En effet pour cet auteur, si les parties à un traité avaient l'intention de prévoir le traitement des investissements étrangers sur le fondement du droit internationale coutumier, ils l'auraient expressément mentionné dans la disposition concernée. Ce qui est par ailleurs le cas dans les modèles de TBI canadien ou américain où une référence explicite au droit international est apparente.

B) La référence systématique aux dispositions conventionnelles dans l'appréciation d'une violation du traitement juste et équitable

Outre l'importance de la volonté des parties dans l'identification de la nature et du contenu du standard de traitement juste et équitable, les arbitres peuvent également prendre en compte d'autres dispositions conventionnelles pour éclairer l'orientation générale du traité.

---

<sup>235</sup> OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », 2004, p.2

Cela a été explicité dans l'étude menée dans le cadre de l'OCDE qui fait allusion à un certain nombre d'auteurs lesquels :

« estiment que la formulation [de ce standard] est vague afin de permettre aux arbitres d'articuler les différents principes nécessaires pour atteindre l'objectif du traité dans le cadre de différends particuliers »<sup>236</sup>.

Ainsi, dans toutes les sentences arbitrales portant sur un litige relatif au traitement des investissements internationaux, le premier réflexe des arbitres consiste à analyser les dispositions conventionnelles applicables à l'espèce. Il pourrait s'agir soit des dispositions d'un TBI, soit d'un instrument international multilatéral à l'image de l'ALENA.

Cette pratique se manifeste lorsque le standard de traitement en cause exige un traitement juste et équitable, alors que dans les hypothèses impliquant l'application du standard minimum de traitement les arbitres se contentent d'un renvoi à la coutume internationale afin de déclarer les obligations qui s'imposent à l'Etat hôte. Autrement dit, l'appréciation des arbitres de la conformité d'un acte de cet Etat par rapport au standard de traitement juste et équitable est fondée uniquement sur les dispositions du traité en question.

En outre, la subjectivité du standard de traitement juste et équitable implique que le tribunal arbitral ne devrait pas être influencé par d'autres instruments que le TBI en question. Ainsi par exemple, ce qui a été décidé dans le cadre de l'ALENA par l'interprétation uniforme de sa Commission de libre échange ne peut en aucun cas lier les tribunaux arbitraux saisis des affaires hors le champ d'application de cet Accord. Il est en effet évident que cette note interprétative ne lie que les trois Etats parties à l'Accord et ne devrait en rien influencer la pratique arbitrale. Cela explique en partie l'absence d'homogénéité dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI car la base de référence de chaque affaire varie.

---

<sup>236</sup> *Ibid.*, p.3

§2 : *Des éléments objectifs dans le contenu du traitement juste et équitable, facteur d'indépendance vis-à-vis du standard minimum de traitement*

En dépit de l'importance incontestable des éléments subjectifs propres à chaque affaire, il revient au tribunal arbitral d'examiner également les éléments objectifs qui entourent l'opération d'investissement objet du différend. Cette idée a été notamment soulignée dans la sentence *Saluka*<sup>237</sup> de la manière suivante :

*« The scope of the Treaty's protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors' subjective motivations and considerations »*<sup>238</sup>.

Par conséquent, pour que la décision soit raisonnable il faut également prendre en compte certains éléments objectifs, indépendants des circonstances de l'affaire. Cette approche objective du traitement juste et équitable est assurée d'une part par l'absence de caractère évolutif de ce standard (**A**) et d'autre part par la tendance des tribunaux arbitraux de détacher, en partie, la question juridique posée du reste des circonstances qui entourent le litige (**B**).

A) L'absence de caractère évolutif du standard de traitement juste et équitable

S'il est vrai que l'identification du contenu du standard de traitement juste et équitable a nécessité un long travail d'interprétation et n'a donc été accomplie que progressivement, il est généralement admis que cette identification progressive n'était pas un signe d'évolution de ce standard. Autrement dit, la reconnaissance progressive de différents éléments comme critères d'identification du standard de traitement juste et équitable était uniquement due à l'ambiguïté de la notion et au caractère intrinsèquement vague d'un standard.

En revanche, étant donné que le standard minimum de traitement est fondé sur le droit international coutumier, qui constitue un corps de règles essentiellement évolutif, ce standard est donc susceptible de faire l'objet d'une évolution dans le temps. Cette réalité a été l'un des

---

<sup>237</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n° 24

<sup>238</sup> *Ibid.*, §304

principaux enjeux de l'affaire *Cargill c. Mexique*<sup>239</sup> où le tribunal s'est fondé sur un certain nombre de sentences précédentes rendues dans le cadre de l'ALENA pour déclarer le caractère évolutif du standard minimum de traitement dans les termes qui suivent :

*« The Parties in this proceeding and this Tribunal agree with the view that the customary international law minimum standard of treatment may evolve in accordance with changing State practice »*<sup>240</sup>.

La position de ce tribunal est en parfaite continuité avec d'autres sentences rendues dans le cadre de l'ALENA, telles que *ADF c. Etats-Unis*<sup>241</sup>, *Mondev c. Etats-Unis*<sup>242</sup>, mais également des sentences rendues en dehors de l'ALENA comme *Tecmed c. Mexique*<sup>243</sup>. Le tribunal poursuit en effet que les tribunaux arbitraux saisis de ces trois affaires s'accordaient sur le fait que le standard minimum de traitement, basé sur le droit international coutumier, était susceptible d'évoluer au même rythme que les droits des individus selon le droit international. Il a notamment cité la sentence *ADF*, où le tribunal affirmait que le standard minimum de traitement s'inscrit « dans un processus de développement constant »<sup>244</sup>.

L'essentiel du raisonnement du tribunal s'est déroulé en effet sur l'évolution du contexte plus général des relations économiques internationales, ce qui nécessite forcément une évolution dans les règles applicables. Il a justifié cette évolution de la manière suivante :

*« As the world and, in particular, the international business community become ever more intertwined and interdependent with global trade, foreign investment, BITs and free trade agreements, the idea of what is the minimum treatment a country must afford to aliens is arising in new situations simply not present at the time of the Neer award which dealt with the alleged failure to properly investigate the murder of a foreigner »*<sup>245</sup>.

Ce caractère évolutif n'est cependant pas reconnu au standard de traitement juste et équitable, malgré les nombreuses fluctuations qu'a subi son contenu. Cela s'explique principalement par son objectif de mettre en place un environnement stable et prévisible au profit des investisseurs étrangers, qui exige donc une autonomie par rapport à un élément temporel.

---

<sup>239</sup> *Cargill c. Mexique*, préc. n°175

<sup>240</sup> *Ibid.*, §282

<sup>241</sup> *ADF c. Etats-Unis*, préc. n°164

<sup>242</sup> *Mondev c. Etats-Unis*, préc. n° 94

<sup>243</sup> *Tecmed c. Mexique*, préc. n°93

<sup>244</sup> *ADF c. Etats-Unis*, préc. n°164, §179

<sup>245</sup> *Cargill c. Mexique*, préc. n°175, §282

## B) L'indépendance du traitement juste et équitable par rapport à un contexte particulier

Ainsi qu'évoqué dans les développements précédents, la subjectivité dominante du traitement juste et équitable est néanmoins accompagnée par une certaine objectivité qui tient essentiellement à la notion de « juste », présente dans l'intitulé de ce standard. Ce caractère « juste » renvoie donc à la « justice » et impose à l'Etat hôte, un traitement qui serait conforme à la justice. Il est, en effet, admis que « [l]a justice se distingue [...] de l'équité par un plus grand degré d'abstraction »<sup>246</sup>. Selon cette approche, il convient donc d'appliquer à une hypothèse particulière un traitement qui pourrait être qualifié de « juste » sans égard pour les spécificités du cas d'espèce. Il en découle qu'une telle application conforme à la justice n'aboutit pas forcément à une solution équitable, ce qui nécessite certainement la prise en compte des circonstances de l'affaire afin d'accorder un traitement juste *et* équitable.

Cette objectivité, qui participe à l'essence même de ce standard, se trouve renforcée par un deuxième facteur d'objectivité qui réside dans une possible harmonisation des sentences arbitrales. En effet, depuis des dizaines d'années la pratique arbitrale s'est engagée sur la voie d'une uniformisation du contenu du standard de traitement juste et équitable. Ainsi, cette tendance vers une harmonisation des sentences arbitrales amplifie l'objectivité de ce standard, ce qui contribue considérablement à la stabilité des investissements internationaux. Ce n'est pas sans importance dans un domaine où la stabilité se situe parmi les principales préoccupations des opérateurs en raison du risque énorme qu'ils courent.

Si cette uniformité ne voudra certainement pas dire une application objective et systématique du standard à tous les cas d'espèce, cette application s'opérera en revanche sur la base d'une gradation en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi en effet, les tribunaux arbitraux auront à appliquer un ensemble préétabli et précis d'obligations, mais à des degrés différents selon les éléments factuels de chaque affaire.

---

<sup>246</sup> *Dictionnaire de droit international public*, préc. n° 16, p. 635

## **SECTION 2 : Des degrés différents de protection en dépit d'éléments de contenu commun**

Malgré la présence d'un certain nombre de critères communs dans le contenu de ces deux standards, la jurisprudence arbitrale relative aux investissements internationaux a affiché une divergence dans l'appréciation des éléments constitutifs, suivant qu'on est dans le cadre du standard minimum de traitement ou dans celui du traitement juste et équitable. Ainsi, le tribunal de l'affaire *Cargill c. Mexique*<sup>247</sup> a considéré que le standard de traitement juste et équitable couvrait un domaine plus étendu par rapport au standard minimum de traitement. Selon ce tribunal, en effet, le standard minimum de traitement est « *[s]ignificantly narrower than [the autonomous fair and equitable treatment standard] present in the Tecmed award where the same requirement of severity is not present* »<sup>248</sup>.

Cette divergence de degrés se manifeste à deux stades : tout d'abord on observe que le standard de traitement juste et équitable couvre un nombre d'obligations plus importantes en comparaison avec le standard minimum (§1). Ensuite, la pratique des tribunaux arbitraux a montré que le degré de traitement accordé par le traitement juste et équitable est plus élevé que celui prévu par le standard minimum, en ce sens qu'un nombre plus important d'actes de l'Etat hôte est susceptible de porter atteinte à son obligation d'accorder un traitement juste et équitable sans avoir à dépasser un certain seuil (§2).

### *§1 : Des éléments propres au contenu du standard de traitement juste et équitable*

L'élément qui contribue considérablement à l'étendu du traitement juste et équitable correspond au contenu plus large de ce standard qui comprend un certain nombre d'éléments, certes limités, qui sont généralement exclus du contenu du standard minimum de traitement. On y trouve principalement l'obligation de respecter les attentes légitimes des investisseurs **(A)** et l'obligation de transparence **(B)**.

---

<sup>247</sup> *Cargill c. Mexique*, préc. n°175

<sup>248</sup> *Ibid.*, §285

A) Le respect des attentes légitimes de l'investisseur : l'élément central d'un traitement juste et équitable

L'argument tiré du non respect des attentes légitimes des investisseurs figure parmi les moyens les plus invoqués dans les sentences relatives au traitement des investissements internationaux. Plus particulièrement, cette question se pose régulièrement à l'occasion de l'examen de la conformité des conduites de l'Etat d'accueil par rapport au standard de traitement juste et équitable. Le succès de cet argument dans le domaine du traitement des investissements a été notamment justifié par Thomas Wälde qui considérait que :

*« Legitimate expectation has become for tribunals a preferred way of providing protection to claimants in situations where the tests for a 'regulatory taking' appear too difficult, complex and too easily assailable for reliance on a measure of subjective judgment »<sup>249</sup>.*

Les tribunaux arbitraux ont souligné à plusieurs reprises que le respect des attentes légitimes des investisseurs constitue le noyau dur du standard de traitement juste et équitable, sous réserve néanmoins d'une qualification scrupuleuse de la notion « légitime ». Ainsi par exemple, le tribunal de l'affaire *Saluka* a qualifié la notion des attentes légitimes comme « l'élément dominant » du standard de traitement juste et équitable<sup>250</sup>. Par ailleurs, le tribunal saisi de l'affaire *Electrabel c. Hongrie*<sup>251</sup> a estimé que l'exigence du respect des attentes légitime des investisseurs constituait « la fonction la plus importante » du standard de traitement juste et équitable<sup>252</sup>. Par conséquent, il est très fréquent que le non respect des attentes légitimes de l'investisseur aboutisse à la violation de ce standard, ce qui a été souligné notamment par la sentence *Lemire c. Ukraine*<sup>253</sup>, à l'occasion de laquelle le tribunal a jugé que les mesures prises par l'Etat défendeur étaient

*« Contrary to the fair and equitable treatment standard if they frustrate legitimate and reasonable expectations on which the investor relied at the time when he made the investment »<sup>254</sup>.*

---

<sup>249</sup> *International Thunderbird c. Mexique*, préc. n° 128, Opinion de Thomas Wälde, §37

<sup>250</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n° 24, §302

<sup>251</sup> *Electrabel c. Hongrie*, CIRDI n° ARB/07/19, décision sur la compétence, la loi applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012

<sup>252</sup> *Ibid.*, §7.75

<sup>253</sup> *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 14 janvier 2010

<sup>254</sup> *Ibid.*, §264

En revanche, il est de plus en plus admis que ce critère est exclu de l'appréciation du respect du standard minimum de traitement par l'Etat hôte, même si le tribunal de la sentence *Tecmed*<sup>255</sup> a estimé que « le standard minimum de traitement juste et équitable » exigeait le respect par cet Etat des attentes « basiques » de l'investisseur. Il est pourtant évident que les deux concepts d'attentes légitimes et d'attentes basiques ne sont pas équivalents et se différencient au niveau de leur étendue.

Dans cette perspective, le tribunal de l'affaire *Teco c. Guatemala*<sup>256</sup> a confirmé le raisonnement d'un certain nombre de sentences précédentes, notamment *Mobil & Murphy c. Canada*<sup>257</sup>, selon lequel le non respect des attentes légitimes des investisseurs par l'Etat hôte n'est pas susceptible de violer le standard minimum de traitement. Le tribunal s'est en effet prononcé dans les termes suivants :

« *What matters is whether the State's conduct has objectively been arbitrary, not what the investor expected year before the facts. A willful disregard of the law or an arbitrary application of the same by the regulator constitutes a breach of the minimum standard, with no need to resort to the doctrine of legitimate expectations* »<sup>258</sup>.

Finalement cependant, le tribunal a constaté la violation du standard minimum de traitement par Guatemala sur le fondement d'un certain nombre d'actes qualifiés comme arbitraires<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> *Tecmed c. Mexique*, préc. n° 93

<sup>256</sup> *Teco Guatemala c. République de Guatemala*, CIRDI n° ARB/10/23, 19 décembre 2013

<sup>257</sup> *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, CIRDI n° ARB(AF)/07/4, Décision sur la responsabilité, 22 mai 2012

<sup>258</sup> *Teco c. Guatemala*, préc. n°256, §261

<sup>259</sup> Cette sentence a été rendue dans le cadre de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (ALECA) qui est un traité de libre-échange conclu le 5 août 2004 entre les Etats-Unis, la Costa Rica, l'El Salvador, le Guatemala, l'Honduras, le Nicaragua et enfin la République Dominicaine. Cet accord vise à éliminer les tarifs douaniers, à réduire les barrières sur les services, et à promouvoir la transparence dans les échanges commerciaux des pays membres. Il est composé de 21 Chapitres et de 4 annexes portant sur différents secteurs de services. Le chapitre 10 de l'ALECA porte sur la question des investissements et son article 10.5 prévoit, à l'image de l'article 1105 de l'ALENA, un standard minimum de traitement au profit des investissements internationaux. Le paragraphe 1 de cet article dispose que : « *Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security* ». En outre, le paragraphe 2 de ce même article reprend parfaitement l'interprétation adoptée par la Commission de libre-échange de l'ALENA en prévoyant que : « *The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard [the minimum standard of treatment] and do not create additional substantive rights* ». Il donne ensuite les éléments constitutifs du traitement juste et équitable qui inclut, selon ce texte, : « *the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principles of due process embodied in the principal legal systems of the world* ».

Il existe toutefois un certain nombre de limites à l'exigence du respect des attentes légitimes des investisseurs, en raison d'une tendance visant à établir un l'équilibre entre le respect des attentes légitimes de l'investisseur et du droit de l'Etat hôte de réglementer en fonction de ses intérêts publics. Ainsi, un certain nombre de sentences arbitrales ont fait valoir que cette exigence ne devrait pas pour autant priver l'Etat hôte des investissements de son pouvoir de modifier le cadre juridique relatif aux investissements étrangers. Notamment, le tribunal de la sentence *Paushok c. Mongolie*<sup>260</sup> a considéré que

« *Investors cannot legitimately expect that the taxation environment which they face at the time of their first investment will not be substantially altered with the passage of time and the evolution of events. The proper way for an investor to protect itself in such circumstances is to ensure that it will benefit from a stability agreement covering taxation and other matters* »<sup>261</sup>.

En outre, le tribunal de l'affaire *Impreglio c. Argentine*<sup>262</sup> a fait une exception spéciale à cette exigence en ce qui concerne les périodes de crises, tout en soulignant que même dans cette hypothèse, l'Etat d'accueil ne devra pas imposer de modifications arbitraires dans le cadre juridique relatif aux investissements<sup>263</sup>. Dans le même sens, le tribunal de l'affaire *El Paso c. Argentine*<sup>264</sup> a constaté la compatibilité, de manière individuelle, de tous les actes adoptés par l'Argentine à la suite de la crise financière de 2008 même s'il a finalement considéré que l'ensemble de ces actes, pris collectivement, constituait une violation du standard de traitement juste et équitable en raison de l'ampleur des modifications apportées sur la réglementation des investissements internationaux.

Plus récemment, dans la sentence *Micula c. Roumanie*<sup>265</sup>, la compagnie requérante invoquait la violation par la Roumanie du standard de traitement juste et équitable en raison

---

<sup>260</sup> *Paushok c. Mongolie*, CNUDCI, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 28 avril 2011

<sup>261</sup> *Ibid.*, §370

<sup>262</sup> *Impreglio. Argentine*, CIRDI n° ARB/07/17, décision sur le fond du 21 juin 2011

<sup>263</sup> La même solution a été adoptée par le tribunal de l'affaire *Total S.A. v. Argentina*, CIRDI n° ARB/04/01, Décision sur la responsabilité, 21 décembre 2010, § 117 où le tribunal s'est prononcé dans les termes suivants : « *In the absence of some 'promise' by the host State or a specific provision in the bilateral investment treaty itself, the legal regime in force in the host country at the time of making the investment is not automatically subject to a 'guarantee' of stability merely because the host country entered into a bilateral investment treaty with the country of the foreign investor. The expectation of the investor is undoubtedly 'legitimate', and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation for the future, such as by contracts, concessions or stabilization clauses on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law* ».

<sup>264</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, décision sur le fond du 31 octobre 2011

<sup>265</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, CIRDI, n° ARB /05/20, 11 décembre 2013

du retrait d'un certain nombre de facilités accordées aux investissements. Le tribunal a toutefois considéré que ce standard n'avait pas pour objet de garantir une totale stabilité réglementaire aux investisseurs étrangers ; ceux-ci devraient donc prévoir des modifications législatives et réglementaires à défaut d'une clause de stabilisation dans leur contrat. Le tribunal a cependant examiné si les conduites de l'Etat hôte avaient contribué à la création de cette attente auprès de l'investisseur, ce qui nécessitait une manière d'action qui devrait être légitimement comprise comme donnant naissance à une telle attente. Cet examen a abouti à une constatation selon laquelle

« *Romania made a representation that created a legitimate expectation that the [...] incentives would be available substantially in the same form as they were initially offered* »<sup>266</sup>.

Plus précisément, à l'occasion de la sentence *Parkerings-Compagniet c. Lituanie*<sup>267</sup>, le tribunal a explicité les critères permettant à l'Etat d'accueil de modifier ses réglementations internes sans se heurter à l'exigence de respect des attentes légitimes des investisseurs. Il s'agit en effet d'une promesse ou une garantie explicite de la part de l'Etat, des assurances implicites données initialement à l'investisseur, des circonstances entourant la conclusion de l'accord d'investissement permettant d'en déduire une garantie donnée par l'Etat, et enfin, des conduites de l'Etat durant l'opération d'investissement confirmant cette garantie.

Par ailleurs, le tribunal de l'affaire *Toto c. Liban*<sup>268</sup> a considéré que le non respect des attentes légitimes de l'investisseur n'aboutissait à la violation du standard de traitement juste et équitable que dans l'hypothèse où intervient « *a drastic or discriminatory change in the essential features of the transaction* ». Ce qui a conduit le tribunal à rejeter la demande du requérant sur la base de l'absence de preuve d'une modification drastique et discriminatoire des réglementations fiscales de l'Etat d'accueil.

D'une manière plus générale, à l'occasion de la sentence *AWG c. Argentine*<sup>269</sup>, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'objectif de développement de la coopération économique du TBI en question pour affirmer que le tribunal ne devrait pas uniquement prendre en compte

---

<sup>266</sup> *Ibid.*, §677

<sup>267</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI n° ARB/05/8, décision sur le fond du 11 septembre 2007

<sup>268</sup> *Toto Costruzioni Generali c. Liban*, CIRDI n° ARB/07/12, décision sur le fond du 7 juin 2012

<sup>269</sup> *AWG c. Argentine*, CNUDCI, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010

les attentes subjectif de l'investisseur, mais les analyser d'un point de vue objective et raisonnable. Ce qui le conduit à considérer que

*« In interpreting the meaning of fair and equitable treatment to be accorded to investors, the tribunal must balance the legitimate and reasonable expectations of the Claimants with Argentina's right to regulate the provision of a vital public service »<sup>270</sup>.*

Dans une approche quelque peu différente, un auteur a pu résumer le standard de traitement juste et équitable dans sa globalité en employant la notion des « attentes légitimes » des investisseurs dans un sens différent. Selon Stephan Schill en effet,

*« Arbitral jurisprudence, including on fair and equitable treatment, is a source of expectations investors and states develop regarding the future application of the standard principles of international investment law, even if arbitral precedent is not formally binding »<sup>271</sup>.*

B) La transparence, un critère souvent exclu du standard minimum mais inclus dans le traitement juste et équitable

Un certain nombre d'éléments indiquent clairement qu'il existe des obligations qui sont contenues dans le cadre du traitement juste et équitable, mais qui semblent être exclues du contenu du standard minimum de traitement. Tel est le cas principalement de l'obligation de transparence qui est considérée comme une obligation plus récente par rapport aux autres obligations, ce qui explique en partie son exclusion du rang des coutumes internationales. Il est pourtant difficile d'admettre aujourd'hui qu'un acte puisse être qualifié comme juste ou équitable sans être transparent. La jurisprudence arbitrale a confirmée cette tendance

---

<sup>270</sup> *Ibid.*, §336

<sup>271</sup> S. SCHILL, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, p.151

notamment dans la sentence *Tecmed c. Mexique* où le tribunal a considéré que le standard autonome de traitement juste et équitable exigeait de l'Etat d'accueil qu'il se comporte :

*« 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>272</sup>.

En revanche, lorsque le standard de traitement juste et équitable n'est pas prévu de manière autonome par le TBI applicable au cas d'espèce, il est rare que les arbitres exigent le respect de l'obligation de transparence dans le cadre du standard minimum de traitement. Cela a pourtant été tenté à une reprise par le tribunal de l'affaire *Metalclad c. Mexique*<sup>273</sup> où celui-ci a consacré l'inclusion de l'obligation de transparence au sein du traitement juste et équitable tel que consacré par l'ALENA. En effet, selon le tribunal, l'investisseur étranger avait le droit, en l'occurrence, de recevoir des notifications ou d'avoir la possibilité d'être entendu par le conseil municipal en charge de la délivrance du permis de construire. Il s'est donc fondé sur l'absence de transparence des autorités mexicaines pour condamner le Mexique sur la base de la violation de l'article 1105 de l'ALENA. Cependant, à la suite de la demande du Mexique portant sur l'examen judiciaire du différend en Colombie-Britannique, la Cour Suprême de cette province a reproché au tribunal arbitral de ne pas avoir démontré l'inclusion de l'obligation de transparence parmi les normes coutumières internationales. En effet, selon la Cour :

*« The Tribunal did not simply interpret Article 1105 to include a minimum standard of transparency. No authority was cited or evidence introduced to establish that transparency has become part of customary international law »*<sup>274</sup>.

Cela a conduit donc la Cour à annuler la sentence arbitrale car :

*« In the present case, however, the Tribunal did not simply interpret the wording of Article 1105. Rather, it misstated the applicable law to include transparency obligations and it then made its decision on the basis of the concept of transparency »*<sup>275</sup>.

---

<sup>272</sup> *Tecmed c. Mexique*, préc. n°93, §154

<sup>273</sup> *Metalclad c. Mexique*, préc. n°60

<sup>274</sup> *Mexique c. Metalclad*, Cour Suprême de la Colombie-Britannique, décision du 2 mai 2001, §68

<sup>275</sup> *Ibid.*, §70

Par conséquent, cette décision d'annulation a été suivie par les sentences ultérieures rendues dans le cadre de l'ALENA. Notamment, le tribunal saisi de la sentence *Glamis Gold* a approuvé l'opinion du requérant selon laquelle :

« *All three State Parties to the NAFTA have agreed that there is no general transparency requirement in Article 1105 and have expressly rejected the notion that transparency forms part of customary international law* »<sup>276</sup>.

Cette approche semble donc être consolidée dans le cadre de l'ALENA par le biais d'une jurisprudence quasi homogène sur cette question. En effet, peu de temps après la sentence *Glamis Gold*<sup>277</sup>, le tribunal arbitral chargé de l'examen de l'affaire *Cargill c. Mexique*<sup>278</sup> a souligné l'absence de preuve de l'intégration de cette obligation au sein du droit international coutumier. Ce tribunal s'est prononcé de la manière suivante :

« *Claimant has not established that a general duty of transparency is included in the customary international law minimum standard of treatment* »<sup>279</sup>.

En définitive, il convient néanmoins de nuancer cette affirmation en constatant que le tribunal de l'affaire *Waste Management c. Mexique*<sup>280</sup> a sanctionné une absence totale de transparence dans les procédures administratives du Mexique car il a estimé que cela constituait une violation au « standard minimum de traitement juste et équitable »<sup>281</sup>.

---

<sup>276</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n° 177, §580

<sup>277</sup> *Glamis Gold c. Etats-Unis*, préc. n°177

<sup>278</sup> *Cargill c. Mexique*, préc. n°175

<sup>279</sup> *Ibid.*, §294

<sup>280</sup> *Waste Management c. Mexique*, préc. N°95

<sup>281</sup>, *Ibid.*, §98 : « *The minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of 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 candor in an administrative process* ».

## §2 : Une divergence dans les degrés de violation requis

L'examen des sentences arbitrales rendues dans le cadre du traitement des investissements révèle une conduite différente des arbitres à l'occasion de l'appréciation de la violation des standards de traitement. Cette analyse démontre en effet qu'en présence des critères identiques contenus dans les deux standards en questions, les arbitres font preuve d'une plus grande tolérance lorsque le traité en question prévoit le standard minimum de traitement (A). Cette différence de degrés a une influence évidente sur la pratique des Etats. Ainsi, on peut observer que l'approche plus restrictive adoptée par la jurisprudence arbitrale en ce qui concerne l'appréciation de la violation du standard minimum de traitement a eu des répercussions sur les choix du standard de traitement inclus par les Etats dans les traités liant (B).

### A) Une protection plus large assurée par le standard de traitement juste et équitable

La question de la différence dans l'étendue du traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement a été soulevée dès les premières publications doctrinales portant sur les modalités de traitement des investissements internationaux. Parmi les premiers auteurs s'intéressant à la matière, F.A. Mann écrivait, dans son étude sur les traités d'investissements conclus par le Royaume-Uni que:

*« The terms fair and equitable treatment envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective Standard than any previously employed form of words. A Tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average Standard. It will have to decide whether in all circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No Standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously »<sup>282</sup>.*

---

<sup>282</sup> F.A MANN, « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *British Yearbook of International Law*, Vol.52, 1981, p.241

Ainsi que déjà relevé, l'étendue du traitement exigé par le standard minimum de traitement se limite à un degré minimum de traitement, cela a été bien résumé dans la sentence *Waste Management*<sup>283</sup> :

*« Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that 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 candor in an administrative process »*<sup>284</sup>.

Par conséquent, il apparaît que la conduite de l'Etat hôte devrait contenir un degré élevé de violence ou imposer un préjudice important afin de pouvoir relever d'une violation du standard minimum de traitement. Cela a été évoqué de manière plus explicite dans la sentence *Saluka c. République Tchèque*<sup>285</sup>, où le tribunal s'est prononcé dans les termes suivants :

*« the minimum standard of fair and equitable treatment may in fact provide no more than 'minimal' protection. Consequently, in order to violate that Standard, State's conduct may have to display a relatively higher degree of inappropriateness »*<sup>286</sup>.

Par ailleurs, cette constatation semble être toujours d'actualité, malgré le caractère évolutif de ce standard, car dans une sentence plus récente un tribunal sous règlement CNUDCI a affirmé que :

*« Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as the Neer claim in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent jurisprudence »*<sup>287</sup>.

Dans cette sentence, le tribunal s'est appuyé notamment sur les décisions rendues dans les affaires *Genin* et *Waste Management* où, dans les deux cas, les tribunaux saisis ont insisté sur le caractère « minimum » que ce standard accorde aux investissements étrangers pour exiger un acte qui dépasserait le seuil particulièrement bas pour admettre sa violation. En outre, dans ces deux sentences, les tribunaux ont rejeté les demandes des requérants tendant à condamner les Etats hôtes des investissements pour violation du standard minimum de

---

<sup>283</sup> *Waste Management c. Mexique*, préc. n°95

<sup>284</sup> *Ibid.*, §98

<sup>285</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n°24

<sup>286</sup> *Ibid.*, §113

<sup>287</sup> *Thunderbird c. Mexique*, préc. n°128, §194

traitement. Les tribunaux ont en effet considéré que le seuil de traitement requis par ce standard n'avait pas été dépassé.

Par opposition à ce standard, il est généralement admis que la violation du standard de traitement juste et équitable ne nécessite pas le dépassement d'un certain seuil et qu'elle pourra être déclarée par la seule constatation d'une conduite injuste ou inéquitable. Cette comparaison portant sur l'étendue respective de deux standards a d'abord été mise en avant par la sentence *Saluka* de la manière suivante :

« *Investors' protection by the fair and equitable treatment standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreigners. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that states' conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness* »<sup>288</sup>.

Depuis cette sentence, la question de la différence de degré de traitement a été soulignée par beaucoup d'autres décisions. Tel a été notamment le cas en 2007 par les tribunaux arbitraux saisi des affaires *Enron c. Argentine*<sup>289</sup> et *Sempra c. Argentine*<sup>290</sup> qui se sont prononcés dans les termes suivants :

« *The Tribunal concludes that the fair and equitable standard, at least in the context of the Treaty applicable to this case, can also require a treatment additional to, or beyond that of, customary law* »<sup>291</sup>.

Cette position a été confirmée plus récemment dans la sentence *Lemire c. Ukraine*<sup>292</sup>, où le tribunal du CIRDI a estimé que :

« *Actions or omissions of the Parties may qualify as unfair and inequitable, even if they do not amount to an outrage, to 'willful neglect of duty, egregious insufficiency of State actions, or even in subjective bad faith* »<sup>293</sup>.

Le caractère large du traitement juste et équitable pourrait s'expliquer par le fait que les dispositions conventionnelles le visant ne renvoient pas à un corps préétabli de règles juridiques, telles que la coutume internationale, qui aurait un contenu limité. Outre la

---

<sup>288</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n°24, §113

<sup>289</sup> *Enron Corporation c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/3, 22 mai 2007, §258

<sup>290</sup> *Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/02/16, 28 septembre 2007

<sup>291</sup> Il convient de préciser que les deux sentences *Enron c. Argentine* et *Sempra c. Argentine* ont fait l'objet d'une annulation en 2010. Cette annulation ne portait pourtant pas sur la décision des tribunaux concernant l'étendu du standard de traitement juste et équitable.

<sup>292</sup> *Lemire c. Ukraine*, CIRDI n°ARB/06/18, décision sur le fond du 28 mars 2011

<sup>293</sup> *Ibid.*, §254

flexibilité que cette absence de norme de référence offre à l'arbitre, cela permet également aux tribunaux arbitraux d'adopter une attitude extensive dans l'appréciation des conduites de l'Etat d'accueil vis-à-vis de l'investisseur étranger.

## B) Une différence de faveur entre les pays développés et les pays en développement

Le degré élevé de traitement qu'exige le standard de traitement juste et équitable n'est pas sans répercussion sur la pratique des Etats. On constate qu'un certain nombre d'Etats tendent à prouver l'équivalence des deux standards lorsqu'ils sont déférés devant un tribunal arbitral pour violation du standard de traitement juste et équitable. Cette attitude est principalement motivée par la difficulté pour l'investisseur étranger d'établir la violation du standard minimum de traitement, qui nécessite forcément le non respect d'une règle du droit international coutumier. Ces pays correspondent essentiellement aux pays en développement qui militent, lors des procès arbitraux, pour l'équivalence des deux standards. Il s'agit notamment d'Argentine<sup>294</sup>, de Kazakhstan<sup>295</sup>, de la République Tchèque<sup>296</sup>, du Pakistan<sup>297</sup>, de la Tanzanie<sup>298</sup>.

Cet argument est donc souvent employé par les pays comme un moyen de défense afin d'échapper à l'application du standard large de traitement juste et équitable et de limiter leur responsabilité. Cependant, la tendance actuelle des tribunaux arbitraux consiste à interpréter ce standard comme une disposition conventionnelle, comme ce fut le cas dans les affaires *Biwater c. Tanzanie*<sup>299</sup> et *Rumeli c. Kazakhstan*<sup>300</sup>, sous réserve néanmoins d'une référence explicite au standard minimum de traitement.

Cette tendance jurisprudentielle a donc amené un certain nombre de pays à lier explicitement les deux standards dans leurs traités bilatéraux ou multilatéraux afin de couper

---

<sup>294</sup> *Azurix c. Argentine*, préc. n°169, §332/ *CMS c. Argentine*, préc. n°100, §271/ *Enron c. Argentine*, préc. n°289, §253/ *Sempra c. Argentine*, préc. n° 290, §292

<sup>295</sup> *Rumeli c. Kazakhstan*, CIRDI n° ARB/05/16, décision sur le fond du 29 juillet 2008, §611

<sup>296</sup> *Saluka c. République Tchèque*, préc. n°24, §289

<sup>297</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanai A.S. c. Pakistan*, CIRDI n° ARB/03/29, décision sur le fond du 27 août 2009, §164

<sup>298</sup> *Biwater c. Tanzanie*, CIRDI n° ARB/05/22, décision sur le fond du 24 juillet 2008, §587

<sup>299</sup> *Ibid.*

<sup>300</sup> *Rumeli c. Kazakhstan*, préc. n° 295

court à la mise en cause de leur responsabilité internationale pour toutes conduites désavantageuse envers les investisseurs étrangers. On peut citer, à titre d'exemple, les TBI conclus par les Etats-Unis avec la République Tchèque<sup>301</sup>, l'Equateur<sup>302</sup>, l'Argentine<sup>303</sup> ou la Turquie<sup>304</sup>, mais également le modèle de TBI du Canada<sup>305</sup>. En outre, l'étendue du standard de traitement juste et équitable est d'autant plus importante par le biais du mécanisme de traitement de la nation la plus favorisée qui a pour conséquence de généraliser le standard de traitement inclus dans un TBI conclu par l'Etat hôte aux investisseurs relevant de tous les autres TBI que cet Etat a conclus. Il est donc préférable pour ces Etats de parfaitement clarifier leur position en ce qui concerne l'étendue et le contenu du traitement qu'ils s'engagent à accorder.

La préférence présentée par un certain nombre d'Etats est d'autant plus intéressante lorsqu'on constate la réticence initiale qui existait au niveau international à l'encontre du standard minimum de traitement, due principalement à son contenu imprécis. C'était notamment le cas du Mexique qui préférait d'inclure le standard de traitement juste et équitable dans ses traités relatifs à l'investissement mais qui, à partir des années 2000, a pris le soin de préciser son point de vue en disposant explicitement que ce standard ne devrait pas signifier un traitement plus large que le standard minimum.

Au final, la différence de préférence entre les deux standards de traitement a été en quelque sorte inversée entre les pays développés et les pays en développement. Ces derniers se montrent actuellement plus favorables au standard de traitement juste et équitable, en raison principalement de leur nécessité d'attirer des investissements étrangers sur leur territoire.

---

<sup>301</sup> L'article II(2)(a) de ce TBI dispose que : « *Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than the required by international law* ».

<sup>302</sup> L'article 3(a) de ce traité prévoit que : « *Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than the required by international law* ».

<sup>303</sup> La même disposition se trouve à l'article II(2)(a) du TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine : « *Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than the required by international law* ».

<sup>304</sup> L'article II(3) de ce traité exige que « *Investments shall at all time be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in a manner consistent with international law* ».

<sup>305</sup> Article 5(1) du modèle de TBI du Canada dispose que : « *Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security* ».

## CONCLUSION

Au terme de cette analyse, il est possible de donner un profil plus clair à la place respective des deux standards absolus de traitement, à savoir le standard minimum de traitement et le standard de traitement juste et équitable. Ainsi, il est incontestable qu'il existe bel et bien un degré de convergence entre ces deux standards, 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 Etats 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 minimum de traitement. Car en effet, un progrès considérable est décelable dans la pratique des Etats depuis 1929 lorsque le tribunal arbitral saisi de l'affaire *Neer* a identifié la consistance du standard minimum de traitement sur la base du droit coutumier international. 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.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages et Monographies :

BROWN Chester, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2012, 1024 pages

BROWNLIE Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 1990, 800 pages

CARREAU Dominique, MARELLA Fabrizio, *Droit international*, Paris, Pedone, 2012, 734 pages

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, 802 pages

CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, 2008

COLAS Bernard, *L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement*, Editions OCDE, 2012, 402 pages

DALLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Allain, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2009, 1708 pages

DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2009, 454 pages

DOLZER Rudolf, STEVENS Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 352 pages

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, 928 pages

FOUCHARD Philippe, KHAN Philippe, LYON-CAEN Antoine (éd.), *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 427 pages

GILLES Anne, *La définition de l'investissement international*, Larcier, 2013, p.384

HORCHANI Ferhat (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis, Paris, Pedone, 2006, 338 pages

MCLACHLAN Campbell, SHORE Laurence, WEINIGER Matthew, *International Investment Arbitration*, Oxford, 2007, 528 pages

MUCHLINSKI Peter, *Multinational Enterprises and the Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2007, 736 pages

OCDE, *Droit international des investissements : un domaine en mouvement*, Edition de l'OCDE, 2005, 179 pages

ROOT Elihu, *The basis of protection to citizens residing abroad*, American Society of International Law, 1910, P. 528

SCHILL Stephan (éd), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, 836 pages

VISSCHER Christophe de, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, 496 pages

WILSON Robert R., *United States Commercial Treaties and International Law*, Hauser Press, 1998

### **Articles et Contributions :**

BROWER Charles H., « Why the FTC Notes of Interpretation Constitutes a Partial Amendment of NAFTA Article 1105 », *Virginia Journal of International Law*, vol. 46 :2, p. 347-363

DOLZER Rudolf, « Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties », *The International Lawyer*, vol. 39, n°1, 2005, p. 87-106

HAERI Hussein, « A Tale of Two Standards : 'Fair and Equitable Treatment' and the Minimum Standard in International Law », *Arbitration International (LCIA)*, vol. 27, n°1, 2011, p. 27-45

JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, 1994, Vol 250, P. 208

JUILLARD Patrick, « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? » in Journée d'études, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre*, SFDI, Paris, Pedone, 1999, p. 46- 78

KALICKI Jean, MEDEIROS Suzana, « Fair, Equitable and Ambiguous : What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law ? », *ICSID Review*, vol. 22, n°1, 2007, p. 24-54

KHALIL Mohammad I., « Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties », *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol 7, N°2, 1992, p.339

LEBEN Charles, « L'évolution du Droit International des Investissements », in Journée d'études ; *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, S.F.D.I., Paris, Pedone, 1999, P. 7-28

LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, 2003, Vol 302, P. 210

MANN Francis A., « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *British Yearbook of International Law*, Vol.52, 198, p. 241-254

POTESTA Michele, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law : Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review*, vol.28, n°1, 2013, p. 88-122

SANHOURY Abd el-Razzâq, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, Recueil SIREY, 1934, Tome II, P. 144

SCHREUER Christoph, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *The Journal of World Investment & Trade*, vol.6, n°3, juin 2005

SHIHATA Ibrahim, « L'Agence multilatérale de garantie des investissements », *Annuaire français de droit international*, vol.33, n°33, 1987

THOMAS J. Christopher, « Reflections on Article 1105 of NAFTA : History, State Practice and the Influence of Commentators », *ICSID Review*, vol. 17, n°1, 2002, p. 21-101

VANDEVELDE Kenneth J., « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *New York University Journal of International Law and Politics*, n°43, 2010, p. 43-106

VANDEVELDE Kenneth J., « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, n°1, 2005, p. 157

VASCIANNIE Stephen, « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *The British Yearbook of International Law*, 1999, n°7, p. 99-164

YANNACA-SMALL Catherine, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *OCDE*, septembre 2004

### **Jurisprudence :**

- Cour Internationale de Justice :

*Affaire du droit de passage sur territoire indien*, Arrêt du 12 avril 1960, Cour internationale de justice, Recueil 1960, p.6

*Plateau continental de la mer du nord*, Arrêt, Cour internationale de justice, 20 février 1969, Recueil 1969, p.3

*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Arrêt, Cour internationale de justice. Recueil 1970

*Royaume-Uni c. Islande*, Arrêt, Cour internationale de justice, Recueil 1974, p.3

*Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Etats-Unis c. Italie*, Arrêt, Cour internationale de justice, 20 juillet 1989, Recueil 1989, p.15

- Tribunaux arbitraux :

*Neer c. Mexique*, Commission des réclamations générales mexico-américaine, 15 octobre 1926

*Harry Roberts c. Mexique*, Commission des réclamations mexico-américaines, 2 novembre 1926

*American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, CIRDI n° ARB/93/1, décision sur le fond du 21 février 1997

*Robert Azinian et autres c. Mexique*, CIRDI, N° ARB/AF/97/2, décision sur le fond du 1<sup>er</sup> novembre 1999

*Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF) /97/1, décision sur le fond du 30 août 2000

*S.D. Myers c. Canada*, CNUDCI, sentence partielle, 13 novembre 2000

*Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, CNUDCI, sentence partielle, 15 janvier 2001

*Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, décision sur le fond, phase 2, 10 avril 2001

*Pope & Talbot c. Etats-Unis*, CNUDCI, décision sur les dommages du 31 mai 2001

*Genin c. Estonie*, CIRDI, N° ARB/99/2, décision sur le fond du 25 juin 2001

*Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 31 juillet 2001

*Lauder c. République Tchèque*, CNUDCI, décision sur le fond du 3 septembre 2001

*Mondev International Ltd c. Etats-Unis*, CIRDI n° ARB(AF)/99/2, décision sur le fond du 11 octobre 2002

*ADF Groupe c. Etats-Unis*, CIRDI n° ARB (AF)/001/1, décision sur le fond du 9 janvier 2003

*Tecmed c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/2, décision sur le fond du 29 mai 2003

*Waste Management c. Mexique*, CIRDI n° ARB(AF)/00/3, décision sur le fond du 30 avril 2004

*MTD Equity Sdn Bhd c. Chili*, CIRDI n° ARB/01/7, décision sur le fond du 25 mai 2004

*Occidental c. Equateur*, LCIA, n° UN3467, décision sur le fond du 1<sup>er</sup> juillet 2004

*CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, CIRDI ARB/01/8, décision sur le fond du 12 mai 2005

*Eureko v. Poland*, CIRDI, sentence partielle du 19 août 2005

*International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, CNUDCI, décision sur le fond du 26 janvier 2006

*Saluka c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006

*Azurix Corporation c. Argentine*, CIRDI N°ARB/01/12, décision sur le fond du 14 juillet 2006

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

*PSEG Global c. Turquie*, CIRDI N° ARB/02/5, décision sur le fond du 19 janvier 2007

*Siemens A.G. c. Argentine*, CIRDI n° ARB/02/08, décision sur le fond du 6 février 2007

*Enron Corporation c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/3, décision sur le fond du 22 mai 2007

*Sempra Energy International c. Argentine*, CIRDI, n° ARB/02/16, décision sur le fond du 28 septembre 2007

*Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI n° ARB/05/8, décision sur le fond du 11 septembre 2007

*Biwater c. Tanzanie*, CIRDI n° ARB/05/22, décision sur le fond du 24 juillet 2008

*Duke Energy Electroquil Partners c. Equateur*, CIRDI n° ARB/04/19, décision sur le fond du 18 août 2008

*Jan de Nul NV c. Egypte*, CIRDI n° ARB/04/13, décision sur le fond du 6 novembre 2008

*Glamis Gold c. Etats-Unis*, CNUDCI, décision sur le fond du 8 juin 2009

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanai A.S. c. Pakistan*, CIRDI n° ARB/03/29, décision sur le fond du 27 août 2009

*Cargill Incorporated c. Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/05/2, décision sur le fond du 18 septembre 2009

*Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 14 janvier 2010

*Merrill & Ring c. Canada*, CNUDCI, CIRDI, décision sur le fond du 31 mars 2010

*AWG c. Argentine*, CNUDCI, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010

*Total S.A. v. Argentina*, CIRDI n° ARB/04/01, décision sur la responsabilité du 21 décembre 2010

*Paushok c. Mongolie*, CNUDCI, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 28 avril 2011

*Impreglio. Argentine*, CIRDI n° ARB/07/17, décision sur le fond du 21 juin 2011

*El Paso Energy International Company c. Argentine*, CIRDI n° ARB/03/15, décision sur le fond du 31 octobre 2011

*Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canada*, CIRDI n° ARB(AF)/07/4, décision sur la responsabilité du 22 mai 2012

*SAUR International SA c. Argentine*, CIRDI n° ARB/04/4, décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012

*Toto Costruzioni Generali c. Liban*, CIRDI n° ARB/07/12, décision sur le fond du 7 juin 2012

*Iberdrola Energia S.A. c. Guatemala*, CIRDI n° ARB/09/5, décision sur le fond du 17 août 2012

*Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration & Production Company c. Equateur*, CIRDI n° ARB/06/11, décision sur le fond du 5 Octobre 2012

*Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ukraine*, CIRDI n° ARB/08/11, décision sur le fond du 25 Octobre 2012

*Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*, CIRDI, n° ARB/09/2, décision sur le fond du 31 Octobre 2012

*Electrabel c. Hongrie*, CIRDI n° ARB/07/19, Décision sur la compétence, la loi applicable et la responsabilité du 30 novembre 2012

*Ioan Micula, Viorel Micula c. Roumanie*, CIRDI, n° ARB /05/20, décision sur le fond du 11 décembre 2013

*Teco Guatemala c. République de Guatemala*, CIRDI n° ARB/10/23, décision sur le fond du 19 décembre 2013

### **Dictionnaires et encyclopédies :**

ARNAUD André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993

GREIMAS Algirdas-Julien, *Dictionnaire de l'ancien français*, Larousse, 2001

*Dictionnaire Le petit LAROUSSE*, Coll Petit Larousse

SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001

ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

CORNU Gérard, « Vocabulaire juridique », *PUF*, 2011

## TABLE DES MATIÈRES

Remerciements .....	2
Sommaire.....	3
Liste des abréviations .....	4
Introduction .....	5

### **PARTIE I - DEUX STANDARDS AUX INTERFÉRENCES CONSIDÉRABLES ..... 15**

Chapitre I – Une proximité imposée par les traités internationaux .....	16
---	----

Section 1: Un début de consécration par des traités à vocation universelle.....	16
---	----

Paragraphe 1: La consécration par des instruments portant sur la question de l'investissement international .....	17
---	----

A) Les projets de Convention élaborés par l'OCDE sur la protection des biens des étrangers .....	18
--	----

B) Projet de l'Accord multilatéral sur l'investissement .....	20
---	----

C) Les Principes directeurs de la Banque mondiale.....	22
--	----

Paragraphe 2: Une consécration en demi-teinte par des instruments spécialisés dans d'autres domaines .....	25
--	----

A) Le traitement des investissements dans le cadre de l'OMC .....	25
---	----

B) Le Traité sur la Charte de l'énergie et le traitement des investissements internationaux.....	27
--	----

Section 2 La principale source de confusion: l'article 1105 de l'ALENA.....	29
---	----

Paragraphe 1: Une proximité proclamée par la Commission de libre-échange de l'ALENA .....	29
---	----

A) Une intervention de la Commission de libre-échange justifiée par les interprétations confuses de l'article 1105 .....	29
B) Une interprétation convergente par les sentences arbitrales .....	33
Paragraphe 2: Une note interprétative néanmoins objet de critiques .....	35
A) Sur le fond, une interprétation plus restrictive que le texte .....	35
B) Sur la forme, une note interprétative ou un amendement?.....	37
Chapitre 2 – Une interchangeabilité apparente soutenue par la pratique arbitrale .....	39
Section 1:Une interchangeabilité apparente fonction de l'appréciation des arbitres	39
Paragraphe 1: La pratique arbitrale, vecteur de clarification des standards de traitement.....	40
A) Le rôle essentiel des arbitres en raison de l'absence d'une définition exacte des standards.....	40
B) Deux standards explicitement associés par certaines sentences arbitrales.	43
Paragraphe 2: Les finalités communes aux deux standards repérées par les arbitres dans leur interprétation.....	45
A) L'objectif de soustraire le traitement des investissements de l'emprise des droits nationaux .....	45
B) Une fonction commune de comblement de l'insuffisance des standards relatifs de traitement.....	47
Section 2: Une similarité des contenus dégagée par la pratique arbitrale .....	51
Paragraphe 1: Un noyau dur du contenu: l'absence d'arbitraire et la non discrimination.....	52
A) L'absence d'arbitraire .....	52

B) L'absence de discrimination .....	54
Paragraphe 2: Une communauté matérielle positive et négative .....	55
A) Les éléments participant au contenu des deux standards .....	56
B) La bonne foi, un élément exclu des deux standards .....	59
<b>PARTIE II -DES DIVERGENCES PLUS PROFONDES QUE LES SIMILITUDES</b>	<b>62</b>
Chapitre 1 – Les divergences de natures.....	63
Section 1 Deux standards méthodologiquement et objectivement distincts .....	63
Paragraphe 1: Une différence de méthode quant à leur identification respective	64
A) L'identification du standard de traitement juste et équitable par une référence aux critères "juste" et "équitable" .....	65
B) Le caractère coutumier, unique critère d'identification du standard minimum de traitement.....	67
Paragraphe 2: Une différence dans leur fonctionnement respectif .....	69
A) Le but préventif du standard minimum de traitement.....	69
B) Le traitement juste et équitable comme un standard dynamique .....	70
Section 2: La marge d'autonomie du traitement juste et équitable par rapport au standard minimum de traitement.....	72
Paragraphe 1: Le débat sur le caractère coutumier du traitement juste et équitable: l'absence d'une <i>opinio juris</i> .....	73
A) Un doute alimenté par les multiples références au traitement juste et équitable dans les textes.....	73

B) L'affirmation de l'autonomie du traitement juste et équitable et ses implications .....	77
Paragraphe 2: Le traitement juste et équitable, un principe général du droit? ....	78
A) Une qualification afin de récompenser une pratique abondante .....	78
B) Une qualification rejetée par la doctrine majoritaire.....	81
Chapitre 2 – Les divergences de contenu .....	84
Section 1: Une plus grande effectivité du traitement juste et équitable assurée par l'accumulation d'éléments objectifs et subjectifs.....	84
Paragraphe 1: La prise en compte d'éléments subjectifs, garantie d'un traitement plus approprié.....	84
A) La prise en considération de la volonté des parties .....	85
B) La référence systématique aux dispositions conventionnelles dans l'appréciation d'une violation du traitement juste et équitable .....	86
Paragraphe 2: Des éléments objectifs dans le contenu du traitement juste et équitable, facteur d'indépendance vis-à-vis du standard minimum.....	88
A) L'absence de caractère évolutif du standard de traitement juste et équitable	88
B) L'indépendance du traitement juste et équitable par rapport à un contexte particulier .....	90
Section 2: Des degrés différents de protection en dépit d'éléments de contenu commun.....	91
Paragraphe 1: Des éléments propres au contenu du standard de traitement juste et équitable .....	91

A) Le respect des attentes légitimes de l'investisseur: l'élément central d'un traitement juste et équitable.....	92
B) La transparence, un critère souvent exclu du standard minimum mais inclus dans le traitement juste et équitable .....	96
Paragraphe 2: Une divergence dans les degrés de violation requis.....	99
A) Une protection plus large assurée par le standard de traitement juste et équitable .....	99
B) Une différence de faveur entre les pays développés et les pays en développement .....	102
Conclusion.....	104
Bibliographie.....	105
Table des matières .....	113