Université de Montréal

L’arbitrage impliquant les personnes publiques: tendances et perspectives

Par

Jeanet Pierre

Université de Montréal

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de Droit  
en vue de l’obtention du grade de maîtrise (LL.M.) en droit des affaires

Sous la direction de Marie-Claude Rigaud

Mars, 2015

© Jeanet PIERRE, 2015

Résumé

Cette étude aborde la problématique de la participation des personnes morales de droit public à l’arbitrage à l’occasion des litiges relatifs aux relations qu’elles entretiennent avec les personnes privées étrangères. Par opportunisme économique, un certain nombre de pays développés et en développement se montrent tout à fait favorables à ce que l’État se soumette au contentieux arbitral. Dans d’autres pays, tels qu’en Amérique latine et dans le monde arabe, ils se manifestent des tendances nettement hostiles gravitant entre l’interdiction totale et une adhésion conditionnelle de l’État à l’arbitrage.

Deux écoles s’affrontent, celle des privatistes qui considèrent l’arbitre international comme le juge naturel du milieu des affaires, face à celle des étatistes qui postulent que les juridictions étatiques demeurent les seules habiles à connaitre souverainement des litiges opposants les personnes publiques à leur interlocuteur privé.

Les raisons qui sous-tendent l’assouplissement de certains gouvernements vers un élan libéral de l’arbitrage en droit public, résultent du phénomène globalisant de l’économie qui tend à réduire à néant les règles internes des États dans le cadre du nouvel ordre économique mondial. Par contre, les conséquences sociales, financières et juridiques des sentences arbitrales portent certains gouvernements à adopter une position réfractaire à l’arbitrage mettant en cause les entités publiques. Ils brandissent le droit à l’autodétermination des peuples pour éviter le bradage de leurs ressources au détriment des droits économiques, sociaux et culturels de leurs populations, et ce, en dépit du fait que l’investissement direct étranger joue un rôle considérable dans le développement des pays en émergence.

Notre défi ultime dans ce travail est d’explorer les diverses avenues permettant d’atteindre un juste équilibre entre les intérêts publics et la protection des investissements privés. Ceci exige un changement de paradigme qui prendra en compte les dimensions plurielles que constitue le contentieux investisseurs-États.

**Mots-clés**: arbitrage international, arbitrabilité subjective, arbitrage et traités d’investissements, responsabilités internationales des États, contentieux investisseur-État

**Abstract**

This study investigates the difficulties that arise when legal disputes between public bodies and foreign private entities are resolved through arbitration. For economic expediency, some Western states and developing countries are quite open to the idea of resolving legal disputes by submitting to arbitration proceedings. Other countries, such as Latin America and the Arab world, have a clearly hostile approach to state participation in arbitration proceedings, ranging from total prohibition to conditional submission.

There is a clash between two schools of thought: the privatist approach that considers international arbitration to be the business community’s natural forum, as opposed to the statist approach according to which only state courts are qualified to consider legal disputes between public bodies and private entities.

The underlying reasons for the increased flexibility of certain governments in favor of a liberal move towards public law arbitration are a result of the globalizing effect of the economy, which tends to decimate domestic state laws within the framework of the new global economic order. On the other hand, the social, financial and legal consequences of arbitration awards render some governments resistant to arbitration involving public entities. They brandish the right to self-determination of peoples to guard against the depletion of their resources to the detriment of the economic, social and cultural rights of their populations. This is despite the fact that foreign direct investment plays a considerable role in the development of emerging countries.

The ultimate aim of this study is to explore different avenues for striking a fair balance between public interests and the protection of private investments. This requires a paradigmatic change so as to take into account the multiple dimensions of legal disputes between the state and investors.

**Keywords:** International arbitration, subjective arbitrability, arbitration and investment treaties, international responsibility of States, investor-state legal disputes.

Haut du formulaire

Table des matières

Résumé**i**

Abstract …………………iii

Liste des abréviationsvii

Remerciements…………………………………………………………………………………xi

Introduction 1

**Chapitre I : La tendance favorable à la participation des personnes publiques à**

**l’arbitrage international : fondements et appréciations**………………………………8

* 1. **L’admission du principe dans les instruments juridiques internationaux**……...........8

1.1.1 La convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961….9

1.1.2 La convention de Washington de 1965……………………………………….11

1.1.3 Les accords et traités relatifs aux investissements ………………………....13

1.1.4 L’acte uniforme de l’OHADA……………………………………………….15

**1.2 La contribution du droit comparé**…………………………………………………....17

1.2.1 La position des régimes issus de la tradition romano-germanique…………………….18

1.2.1.1 Le libéralisme du droit suisse de l’arbitrage………………………………18

1.2.1.2 Le courant jurisprudentiel favorable du droit français…………………….20

1.2.2 La position des régimes issus de la Common Law nord-américaine………………...22

1.2.2.1 La présomption générale d’arbitrabilité en droit américain…………………23

1.2.2.2 La tendance progressiste du droit canadien………………………………...27

**1.3 L’appréciation des arbitres internationaux……**……………………………………32

1.3.1 La conformité à l’ordre public international…………………………………..31

1.3.2 La conformité à la bonne foi………………………………………………..35

**CHAPITRE II : La tendance hostile à la participation des personnes publiques à l’arbitrage : manifestions et justifications**…………………………………………..41

**2.1 Les manifestions de la tendance**……………………………………………………42

2.1.1 La soumission de l’arbitrage au contrôle de l’ordre administratif français………….42

2.1.2 L’autorisation préalable avant de consentir dans certains États Arabes……………46

2.1.2.1 Le cas du droit égyptien……………………………………………………47

2.1.2.2 Le cas du droit libanais……………………………………………………49

2.1.3 La dénonciation de la Convention de Washington en Amérique latine ……………52

2.1.4 L’utilisation des injonctions de type anti-suit……………………………………….57

2.1.5 L’évocation de l’immunité étatique……………………………………....................60

**2.2 Les justifications de la tendance hostile à l’arbitrage en droit public**……………67

2.2.1-La mise en cause des politiques publiques ………………………………………..67

2.1.1.1 Les politiques sociales et économiques……………………………………68

2.1.1.2 Les politiques relatives à la santé publique………………………………….70

2.1.1.3 Les politiques relatives à l’environnement………………………………….72

2.2.2 Les coûts financiers des sentences …………………………………………………..75

2.2.4 L’incohérence des sentences…………………………………………………………80

**CHAPITRE III : Les perspectives de réforme du régime d’arbitrage impliquant les personnes publiques……………………………………………………………………**85

**3.1 Le renforcement du droit à une défense juste et équitable…………………………**86

3.1.1 Le renforcement du principe de l’égalité des parties………………………….86

3.1.2 La mise en place d’un mécanisme d’appel …………………………………….90

3.1.3 La mise en place d’un fonds d’assistance financière………………………….96

**3.2 L’harmonisation des droits des investisseurs avec les valeurs non marchandes…...**99

3.2.1 La prise en compte des droits de l’homme………………………………….100

3.2.2 La prise en compte des normes de responsabilité sociale de l’entreprise…108

**3.3 L’adoption des mécanismes alternatifs au système d’arbitrage actuel……………**113

3.3.1 Les politiques nationales de prévention et de règlement de différends…...114

3.3.2 Le projet d’une cour internationale d’investissement………………………..117

3.2.3 La création des tribunaux régionaux d’investissement ………………………119

**Conclusion Générale**………………………………………………………………………124

**Bibliographie** ………………………………………………………………………………127

**Liste des abréviations**

AII Accord international d’investissement

Arb. L. Rev Albany law review

APIE Accord de promotion et de protection des investissements étrangers

ARB.Int’l Arbitrage international

CAFTAR Central america free trade agreement

Cass.Civ Cassation civile

CCI Chambre du commerce international

CIRDI Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

investissements

CNRS Centre national de la recherche scientifique

CNUCED Conférence des nations unies sur le commerce et le développement

CRDP Centre de recherche en droit public

CSC Cour suprême du Canada

DR. Dirigé

Éd. Édition

Et seq Et sequentia (et suivant)

GRIC Groupe de recherche sur l’intégration continentale

ICSID International center for settlement investment

Id Idem

IISD Institut international du développement durable

Int’l.L.J International law journal

Int’l Buss.L.J. International business law journal

ISO International organisation for standardisation

J. du B. Journal du Barreau

L.G.D.J. Librairie générale du droit et de la jurisprudence

LRC Loi refondue du Canada

NAFTA American free trade agreement

OCDE Organisation de coopération et développement économique

OMC Organisation mondiale du commerce

ONG Organisation non gouvernementale

ONIC Office national interprofessionnel des céréales

Préc. Précité

Rév.arb Revue d’arbitrage

RCS Revue de la cour suprême

RDIE Règlement de différends investisseurs-États

RIDC Revue internationale du droit commercial

RSE Responsabilité sociale des entreprises

TBI Traité bilatéraux internationaux

TPP Trans-pacific partnership

U.S.C United States code

Vol. Volume

Remerciements

La réalisation de ce travail a été rendu possible grâce à la contribution de la distinguée professeure Marie-Claude Rigaud qui a accepté de prendre la direction de mes recherches à un moment crucial de son achèvement.

Introduction

En effet, l’arbitrage demeure depuis des lustres, le mécanisme le plus adéquat pour régler les litiges nés des relations commerciales internationales[[1]](#footnote-1). L’utilisation systématique de ce mode de règlement de différends par de nombreuses entreprises est motivée par la nécessité de mieux contrôler l’issue du litige[[2]](#footnote-2) tout en réduisant la pression sur leur budget et le système judiciaire[[3]](#footnote-3). Cette faveur pout le régime arbitral est due aussi au fait qu’il offre aux parties d’horizons juridiques divers une justice qui  transcende les particularismes juridiques et culturels[[4]](#footnote-4). À cet égard, il présente une garantie de justice universelle gagnant la confiance des acteurs du commerce international. La clause d’arbitrage s’impose désormais comme une condition *sine qua non* dans la négociation des contrats commerciaux internationaux en lieu et place de la procédure judiciaire devant les tribunaux étatiques.[[5]](#footnote-5) Considéré comme accessoire des opérations commerciales internationales, l’arbitrage subit les influences de la mondialisation de l’économie par la globalisation et l’universalité de ses pratiques[[6]](#footnote-6).

La préférence pour l’arbitrage a été étendue aux différends mettant en cause les personnes publiques face à une partie privée étrangère. Ici, le concept « *personnes publiques* » est compris dans son sens générique regroupant toutes les catégories de personnes morales de droit public comme partie à l’arbitrage[[7]](#footnote-7).

La délocalisation du processus d’arbitrage constitue une garantie contre le risque de manipulation de la part de la partie publique. En ce sens Bernard Audit mentionne avec raison que : « la clause d’arbitrage est un moyen pour le partenaire de s’assurer que l’État ne sera pas à la fois juge et partie si un litige vient de s’élever »[[8]](#footnote-8). Cela dit, l’arbitrage échappe au contrôle des ordres juridiques traditionnels pour être dans les girons d’un tiers ordre juridique[[9]](#footnote-9) consacrant le passage d’une conception westphalienne du droit de l’arbitrage à une représentation transnationale de l’arbitrage dans lequel l’arbitre se conçoit comme un organe de la communauté internationale et non comme celui d’un État. Cette conception milite en faveur de la participation des États comme partie à l’arbitrage.

Le phénomène de la mondialisation vise l’affaiblissement[[10]](#footnote-10) de l’autorité étatique. L’État se soumet donc à la tyrannie du marché, « le marché-roi »[[11]](#footnote-11). Ceci engendre une redéfinition de la souveraineté étatique et de la fonction régalienne de l’État; on passe d’une souveraineté restreinte à une souveraineté globale sous l’égide d’un droit supra-étatique[[12]](#footnote-12) qui prend en compte la dimension transfrontalière des échanges.

L’État se comporte désormais comme un acteur économique pour mieux jouer le jeu du marché, axé sur la compétitivité à la fois dans la sphère publique et privée. Comme a su fait remarquer Jean-Louis Alpérin, les opérateurs du commerce international sont constamment à la recherche des places qui offrent l’environnement juridique et économique le plus propice au développement des affaires :

«  La recherche des meilleures conditions fiscales pour les « flottants », l’attractivité des législations les plus libérales, le phénomène du forum shopping destiné à trouver la juridiction la plus favorable aux intérêts des plaideurs ont considérablement favorisé cette double course des investisseurs vers ce qui constitue pour eux les meilleurs environnements juridiques et des législateurs pour proposer l’ordre juridique le plus compétitif ».[[13]](#footnote-13)

L’arbitrage investisseur-État se propose de supplanter *la protection diplomatique*[[14]](#footnote-14) qui était pendant un temps révolu le seul recours dont disposaient les investisseurs à l’encontre des États hôtes. Elle s’est révélée inefficace et complexe en raison de divers facteurs[[15]](#footnote-15) dont la nécessité d’épuiser les voies judicaires internes et au fait qu’il appartient au bon vouloir de l’État d’initier la procédure en faveur de son ressortissant.

Selon Charles Leben[[16]](#footnote-16), le règlement des litiges investisseurs-États par arbitrage s’était déjà illustré au XIXe siècle mais il n’a acquis ses lettres de noblesse qu’avec la création en 1965 du CIRDI. L’adhésion de plus de 150 États à la Convention de Washington du 18 mars 1965[[17]](#footnote-17) et la multiplicité des arbitrages devant cette instance (CIRDI) traduit une certaine velléité de la communauté des États à sortir du schéma traditionnel autarcique. Ce type d’arbitrage connait une croissance rapide tributaire de la prolifération des accords bilatéraux et multilatéraux relatifs à l’investissement comportant des clauses d’arbitrage[[18]](#footnote-18).

En raison de la qualité des parties impliquées dans le différend investisseurs-État, plusieurs champs du droit international sont à considérer en vue de bien cerner les tenants et aboutissants d’un tel litige : «  En raison de la différence de qualité des parties et de la pluralité des systèmes juridiques qui sont impliqués dans ces relations mixtes, l’arbitrage transnational se situe ainsi au carrefour du droit public et du droit privé, du droit interne et du droit international. »[[19]](#footnote-19)

Un autre aspect caractéristique de ce type de litige réside dans le fait que le consentement de l’État est délocalisé et décalé dans le temps et n’est pas consigné exclusivement dans une convention d’arbitrage pour reprendre l’expression chère à Jan Paulsson « arbitration without privity »[[20]](#footnote-20). La juridicité du différend investisseur-État, quoique fondée sur les principes de bonne foi, est loin de faire l’unanimité au sein des États. Certains États ayant opté pour la libéralisation du processus agissent cependant de manière subtile pour faire obstacle à l’arbitrage, soit au cours de la procédure arbitrale, en se servant des *anti-suit injunctions,* soit à la fin de procédure, en s’opposant à l’exécution de la sentence en se prévalant des immunités étatiques. Sur ces derniers aspects, le professeur Emmanuel Gaillard estime que la position des États n’a guère progressé pour contribuer à légitimer l’arbitrage d’investissement[[21]](#footnote-21).

Une position plus catégorique est observée au sein de certains d’États arabes et latinos américains qui alimentent leurs législations d’un ensemble de mesures restrictives hostiles à l’arbitrage investisseurs-États consacrant l’inaptitude de l’État à compromettre. Ainsi, ils reviennent à une conception *ex ante* fondée sur la doctrine de Calvo[[22]](#footnote-22) édictant que les litiges dont l’État est partie relèvent de la compétence exclusive des ordres juridiques internes au vu de sa nature régulatrice et de sa fonction intrinsèque de satisfaire les intérêts publics. Il résulte donc, qu’en se soumettant à l’arbitrage qui est de l’ordre du droit privé, les autorités publiques perdent tout contrôle sur les ressources stratégiques dont ils disposent sur leurs territoires[[23]](#footnote-23).

Le professeur Bernard Hanotiau souligne que la participation de l’État à l’arbitrage soulève trois aspects avec lesquels il faut composer au sens strict de l’arbitrabilité. Il s’agit de la faculté de la partie étatique de convenir d’un arbitrage, de la capacité de l’État quant au pouvoir des signataires de la convention d’arbitrage ou le respect des procédures internes d’autorisation et enfin le problème qui touche l’aspect objectif de l’arbitrabilité en raison de la matière en cause ( contrat d’État, concession, contrat administratif, ou contrat relatifs aux investissements étrangers)[[24]](#footnote-24). Bien que la capacité soit une notion distincte de l’arbitrabilité, elle demeure néanmoins une condition préalable pour déterminer si un litige serait ou non arbitrable. Des États principalement de tradition civiliste ont longtemps entretenu cette nuance dans leurs législations à travers la fameuse formule à savoir : une personne qu’ elle soit morale ou physique doit avoir la pleine capacité de compromettre pour qu’elle soit autorisée à participer à l’arbitrage. Mais au profit du commerce international de plus en plus de législations se bornent à limiter la portée de cette règle dans la stricte application du droit interne.

Selon certains auteurs[[25]](#footnote-25), l’arbitrabilité d’un litige peut être mise cause dans deux hypothèses : en premier lieu sur le plan subjectif quand il est question de la qualité d’une partie au litige (rationae personae) et en second lieu sur le plan objectif si la matière en débat présente des motifs de contrariété à l’ordre public (rationae materiae).

En effet pour échapper à l’ordre arbitral, certains États placent leurs entités publiques sous un régime d’interdiction qualifié de « non-arbitrabilité subjective ou de non-arbitrabilité *ratione personae* »[[26]](#footnote-26) en raison de leur nature et de leur mission. Par contre, dans une démarche objective, certaines législations considèrent que les litiges résultant de certains actes publics (acta jure imperii ) ne peuvent être soumis à une juridiction étrangère vu qu’ils rentrent dans le cadre des attributions souveraines de l’État[[27]](#footnote-27). Donc, un chevauchement des notions de subjectivité et d’objectivité semble être évident, toutefois devant l’étendue de la matière, nous avons tenu à considérer principalement l’aspect subjectif dans le cadre de ce travail et laisser l’aspect objectif comme accessoire.

Nous considérons aussi prioritairement, les aspects ayant une portée internationale se retrouvant dans l’une ou l’autre des tendances relatives à l’arbitrage impliquant les personnes publiques. Cela dit, sont exclus de notre champ, les contentieux interétatiques ainsi que ceux portant sur le droit interne de l’arbitrage. Ainsi, au moyen d’une approche comparative du droit l’arbitrage, nous mettrons en exergue la contribution des principaux systèmes juridiques au développement du contentieux investisseur-État avec des applications au sein de certains États occidentaux et en développement. Tout ceci, en gardant à l’esprit les influences du pluralisme juridique sur le droit de l’arbitrage contemporain.

En effet pour mieux cerner les divers aspects du sujet, il nous semble opportun de repartir notre plan de travail en trois chapitres. Le premier chapitre traitera de la participation des personnes publiques à l’arbitrage, dans lequel nous présentons les fondements juridiques sur lesquels repose cette approche. Au deuxième chapitre, nous exposerons la tendance réfractaire à l’arbitrage, dans ses principales manifestations à travers les mesures dont certains États se servent pour faire obstacle à l’arbitrage ainsi que les justifications qui la soutiennent. Le dernier chapitre s’intéressera aux divers aspects à prendre en compte pour aboutir à la réforme du régime arbitral des investissements dans le cadre d’une perspective nouvelle.

**Chapitre I**

**La participation des personnes publiques à l’arbitrage international : fondements et appréciations**

Les obligations découlant de l’engagement de l’État pour promouvoir et attirer les investissements étrangers modifient de manière significative le régime du droit public contemporain. L’État se voit obligé de faire montre d’une plus grande souplesse, conforme à l’exigence d’équilibre, nécessaire aux relations contractuelles qu’il est appelé à développer avec le partenaire privé. Cette nouvelle donne apporte un bémol à la conception bien ancrée dans l’imaginaire collectif assimilant l’État à une espèce de Léviathan[[28]](#footnote-28), d’où émane tout pouvoir face à l’investisseur privé considéré comme simple sujet de droit. Ce remodelage de l’État, tend à placer les entités publiques au même pied d’égalité que les opérateurs privés quant à leur participation au contentieux arbitral, ce qui se concrétise dans plusieurs instruments juridiques internationaux (1.1), le droit comparé (1.2) et confirmé par les instances arbitrales internationales (1.3).

**1.1 L’admission du principe dans les instruments juridiques internationaux**

Depuis la deuxième moitié du XXe siècle, certains États s’activent à faciliter l’essor de l’arbitrage international en adhérant à la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales de 1958[[29]](#footnote-29). En général, cet instrument a été l’étape cruciale pour légitimer le mécanisme arbitral pour le règlement des litiges commerciaux internationaux. En ce qui a trait aux personnes publiques, il n’a pas été explicitement stipulé que les entités publiques peuvent se soumettre au mécanisme arbitral, mais aucune interdiction n’a été non plus mentionnée à cet égard. Les travaux préparatoires ont su implicitement déceler la véritable intention des rédacteurs, en ce que la convention s’applique *mutatis mutandis* aux personnes publiques. En réponse à une demande du représentant de la Belgique[[30]](#footnote-30) en vue d’inclure les personnes publiques dans le texte de la Convention, le comité préparatoire de l’ONU estime qu’il était superflu d’en faire mention. Toutefois, il aura fallu attendre une décennie pour que ce principe soit consacré de manière nette et claire dans un certain nombre d’instruments internationaux, dont la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961(1.1.1), la Convention de Washington de 1965 (1.1.2), les accords et traités relatifs aux investissements (1.1.3) et l’acte uniforme de l’OHADA (1.1.4).

**1.1.1 La Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961**

Cette convention est l’aboutissement de six années de travail de la Commission Économique de l’Europe de l’Organisation des Nations Unies. Elle a été conçue pour stabiliser les relations commerciales dans l’espace européen en vue d’édifier les balises nécessaires susceptibles de répondre à la confrontation de deux conceptions économiques du monde européen[[31]](#footnote-31) : une vision libérale manifestée dans l’Ouest et une vision interventionniste et planifiée de l’économie dans l’Est. Sa force juridique est considérable pour l’ensemble du droit international[[32]](#footnote-32). Elle définit le fondement juridique sur lequel les entités étatiques s’autorisent à développer des relations plus légitimes avec les acteurs privés dans la mise en œuvre des contrats d’investissement. À cet égard, l’article II de la Convention[[33]](#footnote-33) en son premier paragraphe dispose que les personnes morales de droit public ont la faculté de conclure valablement une convention d’arbitrage, ce qui tend à écarter l’interdiction faite aux entités étatiques et paraétatiques de certains États lors de la conclusion des conventions d’arbitrage. Nous soulignons au passage que l’utilisation dans la formulation de cet article du terme faculté en lieu et place d’un autre vocable plus contraignant témoigne d’une certaine prudence des États signataires quant au droit souverain des peuples européens de s’engager. Elle soulève conséquemment une question de capacité[[34]](#footnote-34) devant être réglée par le doit interne.

Cette souplesse se manifeste aussi au paragraphe II, ce, en conformité au principe dégagé de la Convention de Vienne sur le droit des traités[[35]](#footnote-35), disposant que les États sont libres de faire connaitre leurs réserves[[36]](#footnote-36) aux dispositions auxquelles ils n’entendent pas souscrire au moment de leur adhésion à un instrument international. La convention établit un changement de paradigme en plaçant l’interdiction de compromettre comme étant une exception à la norme générale. Car, au fait, en dehors d’une question de capacité juridique pure, l’interdiction reposait plutôt sur des considérations d’ordre public général qui n’ont rien à voir «  avec la protection personnelle présumée impuissante à défendre ses intérêts qui domine le droit des incapacités. Le fait que l’État et les personnes morales de droit public ne puissent valablement se soumettre à l’arbitrage constitue une véritable hypothèse de non-arbitrabilité du litige procédant de considérations d’ordre public… »[[37]](#footnote-37). En dépit de son manque de dogmatisme, la Convention contribue quand même à combler un vide qui prévalait face aux difficultés de savoir si la partie publique était apte ou non à transiger avec les opérateurs privés quant à la manière de régler leurs différends par des moyens autres que les tribunaux traditionnels. Sur cette lancée, d’autres instruments internationaux vont emboiter le pas en vue d’un encadrement plus soutenu de ce type de litige.

**1.1.2 La Convention de Washington de 1965**

La Convention du CIRDI ne se préoccupe pas de déterminer si les personnes publiques seraient susceptibles ou non de se soumettre au tribunal arbitral. Elle aborde le problème principalement en amont, en ce sens qu’elle institue un cadre juridique de règlement de différends en tenant compte de la nature des parties et de l’objet du différend.

À cet égard, elle s’est vue comme une continuité du droit international dans sa quête d’un meilleur encadrement pour les investissements internationaux à une époque où un nouvel ordre économique était sur le point de se construire en même temps que la décolonisation des pays du sud. Elle va au-delà de la Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961, en dépassant la simple réalité contractuelle comme lieu où peut se manifester la volonté de l’État à l’arbitrage, pour porter un regard sur le consentement de l’État qui peut être tacite ou exprès. Ce dit consentement peut être décelé soit dans un contrat d’investissement, une loi nationale ou tout autre instrument faisant référence au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). En général, l’État est justiciable devant le Centre dès lors qu’il a ratifié la convention et que les deux parties consentent[[38]](#footnote-38) par écrit d’y soumettre leurs différends. En réalité, l’État n’a pas à donner son consentement à chaque litige. La seule ratification de la Convention signifie qu’il consent automatiquement, selon les commentaires des Administrateurs de la Convention :

«  Le consentement des parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi (articles 28(3) et 36(3)), mais la Convention ne contient aucune précision quant à la date à laquelle le consentement doit être donné. Il peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord d'investissement prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né. La Convention n’exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C’est ainsi qu’un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d’une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d’investissements, tandis que l’investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l’offre par écrit. »[[39]](#footnote-39)

Cependant l’article 25(4) de la convention indique que préalablement, l’État peut informer le Centre des différends qui seraient non arbitrables. Par contre, cela ne constitue pas pour autant une réserve au sens du droit international, qui requiert une procédure spécifique lors de la ratification. De l’avis des Administrateurs de la Convention, cette notification n’a qu’une portée informative :

« Cette disposition précise que la déclaration par un État contractant qu’il envisagerait de soumettre une certaine catégorie de différends au Centre serait faite à titre d’information seulement et ne constituerait pas le consentement requis pour qu’un différend relève de la compétence du Centre. Bien entendu, une déclaration excluant certaines catégories de différends ne serait pas considérée comme une réserve apportée à la Convention par l’État intéressé. »[[40]](#footnote-40)

La spécificité de la Convention de Washington contribue à faire du CIRDI une institution d’une dimension transnationale en matière de règlement de différends relatif aux investissements. Comme l’affirme un chercheur : «  Cette institution répond à un besoin précis de la société internationale et vient combler les lacunes des modes de règlement des différends entre État, relatifs à la propriété de leurs nationaux à l’étranger »[[41]](#footnote-41). N’est-il pas pour cette raison qu’elle est souvent mentionnée à titre de juridiction de référence dans les clauses d’arbitrage inscrites dans les traités et accords portant sur les investissements?

**1.2.3 Les accords et traités relatifs aux investissements**

Depuis une vingtaine d’années, les États ne cessent de multiplier les initiatives tendant à dynamiser leurs économies en mettant à profit les capitaux et les technologies étrangers. La promotion de l’investissent direct étranger constitue le point de mire de cette démarche, ce qui porte d’ailleurs les États et les investisseurs privés à développer un nouveau partenariat dans lequel la partie publique s’engage à garantir la sécurité des investissements. Ce faisant, les gouvernements tournent le dos progressivement aux concepts de contrats d’État ou de concession négociés avec les investisseurs comportant des clauses compromissoires renvoyant à l’arbitrage[[42]](#footnote-42). Ainsi, se développe depuis 1980, de manière spectaculaire le concept de traités bilatéraux et multilatéraux de promotion et de protection des investissements. Selon un rapport de la CNUCED[[43]](#footnote-43)de 2012, le régime des accords internationaux d’investissement  comptait 3 196 accords, dont 2 857 accords bilatéraux d’investissement (ABI) et 339 autres accords internationaux d’investissement (AII), constitués principalement d’accords d’intégration ou de coopération.

La quasi-totalité de ces traités[[44]](#footnote-44) renferment des clauses invitant les investisseurs à prendre la voie arbitrale pour le règlement des différends qui les opposent à l’État au détriment des tribunaux judicaires de l’État hôte de l’investissement. Ces clauses font généralement référence soit au Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI), soit à la Cour d’arbitrage de la Chambre de Commerce International (CCI) ou le mécanisme de règlement de différend de la CNUDCI. Ce type de contentieux occupe une place prépondérante dans l’ensemble des affaires traitées par le CIRDI. Les statistiques du centre démontrent que 74% des affaires traitées par le CIRDI constituent des différends provenant de traités ou accords d’investissement[[45]](#footnote-45).

Depuis son existence, le CIRDI eût à connaitre en 1987, une première affaire basée non pas sur un contrat d’investissement, mais sur un traité. Il s’agissait de l’affaire *Asian agricultural products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka[[46]](#footnote-46)*, fondée sur l’article 8 d’un traité d’investissement conclu entre la Sri Lanka et le Royaume Uni. En effet, dans cette sentence les arbitres du CIRDI édifient pour la première fois un principe, qui sera réaffirmé dans plusieurs autres sentences.[[47]](#footnote-47) Il est explicitement indiqué que l’offre d’arbitrage est permanente et générale dès lors qu’elle est insérée dans un TBI, et qu’elle constitue une acceptation expresse et suffisante de la saisine du CIRDI par l’investisseur. Ceci implique qu’il n’est plus nécessaire que cette clause soit insérée dans un contrat d’investissement.

La libéralisation du contentieux investisseur-État n’est pas un phénomène proprement occidental. Elle transcende les frontières et influe les droits régionaux de certains pays en développement qui ne voient aucun inconvénient à abandonner les interdictions imposées aux personnes publiques à l’égard de l’arbitrage. Le cas de l’Afrique est particulièrement patent.

**1.1.4 L’acte uniforme de l’OHADA**

Il est un fait que les États africains ont massivement contribué à l’adoption de la Convention de Washington car, sur les 21 premiers États ayant signé et ratifié la Convention en 1966, figurent 16 États africains[[48]](#footnote-48). Cependant, le droit africain de l’arbitrage, généralement d’inspiration française[[49]](#footnote-49), s’enlisait dans une tendance régressive face à l’arbitrage international. Il était interdit aux personnes morales de droit public de se soumettre à l’arbitrage jusqu’à l’avènement de l’organisation pour l’harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) en 1999.

L’acte uniforme de l’OHADA marque un tournant significatif vers une approche libérale en préconisant au paragraphe 2 de l’article 2 que : « Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l’arbitrabilité d’un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d’arbitrage »[[50]](#footnote-50).

Cet instrument qui a une portée supra nationale s’impose aux États[[51]](#footnote-51) qui y ont souscrit, ce qui est conforme à l’article 10 du traité de l’OHADA : «  Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires entre les États parties nonobstant toute disposition de droit interne antérieure ou postérieure ». Cet article exprime la volonté politique des membres de l’OHADA de s’approprier juridiquement de l’approche transnationale du droit de l’arbitrage. Car conformément à l’article 35(1) de l’acte uniforme relatif à l’arbitrage[[52]](#footnote-52), l’acte uniforme tient lieu de loi en matière d’arbitrage vis à vis des États signataires. Il va de soi que la règle posée à l’article II(2) remplit la fonction assignée à  « une règle de police ou d’application immédiate »[[53]](#footnote-53).

Selon un auteur, l’acceptation de la participation des personnes publiques de ces États africains à l’arbitrage n’est pas une simple innovation, mais bien  une « révolution dans la pensée juridique de tradition latine, et plus particulièrement dans la doctrine de l’arbitrage »[[54]](#footnote-54) . Il s’agit là d’un virage révolutionnaire institué à l’article II(2) et cela s’explique au regard de deux considérations :

« D’une part par le fait que  l’acte Uniforme de l’OHADA fait partie automatiquement du droit interne de chaque État membre de l’organisation, il consacre de ce fait, non seulement l’arbitrage international relatif aux différends entre États et entreprises étrangères, mais aussi l’arbitrabilité des différends impliquant les personnes morales de droit public y compris l’État dans l’ordre interne des États membres de l’OHADA; c’est d’autre part, parce que cet article ne subordonne l’arbitrabilité de litiges concernant des personnes morales de droit public à aucune autorisation préalable des instances nationales. »[[55]](#footnote-55)

Au regard de ces considérations, il va sans dire que la mise à l’écart des restrictions à l’arbitrabilité des litiges impliquant les personnes publiques consacre l’intégration de ces pays à la dynamique du marché global et par voie de conséquences, favorise l’ouverture de leur marché aux investissements internationaux. Il s’ensuit que l’Acte uniforme constitue un instrument modernisateur pour les droits nationaux des pays africains dans l’espace OHADA. Il leur fournit de nouveaux mécanismes pour répondre aux exigences des grands systèmes juridiques contemporains qui tendent vers une plus grande harmonisation des normes.

**1.2 La contribution du droit comparé**

Les systèmes juridiques des régimes occidentaux et mêmes de certains États en développement convergent généralement vers une position libérale quant à la faculté pour les personnes morales de droit public de se soumettre au mécanisme arbitral. Pour les fins de cette étude nous considérons deux principales familles juridiques. Nous mettrons l’emphase sur la position des régimes issus de la tradition romano-germanique (1.2.1) et celle de la Common Law nord-américaine (1.2.2)

**1.2.1 Les positions des régimes juridiques issus de la tradition Romano-germanique**

En droit administratif classique de tradition romano germanique, il est de principe que les litiges opposant l’État aux personnes privées sont soumis au régime du droit public et rentrent dans la compétence des tribunaux étatiques. Nous analyserons les dérogations ayant conduit à une tendance libérale au sein du droit suisse de l’arbitrage (1.2.1.1), et d’un courant jurisprudentiel favorable en droit français (1.2.1.2).

**1.2.1.1 La portée libérale du droit suisse**

Il ne fait aucun doute que la Suisse est à l’avant-garde des approches les plus modernisantes en droit de l’arbitrage international, ce qui lui a permis d’acquérir une notoriété au point d’être depuis fort longtemps l’une des places privilégiées pour l’arbitrage international[[56]](#footnote-56). En effet la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (LDIP) adoptée le 18 décembre 1987[[57]](#footnote-57), dont le chapitre 12 est consacré à l’arbitrage international, dispose en son article 177(2) que :« Si une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l’arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ». Le champ d’application de l’article 177(2 ) est d’une portée générale, parce qu’il vise notamment l’État proprement dit, ses subdivisions politiques et administratives ainsi que les sociétés et organisations qui sont sous son contrôle. Malgré les divers amendements[[58]](#footnote-58) apportés à la LDIP depuis son adoption, l’article 177 n’a jamais été touché et sa formulation demeure intacte. Le nouveau code de procédure civile suisse de 2011 et le règlement d’arbitrage de 2012 ne présentent aucune disposition contraire à la lettre de la version initiale dudit article. La règle matérielle initiée par cet article se propose de régler deux aspects de la question[[59]](#footnote-59) : la capacité de la partie étatique et l’arbitrabilté du litige. Elle rend inopérantes les règles internes des États qui, soit interdisent catégoriquement l’État par sa nature de compromettre ou posent des conditions d’autorisation ou encore déterminent l’autorité habilitante pour la validité d’une convention d’arbitrage[[60]](#footnote-60).

Cette disposition paralyse aussi les effets des législations étrangères postulant que le contentieux issu des contrats et les concessions d’États ne sont réservés qu’à la connaissance des tribunaux nationaux[[61]](#footnote-61). Ce choix du législateur d’insérer cette règle matérielle de droit international privé dans le droit suisse écartant le droit étranger a pour effet de « faire prévaloir l’accord des parties sur les dispositions impératives »[[62]](#footnote-62) conformément au principe de bonne foi .

Pour l’auteur Pierre Lalive, il s’agit d’une démarche destinée à renforcer le droit international de l’arbitrage. Cette règle du droit suisse est tout à fait conforme aux principes du droit international public, à la jurisprudence du droit international privé comparé et aux exigences de l’arbitrage moderne[[63]](#footnote-63). En effet, le droit suisse en matière d’arbitrage public s’est singularisé par une position univoque à la différence de la France qui est mue par deux courants issus de deux ordres distincts. L’ordre judiciaire par voie jurisprudentielle se démarque par une tendance favorable quant à la participation des personnes publiques en arbitrage international contrairement à l’ordre administratif qui entend garder un certain contrôle sur les litiges internationaux impliquant les personnes publiques.

**1.2.1.2 Le courant jurisprudentiel favorable du droit français**

Le droit français établit depuis fort longtemps une ligne de démarcation entre les différends de dimension interne et ceux de l’ordre international. Le fameux article 2060 du code civil français[[64]](#footnote-64) prohibant ou conditionnant la participation des personnes morales à l’arbitrage prévaut encore, mais ne concerne que les litiges de l’ordre interne ne faisant pas l’objet de cette étude.

Une jurisprudence constante a été constituée en vue d’autoriser l’État et les entités publiques françaises de compromettre dans toutes matières touchant les échanges commerciaux internationaux[[65]](#footnote-65). La première décision à cet égard remonte en 1957. Il s’agit de l’affaire *Myrtoon Steamship*[[66]](#footnote-66) dans laquelle la Cour d’Appel de Paris précise que l’interdiction de compromettre faite aux personnes publiques ne concerne que les contrats d’ordre interne et ne peut s’appliquer aux contrats internationaux. D’autres décisions vont suivre la même tendance. C’est le cas par exemple de l’arrêt *O.N.I.C c. Capitaine du San Carlo* du 14 avril 1964 par lequel la Cour de Cassation souligne l’inadéquation de la règle prohibitive par rapport au besoin du commerce international :

« La prohibition est d’ordre public interne, elle n’est pas d’ordre public international et ne met pas obstacle à ce qu’un établissement public soumette, comme pourrait le faire tout autre contractant, la convention de droit privé qu’il passe à une loi étrangère admettant la validité de la clause compromissoire, lorsque le contrat revêt le caractère d’un contrat international »[[67]](#footnote-67).

En outre, dans l’arrêt *Agent judiciaire c. Galakis* rendu le 2 mai 1966, la Cour de Cassation française réitère la dimension internationale de la règle, en épousant la thèse selon laquelle le contrat international n’obéit pas aux règles internes prohibitives, car celles-ci ne correspondaient pas aux usages commerciaux internationaux :

«  Dès lors, ayant à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes devait s’appliquer également à un contrat international passé par l’État français pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime, une Cour d’appel a décidé justement que la prohibition susvisée n’était pas applicable à un tel contrat et, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public a légalement justifié sa décision »[[68]](#footnote-68).

La Cour d’Appel de Paris, dans la même ligne de l’arrêt *Galakis* a reconnu une *règle matérielle internationale*[[69]](#footnote-69) par l’adoption de l’arrêt *Gatoil v. National Iranian Oil Company*[[70]](#footnote-70) du 17 décembre 1991. Cette règledispose qu’en raison de son caractère autonome, la clause compromissoire inscrite dans une convention d’arbitrage impliquant une personne publique dans le cadre d’un arbitrage international, n’est pas soumise aux règles de conflits de loi, mais aux seules exigences de l’ordre public international au vu du caractère international et commercial du différend.

Dans plusieurs autres arrêts[[71]](#footnote-71) le principe du détachement des différends internationaux concernant les personnes publiques de l’ordre public interne a été réaffirmé, ce qui exclut ces litiges de la connaissance des instances administratives internes et de toute application du droit administratif local. Cependant, si ce principe est bien implanté dans la jurisprudence française au sein de l’ordre judiciaire, il n’en demeure pas moins qu’il fait face à certaines résistances de la part de certaines instances administratives françaises qu’il convient d’exposer au prochain chapitre[[72]](#footnote-72). Le processus de libéralisation de l’arbitrage en droit public semble être plus avancé dans les régimes de Common Law.

**1.2.2 Les positions des régimes de la Common Law nord-américaine**

En général, les régimes juridiques d’origine anglo-saxonne se caractérisent par l’absence de dispositions prohibitives et restrictives quant à l’arbitrabilité des litiges relatifs aux personnes publiques. Cette tendance, selon Paulsson est fondée sur un principe bien établi dans les juridictions d’arbitrage d’inspiration Common Law affirmant que l’État ne peut se prévaloir de ses dispositions législatives internes pour nier son consentement à l’arbitrage[[73]](#footnote-73). L’approche de la Common Law nord-américaine est basée sur le fait que les personnes publiques comme les personnes privées sont soumises aux mêmes règles quant aux mécanismes destinés à trancher leur différend. Ainsi on constate une présomption générale en droit américain (1.2.2.1) et une tendance progressiste en droit canadien (1.2.2.2).

1.2.2.1 **La présomption générale d’arbitrabilité en droit américain**

Depuis 1995 aux États-Unis, la quasi-totalité des litiges[[74]](#footnote-74) sont susceptibles d’être résolus par arbitrage. La faculté des entités étatiques à consentir à l’arbitrage se confond dans la notion générale d’arbitrabilité. Ce concept est désigné en droit américain par le vocable « *arbitrabiliy question* ». Il consiste à rechercher la juridiction susceptible de connaitre le litige suivant la volonté exprimée par les parties dans la convention d’arbitrage :

«  Pushing analysis one step further, American courts often speak of the ‘‘arbitrability question’’ to describe a threshold jurisdictional issue that may be open to decision by either the judge or the arbitrator, depending on what the contract says about the extent of the arbitrator’s power. After looking at the terms of parties’ agreement, a court might find that the parties wanted arbitrators, not judges, to decide the particular jurisdictional controversy. If so, the arbitrator’s decision will be final. Or, the court might decide that the jurisdictional question cannot be arbitrated, and decide the matter itself. »[[75]](#footnote-75)

Donc, il s’évidente que le litige est arbitrable dès lors que les parties ou un tribunal décident qu’il soit porté à la connaissance d’un arbitre[[76]](#footnote-76). Sur ce, aucune distinction n’est opérée relativement à la qualité des parties à la différence du régime juridique français faisant état : « d’inabitrabilité subjective ou incapacité de l’État à compromettre »[[77]](#footnote-77). D’où l’édification d’un climat qu’il convient de qualifier de *présomption générale d’arbitrabilité* en droit américain, résumé dans la formule : «  the reasoning is : if nothing in the legal system expressly prohibits a specific right from being submitted to arbitration then this right should be arbitrable, a priori »[[78]](#footnote-78). Cette présomption générale a donc d’ailleurs été renforcée par plusieurs décisions de la Cour suprême dont *l’arrêt Mitsubishi[[79]](#footnote-79)* rendant donc possible l’arbitrage même dans des domaines jusqu’ici considérés comme la chasse gardée des tribunaux judiciaires[[80]](#footnote-80). La contribution de la cour suprême crée les conditions d’une arbitrabilité universelle dans l’intérêt du commerce international, tel que mentionné par un auteur :

« En se fondant sur l’argument d’intérêts impérieux de prévisibilité et de sécurité dans la résolution des conflits du commerce international la Cour Suprême a offert un cadre conceptuel nécessaire à l’apparition de l’arbitrabilité universelle. Ensuite, la progression de l’arbitrabilité dans le droit des États Unis a marqué, tour à tour, le droit boursier, le droit de la propriété intellectuelle et les litiges impliquant la corruption.

La Cour aurait ainsi souligné la nécessité d’avoir un système juridictionnel propre aux intérêts du marché économique mondial qui seraient supérieurs aux objectifs économiques protectionnistes nationaux. »[[81]](#footnote-81)

La loi fédérale américaine sur l’arbitrage commercial « The Federal Arbitration Act » ne comporte aucune restriction relative à la capacité de l’État pour conclure une convention d’arbitrage. Les seules restrictions observées ne portent que sur des aspects objectifs d’une série de litiges  n’ayant aucun lien avec les personnes publiques et limitativement énumérés :

« The Federal Arbitration Act (FAA) contains one single explicit exclusion from arbitrability: 9 U.S.C. § 1 states that ‘nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce’. A part from that provision, the issue of arbitrability is not regulated in any statute or provision and pursuant to 9 U.S.C. § 2 all other arbitration agreements in writing shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract. »[[82]](#footnote-82)

Les États-Unis sont l’instigateur d’un vaste mouvement international destiné à légitimer l’arbitrage en droit public. Ils figuraient en 1966 parmi les premiers pays signataires de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements[[83]](#footnote-83). À cela s’ajoute la signature d’une kyrielle de traités bilatéraux et multilatéraux de libre-échange[[84]](#footnote-84) comportant des clauses renvoyant à l’arbitrage :

«The United States is a party to 41 Bilateral Investment Treaties, each of which provides for arbitration of investor-state disputes. The United States is also a party to 19 bilateral Free Trade Agreements, including the South Korea Trade Agreement, which recently came into force. Most of the Free Trade Agreements signed by the United States provide for arbitration of investor-state disputes. »[[85]](#footnote-85)

Les États-Unis ont conçu leur premier modèle[[86]](#footnote-86) type de traité bilatéral en 1984, révisé respectivement en 1994 et 2004. Dans ces documents, l’arbitrage est désigné comme principal mécanisme de résolution de litiges opposant l’investisseur à l’État d’accueil. Selon Patrick Juillard, le modèle de traité de 2004 comporte des approches novatrices, en termes de transparence de la procédure arbitrale et des mécanismes de révision des sentences[[87]](#footnote-87). À l’article 23 du traité, il est inséré une clause [[88]](#footnote-88) disposant que les différends investisseurs-États peuvent être régis soit par la convention de Washington, soit en vertu du règlement de CNUDNICI, du CIRDI et de tout autre mécanisme choisi par les parties.

Il résulte du développement précédent que les États-Unis ont exercé un leadership important en matière d’arbitrage en droit public marqué par un enrichissement accru des dispositifs réglementaires et institutionnels. La soumission des entités publiques au régime arbitral est vue comme un impératif de l’investissement international et du nouvel ordre économique. Cette perception a donc fait école dans d’autres États issus du régime de la Common-Law.

**1.2.2.2 La tendance progressiste du droit canadien**

Au Canada, aucune interdiction n’a été imposée à l’État de compromettre. À l’exemple des États-Unis d’ailleurs, le Canada s’est affirmé en adoptant en 1994 un modèle type de TBI prescrivant l’arbitrage comme mode de règlement de différends entre partie publique et investisseur privé[[89]](#footnote-89).

Dans le cadre de son engagement à titre membre de l’ALENA, le Canada a été à maintes occasions défendeur devant les instances arbitrales internationales. Cependant, son adhésion au CIRDI fut tardive. Ce n’est en effet que le 1er novembre 2013 que le gouvernement a déposé son instrument de ratification de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investisseurs à la Banque Mondiale, 7 ans après l’avoir signée[[90]](#footnote-90).

En droit canadien, la loi fédérale sur l’arbitrage commercial de 1985[[91]](#footnote-91) peut être appliquée dans un différend impliquant une partie étatique. Cette faculté est clairement indiquée en son article 5 (2) : « Le code ne s’applique qu’au cas d’arbitrage où l’une des parties au moins est Sa Majesté du chef du Canada, un établissement public ou une société d’État ou qu’aux questions de droit maritime. »

À l’instar du Québec[[92]](#footnote-92), les autres provinces et territoires du Canada de tradition juridique anglo-saxonne, compétentes en matière d’administration de la justice provinciale[[93]](#footnote-93) et des questions de propriétés et de droits civils[[94]](#footnote-94), n’interdisent pas aux personnes publiques d’être partie en arbitrage tant sur le plan interne qu’au niveau international. En effet chacune des provinces et territoires ont dû adopter une législation[[95]](#footnote-95) spécifique en matière d’arbitrage commercial s’inspirant de la loi type de la CNUDCI. Bien avant la ratification de la convention du CIRDI par le Canada, la plupart de ces provinces ont adopté la loi de mise œuvre de la convention sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements[[96]](#footnote-96).

Une étude réalisée sur l’ensemble des demandes en annulation de sentences investisseurs-État examinées par la Cour fédérale du Canada, les tribunaux de l’Ontario et de Colombie-Britannique, démontrait que les arbitres des tribunaux ad hoc sont plus enclins à annuler les sentences que les juges canadiens[[97]](#footnote-97). Ceci, confirme éloquemment la faveur des tribunaux canadiens pour ce type d’arbitrage.

Dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products* *Ltd[[98]](#footnote-98),* sans rien enlever au pouvoir souverain de l’arbitre, il a été jugé que ce dernier n’aurait pas dû dans les circonstances accorder des intérêts composés à Teal, mais plutôt des intérêts simples. Dans l’affaire *Procureur général c. S.D. Myers Inc[[99]](#footnote-99),* la Cour Suprême s’est gardée de se prononcer sur une demande de contrôle judiciaire de la sentence en soulignant qu’au regard de l’ALENA, l’arbitre international était compétent pour statuer sur les faits allégués contre le gouvernement canadien. La décision de l’arbitre peut être annulée dans le cadre d’un contrôle judiciaire que dans la mesure où elle repose sur une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée, et dans le cas où l’arbitre aurait agi au mépris des « notions et principes fondamentaux de la justice. »[[100]](#footnote-100) . La Cour a par la même occasion reconnu que l’arbitrage constitue un ordre à part entière qui ne doit pas être subordonné à la suprématie des tribunaux judiciaires :

« Les tribunaux canadiens ont reconnu que la prévisibilité dans l’application des dispositions en matière de règlement de différends est une condition préalable indispensable à toute opération commerciale internationale. La tendance favorise l’opinion selon laquelle les parties devraient être disposées à accepter la décision du tribunal arbitral même si elle est erronée, pour autant que les procédures régulières ont été suivies. Il n’est pas souhaitable que l’arbitrage devienne simplement la première étape d'un processus qui conduit à une décision finale de la cour d’appel la plus élevée du ressort où s’est déroulé l’arbitrage. »[[101]](#footnote-101)

Dans l’arrêt *Sparling c. Québec[[102]](#footnote-102)* du 15 décembre 1988, bien que la cause ne résulte pas directement d’un mécanisme arbitral, la Cour suprême dégage un principe général à l’effet que l’État dans ses relations avec les opérateurs privés, ne saurait revendiquer d’aucune disposition particulière pour se soumettre à un régime juridique particulier, ce qui confère aux entités publiques un statut égal aux personnes privées dans la mise en œuvre de leurs obligations réciproques. En effet, dans cet arrêt, la Caisse de Dépôt et Placement du Québec entendait se prévaloir de sa qualité d’ institution publique (agent de la couronne de la province du Québec) pour se soustraire aux obligations des actionnaires mentionnées dans la loi sur les sociétés commerciales canadiennes. La Cour a rejeté le pourvoi et a confirmé la décision de la Cour d’appel du Québec arguant que la partie publique ne peut faire valoir ses prérogatives particulières pour ne pas répondre à ses obligations envers la partie privée  : « lorsque la Couronne achète une action d'une société à laquelle s'applique la Loi, elle est liée par l’ensemble de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* dans la mesure où cette dernière définit et régit les droits et les obligations des actionnaires. »[[103]](#footnote-103)

Cette politique favorable des cours et des tribunaux nationaux pour l’arbitrage en droit public contribue au renforcement des mécanismes qui concourent à légitimer l’autorité de l’arbitre dans la résolution des différends impliquant les personnes publiques. Les investisseurs, tout comme les entités publiques ne peuvent se soustraire du pouvoir de l’arbitre dès l’instant qu’ils conviennent dans un acte subséquent à se soumettre à leur autorité. Bien que son mandat émane de la volonté commune des parties, l’arbitre est lié par la double exigence[[104]](#footnote-104) d’impartialité et d’indépendance rendant sa décision imposable aux parties nonobstant leurs qualités et leurs natures.

**1.3 L’appréciation des arbitres internationaux**

Les arbitres internationaux, qu’il s’agisse de ceux de la CCI, du CIRDI ou de tout autre tribunal arbitral ad hoc, ont concouru à édifier une jurisprudence arbitrale constante consacrant non seulement le principe que l’État et ses entités peuvent sans restrictions se soumettre à arbitrage, mais aussi définissant les fondements sur lesquels repose ce principe. Les arbitres justifient leurs décisions[[105]](#footnote-105) en se basant sur deux principes fondamentaux : l’ordre public international (1.3.1) et le principe de bonne foi (1.3.2).

**1.3.1 La conformité à l’ordre public international**

Le droit de l’arbitrage international, influencé par le courant du libéralisme économique[[106]](#footnote-106) offre aux investisseurs privés un mécanisme qui leur permet de choisir la juridiction compétente devant laquelle ils peuvent porter les différends qui les opposent à la partie publique. Ainsi se développe la clause du *forum shopping* dans les contrats et traités d’investissements internationaux. Elle est attributive de compétence, car elle confère aux arbitres internationaux la compétence nécessaire pour connaitre du différend peu importe la nature des parties. Par l’effet négatif[[107]](#footnote-107) de cette clause, toute autre juridiction serait incompétente et par le fait même, celle-ci doit se décliner au profit de l’arbitre international. Le non-respect de cette norme impérative de compétence pourra entrainer la nullité de la décision à intervenir.

Dans de nombreuses sentences, les arbitres n’ont pas manqué de souligner la dimension transnationale de leur pouvoir en rejetant les objections des États évoquant des mécanismes de droit interne pour régler les différends, même en présence des normes impératives souligne un auteur :

« L’observation de la jurisprudence arbitrale montre que, dans la très grande majorité des cas, l’arbitre confronté à des dispositions à impérativité renforcée fait toujours prévaloir les exigences de l’ordre public réellement international sur celles des lois de police. Il ne suffit pas qu’un État déclare avoir une volonté forte d’appliquer une norme quelconque pour que l’arbitre ait à cœur de faire respecter cette disposition. Il faut qu’elle corresponde, de manière plus fondamentale, à des valeurs très généralement partagées dans la communauté internationale pour que l’arbitre se sente tenu d’en assurer le respect. Parce qu’il se comprend comme tenant ses pouvoirs de la communauté internationale davantage que d’un Etat détermine, l’arbitre intervient comme le garant du respect de l’ordre public transnational ou réellement international.»[[108]](#footnote-108)

Dans l’affaire *Lanco c. Argentine[[109]](#footnote-109)* du 8 décembre 1998, les parties ont fait le choix dans le contrat de soumettre leurs différends devant une juridiction administrative fédérale argentine. Cependant, dans un traité d’investissement conclu entre la république d’Argentine et le gouvernement des États-Unis, les parties avaient prévu une clause renvoyant à l’arbitrage CIRDI tous litiges relatifs à un de ces États. Les arbitres ont rejeté l’argument selon lequel une clause exclusive de compétence au profit d’une juridiction étatique du contrat exclut la compétence du CIRDI : «  De fait, une fois établi qu’un consentement valable à l’arbitrage CIRDI a été donné, toute autre juridiction saisie pour décider du litige doit décliner sa compétence. »[[110]](#footnote-110). Cette solution a été retenue dans des sentences similaires dont l’affaire *Vivendi c. Argentine*[[111]](#footnote-111) dans laquelle le Comité ad hoc applique les dispositions de l’article 3 de la Commission du Droit International[[112]](#footnote-112), pour distinguer l’ordre juridique interne de l’ordre international en matière de responsabilité internationale des États. Le comité soutient qu’une violation du droit interne ne signifie pas forcément violation du droit international. L’arbitre international agit donc à titre de juge né de la responsabilité internationale des États en rapport avec les instruments internationaux auxquels ils souscrivent. L’observation du comité ad hoc à cet égard est sans équivoque :

« In accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law, in the case of the BIT, by international law, in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. For example, in the case of a claim based on a treaty international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentine is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts. »[[113]](#footnote-113)

Cette position des arbitres confirme l’hypothèse de la mise en cause de la responsabilité internationale des États pour les agissements illicites de leurs entités. Elle traduit également la tendance internationaliste du CIRDI à proclamer la compétence prépondérante et exclusive des tribunaux arbitraux internationaux à connaitre les litiges opposants les personnes publiques aux opérateurs privés internationaux, peu importe l’origine de l’instrument juridique générateur du litige ( loi, contrat et traité )[[114]](#footnote-114).

Par ailleurs, de nombreuses sentences de compétence rendues sous les auspices de la CCI convergent aussi dans le même sens. Dans une sentence[[115]](#footnote-115) rendue en 1971, un arbitre CCI indiquait déjà que la faculté reconnue à l’État de compromettre est une règle d’ordre public international. Il s’agit d’un principe appartenant aux usages du commerce international. Un auteur résume en ces termes le raisonnement des arbitres internationaux :

« Une raison morale évidente interdit à la partie étatique, après avoir signé l’engagement d’arbitrage, de se prévaloir de son incapacité « interne » ; d’autre part, pareil comportement sape la confiance indispensable au fonctionnement normal du commerce international, notamment avec les États et elle est contraire aux intérêts généraux de ces derniers un argument renforcé, au demeurant, par la conduite même des États, dont l’immense majorité honore parfaitement les clauses d’arbitrage international. Par sa fonction même, de garant d’une certaine « moralité contractuelle » fondamentale et de protecteur des intérêts supérieurs du commerce international, l’arbitre international est tout naturellement appelé à faire intervenir ici la notion d’ordre public transnational, au besoin en écartant l’application d'un ordre public international étatique en sens contraire.»[[116]](#footnote-116)

Cette reconnaissance du principe de l’ordre public international dans la procédure du contentieux investisseurs-État confirme la suprématie des normes transnationales sur les règles internes des États qu’elles soient ou non d’ordre publique. Cet ordre public est généralement propulsé par les principes d’UNIDROIT[[117]](#footnote-117), qui forment un corps de règles « anationales » principalement d’origine privée qui n’ont pas été sanctionnées par la communauté des États suivant les procédés juridiques habituels, mais qui sont devenues par la force des choses largement acceptées par la société marchande. Il saute aux yeux qu’il s’agit d’un ensemble de règles plurielles résultant des usages et des principes généraux laissées à la discrétion des arbitres.

**1.3.2 La conformité à la bonne foi**

Le comportement des États, tendant à faire fi de leur engagement au mécanisme arbitral a souvent été reconnu par les arbitres internationaux comme étant une attitude incompatible avec le principe de bonne foi. Dans l’affaire no 2321CCI rendue en 1974, l’arbitre unique comprend mal que l’État ne puisse respecter cette règle de bonne foi :

«  Je dois admettre que j’ai quelque peine à suivre le fil du raisonnement selon lequel un État, uniquement en raison de sa situation et de ses qualités suprêmes serait incapable de donner une promesse qui l’engage. Le principe « pacta sunt servanda » est de façon générale reconnu en Droit International et il est difficile de voir une raison quelconque pour laquelle il ne s’appliquerait pas ici. Un État souverain doit être suffisamment souverain pour faire une promesse qui l’engage aussi bien en Droit International qu’en droit interne.»[[118]](#footnote-118)

En effet, la bonne foi fait partie des règles générales applicables au droit commercial international dont l’application est largement favorisée dans le cadre de la mise en œuvre des principes d’UNIDROIT*[[119]](#footnote-119)*. Selon Emmanuel Darankoum, ces principes, dont la bonne foi, sont assez pertinents pour constituer le socle commun de la sauvegarde du droit des parties, donc il est tout à fait normal qu’ils soient rendus imposables à tous par les arbitres internationaux :

« La légitimité des Principes découle des principes généraux du droit et de l’équité communément acceptés par les systèmes juridiques, en ce qu’ils représentent une source autorisée du droit commercial international, ou encore en ce qu’ils représentent le cœur (noyau dur) des notions fondamentales appliquées par les arbitres. En effet, si l’on admet largement que les Principes véhiculent certaines normes de jus cogens du droit des contrats du commerce international, ils pourraient jouer un rôle plus fondamental dans notre siècle et apporter davantage à la mondialisation. »[[120]](#footnote-120)

Un autre juriste souligne avec force que la bonne foi demeure le fondement des obligations contractuelles internationales :

« Il est indéniable que le principe de bonne foi serait vidé de sa substance, si devaient se multiplier les cas de remise en cause des clauses d’arbitrage, parfois longuement négociées par les contractants et auquel les parties étrangères accorde la plus grande attention. Lorsqu’on sait, en outre, qu’il arrive quelques fois que l’entité étatique ne s’acquitte qu’imparfaitement de son obligation d’information à l’égard de son partenaire, concernant l’étendue de son aptitude en matière internationale, on peut estimer que serait faire peser une menace sur la sécurité des conventions internationales que de recevoir favorablement l’argument tiré de l’irrégularité du consentement de la parie étatique. »[[121]](#footnote-121)

L’application du principe de la bonne foi vise à combattre l’abus du droit dans le commerce international. Voilà pourquoi son application est impérative[[122]](#footnote-122). Aucune partie ne peut y déroger, même par contrat. Selon Emmanuel Gaillard, il découle du principe de bonne foi un ensemble de règles conventionnelles précises telles que : bonne foi dans l’interprétation des contrats, bonne foi dans l’exécution des contrats, interdiction de se contredire au détriment d’autrui et obligation de minimiser les pertes[[123]](#footnote-123). Une partie qui a volontairement exprimé son consentement soit dans une clause compromissoire, ou dans un instrument international ne peut y renoncer pour empêcher l’exécution des obligations de sa charge. Ces règles s’appliquent sans égard à la nature ou la qualité de la partie en cause. L’attitude d’une partie agissant en contradiction aux attentes légitimes[[124]](#footnote-124) de son interlocuteur peut être sanctionnée tant dans le système de droit civil[[125]](#footnote-125) que dans celui du Common Law en vertu de l’*estoppel[[126]](#footnote-126)* qui est une théoried’origine anglo-saxonne dérivée du principe de la bonne foi.

Les arbitres relatent à juste titre dans l’affaire CCI N0 2521[[127]](#footnote-127) rendue en 1975, que si la partie publique nie l’existence d’une clause compromissoire pour se prévaloir de l’inaptitude de l’État, elle s’expose à l’application de la maxime « venire contra factum proprium »[[128]](#footnote-128). Ils soutiennent qu’un tel agissement est sanctionné par les principes généraux du droit, rendant donc l’inaptitude des personnes publiques inopérante : « en raison de sa contrariété avec l’ordre public international »[[129]](#footnote-129).

Dans l’affaire *Amco c. Indonésie[[130]](#footnote-130)* le CIRDI a été appelé pour la première fois à appliquer le principe de *l’estoppel* contre une partie mais s’était réservé de le faire estimant que les conditions d’application de cette exception n’étaient pas rencontrées. Au sujet de cette sentence, Emmanuel Gaillard[[131]](#footnote-131) affirmait que même si les arbitres n’ ont pas acquiescé à la demande, ils reconnaissent l’existence du principe d’*estoppel* en droit international au point de rechercher les éléments le constituant. En 2007, le dit principe a été appliqué par le CIRDI contre la Géorgie dans l’ affaire opposant cet État à l’ investisseur Ioannis Kardassopoulos *[[132]](#footnote-132),* en arguant, qu’en vertu de ce principe, le gouvernement ne peut invoquer les dispositions internes qu’il a lui-même édictées pour échapper à la compétence du tribunal arbitral.

La jurisprudence arbitrale rejette de manière quasi-unanime toute prétention des États à nier leur engagement antérieur : « la jurisprudence arbitrale largement approuvée, a eu recours au principe de bonne foi. Elle pose notamment qu’un État ne peut, de bonne foi, signer une clause compromissoire, puis se retrancher derrière sa propre législation pour en soutenir l’efficacité. »[[133]](#footnote-133)

Ce survol nous a permis d’établir les fondements et l’évolution de la juridicité des litiges mettant en cause les personnes publiques aux investisseurs privés. Le droit international de l’arbitrage sur le plan jurisprudentiel, doctrinal et législatif concorde pour édicter des règles qui encadrent la procédure et les juridictions dédiées à cet effet. Ces mécanismes, quoiqu’ils fassent l’objet de sérieuses critiques pour leur inadéquation aux subtilités des personnes publiques[[134]](#footnote-134), témoignent l’aboutissement du processus visant la mondialisation de la justice arbitrale dans la perspective d’une économie de marché[[135]](#footnote-135) comme modèle unique accordant une place prépondérante aux pratiques privées par le démantèlement : « autant que se faire se peut du secteur public »[[136]](#footnote-136).

Le risque de monopolisation du régime d’arbitrage par les corporations transnationales en vue de la protection maximale de leurs d’intérêts constitue une préoccupation majeure pour les tenants du droit public. D’autant que dans plusieurs pays en développement, l’arbitrage international est mal perçu au motif qu’il obéit à la doctrine « mercatoriste »[[137]](#footnote-137)considérée comme la loi des pays dominants de tradition euro-américaine[[138]](#footnote-138) préconisant le laisser faire à l’investisseur[[139]](#footnote-139). Selon un auteur, il s’agit d’un ordre juridique hégémonique, qui dans sa construction normative et institutionnelle, ne préconise pas de traitement spécial ou différencié en fonction de la particularité des États en développement. Au contraire, il s’affirme par le caractère asymétrique des obligations à la charge de deux groupes de pays[[140]](#footnote-140). D’un point de vue plus général, au dire d’un juriste, l’ordre juridique international traditionnel se trouve grandement menacé par l’unilatéralisme américain et la privatisation du droit privé avec l’avènement de la lex mercatoria[[141]](#footnote-141) comme un nouvel ordre juridique concurent[[142]](#footnote-142). Il résulte de cette controverse, que les marges de manœuvre des États se souscrivant au régime juridique international de l’investissement sont réduites à une approche minimaliste en matière de gouvernance publique. Dans ce contexte, le débat portant sur la vulnérabilité des États en développement impliqués dans les litiges relatifs aux investissements ne fait que s’accentuer.

**CHAPITRE II**

**La tendance hostile à la participation des personnes publiques à l’arbitrage : manifestations et justifications**

Le rattachement des différends investisseurs-États à un tiers ordre juridictionnel se heurte à la méfiance grandissante de bon nombre d’États. Sur le fondement d’un courant séculaire déjà hostile à l’arbitrage en droit public, cette résistance va en s’amplifiant et prend des formes variées. Elle constitue surtout une réaction aux récentes décisions rendues en matière d’arbitrage condamnant des États à revoir leurs politiques publiques à l’aune de leurs engagements à l’égard des opérateurs privés. Un récent rapport de la CNUCED met en exergue divers facteurs entravant le contentieux investisseur-État : « Le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États a révélé des failles systémiques et suscite un certain nombre d’interrogations concernant la légitimité, la transparence, le manque de cohérence, le caractère erroné de certaines décisions, le système de désignation des arbitres et les enjeux financiers ».[[143]](#footnote-143)

Ces facteurs freinent tout effort pouvant conduire à la libération complète de l’arbitrage au sein de certains États comme mécanisme devant résorber les litiges impliquant les personnes publiques. Il importe pour nous dans ce chapitre de décrire les diverses manifestations de cette tendance (2.1) et leurs principales justifications (2.2).

**2.1 Les manifestions de la tendance**

Le droit national de beaucoup de pays génère un éventail de règles portant soit sur des restrictions, soit sur des interdictions à la partie publique à s’engager dans une procédure arbitrale et cela au mépris des clauses d’arbitrage inscrites dans les traités et accords internationaux dont ils sont signataires. Elles prennent des formes subtiles et diffèrent d’un pays à un autre. Nous en décrirons ici quelques-unes : la velléité de l’ordre administratif français pour soumettre l’arbitrage à son contrôle (2.1.1), l’exigence, par certains pays arabes d’une autorisation préalable de l’autorité habilitante pour que le consentement de l’État à l’arbitrage soit valide (2.1.2), la dénonciation de la Convention de Washington par des pays Latino-Américains (2.1.3), enfin l’utilisation en amont des gymnastiques procédurales comme les injonctions de type anti-suit (2.1.4) et le principe de l’immunité étatique (2.1.5)**.**

**2.1.1 La soumission de l’arbitrage au contrôle de l’ordre administratif français**

Bien que l’ordre judicaire français soit favorable à la participation pleine et entière des entités publiques à l’arbitrage, il subsiste encore une certaine résistance au sein des instances administratives, et ce, même lorsque le litige revêt un caractère international. Le Conseil d’État, organe suprême de l’ordre administratif français, n’entend pas en effet laisser échapper les différends dont l’État est partie au contrôle du droit public français. Le dit Conseil[[144]](#footnote-144) a refusé dans un avis du 06 mars 1986 d’entériner la validité d’une clause compromissoire insérée dans un contrat conclut entre l’État français (Département Val-de-Marne et la ville Marne-la-Valée) et la société américaine Walt Disney :

« Le contrat envisagé entre, d’une part l’État français, la région Île-de-France, le département du Val-de-Marne et l’établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée et, d’autre part la société Walt Disney Productions, pour l’aménagement d'un parc de loisirs à Marne-la-Vallée, relève de l’ordre juridique interne français et n’entre dans le champ d’application d’aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire. D’une part, ce contrat ne relève pas des principes applicables en matière de commerce international. D’autre part, la convention de Washington « pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États », publiée au Journal officiel du 31 décembre 1967 qui se borne à organiser les modalités de règlement de litiges que les parties à un différend ont décidé de soumettre au « centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », n’emporte aucune conséquence quant à la possibilité de compromettre d’une personne publique française.

Dès lors, le projet de contrat considéré ne peut valablement contenir une clause compromissoire qui serait entachée d'une nullité d’ordre public. »[[145]](#footnote-145)

En dépit du caractère international du contrat dont il est question, il a été décidé par le Conseil d’État qu’il ne relève pas de l’arbitrage international en raison de sa nature administrative plutôt que commerciale.[[146]](#footnote-146) Tel qu’expliqué par un auteur, cette interprétation découle d’un principe en droit français qui veut que le caractère international du contrat ne prédomine pas sur sa nature administrative[[147]](#footnote-147). Donc, à défaut d’un texte spécifique, les contrats de concessions, les baux administratifs ou toutes conventions relatifs au domaine public attribués au sociétés étrangères ne peuvent être soumises en arbitrage[[148]](#footnote-148). En dépit d’un développement législatif postérieur[[149]](#footnote-149) à l’arrêt précité, la question reste entière de l’avis d’un spécialiste du droit public, qui n’a pas manqué de souligner le flou qui perdure en droit français en matière d’arbitrage public: « Aujourd’hui, l’arbitrage en droit public baigne dans un flou artistique entre interdiction de principe, multiplication des exceptions et adaptation incertaine de règles originellement issues du droit privé. »[[150]](#footnote-150)

Dans une intervention, le Vice-Président du Conseil d’État, Jean-Marc Sauvé, tenait à souligner que les prérogatives dévolues aux personnes publiques pourraient être entravées en s’engageant dans l’arbitrage. Même s’il ne s’oppose pas complètement à la participation des entités étatiques au mécanisme arbitral, il propose à ce que ce mécanisme soit sous la coupe réglée d’un juge d’appui : « L’intérêt public commande, enfin, que les parties puissent se reposer sur un juge d’appui disposant de larges compétences pour les aider, et que la sentence arbitrale puisse faire l’objet d’un contrôle approfondi et efficace de la part d’une juridiction, tant sur la procédure que sur le fond. »[[151]](#footnote-151)

Le contrôle d’un juge d’appui, revendiqué par le Conseil d’État a déjà été proposé dans le rapport Labetoulle[[152]](#footnote-152) qui restera lettre morte vu l’opposition qu’il a suscitée. Car l’arbitre jouerait alors à cet égard un rôle mineur qui ne peut contribuer qu’à ruiner l’autonomie de l’arbitrage. Le juriste français Thomas CLAY dans un article lapidaire, estimait que cette proposition a marqué un recul du droit français de l’arbitrage et constitue une tentative de récupération opérée par les instances administratives pour ramener dans leur giron les litiges internationaux touchant les rapports de l’État avec un opérateur privé  :

« Le point qui crée le plus de difficultés, et qui, à lui seul, suscite le rejet unanime par les spécialistes et les praticiens de l’arbitrage, concerne la confiscation par la juridiction administrative de l’encadrement de la procédure arbitrale, y compris internationale. Juge d’appui, juge du recours, juge de l’*exequatur*, tout relèverait désormais de la juridiction administrative et même essentiellement du Conseil d’État. »[[153]](#footnote-153)

Cette position en droit public français a été renforcée par une décision[[154]](#footnote-154) rendue par le tribunal des conflits en date du 17 mai 2010 opposant l’entité publique, *l’Institut national de la Santé et de la Recherche Médicale ( INSERM ) contre l’association norvégienne, la Fondation Letten Saugstad.* Dans cette cause, le tribunal administratif a renversé la décision de la Cour d’appel de Paris qui avait jugé conforme la clause compromissoire insérée dans le contrat, disposant au contraire qu’il appartient au juge administratif (le tribunal des conflits ) de statuer sur le contrôle de la conformité des sentences aux règles impératives du droit public, déclarant en même temps que la clause compromissoire était nulle et que seuls les tribunaux judicaires étaient compétents. Mais, dans un arrêt[[155]](#footnote-155) subséquent du 26 janvier 2011, la Cour de Cassation a rectifié le tir pour admettre la validité de la clause compromissoire et la sentence arbitrale qui en découlait. Tout en reconnaissant le caractère international du litige, la décision du tribunal administratif confirme la tendance exprimée depuis un certain temps en France en faveur de l’instauration du principe du dualisme dans le contentieux impliquant les personnes publiques, où deux ordres de juridictions seraient appelées à intervenir. Cette délimitation juridictionnelle des frontières entre juge judiciaire et juge administratif dans les contentieux internationaux impliquant les personnes publiques constitue une menace pour l’arbitrage en France : « une source potentielle de contentieux préjudiciable au droit français de l'arbitrage international, ce qui est susceptible d’être exploité par les places étrangères. »[[156]](#footnote-156) Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage international[[157]](#footnote-157) contribue certes à la modernisation et à la libéralisation du droit français de l’arbitrage aux yeux de certains auteurs car les réformes qu’il préconise seraient même susceptibles de renforcer l’attractivité de la place de Paris pour l’arbitrage[[158]](#footnote-158). Néanmoins, il ne comporte pas de dispositions pouvant dissiper le dualisme juridictionnel ambiguë dont fait montre le droit français de l’arbitrage pour les litiges publics[[159]](#footnote-159).

La tendance réfractaire semble être encore plus manifeste au sein de certains États en développement dont notamment les pays arabes, reconnus pour leur opposition séculaire à l’arbitrage en droit public.

**2.1.2 L’autorisation préalable avant de consentir dans des États Arabes**

De manière générale l’arbitrage n’est pas un phénomène nouveau dans le règlement des litiges commerciaux au sein des pays arabes, cependant il était étroitement lié au phénomène religieux marqué par l’omniprésence de l’islam dans la culture juridique de ces États[[160]](#footnote-160). En dépit des interdictions du droit international et de la tendance de la jurisprudence arbitrale récente, il subsiste encore dans le droit national des États arabes des conditions préalables pour qu’un litige impliquant la partie publique puise être admise en arbitrage international. À titre illustratif nous exposons la situation en droit égyptien (2.1.2.1) et en droit libanais (2.1.2.2)

**2.1.2.1 Le cas du droit égyptien**

En droit égyptien, il est permis à un opérateur privé étranger de recourir à l’arbitrage advenant un litige impliquant l’État ou ses émanations, mais ces derniers doivent être formellement munis de l’approbation d’une autorité compétente. En ce qui concerne les litiges relatifs aux contrats administratifs, l’article premier de la loi du 16 avril 1997 est catégorique : « L’accord pour recourir à l’arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs est donné par le Ministre compétent ou l’autorité compétente en ce qui concerne les personnes de droit public. La délégation de ce pouvoir est interdite. »[[161]](#footnote-161)

Une auteure souligne que cette disposition n’est pas un acte isolé. Elle confirmerait plutôt la résistance systématique du régime égyptien à l’égard de l’arbitrage en droit public[[162]](#footnote-162). Au regard même de la loi no 89 de 1998 portant réglementation de l’adjudication dans les marchés publics, soutient Nathalie Najjar, il est explicitement établi que s’il survient un litige dans l’exécution du contrat, les parties peuvent recourir à l’arbitrage mais à condition que le ministre compétent l’autorise de manière expresse[[163]](#footnote-163).

Par ailleurs, il est de surcroit exigé que les parties respectent les règles impératives du droit égyptien de confier au prime abord le litige aux tribunaux égyptiens. Bien avant l’adoption de ces dispositions légales, le Conseil d’État égyptien consulté en vue de définir la ligne à suivre, a tranché dans le même sens en émettant l’avis selon lequel :

« Les personnes morales de droit public peuvent certes, librement recourir à l’arbitrage pour la résolution d’un litige de droit privé, mais que l’État et les personnes morales de droit public ne sauraient compromettre sans être préalablement autorisées à le faire par une loi ou par l’ autorité de tutelle compétente »[[164]](#footnote-164).

L’autorisation préalable soulève un certain nombre de questions légitimes quant à sa portée et de ses limites en droit :

«  Quelles sont les formes requises pour que le ministre ou l’autorité compétente accorde l’autorisation de recourir à l’arbitrage? Cette autorisation doit elle se présenter sous forme d’acte séparé ou de signature du ministre ou de l’autorité compétente de la convention d’arbitrage? Ne risque-t-on pas de voir renaitre une nouvelle affaire Plateau des Pyramides? Quelles serait la sanction du défaut de l’obtention d’autorisation? Serait-ce la nullité de la clause compromissoire ou une simple sanction disciplinaire comme le reconnaissait une jurisprudence antérieure ? Peut-on admettre une nullité sans texte? Quid des conventions d’arbitrage conclues antérieurement à la promulgation de la loi de 1997? »[[165]](#footnote-165)

Cette approche conservatrice du droit égyptien contemporain consistant à exiger une autorisation préalable à l’arbitrage en matière publique confirme la méfiance de certains États à l’égard de l’arbitrage. Cette attitude participe d’une stratégie permettant aux États de garder un certain contrôle du mécanisme, en créant des entraves dans leur droit national qui sont en fait incompatibles aux exigences de l’arbitrage international.

**2.1.2.2 Le cas du droit libanais**

Le régime de l’arbitrage du Liban[[166]](#footnote-166)inspiré en partie du droit français est perçu par certains auteurs comme le plus « libéral et flexible »[[167]](#footnote-167) dans la région. Car, déjà en 1983, il a été l’un des rares régimes de tradition juridique latine et musulmane à abandonner l’interdiction faite aux parties publiques de compromettre. En effet l’article 809 du code de procédure civile libanais de 1983 énonce : « est international l’arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international. L’État ainsi que les personnes de droit public peuvent recourir à l’arbitrage international ».[[168]](#footnote-168)

Quelques décennies plus tard, cette disposition allait être soumise à certaines restrictions majeures, d’abord par une circulaire ministérielle prise le 7 avril 2000 dans laquelle le conseil des ministres fait injonction aux administrations et collectivités publiques de demander l’autorisation au conseil des ministres avant de recourir l’arbitrage.

Comme sa force juridique a été vite questionnée, au vu de sa place dans l’ordonnancement juridique, fait observer un juriste[[169]](#footnote-169), elle a été renforcée par l’adoption, le 16 août 2001 d’une nouvelle loi portant sur l’encouragement des investissements[[170]](#footnote-170). À l’article 18 de cette loi, il est prescrit que l’autorisation préalable du conseil des ministres est obligatoire pour habiliter l’arbitrage des litiges administratifs qu’ils soient de l’ordre interne ou international[[171]](#footnote-171).

En juillet 2001, le Conseil d’État libanais s’est penché sur l’arbitrabilité de certains litiges administratifs dont particulièrement les affaires : *État libanais c. Société FTML(Cellis) SAL* et *État libanais c. Libancell SAL*. Le Conseil adopta alors pour une approche restrictive en limitant la portée de l’article 809 du code de procédure civile qui prévoyait que l’arbitrage est permis uniquement pour les contestations relatives au droit privé et pour lesquels l’État libanais n’exerce pas de prérogative de puissance publique. Ainsi, des clauses compromissoires contenues dans les contrats ont été invalidées[[172]](#footnote-172). Mais les investisseurs ont eu gain de cause par la suite, puisqu’en 2005 des tribunaux arbitraux[[173]](#footnote-173) ont été amenés à condamner le Liban à les indemniser. La nouvelle loi qui a été adoptée en date du 29 juillet 2002, qui prétend instaurer une réforme du droit arbitral, ne fait que reprendre les dispositions restrictives antérieures[[174]](#footnote-174).

L’énoncé de l’article 762 de cette loi ne laisse présager aucunement une évolution dans la position du Liban, car l’autorisation préalablement faite aux entités publiques pour consentir est à nouveau mentionnée[[175]](#footnote-175). Quant à son champ d’application, la voie est ouverte à toutes sortes de supputations pour déterminer s’il s’agit d’une restriction interne ou internationale.

Ces restrictions sont constatées aussi dans d’autres pays arabes tels que  la Mauritanie, le Maroc, l’Algérie, la Tunisie et la Lybie, regroupés au sein du grand Maghreb. Ces derniers accordent préséance aux tribunaux nationaux et conçoivent mal que l’État succédant à la puissance coloniale puisse être concurrencé dans ses prérogatives de rendre justice[[176]](#footnote-176).

En Algérie, par exemple l’argument étant fondé sur le fait que les activités portées sur les ressources naturelles tels que les services pétroliers ont été jugées  trop impliquées avec la souveraineté  pour accepter qu’elles soient soumises devant une instance étrangère[[177]](#footnote-177).

D’aucuns pensent que les mouvements politiques qu’avaient connus en 2011 plusieurs pays arabes ( Égypte, Tunisie et Libye ), seraient porteurs d’espoir pour d’éventuels changements juridiques significatifs en vue d’une libéralisation complète, au sens occidental du terme, du régime arbitral d’investissement dans l’ensemble de la région[[178]](#footnote-178). L’intervention de l’OCDE dans quatre pays (Égypte, Jordanie, Maroc et Tunisie) depuis 2012 semble sur le point d’instaurer une certaine transition vers un nouveau paradigme juridique en matière d’investissement[[179]](#footnote-179). Les objectifs escomptés pourront cependant être difficile à atteindre dans l’immédiat au vu de la résistance des forces traditionnelles et le scepticisme manifeste dans d’autres régions du monde à l’égard l’arbitrage d’investissement.

**2.1.3. La dénonciation de la convention de Washington en Amérique latine**

L’Amérique latine se distingue par une position plus radicale à l’arbitrage international. Des antécédents politiques et historiques expliquent d’une certaine manière son aversion pour l’arbitrage en général qu’elle qualifiait d’instruments des pays occidentaux pour protéger les intérêts de leurs ressortissants :

«  En 1902, les forces navales de l’Allemagne, de la Grande-Bretagne et de l’Italie bloquèrent les côtes du Venezuela dans le but d’obtenir du gouvernement vénézuélien l’indemnisation de leurs ressortissants à qui la guerre civile vénézuélienne avait porté préjudices. Étant donné les pressions exercées, non seulement par le blocus, mais aussi par le bombardement des côtes vénézuéliennes, le Venezuela accepta de soumettre le différend à l’arbitrage international. Le différend fut soumis à dix Commissions d’arbitrage constituées par les États-Unis, la Belgique, la Grande-Bretagne, l’Allemagne, l’Italie, le Mexique, les Pays-Bas, l’Espagne, la Suède et la Norvège. Compte tenu du cas précédent, les pays latino-américains ont considéré que les plaintes de nature internationale formulées par les gouvernements des pays développés en faveur de leurs ressortissants n’étaient rien d’autre qu’un moyen de contrôle utilisé par ces pays dans le but de protéger leurs intérêts coloniaux. »[[180]](#footnote-180)

Même lorsqu’on dénote une présence accrue de ces pays dans certains arbitrages au début du XXe siècle, il n’était point question pour eux d’une adhésion délibérée à la justice arbitrale. Leur adhésion participait davantage d’une stratégie pour éviter l’intervention armée de leurs anciennes puissances coloniales :

«  Les interventions armées menées par la France au Mexique (1861-1862) et par les États-Unis à Saint-Domingue (1904) et en Haïti (1915) ; par l’Allemagne, la Grande-Bretagne et l’Italie au Venezuela (1902-1903), sont des exemples où les pays latino-américains ont accepté de résoudre le différend en question par le biais de l’arbitrage et d’éviter ou de mettre un terme à une intervention armée. »[[181]](#footnote-181)

En 1964, les pays latino-américains eurent déjà à s’opposer en bloc au projet de création du CIRDI lors de la rencontre annuelle tenue par la Banque mondiale, dans ce que le professeur Lowenfeld nomma de  «  *El no de Tokyo* »[[182]](#footnote-182). Les changements économiques mondiaux ont provoqué une évolution notable dans la position de ces États qui vont jusqu’à renoncer à la clause de *Calvo*. À la faveur des reformes de libéralisation économique engagées par le régime de Pinochet, le Chili[[183]](#footnote-183) a été, en 1978 le premier pays de la région à supprimer de manière explicite dans sa législation, l’interdiction faite aux personnes publiques de se soumettre à l’arbitrage international. Mais il n’a ratifié la convention de Washington que le 24 septembre 1991[[184]](#footnote-184). La décennie des années 1990 a donc été une période charnière consacrant l’adhésion massive des pays de l’Amérique de latine au CIRDI[[185]](#footnote-185). En revanche, après avoir été condamnés par une vague de sentences arbitrales sévères rendues par des tribunaux du CIRDI[[186]](#footnote-186), trois États : la Bolivie, l’Équateur et le Venezuela se sont engagés à dénoncer la Convention de Washington à l’issue du 5eme sommet de l’organisation « L’alternative Bolivarienne pour les peuples d’Amérique (ALBA) »[[187]](#footnote-187) tenu le 29 avril 2007.

La Bolivie s’est illustrée en premier en notifiant à la Banque mondiale le 2 mai 2007 sa décision de se retirer de la Convention de Washington. Le gouvernement bolivien justifie ce retrait en évoquant les caractères déséquilibré, antidémocratique et partial du CIRDI, favorisant les multinationales au détriment des gouvernements[[188]](#footnote-188). Les soubresauts de l’affaire *Aguas Tanari[[189]](#footnote-189)* semble être la goutte d’eau qui fit déverser le vase[[190]](#footnote-190). Un amendement constitutionnel[[191]](#footnote-191) a été amorcé via un référendum en date du 25 janvier 2009 interdisant le recours en arbitrage international en matière d’hydrocarbures. Le recours en cette matière doit être basé exclusivement sur les lois boliviennes.

L’Équateur pour sa part après avoir promulgué une nouvelle constitution en septembre 2008 prohibant la conclusion des accords et traités comportant des clauses d’arbitrage, signifia sa demande de dénonciation de la convention le 09 juillet 2009, ce qui sera effectif six mois après, conformément à l’article 71 de la Convention de Washington[[192]](#footnote-192). À l’occasion de la conférence des Nations Unies tenue en juin 2009 sur la crise financière et de son impact sur le développement, le président de l’Équateur à l’époque, Raphael Correa Delgado, présenta l’argument selon lequel le système arbitral CIRDI privilégie le capital sur les droits de l’homme :

 « El imperativo de redefinir el orden financiero mundial, desquiciado por la especulación y el privilegio, también se justifica desde una visión de derechos humanos. En el nivel global, los seres humanos tenemos menos derechos que el capital, gracias a los tratados bilaterales de inversiones, a sistemas de arbitraje internacional regulados en el CIADI por el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio »[[193]](#footnote-193)

Le Venezuela a quant à lui, le 24 janvier 2012 signifié, sa dénonciation de la Convention qui devait prendre effet le 25 juillet 2012. Selon un communiqué du ministère des affaires étrangères, cette décision est motivée par la volonté de respecter l’article 151 de la Constitution du Venezuela, qui invalide tout consentement préalablement donné à la compétence d’une instance juridictionnelle étrangère et aussi pour « protéger le droit des vénézuéliens de choisir librement leurs orientations économiques et sociales stratégiques. Il a donc décidé de ne plus se soumettre à une compétence internationale qui a favorisé les intérêts transnationaux dans 232 des 234 causes qui lui ont été soumises. »[[194]](#footnote-194) En Argentine[[195]](#footnote-195) un projet de loi portant sur la dénonciation de la Convention est en circulation depuis 2012 tandis que le Brésil, le Mexique et le Cuba n’ont toujours pas adhéré à la Convention de Washington.

En ce qui a trait aux conséquences juridiques immédiates de ces dénonciations, Walid Ben Hamida estime que la seule dénonciation de la Convention ne met pas fin automatiquement aux poursuites engagées en arbitrage contre les États qui la dénoncent[[196]](#footnote-196). Cette opinion est fondée sur l’argumentaire selon lequel les États sont liés par un certain nombre de traités d’investissements internationaux préconisant l’arbitrage, qui n’ont pas été dénoncés. Donc, il va de soi que leur retrait du CIRDI ne serait pas un « adieu » mais simplement un « au revoir », si les traités subséquents ne sont pas aussi dénoncés, car les parties risquent encore de se retrouver devant les tribunaux arbitraux[[197]](#footnote-197).

Il est évident que l’attitude des États pose des problèmes difficilement surmontables en droit international. Cependant, en se dressant contre le CIRDI, ces États entendent en même temps se positionner contre l’idéologie libérale véhiculée par les institutions de *Breton Woods* en faveur du capital privé international, devant ce qui semble être une survivance de la confrontation nord-sud.

Toutefois, une remise en question subtile de ce mécanisme se confirme au sein des États du nord aussi, étant entendu qu’ils font face à un retour de balancier avec de plus en plus de poursuites des investisseurs mettant en cause leur gouvernance[[198]](#footnote-198).

**2.1.4 L’utilisation des injonctions de type *anti-suit***

Les *anti-suit injonctions* constituent une technique procédurale qui prend sa source dans le système de la Common Law[[199]](#footnote-199) et dont l’utilisation est largement rependue dans maints systèmes de droit. Elles peuvent être soulevées avant, durant ou à la fin d’une procédure arbitrale ou judicaire.

Ces injonctions sont de deux sortes[[200]](#footnote-200). Elles consistent d’abord à faire paralyser une procédure arbitrale en cours ou sur le point d’être déposée en raison de l’incompétence du tribunal arbitral  ou encore à empêcher une poursuite judicaire étrangère engagée au mépris d’une convention d’arbitrage. Aucune disposition spécifique n’interdit aux parties de soulever les injonctions de type anti-suit (ci-après anti-suit). Un auteur[[201]](#footnote-201) estime qu’un arbitre du CIRDI saisi d’une demande d’anti-suit, pourra apprécier la requête, en se basant sur les dispositions de l’article 47 de la Convention[[202]](#footnote-202) de Washington pour ordonner une mesure conservatoire.

Emmanuel Gaillard a écrit que les juridictions américaines et anglaises font usage de la procédure anti-suit pour interdire une procédure arbitrale engagée à tort contre elles. Cette tactique est de plus en plus utilisée par les personnes publiques dans les différends issus des contrats d’états où l’État tente de faire prévaloir la préséance de ses tribunaux sur l’arbitre  international:

« La tentation est grande en effet pour un État ou une entreprise nationale de tenter de faire échec à l’application d’une convention d’arbitrage librement acceptée mais dont la validité est contestée de s’adresser aux juridictions de son propre État pour voir interdire à son cocontractant d’engager une procédure arbitrale à son encontre ou, si celle-ci a été formée, pour lui voir ordonner de s’en désister. »[[203]](#footnote-203)

La jurisprudence internationale regorge de cas pour lesquels les juridictions étatiques[[204]](#footnote-204) font usage des anti-suits contre le déroulement de l’arbitrage international. La technique des anti-suit est très critiquée en droit international. En droit communautaire européen, ces injonctions ont été considérées par la Cour Européenne de justice[[205]](#footnote-205) comme une entrave juridictionnelle nuisible au déroulement d’une procédure pendante, car elles sont contraires au principe de bonne foi dégagé par la Convention européenne :

«  Or, l’interdiction faite par une juridiction à une partie, sous peine de sanction, d’introduire ou de poursuivre une action devant une juridiction étrangère a pour effet de porter atteinte à la compétence de celle-ci pour résoudre le litige. En effet, dès lors que le demandeur se voit interdire d’intenter une telle action par une injonction, force est de constater l’existence d’une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle, avec le système de la convention. »[[206]](#footnote-206)

Les arbitres internationaux opposent généralement deux réserves de principe face aux anti-suits[[207]](#footnote-207). Il s’agit d’abord de leur inadéquation avec le principe *kompetenz[[208]](#footnote-208) kompetenz* et du fait qu’elles méconnaissent et violent le droit fondamental de la partie adverse d’avoir accès à la justice.

Le tribunal arbitral n’est pas tenu de faire droit aux injonctions sous réserve de la manière dont il conçoit sa mission[[209]](#footnote-209). L’arbitre qui conçoit sa mission comme celle d’un juge étatique se soumettra aux exceptions anti-suit qu’elles soient fondées ou non. D’autre part, si l’arbitre se considère comme celui qui est investi de la mission de départager les règles de droit, il appréciera les injonctions en fonction des règles de droit qu’il privilégie dans la mise en œuvre des procédés hasardeux[[210]](#footnote-210) des règles de conflit de loi. En revanche, il est clair que s’il se voit comme l’organe de la communauté internationale[[211]](#footnote-211) l’arbitre international examinera le bien fondé des anti-suit au regard de l’ordre public international et décidera en fonction de ce raisonnement : « L’adoption généralisée de ces principes, qui nous paraissent caractériser le droit moderne de l’arbitrage international, devrait rendre très largement inutiles les anti-suit injonctionset s’accompagner de leur bannissement »[[212]](#footnote-212).

Si cette procédure permet d’empêcher en aval à l’arbitrage de connaitre un dénouement final en le perturbant, en amont la partie publique dispose d’autres réserves telles que : les immunités étatiques pour nuire ou tout simplement s’opposer à l’exécution de la sentence.

**2.1.5 L’évocation du principe des immunités étatiques**

Selon la doctrine, la reconnaissance de l’immunité à un sujet de droit, à un État ou à une organisation internationale consiste à «  interdire un organe d’appliquer le droit normalement applicable par lui à une situation en raison de la qualité particulière du sujet considéré »[[213]](#footnote-213). Les privilèges des immunités étatiques constituent les attributs de la souveraineté, elles sont une arme souvent utilisée par les États pour échapper aux sentences des tribunaux arbitraux.

Tel que mentionné par un auteur, les concepts d’arbitrage et d’immunités sont à première vue antinomiques et difficilement compatibles[[214]](#footnote-214). L’exécution de la sentence arbitrale ne peut conduire qu’à la levée du voile de l’immunité dont sont couverts les États.

Dans son sens absolu[[215]](#footnote-215), la théorie de l’immunité étatique suppose que les actes de l’État, fussent-ils arbitraires, ne sauraient être sanctionnés par un tribunal étranger, voire même à exécuter la décision à intervenir à son encontre. Ce qui nous amène à considérer deux sortes d’immunités : l’immunité de juridiction et l’immunité d’exécution. Dans le premier cas, l’État se réserve le droit de refuser d’être jugé par une juridiction étrangère et dans le second cas, il a le privilège de s’échapper à l’exécution des décisions rendues à son encontre.[[216]](#footnote-216)

Mais, deux thèses sont en confrontation : celle qui considère qu’en se soumettant à l’arbitrage, l’État ne renonce pas pour autant à son immunité, par opposition à celle épousée par les opérateurs privés disposant que l’adhésion de l’État au mécanisme arbitral constitue un acte de renonciation expresse à ses prérogatives. Pierre Lalive, partageant la dernière approche soutient : « Pareille objection est du reste en contradiction flagrante avec la conduite de la plupart des États, pour qui l'acceptation de la clause arbitrale est, ou est équivalente à un waiver, peut-être implicite mais certain, de la dite immunité »[[217]](#footnote-217). Cette opinion est aussi appuyée par la jurisprudence française récente, la Cour de cassation française réaffirme le principe de renonciation implicite dans l’arrêt Creighton : «  La Haute juridiction a ainsi consacré un nouveau principe de renonciation implicite à l’immunité d’exécution, du seul fait que l’État en question souscrive à une clause d’arbitrage dans les termes de l’article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI, estompant ainsi un peu plus la notion de respect de la souveraineté d’un État ».[[218]](#footnote-218)

Une partie de la doctrine affirme que le fait pour l’État de se soumettre à l’arbitrage ne constitue pas un acte d’aliénation à ses immunités. Au contraire, il exerce pleinement sa souveraineté[[219]](#footnote-219). L’adhésion à l’arbitrage est un acte délibéré, les personnes publiques sont libres de s’engager au mécanisme, d’autant que l’arbitre est un juge privé dont le pouvoir émane des parties et non d’un État donné.

En effet, l’adhésion d’un État à la Convention de Washington tempère de manière significative le privilège des immunités étatiques d’autant que les sentences rendues n’ont pas à être soumises à la procédure de l’exequatur de l’État. Les dispositions des articles 54 et 55 de la convention ne font pas obstacle aux immunités étatiques[[220]](#footnote-220). Ils commandent aux États de faciliter l’exécution de la sentence sans pour autant renoncer totalement à leurs prérogatives souveraines, comme a relaté le Rapport des Administrateurs de la convention dans ce commentaire :

« L’immunité d’exécution des États peut paralyser l’exécution forcée dans un État de jugements rendus contre des États étrangers ou contre l’État sur le territoire duquel l’exécution est demandée. L’article 54 exige que les États contractants assimilent une sentence rendue dans le cadre de la Convention à un jugement définitif de leurs tribunaux nationaux. Cet article ne demande pas que les États aillent plus loin et mettent à exécution des sentences rendues dans le cadre de la Convention lorsque des jugements définitifs ne pourraient faire l’objet de mesures d’exécution. Afin d’éviter tout malentendu à cet égard, l’article 55 prévoit que l’article 54 ne peut en aucune façon être interprété comme dérogeant au droit en vigueur dans un État contractant concernant l’immunité d’exécution de cet État ou d’un État étranger. »[[221]](#footnote-221)

Cette disposition résulte d’un compromis entre les États lors de l’adoption de la convention[[222]](#footnote-222) car en s’objectant à l’exécution de la sentence arbitrale par l’affirmation de l’immunité étatique, la partie publique se donne un pouvoir d’appréciation pour déterminer l’opportunité d’indemniser l’investisseur.

L’hypothèse de la renonciation à l’immunité de juridiction demeure acquise par le fait de la participation de la partie publique à l’arbitrage, mais il n’en est pas ainsi pour l’immunité d’exécution qui exige un désistement exprès et non équivoque[[223]](#footnote-223). L’article 19 de la Convention sur les immunités du 2 décembre 2004[[224]](#footnote-224) indique les conditions dans lesquelles la renonciation à l’immunité d’exécution peut être valide. Mais, il est rare que les États y renoncent puisque : « cela nuirait au fonctionnement des affaires du gouvernement et le rendrait même impossible dans certaines situations »[[225]](#footnote-225). Dans l’affaire *Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia[[226]](#footnote-226)*, l’investisseur s’est adressé à un tribunal américain en vue d’obtenir l’exécution d’une sentence rendue par des arbitres du CIRDI. Le juge américain saisi de la cause tout en reconnaissant la portée exécutoire de la sentence arbitrale a jugé que le gouvernement du Liberia n’avait pas renoncé au bénéfice de l’immunité d’exécution. De ce fait, au vu des circonstances, le titre exécutoire ne peut produire d’effet puisqu’il portait en l’espèce sur des revenus fiscaux servant au fonctionnement du gouvernement. Une décision[[227]](#footnote-227) similaire a été prononcée le 16 avril 1987, lorsque le même investisseur avait voulu obtenir un titre exécutoire dans le district de Columbia portant sur les comptes de l’ambassade du Libéria. Sa demande a été de nouveau déboutée étant donné que les fonds visés étaient destinés au fonctionnement de l’ambassade du Libéria aux États-Unis et protégés tant par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, que par le droit fédéral sur les immunités.

Un juge anglais abonde dans le même sens dans l’affaire *AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan[[228]](#footnote-228)*. Tout en arguant que l’article 54 de la Convention de Washington imposait aux États l’obligation d’exécuter les sentences CIRDI au même titre qu’un jugement national, il a rappelé qu’aux termes de l’article 55 la Convention, les dispositions nationales relatives aux immunités d’État restent intangibles. Sur ce, le juge anglais a estimé que les mesures d’exécution n’étaient pas opportunes. Les fonds détenus par une banque centrale au bénéfice l’État du Kazakhstan, sont couverts par une immunité d’exécution dès lors qu’ils étaient destinés à assurer la gestion des revenus et l’économie du pays[[229]](#footnote-229).

L’immunité absolue qui a prévalu durant tout le XIXe siècle jusqu’à la première moitié du XXe siècle est désormais tempérée par la théorie de l’immunité restreinte[[230]](#footnote-230) au sein de certains États occidentaux[[231]](#footnote-231) en vue de faciliter un meilleur équilibre entre le secteur public et les opérateurs privés. De ce point de vue, l’immunité subsiste seulement à l’égard des activités souveraines de l’État ( *acta jure imperii*), donc il va de soi que les activités commerciales ( *acta jure jestionis*) de l’État échappent au privilège des immunités étatiques. Le droit américain[[232]](#footnote-232) adopte le principe d’immunité restreinte et confirme deux conditions pour que les biens de l’État puissent être objet de transaction dans le cadre de l’arbitrage. En premier lieu, il faut que les biens en cause fassent partie des activités commerciales de l’État, dans ce qu’on appelle d’ailleurs « *commercial-activity test* » et aussi le respect de l’un des sept critères de renonciation énumérés à l’article 1610(a) de la loi sur les immunités dénommée « *The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)  de 1978*»[[233]](#footnote-233).

En droit brésilien le législateur insiste sur le fait que les actes constituant les intérêts supérieurs de l’État ne peuvent être l’objet d’arbitrage : « Il faut faire le partage entre l’intérêt primaire (relatif aux intérêts majeurs de l’Administration) de l’intérêt public secondaire (de nature patrimoniale) ainsi les litiges concernant les intérêts publics secondaires seraient arbitrables »[[234]](#footnote-234).

Le juriste Bruno Poulain estime qu’en matière d’arbitrage opposant un État à un investisseur, cette distinction portant sur les immunités ne tient pas. L’État ne peut prévaloir des avantages de l’immunité devant l’arbitre international en prétextant avoir agi dans le cadre de son pouvoir souverain (de *jure imperii*). Il s’exposerait au recours de la partie privée si jamais il viole les standards de protection auxquels il souscrit dans les instruments internationaux :

«  A ce titre, en consentant à l’arbitrage investisseur-État, que ce soit par la conclusion d’une convention d’arbitrage, d’un TBI ou par l’adoption d’une offre générale d’arbitrage insérée dans un Code des Investissements, l’État renonce à faire valoir son immunité de juridiction également pour ce qui concerne ses actes jure imperii. Il s’agit là d’une différence fondamentale avec le consentement que l’État peut donner lorsqu’il agit en tant qu’opérateur du commerce international. Ainsi, et notamment lorsque l’investisseur plaignant n’est pas lié à l’État défendeur autrement qu’au travers du cadre légal et réglementaire établi par cet État et applicable à l’investissement, l’arbitrage investisseur-État pourra avoir pour objet de mettre en cause des actes législatifs, réglementaires et individuels de cet État, actes qui auront été adoptés dans le cadre de l’exercice de ses prérogatives de puissance publique. »[[235]](#footnote-235)

L’auteur reconnait tout de même la possibilité pour les États, s’ils trouvent des motifs légitimes, à soulever l’exception d’immunité auprès du juge étranger devant connaitre l’opportunité de l’exécution de la sentence[[236]](#footnote-236).

Cette zone grise que constitue l’immunité restreinte démontre le comportement sournois des États à garder une certaine marge de manœuvre quant au dénouement de la procédure arbitrale. Cette position risquerait de perdurer avec la possibilité d’un retour à la case départ pour une application absolue de l’immunité étatique compte tenu du développement récent de l’arbitrage investisseur-État avec son cortège de sentences de plus en plus sévères contre les États. La mise en exécution de certaines de ces sentences affecte non seulement l’État au point de vue financier et réglementaire mais également elle touche aux droits des populations de l’État d’accueil de l’investissement.

**2.2 Les justifications de la tendance hostile à l’arbitrage d’investissement**

La méfiance, diversement exprimée par les États à l’égard de l’arbitrage d’investissement est basé sur les enseignements récents tirés des sentences rendues à l’encontre des États. Ceux-ci réalisent que le droit appliqué par les arbitres est beaucoup plus porté à protéger les intérêts des investisseurs privés que ceux du public. Ils n’hésitent pas à sanctionner et voire limiter l’action normative des États, alors même que ces mesures viseraient à protéger les intérêts publics. Les réticences contre l’arbitrage en droit public sont fondées entre autre sur trois principaux facteurs : la mise en cause des politiques publiques (2.1.1), les coûts financiers des sentences (2.1.2) et l’incohérence des sentences (2.1.3).

**2.2.1- La mise en cause des politiques publiques**

Les traités internationaux relatifs aux investissements imposent une série de normes[[237]](#footnote-237) aux États en faveur de l’investisseur étranger, dont les plus importantes sont : le traitement national, le traitement juste et équitable et enfin l’interdiction de prendre des mesures d’expropriation ou équivalente à une expropriation. Les contenus de ces obligations qui ne sont pas toujours très explicites[[238]](#footnote-238) sont souvent laissés à la libre appréciation des arbitres.

Les gouvernements des pays en développement et ceux des pays développés se retrouvent souvent devant les tribunaux arbitraux internationaux en raison de l’adoption des mesures relatives aux politiques publiques. Dans ces conditions, ils sont obligés, soit de modifier ou d’abandonner la décision à la suite d’un règlement à l’amiable, soit d’indemniser l’investisseur.

À la lumière de certaines sentences, nous considérons la mise en cause de trois catégories de politiques publiques : les politiques sociales et économiques (2.2.1.1), les politiques visant la de protection de la santé publique (2.2.1.2) et les politiques environnementales (2.2.1.3)

**2.2.1.1 Les politiques publiques sociales et économiques**

Par obligations régaliennes les pouvoirs publics sont appelés à prendre des mesures à caractère social et économique pour améliorer et protéger la vie des citoyens. Dans certaines circonstances, l’urgence commande même que des décisions exceptionnelles soient adoptées pour apaiser les tensions sociales et restaurer l’ordre.

Le gouvernement argentin qui faisait face à une grave crise économique et sociale en 2001, décida d’abandonner la parité entre les devises argentines et américaines en exigeant que les paiements se fassent en monnaie argentine, par l’adoption d’une loi d’urgence en 2002. Cette décision a fait l’objet en 2004 de plus d’une trentaine de recours[[239]](#footnote-239) devant le CIRDI. Dans l’une de ces décisions rendues dans cette saga, l’affaire *CMS Gas c. République d’Argentine*[[240]](#footnote-240), le tribunal arbitral a jugé que la décision était équivalente à une expropriation, en évoquant comme motif que les circonstances ne présentaient pas la gravité nécessaire pouvant expliquer les mesures gouvernementales.

Il en est de même pour l’Afrique du Sud qui a dû revoir à la baisse les dispositions législatives encadrant le programme *black economic empowerment[[241]](#footnote-241)* visant à promouvoir la participation des noirs et l’équité raciale dans le secteur minier en Afrique du Sud suite aux inégalités sociales générées par l’apartheid. Dans le cadre de ce programme, des normes minimales de propriété et de gestion par l’attribution équitable des actions ont été reconnues en faveur des noirs. Cependant, des investisseurs ont été amenés à intenter une poursuite[[242]](#footnote-242) devant le CIRDI sur la base des traités conclus entre l’Afrique du Sud, le Luxembourg et la Belgique. Ils soutenaient que les dispositions du programme équivalaient à une expropriation pure et simple de leur investissement et un manquement grave au principe du traitement juste et équitable. Après plusieurs années de tractations, les poursuites ont été abandonnées à l’issue d’une entente à l’amiable.

La Bolivie et l’Argentine furent condamnées par une série de sentences[[243]](#footnote-243) particulièrement cinglantes portant particulièrement sur la gestion de l’eau tandis qu’ils faisaient face aux émeutes populaires. Les mesures portant sur la révision des contrats de passation de marché pour faciliter un meilleur accès à l’eau potable, et à moindre coût aux populations étaient considérées comme inopportunes par les arbitres, elles sont en violation des traités d’investissement dont lesdits États sont signataires.

**2.2.1.2 Les Politiques publiques relatives à la santé publique**

Les mesures réglementaires des gouvernements visant à limiter les effets de certains produits industriels sur la santé des populations sont souvent jugées exagérées par les investisseurs privés qui ne lésinent pas sur les moyens pour obtenir leur mise à l’écart. L’exemple des restrictions portées sur la commercialisation de la cigarette illustre bien notre propos. En avril 2011, l’Australie adopta une position d’une portée générale et tranchante, consistant à rejeter les RDIE dans tous les accords et traités que le gouvernement aura à conclure. Ce durcissement serait dû aux menaces de la compagnie Philip Morris International, le géant de l’industrie du tabac, d’attraire le gouvernement en arbitrage sur la base du TBI Australie-Hong-Kong pour forcer le retrait d’un projet de loi sur l’emballage simple sur le tabac. En effet ce projet exigeait que  toutes les cigarettes soient vendues dans un e*mballage standard ne portant ni logos, ni marques  avec des exigences d’avertissement sanitaires*[[244]](#footnote-244). Philip Morris prétendait que cette disposition portant sur la commercialisation des cigarettes s’assimile à une expropriation de son investissement en Australie alors même qu’elle répondrait aux recommandations de l’organisation mondiale de la santé[[245]](#footnote-245).

Philippe Morris passa à l’acte le 21 novembre 2011, date à laquelle le parlement australien adopta la loi sur le tabac qui devait entrer en vigueur en décembre 2012, en portant la cause en arbitrage selon le règlement d’arbitrage de 2010 de la CNUDCI et le traité bilatéral Australie-Hong Kong. Les audiences ont débuté le 30 juillet 2012 mais la cause est encore pendante devant le tribunal arbitral ad hoc[[246]](#footnote-246).

Une procédure similaire opposant Philips Morris au gouvernement d’Uruguay est aussi en instance d’arbitrage devant le CIRDI. L’investisseur estimait que ledit gouvernement a enfreint ses droits au titre d’un traité d’investissement conclu entre la Suisse et l’Uruguay. Selon le groupe, les mises en garde relatives à la santé adoptées par le gouvernement l’ont empêché d’user de son droit de marque, ce qui a eu des conséquences préjudiciables sur ses revenus. Le tribunal s’est déclaré compétent en juillet 2013, la décision finale sur le fond ne sera rendue qu’en 2015[[247]](#footnote-247).

**2.2.1.3 Les politiques publiques relatives à protection de l’environnement**

Outre les obligations internes, les gouvernements se sont engagés dans la signature de plusieurs conventions internationales[[248]](#footnote-248) relatives à la protection de l’environnement nécessitant l’adoption de mesures internes drastiques, qui souvent contrastent avec les intérêts des investisseurs privés.

Dans la sentence *S.D. Myers c. Canada[[249]](#footnote-249),* un tribunal arbitral constitué en vertu du règlement d’arbitrage de la CNUDCI a jugé qu’une législation gouvernementale interdisant l’importation les *Biphenyles Polyclorés* (BPC) au Canada constituait une violation des obligations visées dans le traité de l’ALENA. En dépit de la justification du gouvernement tentant de démontrer la conformité de la législation à la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements trans-frontières de déchets dangereux et de leur élimination,[[250]](#footnote-250)*en raison de la nocivité de ces produits chimiques pour l’environnement, le Canada a été condamné à payer $ U.S 6.5 millions (ci-après $) à l’entreprise S.D Myers

Le 30 août 2000, le Mexique a été reconnu coupable d’expropriation illégale contre l’entreprise américaine Metalclad par un tribunal du CIRDI. Ce dernier estimait que la décision de la municipalité Guadalcasar de refuser un permis d’exploitation à l’entreprise en prétendant que l’exploitation d’une usine de traitement de déchets toxiques aurait des effets écologiques majeurs, contreviendrait aux dispositions de l’Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA)[[251]](#footnote-251). Aux yeux des arbitres, une telle mesure constitue une expropriation indirecte[[252]](#footnote-252). Donc, il est évident que dans ces circonstances, les arbitres ne semblent guère s’intéresser à l’opportunité de la décision ni à son but, mais seulement à ses effets sur l’opérateur privé :

« The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.

In conclusion, the Tribunal holds that Mexico has indirectly expropriated Metalclad’s investment without providing compensation to Metalclad for the expropriation. Mexico has violated Article 1110 of the NAFTA. »[[253]](#footnote-253)

Le gouvernement canadien[[254]](#footnote-254) eût à subir le même sort; plusieurs de ses mesures portant sur la protection de l’environnement ont été déclarées équivalentes à l’expropriation par les arbitres sur la plainte des investisseurs dans le cadre de l’ALENA. À titre d’exemple, le 15 avril 1997, pour avoir adopté une loi interdisant l’importation de l’additif MMT pour l’essence sans plomb, Ethtyl Corporation, une entreprise américaine intenta une action en arbitrage contre le Canada l’accusant d’avoir enfreint les obligations au titre du chapitre 11 de l’ALENA. Bien que cette loi était destinée à protéger l’environnement, Ethyl est sortie gagnante à la suite d’un règlement hors-cour : « Devant les conseils de ses avocats qui considéraient que les chances de succès du Canada devant un panel d’arbitres étaient presque égales à zéro, Ottawa a décidé de conclure un arrangement hors-cour avec Ethyl, lui accordant 13 millions de $ U.S. ainsi qu’une lettre confirmant l’absence de risques du MMT sur la santé et l’environnement.»[[255]](#footnote-255)

Ces exemples, que l’on n’aurait aucune peine à multiplier, illustrent les difficultés inhérentes au mécanisme arbitral à concilier les intérêts publics avec les objectifs poursuivis par les investisseurs. Par contre, dans tout système de droit public[[256]](#footnote-256), les intérêts publics prévaudraient sur ceux des particuliers. Il est même reconnu aux États des privilèges spécifiques exonératoires motivés par la nécessité de protéger des droits collectifs. Cependant, sans une intégration expresse des normes substantielles d’intérêt public dans les traités d’investissement, on aboutirait au même résultat. L’arbitre évoluant dans le cadre d’un droit essentiellement privatiste s’évertuera principalement à examiner la compatibilité des mesures administrative et règlementaires des gouvernements avec les droits substantiels des investisseurs. Or, alors même que les investissements internationaux seraient indispensables pour dynamiser les économies internes ils génèrent néanmoins des conflits dont la résolution risque de nuire aux capacités financières des États.

**2.2.2 Les coûts financiers des sentences arbitrales**

L’explosion des plaintes contre les États alimentent les craintes de voir sombrer les finances publiques de certains pays en développement contraints d’indemniser les investisseurs privés. Les pays en développement sont les plus visés par cette menace au vu de leur vulnérabilité financière. Selon les données statistiques du CIRDI : l’Amérique du sud, l’Europe de l’est et l’Asie centrale, l’Afrique subsaharienne et le Moyen Orient sont visés dans 80 pour cent des affaires tandis que seulement 5 pour cent concernent des pays de l’Amérique du nord[[257]](#footnote-257). Cependant, depuis les années 2000, en raison de leur adhésion à l’ALENA, le Canada, les États-Unis et le Mexique sont visés par condamnation portant sur plusieurs milliards de dollars:

« Jusqu’à ce jour 34 poursuites ont été intentées par des entreprises étrangères contre le [Canada](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=fra). Ce dernier a été condamné à verser jusqu’ici la somme de $144 millions. Si on ajoute à cette somme les poursuites en cours et les dommages potentiels à être versés, le Canada pourrait payer jusqu’à $5,793 milliards. Pour sa part, le [Mexique](http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/comercio-exterior/solucion-controversias/inversionista-estado) a payé en dommages jusqu’ici la somme de $235 millions et les poursuites en cours se chiffrent potentiellement à $ 9,7 millions. Quant aux [États-Unis](http://www.state.gov/s/l/c3741.htm), 17 poursuites ont été intentées sans succès. Les États-Unis n’ont rien payé jusqu’ici! Mais ils s’exposent, en raison des poursuites engagées, à des dommages potentiels de $520 millions. »[[258]](#footnote-258)

Ces plaintes portent essentiellement sur des sommes d’argent faramineuses réclamées par les investisseurs pour compenser leur manque à gagner dû aux effets des mesures gouvernementales[[259]](#footnote-259). Sans compter les frais exigés par l’arbitrage dont les honoraires d’avocats, les taxes administratives des centres d’arbitrage et les coûts additionnels alloués aux experts et témoins.

Le cas de l’Équateur[[260]](#footnote-260) est pathétique avec des condamnations de $ 778 millions à la seule compagnie Evron et $ 1.26 milliards à la compagnie Occidental en 2012. L’Argentine fait face actuellement à des réclamations pouvant atteindre plus de $ 17 milliards suite aux multiples actions engagées par les investisseurs depuis la crise de 1990. Pour sa part, la CNUCED illustre cet état de fait en relatant à travers trois sentences seulement, des montants faramineux que le Bulgarie, le Chili et la Hongrie ont dû payer. Dans l’affaire *Palma Consortium c. La Bulgarie,* l’État était contraint de payer $13,2 millions de dollars. Dans *Pey Casado c. Chili* le gouvernement est condamné à assumer 75% du montant et $2 millions des frais. Enfin dans *ADC Affiliate limited and ADMC Management limited c. la République de la Hongrie* le pays défendeur devait payer $ 7.6 millions ainsi que les frais de justice de l’investisseur[[261]](#footnote-261).

Une étude de la juriste Américaine Susan D. Frank[[262]](#footnote-262), basée sur des données empiriques tentant de prouver que les retombées pour les pays en développement sont plus importantes que les pays développés et leurs investisseurs, a fait l’objet de vives critiques. Ces critiques prédisent au contraire que les États en développement risquent de connaitre un nombre exponentiel de plaintes dans les prochaines années qui pourront affecter gravement leur finance et leur gouvernance globale en raison des montants qui pourront être réclamés :

« In terms of wins and losses, U.S. has never lost a case as the respondent country. U.S. investors have won 15 cases, lost 22 cases and settled 14 cases. In terms of performance with respect to developing countries, U.S. investors have won 14 cases and lost 17. Franck’s work would says that this win-loss record is good news for developing countries because they win more than they lose. However, such a judgment misses the broader picture. As noted, the threat of investment arbitrations alone has a chilling effect on developing countries’ regulatory prerogatives, and this win-loss statistic does not account for every time a developing country acquiesces on a demand for fear of a lawsuit or settles an unpublicized claim (Tienhaara 2010). Moreover, to suggest that a better-than-50/50 win ration means developing countries are faring well under BITs ignores the profound economic risk facing developing countries based on this statistic; a 50% chance of catastrophic economic loss would factor into most risk-assessments as a bad bet, and would caution against signing onto BITs.

In conclusion on this point, developing countries are not only subject to the most claims but they are subject to many more claims than their proportion of global investment. The US is even more significant. Indeed, we estimate that U.S. investors are increasingly subjecting developing countries to arbitration. »[[263]](#footnote-263)

Un auteur affirme que le fait pour les tribunaux arbitraux internationaux de fixer des montants d’indemnisation sans prendre le soin de justifier leur calcul, est préjudiciable au droit de la partie publique[[264]](#footnote-264). Pour un autre auteur, les arbitres ne peuvent tenir compte de la capacité de payer d’une partie dans leurs évaluations car une telle approche serait incompatible avec les règles qui exigent qu’une indemnité doit être intégrale prompte et effective[[265]](#footnote-265). Mais, en dehors d’un compromis, l’arbitre devrait trouver le juste milieu entre la capacité de payer de l’État hôte de l’investissement et les prévisions légitimes de l’investisseur dans la fixation des dommages comme a révélé un auteur :

«Le tribunal devrait accorder une indemnité en tenant compte de toutes les circonstances de l’affaire, donc aussi bien du désir de l’investisseur de recevoir une indemnité intégrale, prompte et effective, que de la fonction sociale de la propriété. Cette dernière permettrait au tribunal de ne protéger que les prévisions légitimes de l'investisseur. Or, la longue durée d’un contrat onéreux, des profits en-dehors de toute proportion avec les capitaux investis et même la situation financière difficile de l’État-hôte sont autant de facteurs qui, le cas échéant, pourraient faire paraître illégitime l’attente du versement d’une indemnité intégrale, prompte et effective. La formule de « prévision légitime » nous paraît assez bien fondée en droit pour éviter à une sentence se basant sur cette formule le reproche d’avoir été rendue, à vrai dire, comme une sentence en équité. Pourtant, cette formule ne pourrait que corriger, selon les circonstances du cas d’espèce, les considérations tout aussi équitables qui militent en faveur d’une indemnisation de l’investisseur, le compensant intégralement des conséquences de sa perte. »[[266]](#footnote-266)

Dans plusieurs sentences les tribunaux arbitraux ont eu à appliquer plusieurs méthodes[[267]](#footnote-267) dont le principe du *fair market value*, *loser pays rule* etla formule de répartition équitable des coûts[[268]](#footnote-268) pour attribuer les dommages et les coûts d’arbitrage. Ils se référent, soit au principe de la Cour Permanente de Justice Internationale faisant état de l’obligation de réparer entièrement le dommage causé par un fait internationalement illicite, soit au principe de réparation édicté par la commission du droit international (CDI) aux article 35 et 36 postulant que l’indemnisation doit remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite[[269]](#footnote-269).

La tendance des arbitres, à réprimer sans égard aux circonstances les actes de la partie publique, va à l’encontre des aspirations souveraines exprimées par les États dans deux instruments des Nations Unies[[270]](#footnote-270) : *les résolutions 1803(XVII) du 14 décembre 1962 sur la souveraineté sur les ressources naturelles* et *3281(XXIX) du 12 décembre 1974* proclamant la charte des droits et devoirs économiques des États. Ces instruments mettent en évidence le plein pouvoir de l’État quant à l’opportunité des mesures à prendre en matière d’investissement international. L’article 2-2a de la résolution du 12 décembre 1974 dispose que chaque État a le droit de : « Règlementer les investissements internationaux dans les limites de sa juridiction nationale et d’exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d’accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers. »[[271]](#footnote-271)

L’article 2.-2c de ladite résolution dispose par ailleurs que l’État a le droit de nationaliser ou d’exproprier tout investisseur étranger en lui versant une indemnité dans la mesure où il le juge pertinent mais en fonction de son droit interne. Certains auteurs pensent que cet article : « récuse de façon implicite, sinon explicite tout standard de protection de l’investissement international »[[272]](#footnote-272).

Il est évident que la sentence arbitrale a une vertu réparatrice fondamentale mais elle doit aussi dans un élan pédagogique prévenir les conflits et amener les parties à des ajustements et une meilleure coexistence. Cet objectif est loin de se réaliser au regard des montants faramineux en question dans les décisions et de l’application contradictoire des règles de droit par les arbitres aux faits qui leurs sont soumis.

**2.1.3 L’incohérence des sentences.**

La prévisibilité, la certitude et la stabilité forment les piliers indispensables sur les lesquels repose tout système juridique légitime et crédible[[273]](#footnote-273). Le défaut de ces impératifs au sein du régime juridique de l’arbitrage d’investissement ne peut être que préjudiciable tant pour les intérêts de l’investisseur que pour ceux des États[[274]](#footnote-274). Toutefois, en raison de la « vision privatiste et commercialiste »[[275]](#footnote-275) des arbitres internationaux, l’application incohérente des règles de droit risque d’être beaucoup plus dommageable à l’égard des États.

Cette incohérence[[276]](#footnote-276) observée dans la conduite des arbitrages relatifs aux investissements se manifeste par un manque de constance des arbitres dans l’appréciation qu’ils font des questions de fait et de droit. Devant des situations semblables exigeant une réponse juridique uniforme, les arbitres aboutissent souvent à des conclusions équivoques et opposées. En général cette incohérence peut se manifester dans trois cas de figures, mentionne un auteur :

« First, different tribunals can come to different conclusions about the same standard in the same treaty (…..) Second, different tribunals organized under different treaties can come to different conclusions about disputes involving the same facts, related parties, and similar investment rights (…). Finally, different tribunals organized under different investment treaties will consider disputes involving a similar commercial situation and similar investment rights, but will come to opposite conclusions. »[[277]](#footnote-277)

D’autres juristes font allusion de préférence au terme contradiction pour caractériser le manque de cohérence des sentences. Dans le sens strict, il faut trois conditions pour qu’une sentence soit réputée contradictoire : « a similar set of facts actually established, the same governing law, and conflicting legal conclusions in at least one of the issues raised. »[[278]](#footnote-278) . Par contre, en présence de plusieurs règles de droit applicables à un conflit, si le tribunal arbitral interprète l’une d’elles différemment par rapport aux autres il peut résulter une contradiction au sens large du terme[[279]](#footnote-279). Cependant nous nous limitons à mettre surtout en évidence les incohérences au sens restreint du terme.

Les affaires *SGS c Pakistan[[280]](#footnote-280) et SGS c. Philippines[[281]](#footnote-281)* sont similaires en ce qu’elles concernent un seul demandeur et une même question de droit. Dans les deux cas, le tribunal devrait déterminer si une violation d’un traité équivaut à une violation du contrat. Dans le cas du Pakistan il a été décidé que les clauses du traité ne peuvent s’étendre au contrat par contre, dans le cas des Philippines, il a préconisé le contraire.

Dans les affaires Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*[[282]](#footnote-282)* et Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*[[283]](#footnote-283)*, les deux tribunaux du CIRDI conviennent unanimement de condamner le Mexique à indemniser les demandeurs, mais ils aboutissent à des conclusions totalement opposées quant aux motifs qui les portent à rejeter le droit de la partie publique à utiliser les contre-mesures. Le tribunal dans *Corn Products Internataional*, a conclu que la contre-mesure ne pouvait être évoquée dans le cadre d’un litige découlant du chapitre 11 de l’ALÉNA[[284]](#footnote-284), car elle est incompatible avec les droits substantiels des investisseurs. Dans la seconde sentence, le tribunal a reconnu le droit à l’État de prendre des contre-mesures à condition qu’elles respectent un certain nombre de critères[[285]](#footnote-285).

Un autre cas patent, symptomatique de la crise de légitimité affectant l’arbitrage global[[286]](#footnote-286) concerne les affaires *Lauder c. République Tchèque[[287]](#footnote-287)* et *CME C. République Tchèque[[288]](#footnote-288)*. Les tribunaux institués suivant les règlements de CNUDCI, ont successivement été saisis pour connaitre un litige identique en fait et en droit. Celui-ci porte sur des reproches adressés au gouvernement d’avoir pris de nouvelles mesures inopportunes exigeant des conditions sévères et complexes aux sociétés évoluant dans le secteur audiovisuel provoquant ainsi une crise de gestion qui détériore les rapports entre les actionnaires. Les deux tribunaux ont rendus deux sentences diamétralement opposées. Le premier tribunal reconnait que la mesure gouvernementale ne peut être assimilée à une expropriation mais dix jours plus tard l’autre tribunal retient la responsabilité du gouvernement en le condamnant à une compensation[[289]](#footnote-289) en faveur du CME.

La plupart des sentences incohérentes, sont aussi affectées par un autre problème connexe sur lequel nous ne nous attarderons pas mais que certains auteurs nomment *procédure concurrente*. Elle s’explique par le fait qu’un même fait opposant parfois les mêmes parties peut donner naissance à plusieurs recours devant des instances juridictionnelles différentes[[290]](#footnote-290).

Au répertoire des sentences[[291]](#footnote-291) investisseurs-États, les situations d’incohérence et de concurrence de procédure explosent au point même de constituer une menace pour l’arbitrage en matière publique[[292]](#footnote-292). Aucun système juridique n’est à l’abri de décisions contradictoires cependant il existe des moyens pour réduire leur récurrence et leur effet. Le problème en arbitrage, c’est que l’incohérence est quasiment systémique[[293]](#footnote-293) causant une fragmentation des décisions arbitrales.

Plusieurs facteurs sont générateurs de ce phénomène  dont le fait que les arbitres ne sont pas tenus à la règle du précédent[[294]](#footnote-294) et l’absence d’un mécanisme d’appel pour un réel réexamen des sentences. À la différence des juges étatiques, les arbitres n’ont pas de for. Ils ont une grande liberté dans le choix du droit applicable et décident sans se soucier de la sanction d’un ordre supérieur procédant à l’harmonisation du droit.

Cette partie, soulève les préoccupations entourant la participation de la partie publique à l’arbitrage international et démontre que la crise de légitimité de l’arbitrage en droit public est à son paroxysme. Nous nous demandons non sans raison si l’arbitrage tel que pratiqué en matière de règlement de litiges publics ne constitue pas un *no man’s land****,*** étant donné l’étendue du système de règles qui le gouvernentreste jusqu’ici difficile à cerner. Les décisions arbitrales au lieu de porter les parties à développer des relations plus harmonieuses, provoquent dans certaines circonstances des crises aigues qui ne peuvent que nuire à la croissance économique et de la paix sociale. Mais, est-ce à dire que l’arbitrage ne serait pas adapté à ce type de conflit ? Même si, certains le pensent fermement, les critiques dont est l’objet l’arbitrage investisseur-État sont de nature à le rendre perfectible. La prochaine partie, dans une perspective positive, abordera les différents mécanismes proposés en vue de l’efficience du régime d’arbitrage investissement.

**CHAPITRE III**

**Les perspectives de réforme du régime d’arbitrage impliquant les personnes publiques**

Le régime juridique de l’arbitrage investisseurs-États, tout en se révélant extrêmement protecteur des investissements étrangers[[295]](#footnote-295) instaure un déséquilibre[[296]](#footnote-296)défavorable aux personnes publiques et nuisible pour les investisseurs. Le défi actuel réside dans la conception d’approches les plus susceptibles de favoriser la légitimité et la cohérence de l’arbitrage investisseur-État, en tenant compte des droits et des obligations de chaque partie au regard des principes de justice universelle. À cette fin, nous considérons dans ce chapitre des paramètres issus de quatre grandes approches[[297]](#footnote-297) : l’approche législative portant sur la clarification des droits substantiels et la révision des règles de droit, l’approche dissuasive consistant à exiger des conditions préalables pour réduire l’accès à l’arbitrage, l’approche alternative recherchant le forum le plus approprié au différend et l’approche structurelle exigeant une réingénierie de l’arbitrage investisseurs-États.

Ces démarches concordent pour une bonne part avec les cinq pistes de réformes dégagées par une étude de la CNUCED à l’intention des parties intéressées: « promouvoir d’autres modalités de règlement des différends, modifier le système actuel par le biais d’AII individuels, limiter l’accès des investisseurs au mécanisme, instituer un mécanisme d’appel, et créer un tribunal permanent de l’investissement international  »[[298]](#footnote-298). Sur la base de ces considérations, nous mettrons en relief quelques dispositifs portant sur le renforcement du droit à une défense juste et équitable (3.1), l’harmonisation du droit des investisseurs avec les valeurs non marchandes (3.2) et l’adoption des alternatives au système d’arbitrage actuel (3.3).

3.1 **Le renforcement du droit à une défense juste et équitable**

Une procédure de règlement de litige conduit généralement un tiers à départager les parties en cause au moyen de règles cohérentes, transparentes et non abusives conformément aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique. La justice arbitrale en matière d’investissement tandis qu’elle règle des conflits touchant des intérêts publics importants sont d’autant plus assujettie à ces principes.

Depuis 2004, nous assistons à plusieurs tentatives de réformes dont la plus remarquable a produit deux innovations importantes[[299]](#footnote-299) : la publication des sentences dont l’État est partie et l’acceptation de la tierce partie dans les procédures arbitrales devant le CIRDI. Cette réforme doit se poursuivre pour atteindre les organes structurants de l’arbitrage par le renforcement du principe de l’égalité des parties devant l’arbitre (3.1.1), le renforcement des instruments de révision des sentences (3.1.2) et la constitution d’un fonds d’assistance financière pour le règlement des litiges investisseurs-États (3.1.3)

**3.1.1 Le renforcement du principe de l’égalité des parties**

**L’initiative laissée à la seule partie privée d’initier le recours en arbitrage contre la partie publique** apparait comme insolite aux yeux de certains juristes. L’État est en permanence sur la sellette à titre de défendeur puisque les obligations mentionnées dans beaucoup de traités bilatéraux n’incombaient en général qu’à la partie publique, même si on voudrait bien faire reposer ces obligations sur une base synallagmatique. Comme l’a si bien résumé un auteur, l’arbitrage d’investissement demeure donc une procédure unilatérale :

« L’instance arbitrale ne peut être engagée que par la personne privée, à l’exclusion de la personne publique. En effet, dans toutes ces procédures arbitrales en matière d’investissement, la saisine du tribunal arbitral est réservée à l’initiative de l'investisseur privé. Contrairement à l’arbitrage traditionnel dans lequel chaque signataire de la clause d'arbitrage peut potentiellement avoir la double qualité de demandeur et de défendeur, dans l’arbitrage fondé sur les lois et les traités d'investissement se présentent deux catégories de personnes ayant des positions procédurales différentes :une partie étatique, seule et toujours défenderesse, et une autre, la partie privée, unique et exclusive demanderesse »[[300]](#footnote-300).

Cette différence de traitement dans le cadre de la procédure d’investissement ne présume pas nécessairement l’issue de l’arbitrage en ce sens que la partie publique est automatiquement perdante. Cependant, le souci d’un procès équitable requiert que les parties soient en tout état de cause bénéficiaire des droits équivalents par la mise en œuvre des garanties procédurales proclamées par l’article 18 de la CNUDCI[[301]](#footnote-301). Le principe de l’égalité des armes en arbitrage est aussi stipulé dans la Loi fédérale suisse sur le droit international privé[[302]](#footnote-302). En son article 190(d), elle préconise que le non-respect du principe de l’égalité pourra même entrainer la nullité de la sentence.

Fort de ce contexte, la partie étatique ne pouvant pas engager de recours à titre de partie demanderesse, n’a d’autre choix que de se rabattre sur des demandes reconventionnelles pour faire valoir ses prétentions à l’encontre de la partie adverse :

« L’exclusion des demandes reconventionnelles de l’État renforce le caractère unilatéral de cet arbitrage. L’admission de telles demandes, en revanche même si elle n’affecte pas son caractère unilatéral dans la mesure où l’aptitude pour l’État d'introduire des demandes reconventionnelles dépend d’une demande d’arbitrage initiale, conférée exclusivement à la libre discrétion de l’investisseur réduit son déséquilibre procédural et affaiblit son caractère unidirectionnel. »[[303]](#footnote-303)

Les demandes reconventionnelles ne sont pas toujours bien accueillies par les arbitres,[[304]](#footnote-304) puisque théoriquement ces derniers sont tenus d’analyser que des demandes principales résultant de la convention consentie entre les parties[[305]](#footnote-305). Analysant les différentes décisions rendues à cet effet, un auteur relate que : « De telles demandes seraient, depuis une trentaine d’années, l’histoire d’un échec répété, en raison notamment des caractéristiques de ce type d’arbitrage dans lequel l’État serait appelé à être un perpétuel défendeur à l’instance »[[306]](#footnote-306). Cet état de fait témoigne du « déséquilibre manifeste »[[307]](#footnote-307) qui s’est installé entre les investisseurs et les États hôtes en ce qui concerne l’accès à la justice arbitrale. À la vérité, les dispositions de l’article 46 de la convention de Washington[[308]](#footnote-308) combinées avec celles de l’article 40 du règlement de procédure relatif aux instances d’arbitrage du CIRDI[[309]](#footnote-309), confèrent aux arbitres le pouvoir de statuer sur les demandes reconventionnelles ayant un lien direct avec la demande principale à condition qu’elles soient couvertes par le consentement des parties. Cependant, ce consentement de l’investisseur est souvent difficilement identifiable. Un document subséquent est souvent exigé pour confirmer que la partie privée acquiesce sans objection.

La tendance des arbitres, comme l’explique un juriste à restreindre les demandes reconventionnelles au sein l’arbitrage d’investissement peut avoir des motifs politiques et juridiques[[310]](#footnote-310). Elle vise à éviter que la partie publique cherche à contourner les clauses relatives au règlement de différends et complique la tâche des arbitres qui ne sont d’ailleurs pas très habiles à l’instar des juridictions nationales à examiner les demandes reconventionnelles. En dépit de cette réticence des arbitres, force est de constater une nette tendance des États à exiger une réforme des instruments existants portant sur les demandes reconventionnelles de manière à inclure le consentement exprès des investisseurs[[311]](#footnote-311). Ceci laisse penser qu’il pourrait y avoir des difficultés majeures dans les négociations futures conduisant à la conclusion des nouveaux TBI et accords multilatéraux quant à la possibilité pour les investisseurs d’accepter que les demandes reconventionnelles soient soulevées devant les arbitres par la partie publique.

Les investisseurs, pour leur part ne voient pas toujours de bon œil cette idée, qu’ils assimilent à une action nuisible au bon déroulement du processus arbitral. Mais au fait, pour bien d’autres, faute de trouver un mécanisme permettant aux États de pouvoir être demandeur à la procédure arbitrale relative aux investissements, la reconnaissance aux États du droit de soulever des demandes reconventionnelles pourrait rétablir l’équilibre entre les parties et pallier aux problèmes de légitimité[[312]](#footnote-312) que confrontent l’arbitrage d’investissement. Mais, Cela va de pair avec la reconnaissance aux parties du droit à un réexamen de la sentence arbitrale qui contribuera à la performance du régime arbitral en minimisant les risques d’erreurs par l’application cohérente des règles de droit.

**3.1.2 La mise en place d’un mécanisme d’appel des sentences**

À la différence des décisions judiciaires étatiques, les sentences arbitrales ne sont généralement pas susceptibles de révision systématique de la part d’un ordre supérieur. La notion d’ordre hiérarchique juridictionnel est un principe méconnu en arbitrage international. Toutefois les sentences arbitrales destinées à être exécutées à l’étranger sont susceptibles d’être examinées par le tribunal du lieu de l’exécution conformément à la Convention pour la reconnaissance et l’ exécution des sentences étrangères du 10 juin 1958. Par contre, en ce qui concerne les arbitrages administrés sous les auspices du CIRDI, les sentences n’ont pas à être soumises à la procédure d’exéquatur des tribunaux. Elles peuvent être remises en cause soit par une demande en révision pour fait nouveau,[[313]](#footnote-313) soit par une demande d’annulation confiée à un comité ad hoc de trois membres pour des motifs limitativement énumérés par la Convention du Washington[[314]](#footnote-314).

Au sein de la CCI, l’opération de révision des sentences prend d’abord la forme d’un contrôle de qualité préalable avant même que la sentence ait été définitivement rendue et portée à la connaissance des parties selon le prescrit de l’article 33 du règlement d’arbitrage de la CCI[[315]](#footnote-315). Ce contrôle consiste à faire en sorte que la sentence soit conforme au point de vue de la forme avant qu’elle soit opposable aux parties. Le cas échéant, la Cour peut faire observer aux arbitres des recommandations touchant le fond de la cause. La révision peut aussi prendre la forme d’une demande en correction. L’article 35 de la CCI accorde aux parties la faculté de faire corriger les erreurs dont serait entachée la sentence. Mais ces corrections ne peuvent être portées que sur la forme et non sur les erreurs juridiques substantielles.

Ce survol du mécanisme de révision tant au sein du CIRDI qu’à la CCI démontre que ces dispositifs sont loin d’être assimilés à un appel proprement dit puisqu’ils ne remettent pas en cause la sentence dans toute sa teneur[[316]](#footnote-316). À cet égard, ils sont loin de garantir adéquatement le droit fondamental des parties, selon un juriste : « Le mécanisme actuel d’annulation des sentences est insuffisant à rectifier des incohérences de fond; en effet, les griefs sont largement limités. On a donc pensé à instaurer une véritable procédure d’appel sur des questions de droit »[[317]](#footnote-317).

Depuis 2002, on a assisté à une prolifération d’accords et de traités internationaux d’investissement faisant état d’un mécanisme d’appel pour les différents relatifs aux investissements[[318]](#footnote-318). Il s’agit notamment  de : the U.S Trade Acte 2002, l’accord libre échange États-Unis-Chili du 6 juin 2003, l’accord libre Échange États-Unis-Maroc signé le 15 juin 2004, le nouveau modèle TBI des États-Unis de 2004, l’accord libre-échange nord-américain (ALENA) et l’Accord libre-échange de l’Amérique centrale du 14 août 2004 (ALEGA). En 2004, une éventuelle prise en compte d’un mécanisme d’appel composé de 15 membres a été évoquée dans un document de travail du CIRDI. Ce droit d’appel, requiert dans tous les cas le consentement exprès des parties :

« In any event, availability of the Appeals Facility would in all cases depend on the consent of the parties. Parties wishing instead to provide for arbitration without recourse under the Appeals Facility Rules would simply omit them from the consents to the arbitration.

In keeping with their consensual nature, the Appeals Facility Rules would be flexible and subject to adjustment in the underlying consent instrument. The following paragraphs describe in further detail a possible set of ICSID Appeals Facility Rules, modeled, in many respects, after provisions of the ICSID Convention, Regulations and Rules. Such a set of ICSID Appeals Facility Rules could provide for the establishment of an Appeals Panel composed of 15 persons elected by the Admnistrative Council of ICSID on the nomination of the Secretary-General of the Centre. »[[319]](#footnote-319)

Dans l’état actuel des choses, tout reste à l’état de vœux pieux, aucune structure d’appel véritable n’a été encore instituée au sein des instances arbitrales internationales relatives à l’investissement. Son instauration éventuelle continue de susciter des craintes profondes de la part des investisseurs privés qui préconisent qu’une telle structure pourrait faire perdre à l’arbitrage ses principales vertus :

« L’un des avantages de l’arbitrage en matière d’investissement réside en ce que le règlement des différends entre investisseurs et États se fait selon des mécanismes régis par des normes et procédures internationales et ne dépend pas des normes de l’État d’accueil et des tribunaux nationaux. Le caractère définitif de la procédure d’arbitrage, à savoir le fait que la sentence arbitrale est obligatoire et non susceptible d’appel sur le fond, est généralement considéré comme un avantage de l’arbitrage par rapport au règlement par la voie judiciaire. »[[320]](#footnote-320)

Ces réflexions exprimées dans le souci de sauvegarder l’efficacité des sentences arbitrales sont en parfaite concordance avec le postulat qui prévaut en arbitrage consensuel selon lequel la sentence arbitrale serait le point de mire de l’arbitrage et ce, conformément à l’accord des parties. Sans cette finalité expliquent deux éminents juristes : « l’autonomie de la volonté, l’autonomie de la clause et le principe de la «compétence de la compétence » perdraient non seulement leur raison d’être, mais aussi leurs effets »[[321]](#footnote-321). On en déduit que toute révision portant sur le fonds de la sentence serait une dérive grave et de ce fait contre nature. Cela, se comprend puisque les parties tout comme les intérêts en cause sont strictement privés. Cependant en arbitrage public, les sentences sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts publics et privés, d’où la nécessité de préconiser une possible révision des questions de fonds pour mieux garantir le droit à la défense. Cette structure est d’autant plus nécessaire, tenant compte du caractère unilatéral de ce type d’arbitrage, la résistante au mécanisme d’appel témoignerait d’ un manque de réalisme :

« Faut-il résister à cette tendance ? L’attachement aux règles de l’arbitrage conventionnel conduit à refuser les glissements vers un contrôle plus poussé du contenu des sentences. Il semble cependant que la logique même de la démarche engagée dans l’arbitrage unilatéral oblige à remettre en cause ce blocage. Autant il est précieux pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage conventionnel et le mettre à l’abri d'un interventionnisme excessif des juridictions étatiques locales, autant sa nécessité semble moins indispensable dans l’arbitrage unilatéral, surtout lorsque l’organe d’appel est lui-même international. »[[322]](#footnote-322)

Il bien évident que l’appel pourrait se révéler complexe avec un risque de politisation et de corruption, mais l’auteure Samantha Besson a soutenu que le recours à un système d’appel constitué de juges professionnels en rotation pourra contribuer à la démocratisation du processus et renforcer l’image de l’arbitrage par rapport à la justice étatique : « Cette objection peut aisément être écartée par référence à l’argument démocratique notamment; la politisation implique aussi une démocratisation et par conséquent diminue l’impact négatif que peut avoir l’arbitrage sur la légitimité des juridictions nationales …»[[323]](#footnote-323).

Une autre proposition qui semble réaliste et pragmatique consiste à instituer une *Cour d’appel d’arbitrage d’investissement[[324]](#footnote-324).* Sans substituer aux tribunaux d’arbitrage d’investissement actuels, cette cour aurait pour mandat de connaitre de tous les recours en révision portés contre leurs décisions dès lors qu’elles concernent l’investissement. Elle assurera d’interpréter les règles de droit et fixera la jurisprudence arbitrale et rendra, par le fait même uniforme le régime arbitrage d’investissement. La cour jouirait d’une compétence mondiale et de pouvoir juridictionnel adéquat pour que sa décision puisse être imposable à l’égard de tous souligne l’un des artisans de cette approche : «  There are several powers than an investment arbitration appellate court could need. Specifically if the court determined that an award was sound, it should have the power to uphold the award. »[[325]](#footnote-325). Son modus operandi pourrait s’inspirer du modèle d’appel des tribunaux nationaux, de la Cour européenne de justice et des structures d’appel au sein de l’organisation mondiale du commerce, puisqu’elles se révélaient efficaces dans le cadre du règlement des différends interétatiques, même si les enjeux ne sont pas tout à fait similaires.

Il est évident qu’en dépit de certaines appréhensions, les avantages que peuvent tirer les parties dans l’institution d’une structure d’appel comme voies de recours sont énormes. Comme le démontre d’ailleurs un rapport de l’OCDE[[326]](#footnote-326), quatre éléments seraient susceptibles de conforter les parties à intégrer le mécanisme d’appel dans les arbitrages d’investissement : la cohérence, la rectification des erreurs de droit et de fait, la révision par un tribunal neutre et non un tribunal national et l’exécution effective de la sentence. Le juriste Alain Pellet est convaincu de l’importance de l’institution d’un tel système au sein du CIRDI. Il estimait qu’elle peut contribuer à faire taire certaines critiques[[327]](#footnote-327) et favoriser une attitude favorable à l’égard de l’arbitrage d’investissement :

« The risk to encourage the losing party to make appeals, therefore increasing the number of challenges against the awards (and delaying the decision);

More important, the danger to incite a ‘wealthy loser’ to adopt a delaying strategy in view of forcing the winner to compromise;

Lately one should not forget one potential drawback of appeals systems, which may be seen as the ‘authority argument’ turned on its head. As has been noted, while potentially increasing the authority of some decisions….»[[328]](#footnote-328)

Nous ne devons pas perdre de vue que l’ajout de la juridiction d’appel exigera de nouvelles structures bureaucratiques ainsi que des coûts supplémentaires pour la mise état de la procédure investisseur-État. D’où une amplification des charges financières procédurales à l’actif des parties[[329]](#footnote-329). Dans cette optique, la réforme du régime arbitral doit être envisagée dans une plus large perspective permettant l’établissement d’un mécanisme pour alléger le fardeau financier des parties afin qu’elles soient mesure de faire face aux obligations qu’exige la procédure.

3.1.3- **La mise en place d’un fonds d’assistance financière**

La difficulté des pays en développement et même de certains investisseurs à supporter les coûts générés par une procédure arbitrale demeure un fait avéré. Le recours aux finances publiques par des États déjà très endettés face à leur devoir de répondre aux besoins de leur population, est un dilemme auquel ils sont constamment confrontés. L’idée de la création d’un fonds d’assistance pour aider les parties engagées dans une procédure arbitrale n’est pas un fait nouveau en droit international. L’organisation des Nations Unies[[330]](#footnote-330) l’a déjà institué en 1989 au profit des États en développement ayant à s’engager dans un processus d’arbitrage devant la Cour de Justice Internationale. En 1994, la Cour Permanente d’Arbitrage a emboité le pas en créant aussi un Fonds d’assistance financière alimentée par la contribution des États et d’autres entités en vue d’aider les États parties à s’acquitter des frais occasionnés par l’arbitrage tel que stipulé par le règlement du fonds :

« Il peut arriver que, dans certains cas, les États soient dissuadés de recourir à l’arbitrage international ou aux autres moyens de règlement offerts par les Conventions parce qu’il leur est difficile, à ce moment-là, de réunir les fonds nécessaires pour couvrir les frais qui en résulteraient. Ces frais peuvent comprendre les honoraires et les frais des membres du tribunal ou autre instance chargés de régler le différend; les dépenses liées à l’exécution de la sentence ou autre décision ou des recommandations émises par une telle instance; le coût des agents, conseils, experts et témoins; les dépenses opérationnelles ou administratives liées aux procédures écrites ou orales. La possibilité de disposer de fonds pour couvrir de tels frais pourrait faciliter le recours à l’arbitrage ou aux autres moyens de règlement permettant ainsi d’atteindre le but et l’objet des Conventions et de promouvoir les relations amicales et la coopération entre les États »[[331]](#footnote-331)

Pour certains auteurs, l’avènement d’un tel fonds constituerait une innovation pour encourager et promouvoir l’arbitrage comme méthode pacifique de règlement différends. Même si cette initiative tarde encore à faire écho au sein des centres arbitrages internationaux d’investissement, elle pourra être bientôt une perspective intéressante à envisager au bénéfice des États[[332]](#footnote-332). La mise en œuvre du fonds commence d’ailleurs à être évoquée par certains chercheurs[[333]](#footnote-333) en droit d’arbitrage OHADA comme un instrument pouvant promouvoir l’arbitrage au profit des États tout comme les opérateurs privés en difficultés financières pour supporter les frais encourus par l’arbitrage .

Un groupe de travail a récemment été constitué en vue d’étudier la faisabilité du financement de l’arbitrage. Dans un rapport rendu public dénommé « Projet de guide pratique sur le financement de l’arbitrage par les tiers »[[334]](#footnote-334), le groupe explique que le concept de *Third Party Funding* ( TPF) aurait pour objectif de contribuer à améliorer l’accès à la justice arbitrale en supportant les charges financières de l’arbitrage : « Le tiers-financeur prend à sa charge les frais de la partie financée relatifs à la procédure arbitrale, en échange de quoi il récupère un pourcentage des sommes allouées à l’issue de la procédure. Il ne s’agit ni d’une assurance (absence d’aléa sur la survenance de l’évènement qu’est l’action) ni d’un prêt car il n’y a pas, en principe, d’obligation de remboursement. »[[335]](#footnote-335)

Les auteurs Thomas POGGE et Samantha BESSON, sont plutôt favorables à l’instauration d’un fonds d’une portée plus large dans le cadre d’une politique d’assistance judiciaire internationale. Dénommé  *fonds démocratique international de garantie des investissement*s, il aura pour but, entre autres, de garantir les investissements contre les divers aléas de la gouvernance et éviter aux parties de s’engager dans des procédures arbitrales  dispendieuses:

« Ce fonds aurait pour rôle de garantir les investissements étrangers et d’assurer leurs contreparties de manière internationale, tant que les pays soutenus dans leurs efforts de développement n’ont pas atteint les standards politiques et judiciaires requis. Il s’agirait d´un fond international supplémentaire et indépendant des garanties contractuelles et financières proposées par les parties à l’accord d’investissement elles-mêmes. Les avantages de ce fonds compensent les désavantages de la soumission des litiges l’investissement aux juridictions nationales et remplacent avantageusement les procédures d’arbitrage en la matière. »[[336]](#footnote-336)

Cette approche qui ne vise pas à exclure l’arbitrage dans les rapports investisseurs-États est une contribution aux efforts consistant à fournir aux parties les moyens financiers et juridiques convenables leur permettant de faire valoir leurs droits dans le cadre d’une procédure arbitrale transparente et équitable. Cependant, ces démarches ne sauront porter fruit sans une réelle prise en compte d’un certain nombre de droits et valeurs non marchandes qui sont souvent au cœur des questions de fonds soumises devant l’arbitre et dont la violation fera perdre toute confiance nécessaire au système arbitral.

**3.2 L’harmonisation du droit des investisseurs avec les valeurs non marchandes**

Les traités internationaux d’investissement, par leur caractère asymétrique[[337]](#footnote-337)reconnaissent des droits substantiels importants aux investisseurs privés, sans en contrepartie, leur imposer les obligations qui en découlent[[338]](#footnote-338). La dialectique entre droits des investissements et l’intérêt public constitue un enjeu permanent et constant que personne ne saurait ignorer. Elle met en confrontation les dimensions sociales par rapport aux dimensions économiques que revêtent des accords relatifs aux investissements.

La reconnaissance aux États du droit de faire primer un certain nombre de valeurs non marchandes sur les libertés économiques relève de l’ordre public destiné à favoriser l’intérêt général sur les intérêts particuliers[[339]](#footnote-339). Au vu de la dimension que les valeurs marchandes ont pu jusqu’ici atteindre, un contrepoids est désormais nécessaire de l’avis de Mireille Delmas-Marty :« Dès lors que les valeurs marchandes acquièrent un statut universel, se pose la question de l’universalité des valeurs non marchandes comme contre-poids »[[340]](#footnote-340). Cet équilibre des intérêts des opérateurs privés étrangers avec ceux du public exige une prise en compte effective des droits de l’homme (3.2.1) et des normes de la responsabilité sociale de l’entreprise (3.2.2)

**3.2.1 La prise en compte des droits des humains**

La protection des droits humains incombent principalement à l’État en vertu du droit coutumier international[[341]](#footnote-341) et des engagements auxquels ils souscrivent dans le cadre des traités relatifs aux droits humains[[342]](#footnote-342). Ils sont constitués fondamentalement de plusieurs générations[[343]](#footnote-343) ou catégories de droits caractérisés par leur fondement indivisible et universel. Il appartient à la fois à leur titulaires aussi bien qu’à l’État de contribuer à ce qu’ils soient garanties et respectés :

«  L’indivisibilité des droits est une condition de leur effective universalité non seulement parce que la prise en compte des droits économiques, sociaux, culturels, voire environnementaux est aussi nécessaire que celle des droits civils et politiques à la liberté de tous les individus, mais aussi parce que tous les droits ont une dimension économique, sociale, culturelle impliquant des devoirs pour les États et les individus, et qui seuls en permettent l’effectivité. En d’autres termes, l’universalité effective des droits impose de prendre en considération la situation concrète des individus et met en évidence l’interdépendance de tous les droits qu’ils soient civils, politiques, économiques, sociaux, culturels ou environnementaux »[[344]](#footnote-344)

À première vue, si l’on s’en tient au caractère universel des droits humains, ils ne sont pas tout à fait incompatibles[[345]](#footnote-345) avec ceux préconisés en faveur des investisseurs étrangers dans les traités internationaux sur l’investissement en vertu duquel les États sont aussi tenus de protéger et garantir. Mais vu sous un angle plus spécifique, sans une meilleure harmonisation, l’individualité des droits prescrits au bénéfice des investisseurs est susceptible d’entraver la pleine jouissance des droits humains par les populations de l’État d’accueil de l’investissement[[346]](#footnote-346). De plus, ces droits occupent une place marginale dans les traités économiques. La plupart des accords économiques internationaux ne se limitent qu’à donner une portée simplement déclaratoire aux droits humains. Dans les accords visant la protection des investissements étrangers (APIE) adoptés par le Canada, l’obligation de protection des droits de l’homme des populations n’est mentionnée qu’à titre exceptionnel[[347]](#footnote-347). Il en est de même du modèle TBI des États-Unis de 2004[[348]](#footnote-348) qui sans être contraignant, fait état de la nécessité pour les parties dans la mise en application des accords d’investissement de tenir compte de la protection de l’environnement et du droit des travailleurs.

L’accord du libre-échange nord-américain (ALENA)[[349]](#footnote-349) en ses articles 103 et 104, fait aussi allusion à certains droits humains. Cependant, il proclame la prédominance des droits des investisseurs en cas d’incompatibilité entre les normes de l’accord et les droits contenus dans d’autres instruments. Ces dispositions constituent une violation[[350]](#footnote-350) des principes du *jus cojens* proclamés par la *Charte des Nations Unies* qui établissent : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».[[351]](#footnote-351)

Il est évident que l’arbitre, dans les différends relatifs aux investissements n’est pas mandaté principalement pour examiner les violations des droits humains, mais cela n’a pas empêché que ces questions soient soulevées devant lui[[352]](#footnote-352). Dans la quasi-totalité des cas, l’interprétation des normes relatives aux droits humains est faite en faveur de la partie privée : « Le plus souvent, du moins jusqu’à présent, les arbitrages de différends touchant l’investissement où il est fait mention du droit relatif aux droits humains sont ceux où les obligations sont invoquées au nom de l’investisseur ou encore utilisées par les arbitres pour définir les obligations en vertu du TBI. »[[353]](#footnote-353). Dans la sentence *aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal S.A v. Argentine republic [[354]](#footnote-354)* des arguments fondés sur les droits humains ont été fortement soutenus par le gouvernement argentin et des ONGs pour justifier certaines mesures gouvernementales. Les arbitres ont largement analysé les dimensions des droits humains dans ce litige au point de reconnaitre que le gouvernement argentin était tenu de respecter les droits l’homme en même temps que les obligations contenues dans les traités d’investissement : « Argentina is subject to both international obligations, i.e.human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina’s human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive»[[355]](#footnote-355). N’ayant pas pu démontrer qu’il lui était impossible de satisfaire aux deux obligations, les arbitres ont rejeté l’argumentaire des droits humains du gouvernement.

La sentence *Plateau des pyramides[[356]](#footnote-356)*, demeure l’une des rares affaires dans laquelle les droits humains ont été reconnus par les arbitres en faveur de l’État. En effet, l’arbitre a fait droit à la demande du gouvernement égyptien en admettant que le projet d’investissement portant sur la construction d’un complexe hôtelier aux abords du plateau des pyramides constituait une menace pour l’intégrité du site considéré comme patrimoine commun de l’humanité[[357]](#footnote-357). Quoi qu’il ait été ordonné au gouvernement d’indemniser l’investisseur, le contrat était frappé de nullité étant entendu qu’il contreviendrait aux règles substantielles de protection dont sont titulaires les droits culturels inscrits dans la convention de l’UNESCO[[358]](#footnote-358). Cependant, en mettant en relief les diverses applications des droit de l’homme par les arbitres internationaux un auteur aboutit à la conclusion que ces normes restent jusqu’ici au stade interprétatif :

« Les situations dans lesquelles des éléments relatifs à la protection des droits de l’homme sont invoqués devant eux sont délicates à gérer pour les tribunaux compétents en matière de droit des investissements. Leur juridiction, limitée par le consentement des parties au différend ne peut s’étendre au-delà du champ du droit des investissements à moins qu’existent des instruments conventionnels ou contractuels dans lesquels les relations entre droit des investissements et protection des droits de l’homme sont directement appréhendées. La pratique est encore relativement limitée mais on trouve quelques cas de TBI mentionnant explicitement les standards internationaux de protection des droits de l’homme. Reste que l’insertion se limite le plus souvent à des formules inscrites dans les préambules de certains traités de promotion et de protection des investissements dont on sait qu’il sont dénués de portée obligatoire, ce qui devrait une fois encore limiter l’influence au seul processus d’interprétation. »[[359]](#footnote-359)

Face à cette évidence, les États font une application minimale des principes des droits de l’homme par peur d’être réprimés par les tribunaux arbitraux :« Ainsi, les États, au moment d’adopter des législations visant à respecter, protéger, promouvoir ou mettre en œuvre des obligations en matière de droits humains, risquent d’être plus craintifs devant la possibilité d'une éventuelle poursuite d’un investisseur étranger. »[[360]](#footnote-360)

L’intégration effective des droits de l’homme au droit des investissements peut se faire par la conception d’un nouveau cadre normatif des accords de promotion des investissements en conférant une dimension à la fois déclaratoire et obligatoire aux droits humains: « Il est donc essentiel d’inclure une disposition créant des obligations juridiques qui contraignent les entreprises à adopter un certain comportement. Cette disposition devrait également prévoir un mécanisme permettant à un tribunal arbitral de sanctionner efficacement le non-respect de ces obligations. »[[361]](#footnote-361). Ces obligations pourront s’articuler autour d’un mécanisme clair disposant que les protections dues par l’État aux entreprises seraient conditionnées[[362]](#footnote-362) au respect préalable des droits humains. Dans cette logique, il fallait que ces violations puissent être reconnues soit comme moyen de défense pour atténuer les dommages compensatoires que l’État aurait à verser à l’investisseur, soit à titre de demandes reconventionnelles permettant à la partie publique de réclamer des dommages compensatoires pour les préjudices causés par l’investisseur[[363]](#footnote-363). En effet, la faculté pour l’État de soulever la protection des droits de l’homme en vue de se départir de son engagement envers les investisseurs privés, est une question assez délicate que les arbitres doivent examiner en gardant à l’esprit la double obligation de l’État dans la détermination de la compensation en cas d’expropriation de l’investisseur :

« Il s’agirait pour les arbitres d’apprécier le degré de cette interférence légitime et ses conséquences sur la réduction du montant que l’État doit verser à l’investisseur. Si cette démarche fait défaut, la sentence ne serait pas rendue en conformité avec le droit international, surtout si le montant de l’indemnisation fixée par l’arbitre négligent est tellement élevé qu’il compromet presque in toto la possibilité pour l’État d’assurer l’effectivité de la protection des droits de l’homme. Si la mesure étatique, jugée équivalente à une expropriation ou lésant d’autres obligations de protection des investissements, est adoptée en exécution d’une obligation positive de protection des droits de l’homme qui ne relève pas de la catégorie du jus cogens (droit à l’eau, droit à la santé, droit à un environnement sain, droits des populations autochtones), le tribunal arbitral doit s’efforcer de trouver un équilibre entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts des communautés locales. Cela devrait jouer un rôle dans la détermination de l’indemnisation qui pourrait être détachée du standard du full compensation. »[[364]](#footnote-364)

Comme l’obligation de respecter les droits humains subsiste tant à l’égard des autorités publiques que des opérateurs privés, ces mécanismes ne doivent en rien préjudicier le droit des investisseurs privés de faire valoir devant l’arbitre les violations des droits humains par l’État[[365]](#footnote-365).

Dans ce nouveau cadre, les arbitres seraient alors munis de l’arsenal juridique nécessaire pour considérer dans les règlements des différents investisseur-État les dispositions relatives aux droits de l’homme comme une norme pertinente du droit international. Ce, en application de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* postulant que les traités doivent être interprétés en tenant compte de toute règle pertinente de droit international[[366]](#footnote-366).

Dans l’état actuel des choses le droit de faire prévaloir les dispositions des droits de l’homme sur les accords relatifs aux investissements n’est pas encore systématiquement reconnu en droit international. Cela est dû à un manque de volonté politique[[367]](#footnote-367) des États les plus influents car les conséquences économiques à court terme pourraient être difficiles à mesurer. De plus, le régime juridique de l’arbitrage contemporain n’est pas très perméable à la rationalité juridique traditionnelle. Voilà pourquoi, il est nécessaire de définir un mécanisme *d’internormativité[[368]](#footnote-368)* pour intégrer l’intérêt public dans les sphères privées, en considérant des normes de la *soft law[[369]](#footnote-369)* qui sauront imprimer des pratiques d’entreprise responsables et soucieuses des valeurs communautaires.

**3.2.2 La prise en compte des normes de responsabilité sociale de l’entreprise(RSE)**

Même si, à maints égards, l’apport économique des opérateurs privés se révèle bénéfique, cependant leurs activités peuvent produire des conséquences néfastes sur l’environnement physique et humain dans lequel elles sont appelées à être réalisées. Comme les normes étatiques ne suffisent pas à instaurer l’équilibre nécessaire entre ces activités et la protection des intérêts publics, par le biais d’une approche réflexive[[370]](#footnote-370), les entreprises conviennent d’adopter des normes comportementales qui leur imposeront des objectifs autres qu’économiques. Les acteurs économiques privés s’autorégulent en définissant eux-mêmes les normes auxquelles ils entendent se soumettre, ce qui n’est plus le seul monopole exclusif de l’État en vertu d’une conception post-moderne du droit : le pluralisme juridique[[371]](#footnote-371).

Les normes relatives à la responsabilité sociale de l’entreprises (RSE) seraient une planche de salut pour rendre les corporations imputables des charges sociales dans une perspective de développement durable. Ainsi, se profile une nouvelle conception de la responsabilité sociale basée sur une prémisse  expliquée par deux auteurs : « La société n’est plus conçue comme une communauté politique, le lieu de différends, de débats réglés par des dispositifs institutionnels où les choix politiques décident du destin commun, mais comme une entité floue au sein de laquelle des forces “collaborent”, “contribuent” à des projets au rythme des initiatives et de la bonne volonté des uns et des autres ».[[372]](#footnote-372)

Ces normes tournent autour d’un référentiel[[373]](#footnote-373) composé de déclarations de bonnes intentions, chartes et de code d’éthique, prescrivant un ensemble de règles à suivre par les opérateurs privés en vue d’éliminer sinon de réduire les dommages auxquels s’expose l’environnement physique et humain de l’entreprise. Alimentées par un grand nombre d’institutions internationales, elles se présentent sous diverses formes. On cite, à titre d’exemple : Global Reporting Initiative, ISO 26000, PACTE MONDIAL, Principe pour l’Investissement Responsable et Principes directeurs[[374]](#footnote-374).

Un rapport de la CNUCED décrit l’application de plus en plus récurrente des normes RSE par les grandes sociétés internationales en vue de promouvoir le développement durable :

« Depuis le début des années 2000, on observe une prolifération des codes RSE − internes aux d’approvisionnement mondiales. Il est aujourd’hui courant, dans de nombreux secteurs, que les STN imposent à leurs fournisseurs des codes de conduite énonçant les normes sociales et environnementales applicables tout au long de leur chaîne d’approvisionnement au niveau mondial. À cela il faut ajouter que les codes et les normes de RSE ainsi que leur application deviennent de plus en plus complexes.

Le respect des codes RSE dans les chaînes mondiales d’approvisionnement augure de progrès dans le domaine de la promotion du développement durable et équitable dans les pays d’accueil, du transfert des connaissances nécessaires pour résoudre les problèmes sociaux et environnementaux critiques et de l’ouverture de nouveaux débouchés pour les fournisseurs locaux qui s’y conforment. »[[375]](#footnote-375)

La perspective de promouvoir l’équilibre entre les valeurs sociales et les objectifs économiques des investisseurs privés, doit être au cœur même des futures négociations portant sur les investissements privés, suggère un auteur. Ceci contribuera à faire en sorte que cette préoccupation devienne un réflexe naturel qui se traduira par des normes communes acceptées par tous :

«  More fundamentally, a holistic approach would represent the basis for future IIAs negotiations to take into account more directly the social dimension of foreign investment. At a minimum, current foreign investment disciplines could be improved in order to directly promote both economic growth and social policies. In this regard, options that have been advanced and at times included in IIAs, albeit not always as binding provisions, include: (a) strengthening competition policies in order to control investors' behaviour upsetting the fair and competitive operation of the market;

(b) enhancing corporate accountability of investors through transparency and corporate governance provisions; (c) protection of weaker parties through employment and consumer protection obligations; and (d) granting appropriate flexibility to developing countries.[[376]](#footnote-376)

Mais il faut reconnaitre que les gouvernements ne sont munis d’aucun pouvoir pour exiger le respect intégral de ces normes émergentes; tout dépend du bon vouloir des opérateurs privés. Le principe volontariste sur lequel on se base pour rendre obligatoire la RSE ne peut aucunement donner les résultats escomptés, de l’avis de certains groupes  de la société civile :

« Depuis 30 ans on applique une déréglementation gouvernementale au profit d’une autoréglementation es entreprises. La crise financière actuelle et les scandales comme Norbourg, viennent illustrer les limites de cette approche.

3) Que faire? Mon dernier commentaire vous donne déjà une idée. Il faut que les gouvernements réinvestissent dans leur domaine de compétence en adoptant des mesures légales, réglementaires, de vérification par tiers parties et budgétaires. Les politiques publiques doivent être plus que le simple agrégat des solutions avancées par les lobbies industriels les mieux organisés. Ex : Agro carburant - maïs-éthanol. Il faut que nous tous arrêtions de nous percevoir seulement comme des consommateurs. Nous sommes également des citoyens et nous devons collectivement reprendre le contrôle des décisions collectives sinon les lobbies industriels les mieux organisés vont continuer à imposer leur solution à nos frais. »[[377]](#footnote-377)

Par contre, ces normes de la RSE sont en constante évolution. Il y a lieu d’espérer des changements notables au comportement des acteurs économiques. Car aux yeux de certains juristes, la RSE, comme ensemble de normes alternatives, constitue un contrepoids à la puissance des entreprises privées pour éviter une dictature de l’économie  et participe à combler un certain vide juridique en droit international :

« Or, la RSE n’est-elle pas ce contre-pouvoir à ce libéralisme réfractaire à tout mécanisme de contrôle incarné par la puissance des entreprises transnationales ? Par l’intermédiaire des normes alternatives, le mouvement RSE pallie à l’impuissance de l’ordre juridique international actuel à proposer et à mettre en place les principes du droit universel ainsi qu’à s’assurer qu’il s’applique à l’ensemble de la planète. »[[378]](#footnote-378)

Les normes relatives à la RSE sont au prime abord d’une portée non contraignante mais le fait qu’elles font partie du paysage du droit international, peuvent leur permettent ultimement d’atteindre des degrés de justiciabilité et du coup prendre une dimension obligatoire suivant la formule « le *soft law* inspire le *hard law* »[[379]](#footnote-379)*.* Tel est aussi l’avis d’une autre auteure qui souligne sans détour les mutations tranquilles de ces normes :

*«* La soft law peut annoncer le droit de demain et tracer pour les États le chemin vers l’adoption d’obligations juridiques contraignantes conventionnelles et coutumières. Elle se rapproche ici d’un droit en gestation, contestataire de l’ordre juridique international positif et qui veut se substituer à lui, comme l’exemple des résolutions de l’Assemblée générale des Nations unies a pu le prouver par le passé. »[[380]](#footnote-380)

Les arbitres internationaux sont de plus en plus portés à reconnaitre et à appliquer les normes relatives à la RSE dans les litiges impliquant les personnes publiques. Quoique timide et parcellaire, cette reconnaissance tend à rappeler[[381]](#footnote-381) aux entreprises les sanctions auxquelles elles s’exposent en faisant fi des règles d’éthique commerciale. Car, des arbitres ont déja sévis contre ceux qui ont usé de manœuvres déloyales telles que le dol et la corruption dans les transactions relatives aux investissements internationaux. Dans l’affaire *Plama c. Bulgarie[[382]](#footnote-382)*, les arbitres ont fait droit à la demande de l’État qui a soutenu et prouvé que l’investisseur a utilisé des manœuvres dolosives dans les opérations d’investissement en dissimulant l’identité des personnes exerçant le contrôle de la société à l’agence de privatisation bulgare au moment de la privatisation à l’origine de l’investissement. Deux autres sentences du CIRDI vont dans le même sens. Il s’agit d’abord de *Inceysa c. El Salvador[[383]](#footnote-383)* dans laquelle l’arbitre a reconnu que l’investisseur a usé de la fraude pour obtenir le marché d’inspection de véhicule au Salvador. Il y a eu aussi l’affaire *World Duty Free c. Kenya[[384]](#footnote-384),* dans laquelle on a reproché à l’investisseur d’avoir obtenu un contrat en payant un pot-de-vin au président Kénian. Ces comportements, selon le tribunal arbitral, constituent une violation du principe de bonne foi et de l’ordre public international, privant l’investisseur de tout droit d’alléguer en sa faveur le régime de protection d’investissement contenu dans les traités et accords internationaux.

L’application de ces normes, à l’exemple de droits humains, pourrait être considérée comme de véritables moyens de défense permettant à l’État, à titre de demandes reconventionnelles[[385]](#footnote-385), de se dégager de ses responsabilités à l’égard des investisseurs qui auraient agi en violation de ces normes.

La réforme des structures procédurales et normatives du régime arbitral peut tarder à être effective en raison de la divergence des intérêts en cause et du fait que le consensus nécessaire semble être difficile sinon long à atteindre. En effet, compte tenu de la prolifération des contrats, d’accords et de traités auxquels souscrivent les parties, ce mécanisme risque d’être encore très sollicité, mais cela ne peut nous empêcher d’explorer d’autres avenues supplétives ou complémentaires.

**3.3 L’adoption des dispositifs alternatifs au régime actuel**

L’arbitrage d’investissement tel que conçu actuellement procure une certaine sécurité aux investisseurs privés, mais ne semble pas être le forum le mieux approprié pour tenir compte de toutes les subtilités inhérentes au litige investisseur-État. Selon certaines études, le dysfonctionnement structurel de ce mécanisme ne laisse augurer aucun dénouement profitable pour les parties en cause :

« les inconvénients associés à l’arbitrage international en matière d’investissement sont le montant des coûts induits, l’allongement du délai nécessaire pour régler une affaire, la difficulté croissante qu’il y a à gérer les dossiers de différend investisseurs-État, les craintes de réclamations abusives ou futiles, les préoccupations d’ordre général concernant la légitimité du système d’arbitrage en matière d’investissement (dans la mesure où il concerne des mesures prises par un État souverain) et le fait qu’il se préoccupe exclusivement de réparer un préjudice financier et non de maintenir une bonne relation d’affaires entre les parties. »[[386]](#footnote-386)

Ces critiques ont abouti à un certain nombre de propositions qui sont, pour la plupart en totale rupture avec l’ordre arbitral actuel. Nous soulignons notamment les politiques internes de prévention et de règlement de litiges investisseurs-États (3.1.1), le projet de création d’une cour internationale d’investissement (3.3.2) et l’approche régionale avec la création de tribunaux régionaux d’investissement (3.3.3)

**3.3.1 Les politiques internes de prévention et de règlement des litiges investisseurs-États**

La sécurité et la stabilité des investissements étrangers requièrent un climat serein qui passe nécessairement par la prévention des litiges opposant les investisseurs aux entités publiques. Cette approche, présente aussi l’avantage d’être le moyen le plus évident pour les parties de nouer des relations durables et de régler en aval les divergences de vue à la base de leurs discordes.

Les méthodes alternatives envisagées sont basées sur la prévention des différends. Celle-ci constitue une étape primordiale pouvant créer des conditions gagnantes pour les entités impliquées dans l’implémentation des investissements étrangers. Elle se traduit par la conception de politiques qui mettront en évidence des stratégies visant à réduire au minimum les causes potentielles pouvant engendrer les différends. Les gouvernements ont compris que la gestion de la coopération et de la communication entre les groupes impliqués dans le processus des investissements ne doit pas être laissée au hasard; elle exige des stratagèmes  qui associent « l’information, la prévention et la coopération institutionnelle. »[[387]](#footnote-387).

Sur ce point, plusieurs États dont le Canada, les USA, le Pérou, l’Équateur et la Colombie ont commencé à développer de telles pratiques de préventions de différends au moyen d’une structure que l’auteur David Gantz[[388]](#footnote-388) qualifie de National Coordinating Autorité (NCA). Elle peut être identifiée sous des appellations diverses selon le pays[[389]](#footnote-389). Sa mission essentielle est de veiller à ce que les organismes publics respectent les engagements souscrits par les gouvernements. Sont concernées toutes les catégories de personnes morales de droit public confondues, qu’il s’agisse d’organismes publics ou d’entités publiques infranationales. Elles sont prévenues de ne pas prendre des mesures ou des décisions susceptibles d’être contraires à leurs engagements internationaux ou de nature à porter préjudice à un investisseur étranger. Cette structure gouvernementale a pour fonction non seulement d’identifier les sources génératrices des conflits entre l’État et l’investisseur et mais aussi de proposer des correctifs nécessaires :

« Effective prevention of investor-state dispute begins long before any specific problem arises. The importance of the monitoring function regarding barriers against foreign investment in the nation, maintaining transparency and consistency in agency actions and providing information to investors and all other stakeholders, as well as the design and implementation of mechanisms to identify problems before they occur, cannot be overemphasized. The best way to resolve conflict is to take all reasonable steps to ensure that it does not develop in the first instance »[[390]](#footnote-390)

Cet organisme intervient aussi dans les négociations des traités et accord d’investissement pour s’assurer qu’ils soient conformes aux attentes de l’État hôte de l’investissement. Il a aussi une fonction hautement pédagogique consistant à renseigner les divers paliers concernés par les accords et traités commerciaux internationaux. Il les avise des enjeux et des défis auxquels ils risquent de faire face, en même temps et indique les voies et moyens pour les surmonter efficacement comme a fait remarquer cet auteur :

« A significant aspect of the NCA responsibility in most nations is an educational function for the various stakeholders (national government officials and those of local governments, the domestic private sector, etc.) as well as officials of the agency itself. This typically occurs on an ongoing basis through educational seminars and where practical, inviting experts to visit and present seminars on such topics as the responsibilities of agencies under the relevant FTAs and BITs, the use of ADR and effective means of managing an arbitration. »[[391]](#footnote-391)

Au sein des pays membres de l’ALENA, les politiques de prévention de différends s’effectue aussi par la mise en œuvre, « de réunions décentralisées »[[392]](#footnote-392) destinées à informer les acteurs publics des incidences de leurs décisions administratives et réglementaires au regard des accords et traités d’investissement. C’est également la manière de procéder des pays membres de la CAFTAR-DR[[393]](#footnote-393).

Les structures alternatives instituées n’ont pas seulement une fonction de prévention, elles agissent aussi en amont pour promouvoir des formes de résolution de différends investisseurs-États par des méthodes autre que l’arbitrage traditionnel proposé par les centres d’arbitrages internationaux. Elles priorisent la négociation directe, la conciliation et la médiation qui se révèlent moins dispendieuses et plus adaptées aux différends investisseurs-États.

Ces initiatives peuvent se révéler fructueuses en ce qu’elles concourent à apaiser le climat tumultueux entachant les rapports investisseurs-États et éviter aux parties à devoir à consentir des moyens financiers importants pour répondre aux exigences de la procédure arbitrale. En revanche, ces dispositions ne peuvent à elles seules contenir l’ensemble des litiges d’où la nécessité de considérer des options juridictionnelles contentieuses sous des formes nouvelles.

**3.3.2 Le projet de création d’une cour internationale d’investissement**

La création éventuelle d’une instance mondiale et unique pour connaitre l’ensemble des différends opposant les investisseurs aux entités publiques aura pour but de faciliter la cohérence des décisions arbitrales par le rattachement de toutes les causes relatives aux investissements à la connaissance d’une seule juridiction.

La littérature portant sur un tel projet n’est pas encore très étoffée, mais de plus en plus de chercheurs commencent à s’intéresser à la question. Walid Hamida après avoir qualifié le système arbitral actuel de désordre procédural[[394]](#footnote-394) en raison des procédures concurrentes et de l’incohérence des sentences, avait prédit que les États vont devoir dans le futur adopter une approche multilatérale qui culminera par la création une cour globale centralisant la connaissance des litiges d’investissement : « Une cour globale, multilatérale, unique des investissements, ouverte aux États comme aux investisseurs, assurerait, sans doute, aux États comme aux investisseurs le contrôle de la légalité économique internationale et restaurerait l’harmonie des relations économiques internationales.. »[[395]](#footnote-395). L’avènement d’une telle juridiction apparait aux yeux du juriste Karim Benyekhlef comme un impératif pour régler efficacement les enjeux des litiges publics puisque les instances actuelles ne se montrent pas à la hauteur de ce défi :

« Dans ce cas de figure, l’État de l’investisseur représenterait ce dernier.  Mais, si on veut maintenir à tout prix la capacité de saisine et de représentation d’un investisseur et aussi dans le cas où les États joueraient les premiers rôles, il convient alors d’institutionnaliser les mécanismes d’arbitrage. L’arbitrage État-investisseur ne serait plus sous la coupe de quelques avocats-arbitres, mais serait constitué de décideurs indépendants et impartiaux nommés pour un mandat non renouvelable de 5 ou 7 ans. La nomination de ces décideurs relèverait d’un secrétariat international formé des représentants des États signataires du traité ou de l’accord. Une transparence des procédures serait instaurée et l’intervention de groupes de la société civile serait possible à certaines conditions. Cette institutionnalisation m’apparaît impérative au regard de l’importance des enjeux soumis à l’arbitrage, de la nécessaire confiance des citoyens et du fait que le présent système arbitral relève plus du bricolage administratif que d’une institution stable, établie et comptable d’une cohérence et d’une consistance juridiques. La reddition de comptes s’impose également aux investisseurs et aux arbitres. La bonne gouvernance le commande. » [[396]](#footnote-396).

Samantha Besson a élaboré dans le même sens en formulant une proposition axée au tour de la création d’un ou de plusieurs tribunaux internationaux d’investissement qui seraient compétents pour examiner les questions d’intérêts publics qui ressortent des litiges d’investissement. Ils pourront agir à la fois comme organe de premier ressort pour les demandes principales ou comme instance de révision ou de renvoi pour certaines questions préjudicielles soulevées en premier lieu devant l’arbitre. La constitution de tels organes, avec d’éminents juristes, pourra rétablir un meilleur équilibre entre les intérêts en jeu :

« En outre, ces juridictions internationales, composées de juges professionnels et neutres, présenteraient l’avantage de pouvoir traiter avec la distance nécessaire d´affaires nationales sensibles que des juges nationaux dans des pays souffrant de corruption ne seraient peut-être pas à même de juger équitablement. Ceci tient en effet notamment soit à la considération excessive des intérêts des investisseurs par le biais de ceux d’un gouvernement corrompu, soit à la considération excessive des intérêts nationaux au détriment des intérêts des investisseurs et donc du pays à long terme. »[[397]](#footnote-397)

Si l’institution d’une cour internationale semble être un palliatif innovant et pertinent aux maux de l’arbitrage d’investissement cependant, elle suscite néanmoins de multiples appréhensions quant à la neutralité de sa composition, et de son adaptation au système arbitral déjà complexe. Mais une chose est sure : son instauration aussi faisable qu’elle puisse paraitre, ne se réalisera pas dans le court terme. En effet, pour aboutir à son implémentation, il aura fallu soit trouver la formule pour dénoncer plus de 300 accords et traités d’investissement ou concevoir une nouvelle convention multilatérale qui étendra ses attributions sur les mécanismes existants[[398]](#footnote-398).

Dans un cas comme dans l’autre, il faut rallier à cette cause plus d’une centaine d’États et des investisseurs qui auront des craintes légitimes relatives aux conséquences de cette nouvelle donne sur leurs droits acquis. En dépit des impondérables évidents que suscitera la réalisation de ce projet mondial et global, il se construit en parallèle une approche de proximité marqué par la conception d’un nouvel environnement juridictionnel régional en matière règlement de litiges relatifs aux investissements.

**3.3.3 La création de centres régionaux d’investissement**

Cette démarche caractérisée par la création des centres régionaux d’arbitrage relatifs aux investissements répond à un besoin de solidarité dans le cadre du mouvement d’intégration régionale des peuples. Elle viserait à limiter l’intervention des instances arbitrales occidentales dans le règlement des litiges régionaux. Les pays membres de l’Asie du Sud-Est (ASEAN) font souvent référence au Centre d’arbitrage régional de Kuala-Lumpur[[399]](#footnote-399) tandis que ceux de la Ligue Arabe ont institué depuis 2003 la Cour Arabe d’Investissement[[400]](#footnote-400) pour les différends résultant des rapports entre un investisseur et l’un des pays concernés. En Afrique, la Cour Commune de Justice et d’Arbitrage (CCJA) a été désignée comme organe de règlement de différends entre investisseurs et les États membres de l’OHADA[[401]](#footnote-401). Cependant, ces États ne remettent pas pour autant en cause les autres structures arbitrales résultant des accords multilatéraux (CIRDI, CCI et Tribunaux ad hoc). Parce qu’ils ont été les plus affectés par les recours intentés dans le cadre du CIRDI[[402]](#footnote-402), les États latinos américains se singularisent dans une approche plutôt radicale et ambitieuse. N’ayant pas pu le faire à l’avènement du MERCOSUR, ils envisagent de créer un organe de résolution de différends relatifs aux investissements comme solution de rechange au CIRDI. Une sorte de *CIRDI du Sud,* sous les auspices l’Organisation des Nations Sud-Américaines (UNASUR)[[403]](#footnote-403), qui se chargera de prendre en compte les intérêts publics :

« En d’autres termes, il faut créer un « CIRDI du Sud », alternatif au CIRDI de la Banque mondiale qui sert les intérêts des grandes transnationales privées. Plus largement les États, qui mènent des politiques progressistes heurtant directement les intérêts des transnationales, ont tous intérêt à se retirer du CIRDI et à réaffirmer la compétence des tribunaux nationaux devant faire respecter la supériorité des droits humains sur les droits des investisseurs. »[[404]](#footnote-404)

Dans le cadre du projet de règlement de ce centre d’arbitrage en circulation depuis 2011, il est prévu que l’arbitrage opposant un investisseur à l’État ne peut être autorisé qu’après une phase préalable de consultation et de médiation entre les parties. En revanche, certains litiges portant sur des enjeux publics pourront ne pas être arbitrables :

« La juridiction du centre exclut les litiges relatifs à la santé, aux questions fiscales et à l’énergie, entre autres, sauf si le traité ou le contrat pertinent prévoit autre chose. En outre, un tribunal arbitral ne pourra en aucun cas traiter les litiges concernant la légitimité des lois internes (ni leurs effets économiques) des pays membres de l’UNASUR. »[[405]](#footnote-405)

Les audiences des arbitrages seront publiques avec le droit de faire admettre des demandes des tierces parties et les sentences seront susceptibles de recours en annulation, révision et en appel. Un auteur estime que cette initiative pourra bien contribuer à garantir les droits des parties en cause :

« Étant créée par un traité, une telle initiative institutionnelle publique pourrait satisfaire les intérêts des États et des investisseurs. De la même manière, la définition de nouvelles règles d’arbitrage représenterait une amélioration de la légitimité, la prévisibilité et la transparence du système, par rapport aux règlements d’arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale et de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). »[[406]](#footnote-406)

Des avancées significatives sont observées pour permettre au centre d’arbitrage d’UNASUR de voir le jour au plus tard en 2015[[407]](#footnote-407). Sa compétence pourra s’étendre aux pays de l’Amérique centrale et des États des Caraïbes. D’ailleurs, ces derniers se lançaient depuis déjà une décennie dans un processus d’harmonisation de leurs droits des affaires. Ils s’inspiraient du modèle africain OHADA en créant l’Organisation pour l’Harmonisation du Droits des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC)[[408]](#footnote-408). Elle se donnera pour mission de concevoir un modèle d’arbitrage à l’aune des États membres. Dans une déclaration conjointe en juin 2010, ces États ont formulé le vœu de créer eux-mêmes une cour d’arbitrage régionale basée sur le droit comparé respectant la souveraineté  de chaque État membre:

« Demander à l'OHADAC de promouvoir et concevoir un système d'arbitrage commercial international institutionnel, doté d'une règlementation moderne et efficiente qui tienne compte des apports les plus récents du droit comparé, comble ses lacunes, et s'oriente vers une procédure arbitrale qui atteigne l'autonomie des parties, respecte la souveraineté des États, facilite un travail efficace des Arbitres, et garantisse le rendu de sentences arbitrales qui optimise la qualité de la justice, la sécurité juridique et l'efficacité de ces sentences. » [[409]](#footnote-409)

Ces structures permanentes régionales, dans la mesure où elles feront leur preuve, constitueraient la base sur laquelle sera édifié le rêve d’une instance globale pour s’occuper des litiges d’investissement. De leur efficacité dépendra la stabilité régionale du régime juridique de l’arbitrage même s’il faut reconnaitre qu’il y a un prix à payer tant du point de vue politique que juridique.

Sans prétendre être exhaustif, nous avons exposé dans cette partie les différentes solutions plausibles pour remédier aux diverses difficultés inhérentes au régime arbitral actuel pour enfin atteindre l’équilibre nécessaire entre les intérêts des parties impliquées au litige. Mais peu importe les solutions privilégiées, leur pertinence et leur viabilité doivent répondre aux impératifs de cohérence, d’indépendance, de neutralité et de surcroit de légitimité.

**Conclusion générale**

L’exercice qui précède a consisté à confronter les deux principales tendances qui ressortent de la participation des personnes publiques à l’arbitrage, dont la toile de fond réside dans la dialectique entre la vision publiciste et privatiste des différends opposant personnes privées aux personnes publiques. Il en résulte donc une prédominance de l’idéologie privatiste axée sur une vision libérale et transnationale des relations commerciales et économiques, postulant que les personnes publiques sont habiles à compromettre nonobstant leurs statuts et leurs prérogatives exorbitantes. Vu sous cet angle, l’arbitrage est désigné comme modèle institutionnel efficace pour connaitre des différends opposant les investisseurs aux États. Il constitue en ce sens le fer de lance des opérateurs économiques privés et des pouvoirs publics des sociétés post-modernes. Sa légitimité et sa juridicité sont fondées sur les instruments juridiques internationaux, le droit comparé et la jurisprudence internationale.

Ce courant, proclame qu’en souscrivant à un contrat ou à un traité international, les entités publiques sont assimilées à un simple particulier au regard des droits et obligations définis dans les traités relatifs aux investissements formant le *jus cojens* du système arbitral. En effet, à parties égales, des règles identiques s’appliquent, suivant les principes d’équité et de justice universelle. On a abouti à ce qu’il convient d’appeler la privatisation[[410]](#footnote-410) du régime juridique des contrats d’États. Les notions de contrat et de consentement échappent au cadre du droit public classique a fait valoir un auteur : « les contrats d’États de même que les arbitrages qui y sont liés et les arbitrages CIRDI, peuvent parfaitement être soumis au même régime juridique que les contrats et arbitrages privés »[[411]](#footnote-411). Même lorsque la partie publique justifie la modification de son engagement en se prévalant de la protection de l’intérêt général ou d’une dérogation de son ordre public, elle sera généralement tenue envers son co-contractant privé, car son comportement contrevient aux principes d’ordre public international, corollaire d’un droit supranational.

Au demeurant, cette tendance libertarienne est accueillie avec réserves, voire même par un sentiment de rejet au sein de certaines communautés étatiques notamment les pays en développement. Elle se heurte aussi à l’émergence des revendications de la société civile, exigeant une plus grande part dans les contentieux portés sur les enjeux publics et une prise en considération des valeurs non marchandes dans les arbitrages internationaux [[412]](#footnote-412).

Sans vouloir privilégier une tendance au dépens d’une autre, nous avons tenu dans une perspective qui se veut objective, contribuer à mettre en évidence des mécanismes susceptibles d’améliorer de régime juridique de l’arbitrage d’investissement. Au vu de son diagnostic, il est indispensable que des réformes en profondeur soient véritablement testées, pour que le régime soit moins dispendieux et plus adapté à la problématique des investissements.

Dans le contexte actuel de la globalisation économique et juridique, le débat sur l’investissement international ne peut être réduit au traditionnel conflit idéologique opposant États du nord, pourvoyeurs des investissements, aux États du sud bénéficiaires des investissements. La dimension transnationale que revêtent les investissements internationaux au gré des mouvements d’intégration régionale, requiert une redéfinition de la notion d’arbitrage. Au lieu d’obéir aux seuls impératifs de l’ordre privé, il devra se soumettre à un régime hybride régulé par des normes d’origine privée et publique : « plus l’arbitrage va lui-même dans une sorte d’embrasement du public et du privé, en les mêlant dans une même procédure, et plus il sera un mode de règlement adéquat pour des systèmes régulés. »[[413]](#footnote-413)

Au reste, toute remise en question des pratiques et des règles gouvernant l’arbitrage d’investissement, pour atteindre l’équilibre souhaité, ne doit pas poursuivre que des objectifs de justice mais l’avènement d’opportunités gagnantes pour tous comme a su bien le mentionner un auteur : « La recherche par les arbitres des relations économiques internationales d’un équilibre satisfaisant entre les droits et les obligations réciproques des deux parties à la relation d’investissement ne vise pas seulement à atteindre un idéal de justice; elle est également nécessaire au flux d’investissement Nord-Sud, qui doivent profiter à tous, investisseurs et États d’ accueil ».[[414]](#footnote-414)

**Bibliographie Générale**

**Législations et règlements**

Acte uniforme sur le droit de l’arbitrage, Acte adopté le 11 mars 1999 et paru au journal OHADA n°08 du 15 mai 1999.

Convention pour le règlement des différends relatif aux investissements entre États et Ressortissants d’autres États, de 2006.

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 484, p. 349.

Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangèresdu 10 juin 1958.

Loi sur l’arbitrage commercial, L.R.C, 1985, C 17, 2e supp.

Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements,(L.C. 2008, ch. 8)

Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial International 1985 avec les amendements adoptés en 2006.

Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques, culturels et culturels du 16 décembre 1966 (PIDECS).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (PIDCP)

Résolution de l’Institut du droit international, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle du 12 septembre 1989

Résolution 1803(XVII) de l’assemblée générale du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente des ressources naturelles

Résolution 3281(XXIX) de l’Assemblée générale 12 décembre 1974  sur la charte des droits et des devoirs économiques des États

Résolution 56/83 de l’Assemblée générale en date du 12 décembre 2001 sur la  responsabilité de l’État pour les faits internationalement illicites

Traité sur la Charte européenne de l’énergie du 17 décembre 1994.

**Arrêts et sentences**

AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6

*Amco Asia Corporation c. Indonésie* (1983), ICSID case, n° ARB/81/1

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5

*Agua del Tunari S.A C. La République de Bolivie,* CIRDI No. *ARB/02/03)*

Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3,

*Asian agricultural products Ltd v.Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3

*Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc*., [2004] 3 RCF 368, 2004 CF 38 (CanLII)

*Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd*., 2013 CSC 51, [2013] 3 R.C.S. 301.

*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. *ARB/01/8)*

*Compagnia de aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal S.A v. Argentine republic,* ICSID Case No*. ARB/97/3)*

*Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. kingdom Moroco,*ICSIDCase No. *ARB/00/4*

*Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P.c. Argentine* (2007), CIRDI No. ARB/01/03

*Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P.c. Argentine (2007),*CIRDINo. *ARB/01/03*

*Gregory Paul Turner C. Felix Fareed Ismail Grovit e.a, affaire C- 159/02*

*Holding et sté Mnogutia Est Epices,* (2007) *Rev. Arb,* 507

*INSERM vs Fondation Letten F. Saugstad*,  Cass. Civ. I,  26 janvier 2011

*Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie (2007)*, CIRDI no ARB/05/18

Inceysa *Vallisoletana S.L.* c. Salvador,CIRDI No.ARB/03/26

*Klöckner v. Republic of Cameroon*, Clunet 1984, at 409 et seq

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp et LG&E International, Inc. c. Argentine* (2007), CIRDI No.ARB/02/01

*Metalclad Corporation v. États-Unis du Mexique,*CIRDI No*. ARB(AF)/97/1*

*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc., 473 US 614 (1985)

[*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*](http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaBulgariaAward.pdf)*,* ICSID Case No. ARB/03/24)

Piero Foresti, Laura de Carli *&* Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB (AF)/07/01

*Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. kingdom Moroco,* ICSIDCase No.ARB/00/4

*Sparling c. Québec* (Caisse de dépôt et placement du Québec), 1988 CanLII 26 (CSC), [1988] 2 RCS 1015

*Lanco International Inc v. Argentine Republic,* ICSID Case No. *ARB/97/6*

*Sedelmayer c. fédération de suisse*, sentence du 18 décembre 2002, Stockholm arbitration review, 2005

*Société NIOC c. État d’Israël*, Civ. 1re, 1er février 2005, Rev. arb. 2005. 693

*Quatar c. sté Creighton*, *JCP*2001, Cass. Civ 1ère 6 juillet 2000

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1

World Duty Free *Company Limited* c. Kenya,CIRDI No. ARB/00/7.

**Monographies et ouvrages collectifs**

Haut du formulaire

antaki, N.N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

antaki N.N et Emmanuel darankoum (dr)., *La justice en marche : du recours collectifs à l’arbitrage collectif, en passant par la médiation*, Les journées Maximilien-Caron 2006, Éditions Thémis, Montréal, 2005

arfazadeh, H., *Ordre public et arbitrage international à l’épreuve de la mondialisation, Bruxelles*, L.G.D.J, 2006

audit, B., *L’arbitrage international et les contrats d’État : bilan et perspectives,* centre d’études et de recherches de droit international et de relations internationales ( Académie de droit international de la Haye), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987

benyekhlef, K., *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008

Bénédicte, F.-C et W, Arnoldo (dir.)., *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXI e siècle,*Paris, société de législation comparée, 2008

boidin, B, N. Postel et S. Rousseau., *La responsabilité sociale des entreprises :une perspective institutionnalisée,* Paris, Éditions Septentrion, 2009

born, B.-G ., *International commercial arbitration*, Netherlands, Wolkers Kluwer, 2009

cabrillac, R. (dr.)., *Dictionnaire du vocabulaire juridique* 2014, LexisNesis, Paris, 2014

carreau. D et P. juillard., *Droit international économique*, Paris, 1ere édition Dalloz, 2003

chevallier, J., *L’État post-moderne*, Paris, L.G.D.G, 2008

coussirat-coutere, V et P. michel eiseman., *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale,* Martinus Nijhoff Publishers, t.3, vol.2, 1991

darankoum, e .s., *Recueil de cours DRT6828* (Arbitrages dans les échanges t.2), Montréal, Coop, Droit, 2011

pellet, A., « Annulment faute de mieux: is there a need for an appeals facility ? », dans Jansen calamita, David earnest et Markus burgstaller (dr.), *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law,* British Institute of International and Comparative Law, Londre, 2013

Philippe de bournonville, *Droit judiciaire : arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000

de mestral, A.,  «  L’annulation des sentences arbitrales « investisseur-État » en vertu de la Loi type au Canada et du régime du CIRDI », dans Fréderic bachand et Fabien Gélinas (dr.), *D’une réforme à une autre : regards croisés sur l’arbitrage au Québec*, Édition Yvon Blais, Cowansville, 2013

el houdaigui, N.S., *Arbitrage commercial au Maghreb : droits et pratiques*, Paris, L’harmattan, 2012

el-ahbad, A.H., *L’arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Économica, 1988

falcon y tella, F., *Challenges for humans rights*, Martinus Njihoff Publishers, Netherlands 2007

fouchard, P, E. gaillard et B. goldman., *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996

fouchard, P., « L’arbitrage et la Mondialisation de l’économie » dans philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ; mélanges en l’honneur de Gérard Farjat, Paris, Frison-roche, 1999

frisson-roche, M-A., « Arbitrage et droit de la régulation », dans Marie-Anne Frison-Roche (dr.),  *Droit et économie de la régulation*, Presses de Sciences Po « Hors collection », 2005

Frutos-Peterson, C., *L’émergence de l’arbitrage commercial international en Amérique latine : l’efficacité de son droit,* Paris, L’harmattan, 2003

gaillard, E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, vol.2, A. Pedone, 2010

gaillard, E., « L’effet négatif de la compétence-compétence », dans Études de procédure d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, Éditions Payot, 1999

gaillard, E., *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, 2008, Académie de droit international de la Haye, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008

halperin, j-l., *profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009

Hanotiau, B., *L’arbitrabilité, recueil des cours de l’Académie de droit international de Haye*, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 296, 2003

horcharni, F(dir.)., *Où va le droit de l’investissement Désordre normatif et recherche d’équilibre*, Paris, A. Pedone, 2004

jarvin, S et Y. derains., *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Kluwer, 1990

jourdain-fortier, C., *Santé et commerce international : contribution à l’étude de la protection de valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Bourgogne, Litec, 2006

kamto, M., «  La participation des personnes morales africaines de droit public à l’arbitrage OHADA » dans Philippe FOUCHARD (dir.)  *L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000

kassis, A.*, Problèmes de base de l’arbitrage en droit comparé et en droit international*, Paris, L.G.D.J, 1987

Kaufmann-Kohler, G et B.stucki., *International arbitration in Switzerland : A Handbook for Practitioners*, Kluwer law international, Netherland, 2004

kleinheisterkamp, J., *International commercial arbitration in Latin America*, New York, Oceana publications inc, 2005

lalive, P, J.-F.poudret, C. reymond., *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Éditions Payot, 1989

lalive, P., « Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international de l’arbitrage international» dans François DESSEMONTET (dir.) *Le nouveau droit international privé Suisse*, Paris, Édition CEDIDAC, 1989

leathley, C., *International dispute resolution in latin america an institional overview*, Kluwer Law International, 2007

leben, C et all., *Le contentieux arbitral transnational relatifs à l’investissement* : développements récents, Paris, L.G.D.J, 2006

Lowenfeld, A.-F., *International Economic Law*, Oxford press university, New-York, 2008

manciaux, S., *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d’autres États, trente années d’activités du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004

Mebroukine, A., « Les modes de conclusion des contrats dans les rapports commerciaux Nord-Sud », dans Hervé cassan (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement, Paris*, Economica, 1989

meyer, P., *OHADA : droit de l’arbitrage*, Bruxelles, Juriscope, 2002

najjar, N., *L’arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris, L.G.D.J, 2004

nouvel, Y., « La compétence matérielle : contrat traité et clause parapluie »,  dans Bernard audit et all (dir.), *la procédure arbitrale relative aux investissements internationaux aspects récents*, Paris, L.G.D.J, 2010

onguene onana, D. E., *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements :les conditions d’investissement et de nationalité devant CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012

ost. F et M. van de kerchove., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Faculté Universitaires de Saint-Louis, 2002

regli, J.-P., *Contrat d’état et arbitrage entre États et personnes privées*, Genève, librairie de L’université Georg & Cie S.A, 1983

renders, D. P. delvolve et T. tanquerel., *L’arbitrage en droit public,* Bruxelles, L.G.D.J, 2010

schreuer, c. h., L. malintoppi, A. reinisch et A. Sinclair., *The icsid convention :a commentary*, New-York, 2eme Cambridge University Press, 2009

shore, L., « Us perspective “arbitrability” » dans mistelis L.A et S. L. brekoulakis(dir) *arbitrability international et compative perspectives,* Wolters Kluwer, Netherlands, 2009

sossou, C-J ., « L'arbitrage OHADA à l'épreuve de l'arbitrage investisseur-états », Mémoire de maitrise présentée dans Université de Genève Faculté de Droit et Hautes Études Internationales et du Développement - Master of Advanced Studies in International Dispute Settlement (MIDS), 2008

thuilleaux*,* S., *L’arbitrage commercial au Québec, droit interne-droit international privé*, Édition Yvon Blais, Québec, 1991

ziegler, J., *Les nouveaux maitres du monde et ceux qui la gouvernent*, Paris, Fayard, 2000

**Articles de revues**

Audit, B., « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux », (2010) *Rev. Arb*, 253

Baron, P et S. Liniger., « A second look at arbitrability : Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany », (2003) 19 *Kluwer Law International*, 27.

bartid-burdeau, G., « Droit international et les contrats d’états- la sentence Amenoil contre Koweït du 24 mars 1982 », (1982) 28 *Annuaire Français du Droit International*, 454.

bastid, Z ., « le droit international public dans la sentence de l’ARAMCO »,(1961) 7 *Annuaire Français du Droit International*, 300.

beguin, J., « Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l’ordre juridique international? », (1985) *RD. Mc Gill.* 489.

Boucobza, X., «  La prise en compte des intérêts de l'État dans le commerce international », (2005), *Rev. Arb*, 465

burda, J., « Le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence Spyridon Roussalis contre Roumanie », (2013 ) 3 *Revue d’arbitrage et de médiation*, 29

charpentier, E., « L’émergence d’un ordre public… privé : une présentation des principes d’unidroit », (2002) 36 *R.J.T.355*

cazala, J., « Le soft law international entre inspiration et aspiration », (2011), 66 *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, 41,

darankoum, E.-S., « L’application des Principes d’UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques ». (2002), *R.J.T*, 421

duplessis, I., « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international »,(2007), *Revue Québécoise du droit international*, 246

el bouhouhi, S .,« L’intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », (2005) 51 *Annuaire Francais de Droit International*, 563

festin, k., «  Vers un renforcement de l’arbitrage comme mode de résolution de conflits en droit fiscal, analyse comparée France-États-Unis », (2009) *Jurisdoctoria*, 7

frank, S. D., « Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration », ( 2007) 86 *North Carolina Law Review,* 32

frank, S. D., « Development and outcomes of investment treaty arbitration », (2009) 50 *Harv. Int’l L.J*. 435

frank, S.D., « The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law throughout inconsistent decisions. », (2005) 73 *Fordham Law Rev,* 1521

gaillard, E.,  « L’ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) *55R Mc Gill .L.J, 891*

hamida, W.B., « L’arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l’État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l’investisseur privé**»,** (2005 ) 7 *Int’l L.F. D.* 261

juillard, P., « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements (2004) », (2004) 50 *Annuaire Français du Droit International*, 669

Kalicki, J.E., « Les demande reconventionnelles des États dans l’arbitrage investissement », (2013)3 *Investment Treaty News*, 4

kopelmanas, L., «  La place de la convention de Genève du 21 avril 1961 dans l’évolution du droit international de l’arbitrage », (1961) 7 *Annuaire français du droit international*, 331

lalive, P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage *international*», (1986) *Rev. Arb, 329*

latty, F., « Arbitrage transnational et droit international général », (2008) *Annuaire Français du Droit International,* 471

leben, C., « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements»,  (2004) *Annuaire Français de Droit International*, 683

leduc, A., « L’émergence d’une nouvelle lex mercatoria à l’enseigne des principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », (2001) 35 *R.J.T*, 429

legum, B., «Trends and Challenges in Investor-State Arbitration », (2003) 19 *Kluwer Law International*,143

Manciaux, b., « Le Venezuela se Retire du cirdi »,  (2012) *Rev. Arb*, 215

marcou,  G., «  La sentence arbitrale relative à la convention d’utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British Rail », (1997) 43 *Annuaire Français de Droit International*, 810

mourre, A., « Faut-il un statut communautaire de l’arbitrage ? »,( 2005 ) 23 *Kluwer Law International,* 408

park, W.W., « Arbitral juridiction in the United State: who decides what? », ( 2008) *Int.A.R.L.R*.33

Jan paulsson, « Arbitration without privity », (1995) 10 *ICSID* *Review-Foreign Investment Law Journal*, 232

paulsson, J., « May state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Reflections on the *Bentler v. Belgium* preliminary award », (1986) 2 *International Law Journal*, 91

pottow, J.A.E, J. brege et T. J. Hawley., « A presumptively better approach to arbitrability», (2013) 53 *The Canadian Business Law Journal,*165

prujiner, A., « L’arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel ? », (2005) *Rev.Arb,*63

queré-messing, M., « Le rôle de l’arbitrage dans l’assistance des pays sous-développés », (1960) 6 *Annuaire Français du Droit International*, 435

rigaud, M.-C., « Les orfèvres de la procédure arbitrale transnationale et leurs joyaux », (2011) 45 *R.J.T.*685

Seidl-Hohenveldern, I.,  « L’évaluation des dommages dans les arbitrages internationaux », (1987) 33 *Annuaire Français de Droit International*, 7

Spoorenberg, f., et J. E. Vifiuales., « Conflicting decisions in international arbitration »,(2009) 8 *Law & Prac. Int’l Cts. & Tribunals,* 91

trani-tani, M., « L’ordre public transnational devant l’arbitre international », (2011) 25 *Arab Law Quarterly, 89*

Tschanz, P.-Y., « Le Nouveau droit Suisse de l'arbitrage international »,(1988) *Int’l Bus. L.J.* 437

**Sites internet consultés**

<http://www.mondialisation.ca/l-arbitrage-international-un-outil-efficace-au-service-des-soci-t-s-transnationales-de-l-eau-ou-le-droit-de-l-avidité>

<http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=KLI-KA-1134001-n>

<http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281%20(XXIX)>.

<http://www.iccwbo.org/>

htttp://www.ohadac.com/informations.html

https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

http://www.warvarbitration.com/pdf/Arbitrabilit%C3%A9\_art.pdf

http://www.conseil-etat.fr/fr/discours

[http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview\_fr.pdf>,](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview_fr.pdf%3e,)

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII\_1\_f.pdf,>

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/partB.htm>

<http://www.vcc.columbia.edu/content/international-investment-arbitration-winning-losing-and-why>

http://www.droit-afrique.com

<http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf>

[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\_2/premiere\_chambre\_civile\_568/71\_26\_18797.html>](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/71_26_18797.html%3e%20)

<http://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/19/81>

<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>,

<http://www.jus.uio.no/lm/egypt.l_arbitrage.civile.et.commerciale.loi/doc.html#16>

<http://lebanesearmy.gov.lb/fr/news/?26153>

<http://www.lebarmy.gov.lb/fr/news/?26153>

<http://www.pc.gov.au/projects/study/trade-agreements/report>

[http://www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.asp](http://www.ag.gov.au/internationalrelations/internationallaw/pages/tobaccoplainpackaging.aspx)

<http://fr.wikipedia.org/wiki/Alliance_bolivarienne_pour_les_Ameriques>

<http://www.nortonrosefulbright.com/files/le-venezuela-denonce-la-convention-du-cirdi-pdf-101kb-64672.pdf>,

<http://www.eluniversal.com/economia/120125/comunicado-oficial-de-venezuela-sobre-su-salida-del-ciadi>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CJ0159:FR:HTML>

<Http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Poursuites_Argentine.pdf>>

<http://www.unasursg.org/inicio/organizacion/estados-miembros>

http//.[www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil\_id=540](http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=540)

https:<//treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/volume-993-I-14531-French.pdf

<http://www.un.org/fr/documents/charter/chap16.shtml>

[<http://www.ohadac.com/article/7/declaration-du-congres-latino-americain-et-caribeen-d-arbitrage-commercial-international.html](file:///E:\%3chttp:\www.ohadac.com\article\7\declaration-du-congres-latino-americain-et-caribeen-d-arbitrage-commercial-international.html)

<http://www.laprensagrafica.com/economia/nacional/135392-arzobispo-capitalino-pide-piedad-a-tribunal-internacional-tras-controversia-minera>l

htpp ://www.alliancesud.ch/fr/politique/commerce/download/Investissement

<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40306263.pdf>

1. Gary b. born, *International commercial arbitration*, Netherlands, Wolkers Kluwer, vol.1, 2009, p.8. [↑](#footnote-ref-1)
2. Nabil N. antaki, *Le règlement des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.25. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Id.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Philippe de bournonville, *Droit judiciaire : arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, p.228. [↑](#footnote-ref-4)
5. Philippe fouchard, « L’arbitrage et la mondialisation de l’économie », dans *philosophie du droit et droit économique : quel dialogue*? Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat, Paris, Frison-Roche, 1999, p.384 [↑](#footnote-ref-5)
6. *Id.*, p.382. [↑](#footnote-ref-6)
7. Rémy cabrillac (dr*.), Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014*, LexisNesis, Paris, 2014, p.380. L’auteur fait savoir qu’il existe en droit administratif deux catégories de personnes publiques :1) Les personnes territoriales (État, Région, Département et Commune) ; 2) Les personnes publiques spécialisées (Établissements publics). [↑](#footnote-ref-7)
8. Bernard audit, *L’arbitrage international et les contrats d’états*. *Bilan et perspectives*, Centre d’études et de recherches de droit international et de relations internationales (Académie international de droit de la Haye), Martinus Nijhoff Publisher, 1987, p.23. [↑](#footnote-ref-8)
9. Emmanuel gaillard, « L’ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) 55 *McGill L.J.* 891, 895. Dans cet article, l’auteur distingue trois représentations de l’arbitrage : 1e) L’arbitre est considéré comme un juge local, organe du siège de l’arbitrage. 2e) La conception westphalienne de la mission de l’arbitre qui donne mission à l’arbitre de valider le processus arbitral indépendamment de ce que font les autres. 3e) La conception ou l’arbitre se considère comme un organe de la communauté internationale. [↑](#footnote-ref-9)
10. P. fouchard, préc., note 6, p.381. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Id*. [↑](#footnote-ref-11)
12. Jacques chevalier, *L’État post-moderne*, Paris, L.G.D.J, 2008, p.127. [↑](#footnote-ref-12)
13. Jean-Louis alpérin, *Profil des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p.342. [↑](#footnote-ref-13)
14. Jan paulsson et Elie kleiman, « Arbitrage international : la construction de sa légitimité », (2011) *En Temps Réel,* Cahier N°47*,* p.10, en ligne :< http://entempsreel.com/wp-content/uploads/2013/02. >, (consulté le 30 septembre 20130). [↑](#footnote-ref-14)
15. Charles leben (dr.), *Le contentieux transnational arbitral relatif à l’investissement : nouveaux développements,* Louvain-la-Neuve, L.G.D.G, Coll. Anthémis, 2006, p.9. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Id.*, p.10. [↑](#footnote-ref-16)
17. cirdi, États signataires de la convention, en ligne : < https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServletv >, (consulté le 30 septembre 2013); La Convention est signée par 158 États mais seulement 147 l’ont ratifiée jusqu’ici. [↑](#footnote-ref-17)
18. cnuced, Études sur les politiques d’investissement international au service du développement, différends entre investisseurs et État : prévention et mode de règlement autre que l’arbitrage, 2010, p.3, disponible en ligne :< <http://unctad.org/fr/docs/diaeia200911_fr.pdf>> , (consulté le 30 septembre 213). [↑](#footnote-ref-18)
19. Franck latty, « Arbitrage transnational et droit international général », (2008) 54 *Annuaire français du droit international* 467, 471. [↑](#footnote-ref-19)
20. Jan paulsson, « Arbitration without privity », (1995) 10 *ICSID* *Review-Foreign Investment Law Journal* 232, 232. [↑](#footnote-ref-20)
21. Emmanuel gaillard, « La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d’arbitrage international », (2007) *Rév. Arb* 697, 718. [↑](#footnote-ref-21)
22. Claudia frutos-peterson, *L’émergence de l’arbitrage commercial en Amérique Latine : l’efficacité de son droit*, Paris, l’Harmattan, 2003, p.94. Cette doctrine de droit international, développée en 1863 par le juriste et diplomate argentin Carlos Calvo, prévoit que les personnes physiques ou morales étrangères doivent se soumettre à la juridiction des tribunaux locaux pour les empêcher d’avoir recours aux pressions diplomatiques de leur État ou gouvernement. Selon cette doctrine, tous les biens, corporels, incorporels, matériels et immatériels, sont soumis à la loi de l’Etat souverain et en cas de différends, ce sont les tribunaux nationaux qui sont compétents. La doctrine Calvo est incorporée dans la Charte de l’Organisation des États Américains (article 15), le Pacte de Bogota (article 7), la résolution 3171 du 17 décembre de 1973 de l’Assemblée générale des Nations Unies (Souveraineté permanente sur les ressources naturelles), paragraphe 3, et dans plusieurs constitutions nationales : la constitution de l’Argentine (article 116), de la Bolivie (article 24), du Guatemala (article 29), du Salvador (articles 98 et 99), de l’Equateur (article 14), du Pérou (article 63.2) et du Venezuela (article 151).Vers les années 1980, face au contexte du commerce international cette doctrine a été abandonnée, mais certains États sont encore nostalgiques à l’invoquer. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Id.* [↑](#footnote-ref-23)
24. Bernard hanotiau, *L’arbitrabilité*, Recueil des cours de l’Académie de droit international de Haye, Martinus Nijhoff Publishers, vol.296, 2003, p.46. [↑](#footnote-ref-24)
25. Philippe fouchard, Emmanuel gaillard et Berthold goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1986, p.329. [↑](#footnote-ref-25)
26. *Id*. [↑](#footnote-ref-26)
27. Jose Gabriel assis de almeida, « L’arbitrage et le droit public », dans Bénédicte fauvarque-cosson et Arnoldo wald (dir.),  *L’arbitrage en France et en Amérique latine à l’aube du XXI e siècle Bénédicte; aspects de droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p.317, à la page 319. [↑](#footnote-ref-27)
28. François ost et Michael van de kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Faculté Universitaire de Saint-Louis, 2002, p.11. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961*, texte intégral : en ligne :< [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII\_1\_f.pdf.>, (Consulté](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf.%3e,%20(Consulté) le 20 mai 2013). [↑](#footnote-ref-29)
30. C. frutos-peterson, préc., note 22, p.11. [↑](#footnote-ref-30)
31. Lazare kopelmanas, «  *La place de la convention de Genève du 21 avril 1961 dans l’évolution du droit international de l’arbitrage*», (1961) 7 *Annuaire français du droit international* 331, 332 et 333. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Id*. [↑](#footnote-ref-32)
33. *Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961*, préc,. note 27, article 2 paragraphe 1 : « Dans les cas visés à l'article 1, paragraphe 1, de la présente Convention, les personnes morales qualifiées, par la loi qui leur est applicable, de " personnes morales de droit public " ont la faculté de conclure valablement des conventions d’arbitrages. [↑](#footnote-ref-33)
34. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 25, p.332. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Convention de vienne sur le droit des traités de 1969*, en ligne :< <http://www.admin.ch/opc>>, ( consulté le 23 juin 2014) ; article 2 : Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

    a) que la réserve ne soit interdite par le traité;

    b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites; ou

    c) que, dans les cas autres que ceux visés aux al. a) et b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Convention européenne sur l’arbitrage commercial international de 1961*, préc., note 31; article 2 paragraphe 2 : Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention ou d’y adhérer, tout État pourra déclarer qu’il limite cette faculté dans les conditions précisées dans sa déclaration; une seule réserve a jusqu’ici été faite par la Belgique mais son application dans *l’affaire Benteler* a été battue en brèche par une sentence arbitrale rendue en suisse le 18 novembre 1983 par une affirmation de la convention de Genève. [↑](#footnote-ref-36)
37. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 34, p.333. [↑](#footnote-ref-37)
38. cirdi, article 25(1) de la convention, en ligne :< <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf>,>, (Consulté le 21 juillet 2013). [↑](#footnote-ref-38)
39. cirdi, Rapports des Administrateurs en ligne : < <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/partB.htm> >, (consulté le 21 juillet 2013). [↑](#footnote-ref-39)
40. *Id.* [↑](#footnote-ref-40)
41. Dieudonné Edouard onguene onana, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements : les conditions d’investissement et de nationalité devant CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.131. [↑](#footnote-ref-41)
42. F. latty, préc., note 19. [↑](#footnote-ref-42)
43. cnuced*,* Rapport sur l’investissement dans le monde 2013, en ligne : < http://unctad.org/fr/. >, (consulté le 15 décembre 2013). [↑](#footnote-ref-43)
44. Au nombre de ces traités, on cite celui conclu entre la France et le Chili en date du 14 juillet 1992 ( art. 8); le traité de la charte de l’énergie du 17 décembre 1994 (art.26), l’Accord du Libre-échange Nord-américain de 1994 (Chap.11), le protocole de Colonia pour la promotion et la protection des investissements dans le MERCOSUR de 1994 (art.19) et le traité sur l’investissement entre pays membres de L’Association des États du sud est de l’Asie (ASEAN). [↑](#footnote-ref-44)
45. cirdi, Les statistiques publiées par l’organisme démontrent seulement 20% des sentences proviennent de contrat d’investissements, en ligne :<http://wwwwds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS>, (consulté le 15 décembre 2013.). [↑](#footnote-ref-45)
46. *Asian agricultural products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID case, aff. n° ARB/87/3, en ligne : <<http://www.italaw.com/cases/96>>, (consulté le 15 décembre 2013). [↑](#footnote-ref-46)
47. F. latty, préc., note 42. [↑](#footnote-ref-47)
48. cirdi, Liste des pays membres préc., note 17 ; Maurille okilassali, « La participation des États africains à l’arbitrage du CIRDI », (2001) *Revue camerounaise de l’arbitrage* 1, 4. [↑](#footnote-ref-48)
49. Pierre meyer, *OHADA : droit de l’arbitrage*, Bruxelles, Juriscope, 2002, p.98. [↑](#footnote-ref-49)
50. ohada, *L’Acte Uniforme*, en ligne : < <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-t%20AU%20Arbitrage.pdf>.>, (consulté le 21aout 2013). [↑](#footnote-ref-50)
51. Dix-sept États africains sont présentement signataires du traité de l’OHADA : le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, la Côte d’Ivoire, le Congo, les Comores, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée-Équatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo (RDC), le Sénégal, le Tchad et le Togo. [↑](#footnote-ref-51)
52. Article 35 1er paragraphe de l’acte de relatif à l’OHADA : Le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l’arbitrage dans les États-parties. [↑](#footnote-ref-52)
53. P. meyer, Préc., note 48, p.99. [↑](#footnote-ref-53)
54. Maurice kamto, «  La participation des personnes morales africaines de droit public à l’arbitrage OHADA », dans Philippe fouchard (dir.),*L’OHADA et les perspectives de l’arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.50, à la page 93. [↑](#footnote-ref-54)
55. *Id.,* p.96. [↑](#footnote-ref-55)
56. Tschanz pierre-yves, « Le nouveau droit suisse de l’arbitrage international », (1988) *Int’l Bus. L.J*. 437. [↑](#footnote-ref-56)
57. Thierry tanquerel et Eleanor mcgregroir, « L’arbitrage en droit public suisse », dans David renders, Pierre delvolve et Thierry tanquerel (dr.), *L’arbitrage en droit public,* Bruxelles, L.G.D.J, 2010, p.227, à la page 229 ; Manuel arroyo et Guy Philippe rubeli, *Nouveau règlement suisse d’arbitrage international* 2012, disponible, en ligne : < http://www.mll-legal.com>, (consulté le 13 avril 2014). [↑](#footnote-ref-57)
58. *Loi Fédérale Suisse sur le Droit International Privé*, mise à jour 2014 en ligne :< <http://www.admin.ch/opc/> >, (Consulté le 13 avril 2014). [↑](#footnote-ref-58)
59. Pierre lalive, Jean-François poudret et Claude reymond, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, Éditions Payot, 1989, p.311. [↑](#footnote-ref-59)
60. *Id.* [↑](#footnote-ref-60)
61. *Id.* [↑](#footnote-ref-61)
62. *Id.,* p.309*.* [↑](#footnote-ref-62)
63. Pierre lalive, « Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international de l’arbitrage international », dans François dessemontet (dir.), *Le nouveau droit international privé Suisse*, Paris, Éditions CEDIDAC, 1989, p.209, à la page 214. [↑](#footnote-ref-63)
64. Article 2060 du Code civil français ainsi libellé : « On ne peut compromettre sur les questions d’état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l’ordre public ». Cependant, le pendant québécois de cet article dans le Code civil québécois, l’article 2639, n’interdit pas à l’État ni aux personnes morales de droit public en général de compromettre. Il est donc prévu que : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l’état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l’ordre public.

    Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d’arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le différend présentent un caractère d’ordre public. » [↑](#footnote-ref-64)
65. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 37, p.334. [↑](#footnote-ref-65)
66. Jean-François poudret, « L’originalité du droit français au regard du droit comparé », (2004) 56 *Revue internationale du droit comparé*133,134. *Myrtoon Shipping c. Ministre de la Marine marchande*, (1957) *Rev.Arb,* 16. [↑](#footnote-ref-66)
67. *Gazette du palais,* Journal du 24 juillet 1964, Cassation 1ere chambre civile, *O.N.I.C c. Capitaine du San Carlo.* [↑](#footnote-ref-67)
68. *Gazette du palais*, Journal du 23 août 1966, *Agent Judiciaire du trésor public c. Galakis.* [↑](#footnote-ref-68)
69. Gérard marcou, «  La sentence arbitrale relative à la convention d'utilisation du tunnel sous la manche par la SNCF et British Rail », (1997) 43 *Annuaire français de droit international* 810, 822. [↑](#footnote-ref-69)
70. CA Paris (lre Ch. suppl.), 17 déc. 1991, « *Soc. Gatoil v.National Iranian Oil Company* »,(1993) 2 *Rev. arb.*281. [↑](#footnote-ref-70)
71. CA Paris (lre Ch. C), 24 février 1994, *Ministère tunisien de l’Équipement c. I société et Bec Frères*; *Sté Koweït Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero SPA et Lombardini Estero SPA,* cités par G. marcou, préc., note 67. [↑](#footnote-ref-71)
72. Infra., p.42. [↑](#footnote-ref-72)
73. Jan paulsson, « May state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration? Reflections on the *Bentler v. Belgium* preliminary award », (1986) 2 *International Law Journal* 91,96. [↑](#footnote-ref-73)
74. Kevin festin, «  Vers un renforcement de l’arbitrage comme mode de résolution de conflits en droit fiscal, analyse comparée France-États-Unis », (2009*) Jurisdoctoria* 73, 76 et 77. [↑](#footnote-ref-74)
75. William w. park, « Arbitral jurisdiction in the United State: who decides what ? », (2008) *Int.A.R.L.R*.33,41. [↑](#footnote-ref-75)
76. John A. E pottow, Jacob brege et Tara J. Hawley, « A presumptively better approach to arbitrability », (2013) 53 *Canadian Business Law Journal*165,167. [↑](#footnote-ref-76)
77. Pierre lalive, « *Ordre public transnational (ou Réellement International) et arbitrage international », (1986)* *Rev. arb* 329, 344. [↑](#footnote-ref-77)
78. Karim youssef,  *« The de death of inarbitrability* », dans Loukas A. mistelis et Stravos L. brekoulakis (dir.), *Arbitrability international and comparative perspectives* », Wolters Kluwer, Netherlands, 2009, p.47, à la page 58. [↑](#footnote-ref-78)
79. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, Inc., 473 US 614 (1985); *Wilko* v. *Swan*, 346 U.S. 427 (1953); *Zimmermann* v.*Continental Airlines, Inc*., 712 F.2d 55 (3d Cir. 1983). [↑](#footnote-ref-79)
80. K. festin, préc., note 71; Joseph T mc laughlin, « Arbitrability: Current trends in the United States», (1996) 59 *Arb. L. Rev* 906, 906 et 908. [↑](#footnote-ref-80)
81. Tatiana goloubtchikova-ernst, « L’extension de l’arbitrabilité dans l’arbitrage commercial international » p.7, disponible en ligne : <<http://www.warvarbitration.com/pdf/Arbitrabilit%C3%A9_art.pdf>>, (consulté le 30 mai 2014). [↑](#footnote-ref-81)
82. Patrick M. baron et Stefan liniger, « A second look at arbitrability: Approaches to arbitration in the United States, Switzerland and Germany », (2003) 19 *Kluwer Law International* 27, 28. [↑](#footnote-ref-82)
83. cirdi, préc., note 17. [↑](#footnote-ref-83)
84. united state (us)., La liste exhaustive des accords et traités par les USA signés disponibles en ligne, <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>>, (consulté le 04 septembre 2013). [↑](#footnote-ref-84)
85. Mark W. friedman et Floriane laveaud*, Arbitration guide, International Bar association Commitee, Unided states, 2012*, document disponible en ligne : < http //www.ibanet.org/Document/Default.aspx?Doc >, (Consulté le 12 avril 2014). [↑](#footnote-ref-85)
86. Gilbert gagné, « L’évolution de la politique américaine en matière de protection de l’investissement », dans Mathieu ares et Éric boulanger (dr.), *L’investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoire, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012, p.220, à la page 225. [↑](#footnote-ref-86)
87. Patrick juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements », ( 2004 ) 50 *Annuaire français du droit international* 669, 677. [↑](#footnote-ref-87)
88. united state (us)., Modèle TBI 2004 en ligne : < http//:www. state.gov>, (consulté le 04 septembre 2013). La clause est exprimée à l’article 24(3) de cette manière : «  Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:

    (a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;

    (b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;

    (c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

    (d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.” [↑](#footnote-ref-88)
89. Ministère des affaires étrangères et du commerce international, Modèle d’accord sur la promotion et la protection des investisseurs étrangers(APIE), Canada, disponible en ligne :< [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-.>, (consulté](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-pie/index.aspx?lang=eng.,%20(consulté), le 12 septembre 2013). Le Canada a révisé son système d’accord de promotion des investissements étrangers (APIE) en 2004. [↑](#footnote-ref-89)
90. cirdi, Liste des États signataires, préc., note 48. La Convention a été signée par le Canada le 15 décembre 2006 et ratifiée le 1er novembre 2013 mais ne pouvait rentrer en vigueur que le 1e décembre 2013. Avant son adhésion au CIRDI, le Canada ne pouvait être partie en arbitrage que par le biais du Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire approuvé par le Conseil administratif du CIRDI en 1978. En vertu l’article 2 de ce Règlement, le Secrétariat du Centre est habilité à administrer certaines procédures entre États, (ou collectivités ou organismes étatiques) et ressortissants d’autres États, qui ne tombent pas dans le champ d’application de la Convention. Plus précisément:

    a) des procédures de conciliation et d’arbitrage pour le règlement de différends qui sont en relation avec un investissement, différends dont l´une des parties n’est pas un État contractant ou le ressortissant d’un État contractant;

    b) des procédures de conciliation et d’arbitrage pour le règlement de litiges dont l’une des parties au moins est un État contractant ou le ressortissant d’un État contractant mais ne sont pas en relation directe avec un investissement; et

    c) des procédures de constatation de faits. [↑](#footnote-ref-90)
91. Loi sur l’arbitrage commercial, L.R.C, 1985, C17, 2e supp. [↑](#footnote-ref-91)
92. Code civil du Québec, préc., note 61. [↑](#footnote-ref-92)
93. Loi constitutionnelle de 1867, par .92(14). [↑](#footnote-ref-93)
94. Loi constitutionnelle de 1867, par.92(13). [↑](#footnote-ref-94)
95. Les législations concernant l’arbitrage dans les provinces et territoires : Québec : *Code civil du Québec*, livre cinquième, titre deuxième, chapitre XVIII, et *Code de procédure civile*, livre VII, titre I; Ontario : *Loi sur l’Arbitrage commercial international*, L.R.O.1990, c.I.9; Manitoba : *Loi sur l’arbitrage commercial international*, C.P.L.M. c.C151; Nouvelle-Écosse : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.S. 1989,c. 234; Terre-Neuve-et-Labrador : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.N.L. 1990, c. I-15; Alberta : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.A. 2000, c.I-5; Nouveau-Brunswick : *Loi sur l’arbitrage commercial international*, L.N.-B. 1986, c.I-12.2; Saskatchewan : *International Commercial Arbitration Act*, S.S. 1988-89, c.I-10.2; Île-du-Prince-Édouard : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.P.E.I. 1988, c.I-5; Colombie-Britannique : *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c.233; Territoire du Yukon : *Loi sur l’arbitrage commercial international*, L.R.Y. 2002, c.123; Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur l’arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. 1988, c.I-6; Nunavut : *Loi sur l’arbitrage commercial international*, L.R.T.N.-O. (Nu.) 1988, c.I-6. [↑](#footnote-ref-95)
96. Martin valasek et Azim hussain, L’arbitrage investisseur-État, l’intervention judiciaire et la convention du CIRDI au Canada,en ligne :< [http://www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/11\_09\_intl-icsid-f.pdf>,(consulté](http://www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/11_09_intl-icsid-f.pdf%3e,(consulté) le 5 septembre 2013). Voici les provinces et territoires ayant déjà adopté la loi de la mise en œuvre du CIRDI :Colombie-Britannique : *Settlement of International Disputes Act,* S.B.C. 2006, C.16; Terre-Neuve-et-Labrador : *Settlement of International Disputes Act,* S.N.L. 2006, c. S-13.3; Saskatchewan : *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.S. 2006, c. S-47.2; Ontario : *Loi de 1999 sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.O. 1999, c. 12, annexe D; Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements*, L.T.N.-O. 2009, c. 15. [↑](#footnote-ref-96)
97. Armand de mestral, «  L’annulation des sentences arbitrales investisseur-État  en vertu de la Loi type au Canada et du régime du CIRDI », dans Fréderic bachand et Fabien gélinas (dr.), *D’une réforme à une autre*: *regards croisés sur l’arbitrage au Québec*, Cowansville , Édition Yvon Blais, 2013, p.167, à la page 186. [↑](#footnote-ref-97)
98. *Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products Ltd*., 2013 CSC 51, [2013] 3 R.C.S. 301. [↑](#footnote-ref-98)
99. *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc*., [2004] 3 RCF 368, 2004 CF 38 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/1gt7h>>, ( consulté le 08 Juin 2014). [↑](#footnote-ref-99)
100. *Id*., par.12 [↑](#footnote-ref-100)
101. *Id.*, par. 8. [↑](#footnote-ref-101)
102. *Sparling c. Québec* (Caisse de dépôt et placement du Québec), 1988 CanLII 26 (CSC), [1988] 2 RCS 1015, en ligne : < http://canlii.ca/t/1ftb4 > (consulté le 05 octobre 2013); Sabine thuilleaux*, L’arbitrage commercial au Québec, droit interne- droit international privé*, Éditions Yvon Blais, Québec, 1991, p.27. [↑](#footnote-ref-102)
103. *Id.*, *Sparling c. Québec,* par.30. [↑](#footnote-ref-103)
104. Marie-Claude rigaud, « Les orfèvres de la procédure arbitrale transnationale et leurs joyaux », (2012) 45.3 *R.J.T* 685,704. [↑](#footnote-ref-104)
105. B. hanotiau, préc., note 24, p.53. [↑](#footnote-ref-105)
106. Emmanuel gaillard, *«  L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements* », (2003) *3 Rev. Arb* 853, 862. [↑](#footnote-ref-106)
107. Emmanuel gaillard, « *L’effet négatif de la compétence-compétence* », dans *Études de procédure d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Éditions Payot, 1999, p.387. [↑](#footnote-ref-107)
108. E. gaillard, préc., note 9, 902. [↑](#footnote-ref-108)
109. *Lanco International Inc. v. Argentine Republic, ICSID* case *ARB/97/6,* en ligne : < http://www.italaw.com/ca>, ( consulté le 20 octobre 2013). [↑](#footnote-ref-109)
110. Emmanuel gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Édition A. Pedone, 2004, p.736. [↑](#footnote-ref-110)
111. *Compagnia de aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal S.A v. Argentine republic, ICSID, ARB/97/3,* voir aussi *Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Kingdom Moroco,* ARB/00/4. [↑](#footnote-ref-111)
112. *Résolution 56/83 des Nations Unies sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites*. Le texte, en ligne : <<http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp>.>, (consulté le 08 novembre 2013.). L’article 3 est ainsi libellé : «  La qualification du fait de l’État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n’est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne. ». [↑](#footnote-ref-112)
113. Sentences, préc., note 109, par.96. [↑](#footnote-ref-113)
114. Charles leben, « Responsabilité internationale des États sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements »,( 2004) 50 *Annuaire Français du Droit International* 683,708. [↑](#footnote-ref-114)
115. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 65, p.341. [↑](#footnote-ref-115)
116. P. lalive, préc., note 77; J. paulsson, préc., note 73, 97. Dans un commentaire sur la sentence *Bentler v. Belgium*, l’auteur affirme que les États ne doivent pas confondre l’ordre public interne et l’ordre public international de l’arbitrage, leur droit interne ne peut avoir d’effet sur leurs engagements internationaux. [↑](#footnote-ref-116)
117. Élise charpentier, « L’émergence d’un ordre public… privé : une présentation des principes d’UNIDROIT », (2002) 36 *R.J.T.*355, 359. [↑](#footnote-ref-117)
118. Sigvard jarvin et Yves derains, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Kluwer, 1990, p.248. [↑](#footnote-ref-118)
119. institut international pour l’harmonisation du droit privé en ligne :< http://www.unidroit.org/>, (consulté le 21 novembre 2013); article 1.7 des Principes : 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de bonne foi dans le commerce international. [↑](#footnote-ref-119)
120. Emmanuel S. darankoum, « L’application des Principes d’UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques », (2002) *R.J.T*.421, 436. [↑](#footnote-ref-120)
121. Ali mebroukine, « Les modes de conclusion des contrats dans les rapports commerciaux Nord-Sud », dans Hervé cassan (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Économica, 1989, p.7, à la page 29. [↑](#footnote-ref-121)
122. L’article 1.7 (2) des Principes d’UNIDROIT prévoit : «  Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter sa portée. ». [↑](#footnote-ref-122)
123. E. gaillard, préc., note 108, 897. [↑](#footnote-ref-123)
124. Julien cazala, « La protection des attentes légitimes de l’investisseur dans l’arbitrage international », (2009)1 *Revue Internationale du Droit Économique* 5, 6*.* [↑](#footnote-ref-124)
125. Bénédicte Fauvarque-Cosson, « La confiance légitime et l’estoppel », (2007) 11 *Electronic Journal of Comparative Law* 4-6. En ligne : <<http://www.ejcl.org>>,( consulté le 18 avril 2014). [↑](#footnote-ref-125)
126. *Id;* Denis mazeaud : « La confiance légitime et l’estoppel », (2006) 58 *R.I.D.C*.392. [↑](#footnote-ref-126)
127. Emmanuel gaillard, «  *L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui comme principe général du droit du commerce international* », (1985) *Rev. Arb*. 241. Sentence CCI n° 2521, JDI, 1976.997, obs. Y. Derains. [↑](#footnote-ref-127)
128. P. Lalive, préc., note 116 . Cette maxime qui exprime  le principe de l’estoppel également connu sous le nom de principe de l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui (non concedit venire contra factum proprium), vise à sanctionner une partie qui, par son comportement contradictoire, a trompé la confiance légitime de son adversaire. [↑](#footnote-ref-128)
129. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 115, p.342. [↑](#footnote-ref-129)
130. *Amco Asia Corporation c. Indonésie* (1983), ICSID case, n° ARB/81/1. [↑](#footnote-ref-130)
131. E. gaillard, préc., note 127. [↑](#footnote-ref-131)
132. *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie (2007)*, noARB/05/18 (CIRDI). En ligne : < http://www.italaw.com >,(consulté le 18 avril 214). [↑](#footnote-ref-132)
133. Ibrahim fadalallah, Les principes généraux en matière d’arbitrage international, disponible en ligne : <<http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/fadlallah.pdf> >, (consulté le 18 avril 2014). [↑](#footnote-ref-133)
134. Martin gallié, « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL) : un renouvellement », (2008) 39 *Revue Études Internationales* 17, 30 [↑](#footnote-ref-134)
135. Sébastien manciaux, *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d’autres États : trente années d’activités du CIRDI*, Dijon, Litec, 2004, p.439. [↑](#footnote-ref-135)
136. Jean ziegler, *Les nouveaux maitres du monde et ceux qui le gouvernent*, Paris, Éditions Fayard, 2000, p.64. [↑](#footnote-ref-136)
137. Emmanuel gaillard, « Trente ans de la lex mercatoria : pour une application sélective des principes généraux du droit », (1995)1. *J.D.I*, 6. [↑](#footnote-ref-137)
138. Jacques beguin, « Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l’ordre juridique international? », (1985) *Mc Gill L.J.*478,489*.* [↑](#footnote-ref-138)
139. Antoine leduc, « L’émergence d’une nouvelle lex mercatoria à l’enseigne des principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse », (2001) 35 *R.J.T*.429, 439. [↑](#footnote-ref-139)
140. M. gallié, préc., note 134. [↑](#footnote-ref-140)
141. Alain pellet, « Les voies d’un ordre mondial », avec Mireille delmas-marty et Pascal lamy, Le débat novembre-décembre 2006, p.6. En ligne : < http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET. >.(Consulté le 05 janvier 2015). [↑](#footnote-ref-141)
142. Alain pellet « La *lex mercatoria*, ‘tiers ordre juridique’? Remarques ingénues d’un internationaliste de droit public », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p.74. [↑](#footnote-ref-142)
143. cnuced, Rapport 2013 disponible en ligne  :< [http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013>, (consulté](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013%3e,%20(consulté) le 20 octobre 2013) [↑](#footnote-ref-143)
144. P. fouchard, E. gaillard et B. goldman, préc., note 129, p.336. [↑](#footnote-ref-144)
145. conseil d’état, avis du Conseil d’État, no 339710, 06 mars 1986, en ligne : < [http://www.conseil-etat.fr/fr/les-grands-avis-k5f/avis-du-conseil-d%C3%89tat-publies-en-1986.html>, (consulté](http://www.conseil-etat.fr/fr/les-grands-avis-k5f/avis-du-conseil-d%C3%89tat-publies-en-1986.html%3e,%20(consulté) le 1er septembre 2013). [↑](#footnote-ref-145)
146. Pierre delvolve, « L’arbitrage en droit public français », dans David renders, Pierre delvolve et Thierry tanquerel (dr.), *L’arbitrage en droit public,* Bruxelles, L.G.D.J, 2010, p.189, à la page 207. [↑](#footnote-ref-146)
147. *Id.* [↑](#footnote-ref-147)
148. *Id.* [↑](#footnote-ref-148)
149. Loi no 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, ordonnance no 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, décret no 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (art. 128), en ligne : < <http://legifrance.gouv.fr/>, ( consulté le 1er septembre 2013). [↑](#footnote-ref-149)
150. Xavier boissy, « L’arbitrage en droit public », (2010) dans les chroniques du Barreau, Les Échos judiciaires Girondins, n0 5667, En ligne : < <http://www.echos-judiciaires.com/chroniques-du-barreau/l-arbitrage-en-droit-public-a7253.htm> > [↑](#footnote-ref-150)
151. conseil d’état, discours en ligne : < <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/arbitrage-et-les-personnes-morales-de-droit-public.html> >, (consulté le 1er septembre 2013). [↑](#footnote-ref-151)
152. Ministère de la justice française, Rapport du ministère de la justice française, en ligne : < <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf> >, (consultée le 03 septembre 2013). [↑](#footnote-ref-152)
153. Thomas clay, *«*Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar ! », (2008) *Chronique de droit de l’arbitrage,* 2. [↑](#footnote-ref-153)
154. *INSERM c. Fondation Letten F. Saugstad*, décision 3754, du Tribunal des conflits rendue le 17mai 2010 en ligne :<<https://www.courdecassation.fr/> >, (consulté le 03 septembre 2013). [↑](#footnote-ref-154)
155. *INSERM vs Fondation Letten F. Saugstad*, Cass.Civ, décision rendue, 26 janvier 2011, en ligne : <[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\_2/premiere\_chambre\_civile\_568/71\_26\_18797.html>, (](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/71_26_18797.html%3e,%20(%20) consulté le 01 septembre 2013). Un résumé de la cause est présenté sur le site http<://www.arbitrage-infos.com/arbitrage-international-et-les-personnes-morales-de-droit-public/droit/86>, (consulté le 01septembre 2014). [↑](#footnote-ref-155)
156. Emmanuel gaillard et Pierre de lapasse, Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international, 2011, Recueil de Dalloz, Études et commentaires/ chroniques, p.188. [↑](#footnote-ref-156)
157. Décret no 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage en ligne : < <http://legifrance.gouv.fr/> >, (consulté le 1er septembre 2013). [↑](#footnote-ref-157)
158. E. gaillard et P.de lapasse, préc., note 156. [↑](#footnote-ref-158)
159. *Id*. [↑](#footnote-ref-159)
160. Nora Seddiki el-houdaigui,  *L’arbitrage international au Maghreb : droits et pratiques*, Paris, L’harmatan, 2012, p.29. [↑](#footnote-ref-160)
161. *Loi nº 9 de 1997 et Loi nº 27 du 21 avril 1994*, relatives à l'arbitrage en matière civile et commerciale   en ligne :< [http://www.jus.uio.no/lm/egypt.l\_arbitrage.civile.et.commerciale.loi/doc.html>,(consulté](http://www.jus.uio.no/lm/egypt.l_arbitrage.civile.et.commerciale.loi/doc.html%3e,(consulté)le 23 janvier 2013). [↑](#footnote-ref-161)
162. Nathalie najjar, *L’arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, Paris L.G.D.J, 2004, p.195 [↑](#footnote-ref-162)
163. *Id.* [↑](#footnote-ref-163)
164. *Id.*, p.194. [↑](#footnote-ref-164)
165. *Id.*,p.195. [↑](#footnote-ref-165)
166. Abdul Hamid el-ahbad, *L’arbitrage dans les pays arabes*, Paris, Économica, 1985, p.536. [↑](#footnote-ref-166)
167. Armée libanaise, arbitrage au Liban, 2010, magasine en ligne : <http://lebanesearmy.gov.lb/fr/news/>, (consulté le 20 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-167)
168. *Code de procédure civile du Liban de 1983 promulgué dans le décret-loi n0 90 du 16 septembre 1983,* en ligne :<<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/asie/liban-lois_div.htm#Code_de_procédure_civile_libanais_(1983)>, >

     ( consulté le 20 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-168)
169. N. najjar, préc., note 165, p. 205. [↑](#footnote-ref-169)
170. *Id*. [↑](#footnote-ref-170)
171. *Loi n0 360 du 16 aout 2001 portant sur l’encouragement des investissements*. L’article 18 prévoit  que : «  les litiges qui opposent l’entreprise et l’investisseur et qui découlent des « package deal » sont réglées à l’amiable. À défaut d’accord amiable, on peut recourir à l’arbitrage au Liban ou par devant tout autre organisme international d’arbitrage, à condition que cela soit préalablement précisé lors de la demande de soumission du projet aux dispositions de la présente loi et sous condition d’autorisation du conseil d’administration de l’entreprise et de confirmation de cette autorisation par l’autorité de tutelle. Les conditions et les règles à suivre dans l’arbitrage seront décidées par décret pris en conseil des ministres sur proposition du Premier ministres ». [↑](#footnote-ref-171)
172. Une analyse de ces deux causes en ligne :< <http://www.telecom-galicia.com/adsl/jdg/liban.pdf>>, (consulté le 05 décembre 2013). [↑](#footnote-ref-172)
173. Ces décisions n’ont jamais été publiées, voir résumé en ligne : <[http://www.lebarmy.gov.lb/fr/,>,(consulté](http://www.lebarmy.gov.lb/fr/,%3e,(consulté) le 02 décembre 2013). Sur ce site de l’armée libanaise nous lisons ceci : « En dépit de la position du conseil d'État libanais dans les arrêts Cellis et Libancell, la Société française France Telecom et la Société Telecom Finland ont pu avoir recours à la technique de l'arbitrage pour la résolution de leurs litiges sur le fondement de traités bilatéraux d'investissements entre le Liban et la France et le Liban et la Finlande.  Il a été accordé à l'investisseur français la somme de 266 millions de dollars pour compenser les pertes subies du fait de la résiliation abusive du contrat qui le liait au Liban. Dans le même sens, le Liban a été condamné à payer à la société Finland Telecom International des indemnités quasi identiques à celles prononcées dans l'arbitrage France Telecom ». [↑](#footnote-ref-173)
174. *Loi n0 44 du 29 juillet 2002* portant modification du *Code de procédure* civile libanaise de 1983, en ligne <[http://www.trac.ir/law.aspx?id=81>,(consulté](http://www.trac.ir/law.aspx?id=81%3e,(consulté) le 23 janvier 2013). [↑](#footnote-ref-174)
175. *Id.*, voir l’article 762-3 : «  à partir de l’entrée en vigueur de cette loi modificative, la clause compromissoire ou la convention d’arbitrage ne seront efficaces dans les contrats administratifs qu’après avoir été autorisées par un décret pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre compétent par rapport à l’État ou de l’autorité de tutelle par rapport aux personnes morales de droit public. » [↑](#footnote-ref-175)
176. 176 Mostefa trari-tani, *L’arbitrage international avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie et Tunisie)*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.9.

     177Abdelwahab bekhechi, *«*Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d’État », dans Hervé cassan (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Éditions Économica, 1989, p.223, à la page 242. [↑](#footnote-ref-176)
177. 178 Mohamed S. abdel wahab, « La protection des investissements et l’arbitrage en matière d’investissement dans les pays arabes de la méditerranée : le printemps arabe de l’espoir », (2012) *Med. Bilan* 248, 253. En ligne :< <http://www.iemed.org/observatori-fr/arees-danalisi/arxius-adjunts/anuari/med.2012/Abdelwahab_fr.pdf>>. ( Consulté le 1er septembre 2014). [↑](#footnote-ref-177)
178. [↑](#footnote-ref-178)
179. OCDE, Protéger les investissements : Régime juridique de l’investissement dans les infrastructures en Égypte, Jordanie, Maroc et Tunisie, en ligne :< <http://www.oecd.org/investment/Study_FR_with_cover.pdf>>, ( consulté le 17 décembre 2014) . [↑](#footnote-ref-179)
180. C. frutos-peterson, préc., note 30, p.18. [↑](#footnote-ref-180)
181. *Id*. [↑](#footnote-ref-181)
182. Andreas F. lowenfeld, *International economic law*, New-York, Oxford Press University, 2008, p.541.Voir aussi Silvia Karina fiezzoni, « The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration», (2011) 2*Beijing Law Review*134, 136. [↑](#footnote-ref-182)
183. Jan kleinheisterkamp, *International commercial arbitration in Latin America*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p.101. [↑](#footnote-ref-183)
184. cirdi, liste des États signataires, préc., note 90. [↑](#footnote-ref-184)
185. Christoph H. schreuer, Loretta malintoppi, August reinisch et Antony sinclair, *The ICSID Convention: a Commentary*, New-York, Cambridge University Press, 2009, p.1272. Le Paraguay, le Salvador, l’Équateur et le Honduras ont certes fait le premier pas en ratifiant la convention vers les années 80, Mais la grande vague de ratification a débuté vers 1990 avec des pays comme : l’Argentine, la Bolivie, le Chili, la Colombie, le Costa-Rica, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Venezuela. [↑](#footnote-ref-185)
186. Emmanuel gaillard, « CIRDI : chroniques des sentences arbitrales », (2008) *J.D.I.*311, 320*.* [↑](#footnote-ref-186)
187. L’alliance Bolivarienne des Peuples de notre Amérique (ALBA). Il s’agit d’une organisation politique, sociale et économique visant la coopération entre les pays socialistes d’Amérique latine et des Caraïbes. L’ALBA a été officiellement lancée en avril 2005, par la signature d’un « traité commercial des peuples » entre Cuba et le Venezuela. La Bolivie, le Nicaragua, la Dominique et le Honduras se sont depuis associés à l’initiative, qui visait d’abord à promouvoir une alternative à la ZLEA (Zone de Libre-Échange des Amériques). [↑](#footnote-ref-187)
188. Eric toussaint, « Bolivie : les avancées sur les biens communs et la réforme constitutionnelle », 10 janvier 2008, en ligne :< [www.cadtm.org/Bolivie-avancees-sur-les-biens](http://cadtm.org/Bolivie-avancees-sur-les-biens)>, (consulté le 20 novembre 2013). Voir discours du 09 octobre 2014, d’Elizabeth Arismendi, Ministre de la défense légale de la Bolivie, « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el Centro de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones ». Organization for the Harmonization of Business Law in the Caribbean (OHADAC), en ligne : <<http://www.ohadac.com>>,(consulté le 20 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-188)
189. Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, en ligne : <http://www.italaw.com>, (consulté le 25 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-189)
190. E. toussaint, préc., note 181; Rodrigo Polanco LAZO, « Is there a life for Latin American countries after denouncing ICSID conventions? », (2014 ) 11*Transnational Dispute Management,*12. [↑](#footnote-ref-190)
191. Constitution de la République de la Bolivie 2009. L’article 360 dispose: « Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburifera en nombre y representacion del Estado estaran sometidas a la soberania del Estado, a la dependencia de las leyes y de les autoridades del Estado. No se reconocera en ningun caso tribunal ni jurisdiccion extranjera y no podran invocar situacion exceptional alguna de arbitraje internacional, ni récurrir a réclamations diplomaticas. », *Traduction* : « Toutes les entreprises étrangères qui opèrent au sein de la chaîne de production d’hydrocarbures pour le compte de l’État sont soumis à la souveraineté de l’État, la dépendance de leurs lois et les autorités. La compétence des tribunaux ou une juridiction étrangère n’est reconnue en aucun cas et elles ne peuvent invoquer aucune situation exceptionnelle exigeant l’arbitrage international, ou de recourir à des réclamations diplomatiques. [↑](#footnote-ref-191)
192. cirdi, L’article 71 de la convention : « Tout État contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification ». [↑](#footnote-ref-192)
193. *Traduction*  : « L’impératif de définir l’ordre financier mondial, ébranlé par la spéculation et le privilège, est également justifié du point de vue des droits humains. Au niveau mondial, les humains ont moins de droits que le capital, grâce à aux traités bilatéraux, des systèmes d'arbitrage international réglementés par le CIRDI de la Banque mondiale et l’Organisation mondiale du commerce » en ligne :< http://www.un.org/ga/ec,>, (Consulté le 21janvier 2014). [↑](#footnote-ref-193)
194. [Elisabeth eljuri](http://www.nortonrosefulbright.com/people/58085/elisabeth-eljuri), Ramón J. S alvins et [Gustavo A. M. mata](file:///F:\Gustavo%20A.%20M%20Mata), le Venezuela dénonce la Convention du CIRDI, en ligne : < [http://www.nortonrosefulbright.com/files/le-venezuela-denonce-la-convention-du-cirdi-pdf-101kb-64672.pdf,> (consulté](http://www.nortonrosefulbright.com/files/le-venezuela-denonce-la-convention-du-cirdi-pdf-101kb-64672.pdf,%3e%20(consulté) le 30 novembre 2013). L’intégralité du communiqué officiel en langue espagnole en ligne : <<http://www.eluniversal.com/economia/120125/comunicado-oficial-de-venezuela-sobre-su-salida-del-ciadi>>, (consulté le 30 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-194)
195. Projet disponible en ligne  <[http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numex>, (consulté](http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numex%3e,%20(consulté) le 30 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-195)
196. Walid ben hamida, « La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir », dans Ferhat horchani (dir.), *CIRDI, 45 ans après : bilan d'un système*, Paris, Actes du colloque de Tunis 11,12 et 13 mars 2010, Éditions Pedone, 2011, p.109, à la page 138. [↑](#footnote-ref-196)
197. *Id.* [↑](#footnote-ref-197)
198. Rémi bachand, « L’indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l’investissement », dans Mathieu ares et Éric boulanger (dr.), *L’investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoire, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, 2012, Éditions Bruylant, p.100, à la page p.112. [↑](#footnote-ref-198)
199. Emmanuel gaillard, « Il est interdit d’interdire : réflexion sur l’utilisation des anti-suit injonctions dans l’arbitrage international», (2004) *Rev. arb*, 47. [↑](#footnote-ref-199)
200. Patrice desbiens, «  Les anti-suits ont-ils leur place dans notre droit », ( 2005 ) 37. 3 *Journal du Barreau du Québec*. En ligne :< [http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol37/no13/antisuit.html>, (consulté](http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol37/no13/antisuit.html%3e,%20(consulté) le 20 janvier 2014) [↑](#footnote-ref-200)
201. Konstantinos D. kerameus, « Anti-suit injonctions in ICSID arbitration », dans Emmanuel gaillard (dr.), *Anti-suit injonctions in international arbitration*, New-York, IAI Seminar International Arbitration Series, 2005, p.131, à la page 132. [↑](#footnote-ref-201)
202. cirdi, article 47 de la convention : « Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s’il estime que les circonstances l’exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties ». [↑](#footnote-ref-202)
203. E. gaillard, préc., note 199, 52. [↑](#footnote-ref-203)
204. *Id.*, p.55 : L’auteur cite de nombreux cas où des pays comme le Brésil, l’Indonésie, le Bengladesh et le Pakistan ont dû faire l’usage des anti-suits pour s’opposer à l’arbitrage. [↑](#footnote-ref-204)
205. Alexis mourre, « Faut-il un statut communautaire de l’arbitrage ? », (2005) 23 *Kluwer Law International* 408, 421. [↑](#footnote-ref-205)
206. *Gregory Paul Turner c. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd et Changepoint SA,* Arrêt du 27 avril 2004-Affaire C-159/02, Par.27, ( Demande de décision préjudicielle formée par House of Lords), sentence disponible, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/Lex,> (consulté le 30 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-206)
207. Gabrielle kaufmann-kohler et Blaise stucki, « International arbitration in Switzerland : A handbook for practitioners », (2004) *Kluwer Law International*, 75.Haut du formulaire

     Bas du formulaire [↑](#footnote-ref-207)
208. cirdi, article 41: « Le tribunal arbitral est juge de sa compétence ». [↑](#footnote-ref-208)
209. E. gaillard, préc., note 6*.* [↑](#footnote-ref-209)
210. *Id*. [↑](#footnote-ref-210)
211. *Id*. [↑](#footnote-ref-211)
212. Laurent levy, « Anti-suit injunctions issued by arbitrators», *(2005) International Arbitration Series*,115, 129. [↑](#footnote-ref-212)
213. Joe verhoeven (dr.), « *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation* », Bruxelles, Lacier, 2004, p.14. [↑](#footnote-ref-213)
214. Philippe leboulanger, « Immunités et arbitrage*»,* dans Joe verhoeven (dr.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation,* Bruxelles, Lacier, 2004, à la page 253. [↑](#footnote-ref-214)
215. Xiaodong yang, *State immunity in international law*, New-York, Cambridge University Press, 2012, p.10. [↑](#footnote-ref-215)
216. P. leboulanger, préc., note 214. [↑](#footnote-ref-216)
217. P. lalive, Préc., note 128. [↑](#footnote-ref-217)
218. Richard boivin, « Renonciation de l’État à l'immunité d’exécution : du nouveau en arbitrage international », (2002), *Journal du Barreau* : en ligne : < http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol34/no3/arbitrage >, ( consulté le 27 septembre 2013) voir aussi l’arrêt Cass. Civ 1ère 6 juillet 2000, Qatar c/ sté Creighton, *JCP*2001. [↑](#footnote-ref-218)
219. S. manciaux, préc., note 135, p.205. [↑](#footnote-ref-219)
220. cirdi, article 54 : (1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l’exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s’il s’agissait d’un jugement définitif d’un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l’exécution de la sentence par l’entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l’un des États fédérés.

     (2) Pour obtenir la reconnaissance et l’exécution d’une sentence sur le territoire d’un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire Général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet. Chaque État contractant fait savoir au

     Secrétaire Général le tribunal compétent ou les autorités qu’il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

     (3) L’exécution est régie par la législation concernant l’exécution des jugements en vigueur dans l’État sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

     L’Article 55**:** Aucune des dispositions de l’art. 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l’immunité d’exécution dudit État ou d’un État étranger.  [↑](#footnote-ref-220)
221. cirdi, Rapports des Administrateurs, préc., note 39. [↑](#footnote-ref-221)
222. Dominique d’allaire, « Loi sur le règlement des différends internationaux relatif aux investissements et commentaires », (2009) 22 *Revue québécoise du droit international*, 119. [↑](#footnote-ref-222)
223. *United States of America v. Friedland,* 1999 CanLII, 432 (ON CA), par.15, en ligne:< <http://canlii.ca/t/1f9z9>>, (consulté le 27 septembre 2013). [↑](#footnote-ref-223)
224. *Convention des nations unies sur les immunités juridictionnelles des états et de leurs biens* , en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/French_3_13.pdf>>,( consulté le 30 septembre 2013), article 19 ainsi libellé : Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d’un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d’un autre État excepté si et dans la mesure où : a) L’État a expressément consenti à l’application de telles mesures dans les termes indiqués : i) Par un accord international; ii) Par une convention d’arbitrage ou un contrat écrit; ou iii) Par une déclaration devant le tribunal ou une communication écrite faite après la survenance du différend entre les parties; ou b) L’État a réservé ou a affecté des biens à la satisfaction de la demande qui fait l’objet de cette procédure; ou c) Il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l’État autrement qu’à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l’État du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l’entité contre laquelle la procédure a été intentée. [↑](#footnote-ref-224)
225. D.d’allaire*,* préc*.*, note 222, 120. [↑](#footnote-ref-225)
226. *Liberian Eastern Timber Corporation ( LETCO ) v. The Government of the Republic of Liberia*, Final Award and Interim Award, ICSID Case No. ARB/83/2, 31 March 1986 and 24 October 1984*; Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia*, in U.S. District Court for the Southern District of New York, 12 December 1986, 26 *I.L.M*. 695. [↑](#footnote-ref-226)
227. U.S. District Court for the District of Columbia, 16 Avril 1987, 659 F.Supp. 606. [↑](#footnote-ref-227)
228. AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6; *AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan*, (2005) *EWHC* 2239. [↑](#footnote-ref-228)
229. Bertrand derains, Isabelle hautot, Mélanie van leuween, Faut-il réformer l’arbitrage d’investissement? Journée d’études du 27 mars 2013, Dossier d’orientation, en ligne : <http://convention-s.fr/wp-content/uploads/>, pp.39-48. (consulté le 05 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-229)
230. X . yang, préc., note 215, p.12. [↑](#footnote-ref-230)
231. Citons : *le Foreign Sovereign Immunity Act de 1976 aux États-Unis, le State Immunity Act de 1978 en Grand Bretagne, le State Immunity Act de 1985 au Canada, la convention Européenne sur l’immunité des États de 1972 et la convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens de 2004.* [↑](#footnote-ref-231)
232. Craig S. mikes, « Sovereign immunity », dans R. Doal bishop (dir.), *Enforcement of arbitral awards against sovereigns*, New-York, 2009, p.35, à la page 48. [↑](#footnote-ref-232)
233. The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*,*article 1610(a)**:**  The property in the United States of a foreign state, as defined in section [1603](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1603" \o "§ 1603 - Definitions) [(a)](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/usc_sec_28_00001603----000-" \l "a" \o "(a)) of this chapter, used for a commercial activity in the United States, shall not be immune from attachment in aid of execution, or from execution, upon a judgment entered by a court of the United States or of a State after the effective date of this Act, if :

     (1) the foreign state has waived its immunity from attachment in aid of execution or from execution either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver, or

     (2) the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based, or

     (3) the execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law, or

     (4) the execution relates to a judgment establishing rights in property

     (A) which is acquired by succession or gift, or

     (B) which is immovable and situated in the United States: Provided, That such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission, or

     (5) the property consists of any contractual obligation or any proceeds from such a contractual obligation to indemnify or hold harmless the foreign state or its employees under a policy of automobile or other liability or casualty insurance covering the claim which merged into the judgment, or

     (6) the judgment is based on an order confirming an arbitral award rendered against the foreign state, provided that attachment in aid of execution, or execution, would not be inconsistent with any provision in the arbitral agreement, or

     (7) the judgment relates to a claim for which the foreign state is not immune under section [1605A](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605A" \o "§ 1605A - Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state) or section [1605](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1605" \o "§ 1605 - General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state) [(a) (7)](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/usc_sec_28_00001605----000-" \l "a_7" \o "(a)(7)) (as such section was in effect on January 27, 2008), regardless of whether the property is or was involved with the act upon which the claim is based. [↑](#footnote-ref-233)
234. J. G. assis de almeida, préc., note 27. [↑](#footnote-ref-234)
235. Bruno poulain, « L’arbitrage investisseur-État et le droit français des immunités de l’État étranger », document disponible en ligne : < <http://cbpavocats.com/wp-content/uploads/2013/05/Arbitrage-investisseur-Etat> >, ( consulté le 22 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-235)
236. *Id*. [↑](#footnote-ref-236)
237. C. leben, préc., note 15, p.15. [↑](#footnote-ref-237)
238. Rémi bachand, « Les poursuites CIRDI contre l’argentine : quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », GRIC, 2005 : En ligne : < <Http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Poursuites> >, (Consulté le 25 novembre 2013) [↑](#footnote-ref-238)
239. Julien FOURET et Dany KHAYAT, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruxelles, 2009, Bruylant, p.105. [↑](#footnote-ref-239)
240. *CMS Gas Transmission co v. République Argentine, affaire no ARB/012/8*, par. 380. Cependant dans le cas LG&E *vs* Argentine (2006), le tribunal a accepté l’argument argentin selon lequel la dévaluation avait créé un « état d’urgence » pendant 17 mois durant lesquels le gouvernement ne pouvait pas être tenu responsable d’avoir rompu les obligations contractées sous l’égide du TIB États-Unis/Argentine. [↑](#footnote-ref-240)
241. Les détails du programme disponible en ligne:< http://www.southafrica.info/business/trends/empowerment/>, (consulté le 25 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-241)
242. Piero Foresti, Laura de Carli *&* Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB (AF)/07/01. [↑](#footnote-ref-242)
243. Pierre mayer, « Les arbitrages CIRDI en matière d’eau » *in* Colloque d’Orléans, *L’eau en droit international*, *S.F.D.I*., Paris, 2010, Éditions Pedone, p.167 ; voir aussi : sentences préc., note 109, par.264 et 265*;* sentence *Aguas del Tanari*, préc., note 189. [↑](#footnote-ref-243)
244. Matthew C. porterfield et Christopher R. byrnes, « *Philip Morris c. Uruguay*: L’arbitrage investisseur-État peut-il faire partir en fumée les restrictions sur la commercialisation du tabac ? », (2011) 4 *Investment Treaty News,*3, en ligne :< <http://www.iisd.org/pdf/2011/iisd_itn_july_2011_fr.pdf>>, (consulté le 23 janvier 2013).Cette mention se retrouve dans plusieurs législations de plusieurs pays dont le Chili, l’Uruguay, le Singapour et le Canada qui s’évertuent à limiter les effets néfastes de la consommation du tabac sur la santé des populations, mais ces pays se trouvent confrontés aussi aux intérêts des multinationales qui souvent brandissent la menace d’arbitrage. [↑](#footnote-ref-244)
245. Kyla Tienhaara et Patricia Ranald, « Rejet du règlement des différends investisseur-État par l’Australie : quatre facteurs explicatifs », (2011) 4 *Investment Treaty News*,7. [↑](#footnote-ref-245)
246. Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12. En ligne:< http://www.italaw.com/cases/851 >, (consulté le 15 février 2015). Selon la plus récente mise à jour disponible sur ce site, il été a ordonné le 23 septembre 2014 aux parties de faire le dépôt des pièces nécessaire à la poursuite des audiences. [↑](#footnote-ref-246)
247. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products *S.A.* and Abal Hermanos *S.A.* v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, en ligne : < <http://www.italaw.com/cases/460>. > , ( consulté le 19 février 2015) [↑](#footnote-ref-247)
248. Voir notamment : *la Convention de vienne pour la protection de la couche d’ozone du 22 mars 1985*, *le protocole de Montréal relatifs à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone du 16 septembre 1987*, *le protocole relatif à la lutte contre les émissions d’oxyde d’azote et de leurs flux sans frontières du 31 octobre 1988*, *la convention cadre des nations unies sur le changement climatique du 09 mai 1992,* suivi *du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997, Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination du 22 mars 1989*; pour une liste complète en ligne :

     < <https://treaties.un.org/Pages/>>, (consulté le 20 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-248)
249. *S.D Myers v. Canada*, décisions partielles du 13 novembre 2000 et du 21 octobre 2002 et décision finale du 30 décembre 2002, en ligne : < http://www.international.gc.ca/trade-agreements>, (consulté le 20 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-249)
250. [↑](#footnote-ref-250)
251. Accord du Libre Échange Nord-Américain (ALENA), article 1110 dudit accord dispose**:** **«** Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l’expropriation d'un tel investissement (« expropriation »), sauf :

     a) pour une raison d'intérêt public;

     b) sur une base non discriminatoire;

     c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1); et

     d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6. **»** [↑](#footnote-ref-251)
252. Affaire *Metalclad Corporation v. États-Unis du Mexique,* CIRDI, Affaire n° ARB(AF)/97/1, décision du 30 aout 2000. [↑](#footnote-ref-252)
253. *Id*., par.111 et 112. [↑](#footnote-ref-253)
254. Joseph coming et Robert froechlich,  « NAFTA chapter XI and Canada's environmental sovereignty: investment flows, article 1110 and Alberta's Water Act», (2007 ) *University of Toronto Faculty of Law Review,* 7-10. [↑](#footnote-ref-254)
255. Rémi bachand, «  Les poursuites engagées en vertu du chapitre 11 de l’ALENA », (2001) *11Cahier de recherche*, 22. [↑](#footnote-ref-255)
256. Saida, el bouhouhi, « L’intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », (2005) 51 *Annuaire Français de Droit International* 542, 544. [↑](#footnote-ref-256)
257. CIRDI, Affaires du CIRDI-STATISTIQUES 2011. Selon ces statistiques les affaires introduites au centre par région géographique sont reparties ainsi : l’Amérique du sud (30%), Amérique centrale et caraïbes (6%), l’Europe et l’Asie centrale (23%), l’Afrique subsaharienne (16%), Europe occidentale (1%) Asie du Sud et Asie de l'Est & Pacifique (9%), Moyen-Orient et Afrique du Nord (10%,), Amérique du Nord (Canada, États-Unis, Mexique) (5%) ; disponible en ligne : https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=>, (consulté le 19 avril 2014). [↑](#footnote-ref-257)
258. Karim benyekhlef, « **L’Allemagne: non à l’arbitrage État-investisseur étranger », en ligne : <**<http://www.karimbenyekhlef.ca/blogue/2014/08/11/sur-la-protection-des-investisseurs-etrangers/>>**, (consulté le 06 septembre 2014).** [↑](#footnote-ref-258)
259. alliance sud, Commentaires, en ligne : < http : http/www.alliancesud.ch/fr/politique/commerce>, consulté le 15 octobre 2013). [↑](#footnote-ref-259)
260. Les coûts sont tous exprimés en dollar américain ( u.s $). [↑](#footnote-ref-260)
261. cnuced, préc., note 18, p.127. [↑](#footnote-ref-261)
262. Susan D. frank, « Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration », (2007) 86 *North Carolina Law Review* 1, 32. ; Susan D. frank, « Development and outcomes of investment treaty arbitration »,(2009) 50 *Harv.Int’l L.J* 435, 489; Daniel M. PRICE, « Who wins and who loses in investment arbitration? Are investors and host states on a level playing field? », (2005) 30 *The Journal of World Investment & Trade* 73, 74-76. Cet auteur estime qu’ il s’agit d’ un faux débat, le système n’est pas dommageable aux États comme veulent faire croire certaines études qui surestiment les données au regard du montant des condamnations qui sont toujours revus à la baisse par les arbitres. [↑](#footnote-ref-262)
263. Kevin P. gallagher et Elen shrestha, Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal, *Global Development and Environment Institute, Working Paper,* No11-01, 2011, p.8, en ligne: <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/179093/2/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf.(consulté> le 23 octobre 2013) [↑](#footnote-ref-263)
264. J. fouret et D. khayat, préc., note 239, 435. [↑](#footnote-ref-264)
265. Ignaz seidl-hohenveldern, « L’évaluation des dommages dans les arbitrages internationaux », (1987) 33 *Annuaire Français de Droit International,* 7. [↑](#footnote-ref-265)
266. *Id.* [↑](#footnote-ref-266)
267. Julien fouret et Dany khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investisseurs(CIRDI) », (2007) 20.1 *Revue québécoise de droit international* 309, 380*.* [↑](#footnote-ref-267)
268. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp et LG&E International, Inc. c. Argentine* (2007), n°ARB/02/01 (CIRDI), paradoxalement un mois auparavant c’est le principe fair value market que le tribunal a mis en évidence dans la sentence : *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine* (2007), no ARB/01/03 (CIRDI). [↑](#footnote-ref-268)
269. nations unies, Résolution 56/63, préc., note 112, les articles 35 et 36 sont ainsi libellés :

     *Article 35*

     *Restitution*

     L’État responsable du fait internationalement illicite a l’obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu’une telle restitution :

     *a*) N’est pas matériellement impossible ;

     *b*) N’impose pas une charge hors de toute proportion avec l’avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l’indemnisation.

     *Article 36*

     *Indemnisation*

     1. L’État responsable du fait internationalement illicite est tenu d’indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n’est pas réparé par la restitution.

     2. L’indemnité couvre tout dommage susceptible d’évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi. [↑](#footnote-ref-269)
270. Dominique carreau et Patrick juillard, *Droit international économique*, Paris, 1ere Édition Dalloz, 2003, p. 471. [↑](#footnote-ref-270)
271. nations unies, Résolution disponible, en ligne : < http://www.un.org/french/documents/>, ( consulté le 27 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-271)
272. D. carreau et P. juillard, préc., note 270, p.472. [↑](#footnote-ref-272)
273. Joseph r. grodin, « Are rules really better than standards? », (1993-1994) 45 *Hasting L.J.* 569, 570. [↑](#footnote-ref-273)
274. Susan D. frank, « The nature and enforcement of investor rights under investment treaties: do investment treaties have a bright future. », ( 2005) 47 *University of California,* 57. [↑](#footnote-ref-274)
275. C. leben, préc., note 237, p.188; Dans une partie de cet ouvrage consacrée à une table ronde sur le déséquilibre du contentieux investisseur-État, Géneviève Burdeau souligne le réflexe naturel des arbitres à favoriser les aspect commerciaux du droit privé que ceux du droit public en dehors de toute considérations politique générale. Mais cela ne signifie nullement qu’ils sont incapables de réaliser l’équilibre entre les deux aspects du litige. [↑](#footnote-ref-275)
276. Céline lévesque, « L’investissement », (2009) 47 *The Canadian yearbook of law*, 388. D’après l’auteure le risque d’incohérence est inhérent à l’arbitrage d’investissement. [↑](#footnote-ref-276)
277. Susan D. frank, « The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law throughout inconsistent decisions. », (2005) 73*Fordham Law Rev*1521, 1545. [↑](#footnote-ref-277)
278. Frank spoorenberg et Jorge E. vifiuales, « Conflicting decisions in international arbitration », ( *2009) 8 Law & Prac. Int’l Cts. & Tribunals* 91, 93. [↑](#footnote-ref-278)
279. *Id.* [↑](#footnote-ref-279)
280. *SGS* Société Générale de Surveillance *S.A.* v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, en ligne :< <http://www.italaw.com/cases/1009>>, (consulté le 29 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-280)
281. *SGS* Société Générale de Surveillance *S.A.* v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, en ligne : [http://www.italaw.com/cases/documents/1019, (consulté](http://www.italaw.com/cases/documents/1019,%20(consulté) le 29 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-281)
282. Corn Products International, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, en ligne: < [http://www.italaw.com/cases/345>, ( consulté 15](http://www.italaw.com/cases/345%3e,%20(%20consulté%2015) janvier 2014). [↑](#footnote-ref-282)
283. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, en ligne : < [http://www.italaw.com/cases/91>, (15](http://www.italaw.com/cases/91%3e,%20(15) janvier 2014). [↑](#footnote-ref-283)
284. Sentence préc., note 268, par.162. [↑](#footnote-ref-284)
285. C. lévesque, préc., note 276, 407. [↑](#footnote-ref-285)
286. Walid ben hamida, *«*L’arbitrage investisseur-État face à désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridictions », (2005) 5 *Annuaire Français du Droit International* 564, 577. [↑](#footnote-ref-286)
287. Ronald S.Lauder v.The Czech Republic, UNCITRAL, en ligne:< [http://www.italaw.com/cases/doc>, (consulté](http://www.italaw.com/cases/doc%3e,%20(consulté) le 15 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-287)
288. *ME* Czech Republic *B.V.* v. The Czech Republic, UNCITRAL, en ligne :< [http://www.italaw.com/>,(consulté](http://www.italaw.com/%3e,(consulté) le 15 janvier 2014) [↑](#footnote-ref-288)
289. *Id.,* par. 650-1. [↑](#footnote-ref-289)
290. Benjamin rémy, « La concurrence des procédures États-investisseurs », dans Yann kerrbat (dr.), *Forum shopping et concurrences des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.16, à la page 17. [↑](#footnote-ref-290)
291. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7; Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, en ligne : < [http://www.italaw.com/cases/doc>,(consulté](http://www.italaw.com/cases/doc%3e,(consulté) le 14janvier 2014) ; dans ces deux sentences la clause de la nation la plus favorisée est différemment interprétée. Dans les sentences *CMS Gas* et *LG&E*  deux tribunaux aboutissent à des conclusions différentes sur la question de l’état de nécessité. Dans le premier cas, l’arbitre soutient que les conditions n’étaient pas réunies au vu des circonstances pour évoquer de tels arguments, dans l’autre sentence, il préconise que la situation était d’une telle gravité que le gouvernement était en droit agir comme il a fait. [↑](#footnote-ref-291)
292. B. rémy, préc., note 290, p.25. [↑](#footnote-ref-292)
293. C. lévesque, préc., note 285. [↑](#footnote-ref-293)
294. *Id.*, p.408. [↑](#footnote-ref-294)
295. S. el bouhouhi, préc., note 256. 542. [↑](#footnote-ref-295)
296. *Id.* [↑](#footnote-ref-296)
297. S. D. frank, préc., note 277,1587. [↑](#footnote-ref-297)
298. CNUCED, préc., note 261. [↑](#footnote-ref-298)
299. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID), Possible improvement of the framework for ICSID arbitration, Discussion paper, octobre 2004, document, en ligne: < <https://icsid.worldbank.org>>,( Consulté le 12 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-299)
300. Walid ben hamida, « L’arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu: dans quelle mesure l’État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l’investisseur privé ? » (2005) *International Law Forum du Droit International* 261, 272. Alain prujiner, « L’arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel ? », (2005) *Rev.arb.*63, 65. [↑](#footnote-ref-300)
301. CNUDCI, article 18 : Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. [↑](#footnote-ref-301)
302. *Id.*, article 190(d) : lorsque l’égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. [↑](#footnote-ref-302)
303. *Id.* [↑](#footnote-ref-303)
304. Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, ICSID Award of October 21, 1983*, Klöckner v. Republic of Cameroon*, Clunet, 1984, p. 409. Dans ces affaires les arbitres ont émis des opinions divergentes sur les conditions d’acceptabilité des demandes reconventionnelles. [↑](#footnote-ref-304)
305. Philippe de bournonville , préc., note 4, p.157. [↑](#footnote-ref-305)
306. Julien burda, « Le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence Spyridon Roussalis contre Roumanie », (2013*) 3 Revue d’Arbitrage et de Médiation*, 29. [↑](#footnote-ref-306)
307. *Id.* [↑](#footnote-ref-307)
308. cirdi, l’article 46 de la convention dispose que ; sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l’une d’elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l’objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu’elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre. [↑](#footnote-ref-308)
309. L’article 40 du règlement d’arbitrage stipule « (1) Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant directement à l’objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu’elle relève par ailleurs de la compétence du Centre.

     (2) Une demande incidente ou additionnelle est présentée au plus tard dans la réponse et une demande reconventionnelle est présentée au plus tard dans le contre-mémoire, sauf si le Tribunal autorise la présentation de la demande à un stade ultérieur de la procédure, sur justification fournie par la partie présentant la demande accessoire et après avoir pris en considération toutes objections de l’autre partie.

     (3) Le Tribunal fixe un délai dans lequel la partie contre laquelle est présentée une demande accessoire peut déposer ses observations y relatives. » [↑](#footnote-ref-309)
310. Jean e. kalicki, « Les demandes reconventionnelles des États dans l’arbitrage investissement », (2013) 3 *Investment Treaty News*, 3, 4.En ligne : < <http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_january_2013_fr.pdf> >, (consulté le 06 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-310)
311. *Id.* [↑](#footnote-ref-311)
312. Samantha besson, « La légitimité de l’arbitrage international d´investissement », (2005) *Jusletter*, p.5, en ligne :< <https://doc.rero.ch/record/28136/files/La_l_gitimit_de_l_arbitrage_international_d_investissement.pdf>>,

     (consulté le 20 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-312)
313. cirdi, article 51 de la Convention :(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général la révision de la sentence en raison de la découverte d’un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu’avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu’il n’y ait pas eu, de la part de celle-ci,

     Faute à l’ignorer.

     (2) La demande doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

     (3) La demande est, si possible, soumise au Tribunal ayant statué. En cas d’impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.

     (4) Le Tribunal peut, s’il estime que les circonstances l’exigent, décider de suspendre l’exécution de la sentence jusqu’à ce qu’il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu’il soit sursis à l’exécution de la sentence, l’exécution est provisoirement suspendue jusqu’à ce que le Tribunal ait statué sur ladite requête. [↑](#footnote-ref-313)
314. Sur les motifs d’annulation l’article 52 de la convention : (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l’annulation de la sentence pour l’un quelconque des motifs suivants :

     (a) vice dans la constitution du Tribunal ;

     (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;

     (c) corruption d’un membre du Tribunal ;

     (d) inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure

     (e) défaut de motifs. [↑](#footnote-ref-314)
315. CCI, article 33 du règlement d’arbitrage : Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige.

     Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour. [↑](#footnote-ref-315)
316. Christoph schreuer, « From ICSID annulment to appeal to slippery slope », (2011 ) 10 *The Law and Practice of International Courts and Tribunal* 211, 212. [↑](#footnote-ref-316)
317. Gabrielle kaufmann-kohler, «  L’arbitrage d’investissement: entre contrat et traité - entre intérêts privés

     et intérêt public », (2004) 39 *Rev. Libanaise d’arbitrage*, 27. [↑](#footnote-ref-317)
318. Catherine Yannaca small, Études de l’OCDE sur les perspectives de développement en 2006, p.10, en ligne :< <http://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>>, (consulté le 23 novembre 2013). Barton legum, «  The introduction of an appellate mechanism : the U.S Trade Acte 2002 », dans Emmanuel gaillard et Yas banifetmi (dr.), *annulment of ICSID awards*, New York, IAI Series on international arbitration no1, 2004, p.289, à la page 292 [↑](#footnote-ref-318)
319. Document ICSID, préc., note 299. [↑](#footnote-ref-319)
320. *Id*., S. besson, préc., note 312. [↑](#footnote-ref-320)
321. Babak barin et Marie-Claude rigaud, « Contrôle ou révision des sentences ? De l’union de la clause privative, de l’arbitrage statutaire et de l’arbitrage consensuel au Québec. », Colloque 2010, p.2 ; document en ligne : < [http://www.aqdc.qc.ca/Colloque\_2010\_03\_19/AQDC\_Controle\_judiciare\_Texte.pdf>,(consulté](http://www.aqdc.qc.ca/Colloque_2010_03_19/AQDC_Controle_judiciare_Texte.pdf%3e,(consulté) le 20 novembre 2014) [↑](#footnote-ref-321)
322. A. prujiner, préc., note 300, 96-97. [↑](#footnote-ref-322)
323. *Id.* [↑](#footnote-ref-323)
324. S. d. franck, préc., note 297, 1616. [↑](#footnote-ref-324)
325. *Id.*, 1621. [↑](#footnote-ref-325)
326. C.Y. small, préc., note 318. [↑](#footnote-ref-326)
327. Alain pellet, « Annulment faute de mieux: is there a need for an appeals facility ? », dans Jansen calamita, David earnest et Markus burgstaller (dr.), *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law,* British Institute of International and Comparative Law, Londre, 2013, p.255, à la page 254. [↑](#footnote-ref-327)
328. *Id*., p.264 [↑](#footnote-ref-328)
329. B. legum, préc., note 318, p. 295. [↑](#footnote-ref-329)
330. united nations ; Les règlements du fonds, en ligne : < htt.//www.un.org/es/icj/pdf/fstatut.pdf‎ >, (consulté le 20 décembre 2013) [↑](#footnote-ref-330)
331. Cour Permanente d’Arbitrage, Statut et règlement du fonds, en ligne : < http://www.pca-cpa.org/showpage.asp>, ( consulté le 13 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-331)
332. Hans jonkman et Laurence de Blocq van scheltinga, « La cour permanente d’arbitrage ; rôle, avenir d’une institution à l’aube de son centenaire », (1997) 4 *African Yearbook of International Law* 135, 150. [↑](#footnote-ref-332)
333. # Cassius Jean sossou, « L’arbitrage OHADA à l'épreuve de l’arbitrage investisseurs-États », Mémoire de maitrise présentée à l’Université de Genève Faculté de Droit et Hautes Études Internationales et du Développement-Master of Advanced Studies in International Dispute Settlement (MIDS), 2008.

     [↑](#footnote-ref-333)
334. Rapport en ligne :< <http://international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Projet-de-guide-pratique-sur-le-financement-de-larbitrage-par-les-tiers.pdf>>, ( consulté le 18 avril 2014) [↑](#footnote-ref-334)
335. *Id.* [↑](#footnote-ref-335)
336. S. besson, préc., note 320, p.18; Thomas pogge, *World poverty and Human right*, Édition polity, Cambridge, 2008, p.165. [↑](#footnote-ref-336)
337. Jason yackee, « Traités d’investissement et corruption par l’investisseur: une défense émergente pour les États d’accueil*? », (*2012 ) 3 *Investment Treaty News*, 3. En ligne : < <http://www.iisd.org/pdf/>>, (Consulté le 20 avril 2014). [↑](#footnote-ref-337)
338. Luke e. peterson, *Droits humains et traités bilatéraux d’investissement : le rôle du droit relatif aux droits humains dans l’arbitrage des différends entre investisseurs et États*, coll. droit et démocratie, Montréal, 2009, p.14. [↑](#footnote-ref-338)
339. Clotilde jourdain-fortier, *Santé et commerce international : contribution à l’étude de la protection de valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Bourgogne, Éditions Litec, 2006, p.451. [↑](#footnote-ref-339)
340. Mirielle delmas-marty, « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », Collège de france, p.641, disponible en ligne : <http://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL12983\_ > [↑](#footnote-ref-340)
341. L. e. peterson, préc., note 338, p.21. [↑](#footnote-ref-341)
342. *La Charte des Nations Unies de 1945*, *la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme de 1948*(DUDH), disponible sur : < <http://www.un.org/fr/documents/udhr/index3.shtml>>, *le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques* du 1966 (PIDCP) et *le Pacte International Relatif aux Droits Sociaux, Économiques, et Culturels* (PIDECS) de 1966, en ligne : < https:www//treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/>, (consulté le 15 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-342)
343. Fernando falcon y tella, *Challenges for human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2007, p.61; Les droits civils et politiques par rapport aux droits sociaux, économiques, et culturels sont respectivement de première et deuxième génération. Il en est de même pour la génération des droits à la solidarité comparativement aux droits des personnes vulnérables (3e et 4e génération). [↑](#footnote-ref-343)
344. Marie-Joëlle redor-ficot, « L’universalité des droits de l’homme », (2009) 7 *CRDF*, 75- 86. en ligne : < <http://recherche.unicaen.fr/services/puc/ecrire/revues/crdf/crdf7/crdf0707redor.pdf> >, ( consulté le 15 janvier 2014) [↑](#footnote-ref-344)
345. Bruno simma, « Foreign arbitration: a place for human rights », (2011) 60 *International and Comparative Law Quarlerly* 573, 580. [↑](#footnote-ref-345)
346. Remi bachand, Martin gallié et Stéphanie rousseau, « Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques », ( 2003 ) 49 *Annuaire Français de Droit International* 575, 600. [↑](#footnote-ref-346)
347. Accord sur la Promotion et la Protection des Investissements Étrangers (APIE), préc., note 89, article 110 :

      1.à condition qu’elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l’investissement international, le présent accord n’a pas pour effet d’empêcher les Parties d’adopter ou d’exécuter des mesures nécessaires :

     a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ;

     b) à l’exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord ;

     c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques.

     4. Aucune disposition du présent accord n’a pour effet :

     c) d’empêcher une Partie de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. » [↑](#footnote-ref-347)
348. Modèle 2004 TBI des États-Unis, préc; note 88 ; voir les articles du 12 et 13 :

     Article 12: Investment and Environment

     1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws.Any such encouragement, reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces the protections afforded in those laws as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

     2. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

     Article 13: Investment and Labor

     1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labor rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

     2. For purposes of this Article, “labor laws” means each Party’s statutes or regulations,or provisions thereof that are directly related to the following internationally recognized labor rights:

     (a) the right of association;

     (b) the right to organize and bargain collectively;

     (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor;

     (d) labor protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labor; and

     (e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health. » [↑](#footnote-ref-348)
349. Accord du Libre Échange Nord-Américain (ALENA), **article 103 : Rapports avec d'autres accords**

     1. Les Parties confirment les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres aux termes de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et d'autres accords auxquels elles sont parties.

     2. En cas d’incompatibilité entre le présent accord et ces autres accords, le présent accord, sauf disposition contraire, prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité.

     **Article 104 : Rapports avec des accords en matière d’environnement et de conservation**

     1. En cas d’incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce :

     a) la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction , faite à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979,

     b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990,

     c) la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, faite à Bâle le 22 mars 1989, dès son entrée en vigueur pour le Canada, le Mexique et les États-Unis, ou

     d) les accords visés à l'annexe 104.1, ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord.

     2. Les Parties pourront convenir par écrit de modifier l'annexe 104.1 pour y inclure toute modification d'un accord mentionné au paragraphe 1, ainsi que tout autre accord en matière d'environnement et de conservation. [↑](#footnote-ref-349)
350. R. bachand, M. gaillié et S. rousseau, préc., note 346, 606. Les auteurs mentionnent que «   les droits et obligations de source coutumière ou faisant partie des principes généraux du droit doivent être pris en considération par les tribunaux arbitraux lors de leurs décisions. Ensuite, l’article 103 de l'ALÉNA ne peut pas donner préséance à cet accord en cas d'incompatibilité avec les obligations créées par la Charte. Puisque parmi les obligations de cet instrument juridique figurent des obligations en matière de droits humains, celles-ci devraient donc non seulement être prises en considération par un panel lors de sa décision, mais aussi avoir préséance sur les obligations créées par le traité commercial »  [↑](#footnote-ref-350)
351. Charte des Nations Unies, en ligne: < <http://www.un.org/fr/documents/charterl>>, (consulté le 16 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-351)
352. L. e. peterson, préc., note 341. Les arbitres en matière d’arbitrage investisseur-État est généralement saisi par la partie privée au principal pour déterminer si tel comportement de l’État viole les protections préconisées dans le traité d’investissement auquel l’État s’engage. [↑](#footnote-ref-352)
353. *Id.*, p.23. [↑](#footnote-ref-353)
354. Sentences *Aguas argentina* préc,. note 111, par.262. [↑](#footnote-ref-354)
355. *Id.* [↑](#footnote-ref-355)
356. Mostefa trari-tani, « L’ordre public devant l’arbitre international », (2011) 25 *Arab Law Quarterly* 89, 94*;*  [↑](#footnote-ref-356)
357. *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 17 novembre 1972*, entrée vigueur depuis le 17 décembre1975. En ligne : < http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\_ID=13055&URL.>. [↑](#footnote-ref-357)
358. SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES ( MIDDLE EAST ) LIMITED v. *ARAB REPUBLIC OF EGYPT*, (CIRDI affaire no ARB/84/3), par.156-191, en ligne :< <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> > ,(consulté le 15 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-358)
359. Julien cazala, « Protection des droits de l’homme et contentieux international de l’investissement », (2012), 4 *Journal of International Arbitration* 899, 907. [↑](#footnote-ref-359)
360. Rémi bachand et Stéphanie rousseau, *L’investissement international et les droits humains :enjeux politiques et juridiques*, document de discussion pour la journée de réflexion du conseil d’administration de droit et démocratie, 2003, Ottawa, p.24 : en ligne :<  http://international-arbitration-attorney.com/wp-content/ >, (consulté le 15 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-360)
361. Patrick dumberry et Gabrielle dumas aubin, « Comment intégrer les obligations des droits humains dans les traités bilatéraux d’investissement », (2013) 3 *Investment Treaty News*, 9. [↑](#footnote-ref-361)
362. *Id.*, 10. [↑](#footnote-ref-362)
363. *Id.* [↑](#footnote-ref-363)
364. Lahra liberti**, «**Investissement et droit de l’homme », ( 2008) *Global Forum*, document disponible en ligne : < <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40306263.pdf> >, (Consulté le 29 novembre 2013). [↑](#footnote-ref-364)
365. J. cazala, préc., note 359. [↑](#footnote-ref-365)
366. Convention préc., note 33, article 31(3) (c)  [↑](#footnote-ref-366)
367. P. dumberry et G. d. aubin, préc., note 363. [↑](#footnote-ref-367)
368. Karim benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, 2008, Éditions Thémis, p.798. [↑](#footnote-ref-368)
369. *Id.* [↑](#footnote-ref-369)
370. *Id.*, p.808 [↑](#footnote-ref-370)
371. J. chevalier, préc., note 12, p.124. [↑](#footnote-ref-371)
372. Anne bory et Yves lochard, « La responsabilité sociale des entreprises : un cheval de Troie politique ? », (2009)18 Sociologies Pratiques 39, 50. [↑](#footnote-ref-372)
373. Bruno boidin, Nicolas postel et Sandrine rousseau, *La responsabilité sociales des entreprises : une perspective institutionnalisée*, Paris, Éditions septentrion, 2009, p.33. [↑](#footnote-ref-373)
374. *Id*. [↑](#footnote-ref-374)
375. Rapport CNUCED 2012 sur l’investissement dans le monde en ligne :< http://www.unctad-docs.org/files/>, (consulté le 20 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-375)
376. Federico ortino, «The social dimension of international investment agreement: drafting a new BIT/MIT Model », (2005) 7 *International Law Forum* 243, 246. [↑](#footnote-ref-376)
377. Éric darrier, notes de présentation dans le cadre du colloque intitulé : La responsabilité sociale des entreprises et l’environnement, organisé par le CRDP, 27-28 octobre 2008. [↑](#footnote-ref-377)
378. B. boidin, N. postel et S. rousseau, préc., note 373. [↑](#footnote-ref-378)
379. Julien cazala, « Le soft law international entre inspiration et aspiration », (2011), 66 *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques* 41, 45. Le terme *soft law* est utilisé tantôt au masculin tantôt au féminin selon l’auteur, mais cela ne modifie pas sa signification. [↑](#footnote-ref-379)
380. Isabelle duplessis, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », ( 2007 ), *Revue Québécoise du droit international* 246, 258. [↑](#footnote-ref-380)
381. Yann queinnec, « Les Principes Directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales : un statut juridique en mutation », 2007, p.27 en ligne :< <http://asso-sherpa.org/sherpa-ontent/docs/prof> >, (consulté le 12 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-381)
382. Sentence [*Plama Consortium Limited c. Republic of Bulgaria*](http://ita.law.uvic.ca/documents/PlamaBulgariaAward.pdf), préc., note 291. [↑](#footnote-ref-382)
383. Inceysa Vallisoletana S.L. c. Salvador, Affaire no ARB/03/26 (CIRDI). [↑](#footnote-ref-383)
384. World Duty Free Company Limited c. Kenya, Affaire no ARB/00/7. (CIRDI). [↑](#footnote-ref-384)
385. J. yackee, préc., note 337 [↑](#footnote-ref-385)
386. CNUCED, préc., note 298, p.22. [↑](#footnote-ref-386)
387. *Id.*, p.73. [↑](#footnote-ref-387)
388. David A. gantz, « Resolution of investor-State controversies in developing countries», (2012) 5 *The Law and Development Review* 91, 92. [↑](#footnote-ref-388)
389. Les appellations de l’organisme sont diverses : Joint Legal Team (JLT) au Canada, Unidad de Practicas Comercial Internationals(UCPI) au Méxique, office of the Attoney General en Équateur, Office of the United States Trade Representative (USTR) aux USA [↑](#footnote-ref-389)
390. D. A. gantz, préc., note 387. [↑](#footnote-ref-390)
391. *Id.,* p.93. [↑](#footnote-ref-391)
392. CNUCED, préc., note 387, p.74. [↑](#footnote-ref-392)
393. *Id*., Central America FTA-Dominican Republic, en français : L’Accord Libre Échange des pays de l’Amérique Centrale et la République Dominicaine. [↑](#footnote-ref-393)
394. W. b. hamida, préc., note 286, 567. [↑](#footnote-ref-394)
395. *Id.,* 602. [↑](#footnote-ref-395)
396. K. benyekhlef, préc., note 258. [↑](#footnote-ref-396)
397. S. besson, préc., note 336. [↑](#footnote-ref-397)
398. S.D, franck, préc*.,* note 325, 1624. [↑](#footnote-ref-398)
399. Jeswald w. salacuse, *The three laws of international investment: national, contractual and international frameworks foreign capital*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p.344. [↑](#footnote-ref-399)
400. *Id*. [↑](#footnote-ref-400)
401. P. meyer, préc., note 52. [↑](#footnote-ref-401)
402. Cécile lamarque, « Et de trois : après la Bolivie et l’Équateur, le Vénézuela quite le CIRDI! », 2012, article disponible en ligne http://www.mondialisation.ca/et-de-trois-apr-s-la-bolivie-et-l-quateur-le-venezuela-quitte-le-cirdi/29541; Cirdi-statistiques 2011, préc., note 250. [↑](#footnote-ref-402)
403. Silvia Karina fiezzoni, « Un centre d’arbitrage UNASUR : les principales caractéristiques de la proposition équatorienne », (2012*) 2 Treaty Investment News*,6. UNION DE NACIONES SUR AMERICANAS (UNASUR) regroupe 12 États : l’Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l’Équateur, la Guyanne, le Paraguay, le Pérou, le Surinam, l’Uruguay et le Venezuela. Le traité constitutif de l’organisation est en vigueur depuis juillet 2011. [↑](#footnote-ref-403)
404. C. lamarque, préc., note 402. [↑](#footnote-ref-404)
405. F.K. fiezzoni, préc., note 403. [↑](#footnote-ref-405)
406. Hildegard rondon de sonso, «  Propositions de modifications du système de règlement des différends relatifs à l’investissement: La perspective de l’Amérique du sud », ( 2014 ) 5 *Treaty Investment News*,11. [↑](#footnote-ref-406)
407. Journal équatorien « el Cuidadano » du 03 octobre 2014, en ligne http: //www.elciudadano.gob.ec/fr/lunasur-aura-son-centre-darbitrage-en-2015/.(Consulté le 19 janvier 2015). [↑](#footnote-ref-407)
408. Organisation pour l’Harmonisation du Droit des Affaires dans les Caraïbes (OHADAC ).Cette organisation a été créée lors du Forum d’échanges d’informations et d’harmonisation du Droit des Affaires entre les DFA et les pays du CARIFORUM organisé en Guadeloupe les 14 et 15 mai 2007. Les États et territoires de la Région Caraïbe concernés par le projet sont : Antigua et Barbuda, Aruba, Bonaire et Curaçao, les Bahamas, la Barbade, Belize, Cuba, la Dominique, Grenade, le Guyana, Haïti, la Jamaïque, Porto Rico, la République Dominicaine, St Christophe et Nevis, Ste Lucie, St Vincent et Les grenadines, le Surinam, Trinidad et Tobago, le Venezuela et les départements français d’outremer. [↑](#footnote-ref-408)
409. Rodolfo Davalos fernandez, « La proposition de la cour d’arbitrage OHADAC », article disponible en ligne *: < http://*www.ohadac.com/.../la-proposition-de-la-cour-d-arbitrage.htlm*>*, (consulté le 10 janvier 2014) Extrait de la déclaration disponible en ligne : [< http://www.ohadac.com/article/7/declaration-du-congres-latino-americain-et-caribeen-d-arbitrage-commercial-international.html](file:///E:\%3c%20http:\www.ohadac.com\article\7\declaration-du-congres-latino-americain-et-caribeen-d-arbitrage-commercial-international.html) >, (consulté le 10 janvier 2014). [↑](#footnote-ref-409)
410. Homayoon arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l’épreuve de la mondialisation*, Bruxelles, L.G.D.J, 2006, p.299. [↑](#footnote-ref-410)
411. *Id.* [↑](#footnote-ref-411)
412. Emmanuel s. darankoum, « Mondialisation et arbitrage collectif », dans Nabil antaki et Emmanuel darankoum (dr). *La justice en marche : du recours collectifs à l’arbitrage collectif, en passant par la médiation*, Les journées Maximilien-Caron 2006, Éditions Thémis, Montréal, 2005, p.149, à la page 155 ; Alexis mourre, « Are amici curiae the proper response to the public’s concern on transparency in investment international », (2006 ) *5 Law and Practice of International Courts And Tribunals* 257, 258-260. [↑](#footnote-ref-412)
413. Marie-Anne, frisson-roche, « Arbitrage et droit de la régulation » dans Marie-Anne Frison-Roche (dr.)  *Droit et économie de la régulation*, Presses de Sciences Po « Hors collection », 2005, p. 223 à la page 240. [↑](#footnote-ref-413)
414. S. Manciaux, préc., note 197, p.608. [↑](#footnote-ref-414)