

Guillaume B. Beaumier

910 100 302

*Le Traité de Lisbonne et l’investissement :*

*l’évolution d’un nouveau standard européen*

Essai de maîtrise en études internationales

Directeur : Richard Ouellet

Décembre 2015

**Table des matières**

**1. Le Traité de Lisbonne et l’apparition d’un nouvel acteur du droit international des investissements** 1

**2. Le régime des investissements, entre ordre et anarchie** 5

**2.1 Un régime, un complexe, des institutions, mais de quoi parle-t-on ?** 6

**2.2 Un système aux multiples implications** 12

2.2.1 Un rôle accru pour la mise en œuvre des obligations 13

2.2.2 La présence de stratégies interinstitutionnelles 14

2.2.3 La rationalité limitée des acteurs au sein d’un complexe 15

2.2.4 Une multiplicité d’acteurs avec un esprit de groupe 17

2.2.5 Un environnement favorable aux effets rétroactifs 17

**3. À la recherche du modèle invisible d’accord sur l’investissement européen** 18

**3.1 L’AECG et l’ALEUES : les premiers pas vers le développement d’un modèle européen** 19

**3.2 La mise en lumière d’un modèle d’accord européen : un objectif impossible ?** 22

**4. Quel modèle d’accord pour l’Europe ?** 24

**4.1 Un champ d’application et des définitions restreints** 25

4.1.1 Un champ d’application exclusif 25

4.1.2 Un investisseur et un investissement : quelles définitions juridiques ? 26

**4.2 Des standards de protection améliorés, mais pas si nouveaux** 30

4.2.1 L’adoption du modèle de libéralisation commerciale propre à l’OMC au sein du droit international des investissements 30

4.2.2 Une adoption incomplète des normes de non-discrimination américaine 32

4.2.3 L’évolution de la norme de traitement des investissements : une réponse prévisible à la jurisprudence internationale 35

4.2.4 Une adoption presque totale de la norme d’expropriation indirecte américaine 38

4.2.5 Une liberté de transfert limitée par des conditions européennes 40

4.2.6 Quel futur pour la clause parapluie ? 41

**4.3 Une exception générale limitée** 42

**4.4 L’arbitrage investisseur – État : un nouveau langage, mais peu de changements concrets** 43

4.4.1 Des mécanismes non-juridictionnels en apparence importants 44

4.4.2 Des procédures plus détaillées, mais peu de changements réels 45

4.4.3 Une procédure d’arbitrage au langage renouvelé et en apparence revampée, mais loin d’être inédite 47

4.4.4 Des règles de transparence dans la continuité des travaux internationaux 48

4.4.5 Une réparation similaire pour de nouvelles raisons 49

**5. Le nouveau modèle d’accord européen ou comment l’Europe a adapté le modèle américain à ses besoins et intérêts** 50

**Bibliographie** 53

# **1. Le Traité de Lisbonne et l’apparition d’un nouvel acteur du droit international des investissements**

Depuis la signature du premier traité bilatéral d’investissement en 1959, le paysage institutionnel et juridique relatif au droit international des investissements s’est considérablement transformé. À l’époque, l’Allemagne et le Pakistan rompaient avec la pratique des traités d’amitié, de commerce et de navigation (souvent appelés FCN selon l’acronyme anglais) puisque les investissements n’étaient plus considérés comme un élément parmi tant d’autres au sein d’un accord économique général, mais bien comme un objet du droit international à part entière (Newcombe 2013 : 16; Schill 2009 : 29). Loin d’être complètement inopiné, ce traité poursuivait l’évolution des précédentes années où la question des investissements ne cessait de prendre une place plus importante au sein des traités d’amitié, de commerce et de navigation (Alchsner 2013 : 461-462; Coyle 2013 : 307-308).

C’est toutefois une décennie plus tard que le plus important changement s’est produit avec l’inclusion de la première clause permettant l’arbitrage investisseur – État au sein du traité bilatéral d’investissement entre l’Italie et le Tchad (Newcombe 2013 : 17). Alors que les précédents traités bilatéraux d’investissement comportaient plusieurs normes similaires aux traités FCN (Alschner 2013 : 463), l’inclusion de cette clause marquait le début d’une nouvelle ère en matière de droit international des investissements. Depuis, le nombre de traités bilatéraux d’investissement ou de chapitres sur l’investissement au sein d’accords de libre-échange a littéralement explosé : il en existe actuellement plus de 3 000 (Lévesque et De Mestral 2013 : 1). De plus, alors que ces traités étaient traditionnellement signés entre un pays développé et un pays en voie de développement, cette tendance tend à s’estomper. Des traités bilatéraux d’investissement sont en effet maintenant signés entre pays développés ou entre pays en voie développement (Wouters *et al.* 2013 : 35).

Parallèlement, le nombre d’acteurs impliqués dans cette branche du droit international s’est également multiplié. En plus des États, acteurs traditionnels du système international, plusieurs organisations internationales et organismes non-gouvernementaux se sont créés ou ont développé des stratégies et des politiques pour prendre en compte l’évolution du droit des investissements étrangers. Ainsi, depuis la fin du cycle d’Uruguay, l’Organisation mondiale du commerce (OMC) règlemente l’interface entre l’investissement et le commerce. L’Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), le Centre international pour le règlement des différends relatifs à l’investissement (CIRDI), l’International Institute for Sustainable Development (IISD) et l’Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) proposent quant à eux des modèles de clause, voire des modèles d’accord complet, à l’intention des négociateurs de tous les États (Newcombe et Paradell 2009 : 30; Newcombe 2013 : 20). En complément, ces organismes ainsi que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l’Organisation internationale de travail (OIT) et l’International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), pour ne donner que ces exemples, financent et publient des travaux en lien avec le droit des investissements. Plusieurs forums ont par ailleurs vu le jour pouvant recevoir des plaintes déposées par des investisseurs envers un État, comme le CIRDI et la Conférence des Nations Unies sur le commerce international (CNUDCI), générant ainsi une vaste jurisprudence depuis le milieu des années 90.

Contrairement à ce qui est généralement représenté dans la littérature scientifique en lien avec la coopération internationale, la négociation de traités bilatéraux d’investissement ne s’amorce pas sur une feuille blanche (Calamita 2012 : 304; Meunier et Morin 2015 : 146). Ces traités ne sont en effet pas créés en vase clos, à l’abri de toute influence externe, mais bien dans le cadre de ce qu’on peut qualifier d’un environnement institutionnel dense et complexe qui influence leur contenu (Copelovitch et Putnam 2014; Meunier et Morin 2015). Les négociateurs apprennent évidemment des négociations passées, tout autant que des plaintes et des travaux des divers organismes ou chercheurs gravitant autour du droit international des investissements.

Au sein de cet environnement complexe impliquant une multiplicité d’acteurs, l’Europe a historiquement joué un rôle particulier. Il est tout d’abord notable que les deux traités à la base du droit international des investissements moderne ont été ratifiés par des pays européens : l’Allemagne et l’Italie. Ce constat s’explique en partie par l’importance qu’ont joué certains industriels européens, dont Hermann Abs et Lord Shawcross, dans le développement du droit international des investissements (Schill 2009 : 35-36). C’est d’ailleurs un citoyen hollandais, Aron Broches, qui a supervisé l’écriture de la Convention instituant le CIRDI (Nelson 2012 : 162). De plus, jusqu’à la fin des années 80, la majorité des traités bilatéraux d’investissements étaient signés entre un pays d’Europe occidentale et un pays en voie de développement (Newcombe 2013 : 17). Les États-Unis et le Canada ne signèrent respectivement leur premier traité bilatéral d’investissement qu’en 1986 avec l’Égypte et, en 1989, avec l’ex-URSS (Lévesque et Newcombe 2013 : 40).

Depuis l’avènement du modèle ALENA, le centre géographique de l’évolution du droit international des investissements semble toutefois s’être déplacé en Amérique du Nord (Alschner 2013 : 460). Plusieurs pays de la région d’Asie-Pacifique se sont ainsi inspirés de la pratique américaine dans l’ébauche de leur propre traité (Calamita 2012 : 328). Certains auteurs et politiciens européens en viennent même à craindre la contamination du modèle ALENA (Reinisch 2014 : 682). Avec l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, cette tendance pourrait toutefois s’estomper (Baetens 2013). Plus de cinquante ans après l’unification de la politique commerciale des pays membres de l’Union européenne, l’article 207 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE) vient finalement attribuer la compétence de négocier des traités bilatéraux d’investissement à la Commission européenne. À ce jour, plusieurs questions demeurent sur l’étendue de cette compétence et la qualification des traités bilatéraux d’investissement comme accords mixtes (Chaisse 2012; Weiss et Steiner 2013). Il semble néanmoins clair que la tâche de négocier ces traités relève maintenant de la Commission européenne et de ses agents.

L’apparition de ce nouvel acteur soulève évidemment plusieurs questions dont celle-ci : quelles sont les sources d’inspiration et d’apprentissage qui guident la Commission européenne dans le développement de son programme de négociations de traités bilatéraux d’investissement ? D’un point de vue théorique, une telle question aspire à poursuivre la réflexion engagée au sein de la littérature sur les complexes de régime, la coopération internationale et le design rationnel. Les impacts d’un environnement institutionnel dense sur les agents, et vice-versa, sont encore des questions qui méritent d’être approfondies. D’un point de vue plus concret, cette question vise à mieux comprendre le contexte derrière l’évolution du droit international des investissements et à analyser l’impact de l’apparition des nouvelles normes au sein des futurs accords européens.

Le choix de l’Union européenne présente un intérêt certain et ce, pour plusieurs raisons. D’un point de vue historique, l’Europe peut être considérée, sans exagérer, comme l’initiatrice du droit international moderne des investissements. Son *gold standard* a longtemps été donné comme le modèle à suivre et a influencé les pays nord-américains dans le développement de leur premier modèle d’accord. Trois autres raisons militaient pour le choix de l’Union européenne dans le cadre de cet essai.

La récente attribution par le Traité de Lisbonne de la compétence de négocier des traités bilatéraux d’investissement à la Commission européenne a tout d’abord eu pour effet de faire apparaitre un nouvel acteur au sein du régime international des investissements. Sans être totalement exempt d’expériences passées, le portrait relativement vierge de la Commission européenne en matière d’investissement permettra certainement de mieux percevoir ses sources d’apprentissage ainsi que ses possibles innovations.

Ensuite, la particularité de la construction européenne revêt un intérêt évident. L’existence d’une diversité d’institutions supranationales présentes en Europe est un élément qui a inévitablement dû être intégré à la présente analyse. Ainsi, sans être un objectif premier de cet essai, ce dernier pourra indirectement contribuer aux réflexions reliées au fonctionnement de l’Union européenne.

Finalement, le principal intérêt d’étudier l’Union européenne est, qu’ensemble, les pays membres sont les signataires de près de la moitié des traités bilatéraux d’investissements (De Mestral 2013 : 56) et les premiers importateurs et exportateurs de capitaux au monde (Chaisse 2012 : 52; Henquet 2013 : 375). En récupérant la compétence sur les investissements étrangers et en remplaçant progressivement le réseau d’accords signés par chacun des pays européens, la Commission européenne peut ainsi aspirer à influencer l’environnement institutionnel en place. Un tel résultat a d’ailleurs déjà pu être observé par le passé dans le domaine des services de transport aérien. Suite à des décisions de la Cour de justice européenne (CJE) au début des années 2000, il fut en effet reconnu que les quelques 2 000 traités signés par les pays membres de l’Union européenne étaient en contradiction avec le droit européen et devaient donc être abrogés ou renégociés (De Mestral 2013 : 55). La tâche d’élaborer ces nouveaux traités avait alors incombé à la Commission européenne qui était par le fait même devenue l’un des principaux acteurs dans la régulation des services de transport aérien et avait ainsi pu avoir un impact significatif sur le développement du droit international aérien (De Mestral 2013 : 55-56).

Pour atteindre l’objectif poursuivi, certes ambitieux, de dégager les sources d’inspiration et d’apprentissage de la Commission européenne dans le développement de ses traités bilatéraux d’investissement, la présente recherche se divisera en trois principales sections. La première s’attachera à définir le cadre théorique ainsi qu’à énoncer clairement les postulats épistémologiques sous-jacents aux réflexions ultérieurement soutenues. Une mise en commun de la littérature en lien avec les complexes de régime, les régimes et la rationalité limitée serviront essentiellement de base à cette section. La deuxième présentera la méthodologie utilisée pour percevoir le développement de la pratique européenne en matière d’investissement. Il sera alors principalement question d’expliquer comment les principaux éléments d’un modèle d’accord sur l’investissement européen ont été dégagés à l’aide du récent accord commercial et économique global (AECG) et des plus récents documents européens. Dans une moindre mesure, cette deuxième section servira aussi à apporter un point de vue critique au devis méthodologique choisi. La troisième aura finalement pour objectif de retracer l’origine et d’expliquer les implications des nouvelles normes au sein de la pratique européenne en matière d’investissement à l'aide des théories précédemment exposées. Il est ici attendu que bien que la Commission européenne adopte une approche en apparence similaire à celle développée en Amérique du Nord, plusieurs autres acteurs et pratiques l’influencent dans le développement de son modèle. Ainsi, même si l’on peut parler d’une contamination du modèle ALENA, il serait faux de croire que la Commission européenne ne développe pas son propre modèle qui est plus précis sur certains enjeux (Reinisch 2014 : 704). En d’autres mots, l’Europe serait peut-être en voie d’abandonner son *gold standard* au profit d’un *Platinum standard* (Titi 2014 : 535)

# **2. Le régime des investissements, entre ordre et anarchie**

En 1945, le premier ministre japonais Kantarō Suzuki décidait d’ignorer (*Mokusatsu)* l’ultimatum lancé par les États-Unis lui demandant de déposer les armes. Cette fin de non-recevoir amena les États-Unis à utiliser pour la seule fois de l’histoire moderne l’arme nucléaire. Fait intéressant, le verbe *Mokusatsu* aurait apparemment également pu signifier le désir de Kantarō Suzuki de simplement s’abstenir de commentaires. Auquel cas, les tristes bombardements atomiques d’Hiroshima et de Nagasaki pourraient être le résultat d’un malheureux choix de mots. Dans un même ordre d’idées, quoique plus humoristique, le président américain John F. Kennedy ne s’attendait sûrement pas à créer la controverse en énonçant sa célèbre phrase : *Ich bin ein Berliner!* Dans un contexte grave comme celui de la guerre froide où il voulait offrir son soutien aux citoyens ouest-allemands, nul ne doute qu’il ne désirait pas se comparer à un beignet berlinois!

Le premier ministre japonais s’est-il mal exprimé ou a-t-il simplement été mal traduit ? La formulation de John F. Kennedy était-elle bonne ou mauvaise ? Ces questions, pour anodines qu’elles puissent paraître, n’en démontrent pas moins l’importance des mots. Que ce soit un décideur public, un chercheur ou un simple étudiant en études internationales, l’utilisation d’un terme au lieu d’un autre comporte des conséquences. En somme : *Words can hurt you* (Haas 1982). La communication humaine n’est en effet pas un exercice facile et peut à bien des égards mener à des malentendus. Reconnaître cette réalité et bien établir la signification des termes utilisés ne permet certes pas de résoudre entièrement cette problématique, mais elle aide assurément à en limiter les effets négatifs (Haas 1982 : 243).

Dans le cadre de la présente recherche, cette reconnaissance semble particulièrement importante puisque la littérature scientifique utilisée pour établir le cadre théorique introduit plusieurs concepts dont la signification peut aisément devenir ambigüe : institution, forum, système, régime, complexe, acteur, norme, règle, etc. Cette réflexion, loin d’être purement théorique a des conséquences concrètes puisqu’il est attendu que leur bonne qualification permettra de dégager les outils analytiques nécessaires afin de contribuer à mieux comprendre l’évolution du droit international des investissements. Ceci dit, elle a aussi un intérêt d’un point de vue théorique puisqu’elle tentera bien évidemment de venir compléter les récents travaux utilisant la théorie des complexes de régime. Les deux prochaines sous-sections viendront ainsi définir les concepts utilisés ainsi que leurs implications.

## 2.1 Un régime, un complexe, des institutions, mais de quoi parle-t-on ?

La théorie des complexes de régime, initialement présentée en 2004 par Raustiala et Victor, a principalement pour but d’améliorer l’analyse de la coopération et de la gouvernance internationale. Dans leur article sur les ressources phytogénétiques, ces deux chercheurs proposent de percevoir que plusieurs régimes peuvent traiter d’une même question. Une telle approche était à l’époque assez innovante puisque la majorité des études sur la gouvernance internationale se concentrait alors sur des questions en lien avec l’origine, l’évolution ou l’impact d’un régime traitant d’un seul domaine ou sujet des relations internationales (Raustiala et Victor 2004 : 278).

Une précision s’impose : un régime est généralement défini comme un ensemble de principes, normes, règles et procédures de décisions explicites ou implicites autour duquel les attentes des acteurs internationaux convergent à propos d’un sujet donné (Krasner 1982 : 186). Cette définition, bien que très répandue, n’élimine malheureusement pas toute ambiguïté et demeure relativement vague. Il est à noter qu’elle fut d’ailleurs proposée en introduction d’un numéro spécial de la revue *International Organization* en 1982 dans lequel tous les auteurs ne s’entendaient pas sur le sens exact à donner à ce concept, ni même sur son utilité (Strange 1982). Cinq ans plus tard, Haggard et Simmons soulignaient encore que plusieurs définitions d’un régime existaient au sein de la littérature (1987 : 494-496).

Ainsi, une Convention-cadre et ses divers organes (ex. : secrétariat, organe de règlement des différends, etc.) peuvent-ils être un régime ou faut-il comprendre ce concept comme étant plus large ? À ce sujet, il est intéressant de noter qu’en critiquant la littérature sur les régimes, Raustiala et Victor soulignent qu’elle s’est principalement attardée à analyser le fonctionnement d’un traité, par exemple le Protocole de Montréal, et de son organisation s’assurant de son application (2004 : 278). Ceci dit, il apparaît très limitatif d’un point de vue conceptuel de comprendre un régime comme l’équivalent d’une Convention-cadre ou d’un simple traité. Il apparaît important que l’utilisation d’un concept permette d’apporter un éclairage supplémentaire à l’analyse. Si un régime revenait à être uniquement un traité, la pertinence de ce nouveau concept serait questionnable.

L’avantage de la définition de Krasner est justement sa capacité à représenter diverses réalités. Dans certaines circonstances, un régime peut en effet être un seul traité qui établit un principe général et des normes qui sont appuyés par des règles ainsi que des procédures de décisions prévues par ce même traité. Dans d’autres, il est tout à fait imaginable qu’un principe et des normes soient supportés par des règles et des procédures de décision qui se développent au sein de plusieurs traités ou émanent de la pratique de divers acteurs. Par exemple, dans le cas qui nous intéresse, l’ensemble des traités bilatéraux d’investissement, de chapitres sur l’investissement au sein d’accords de libre-échange, de documents d’organisations internationales et les différentes forums d’arbitrage font la promotion de règles et de procédures de décisions sous-jacentes aux principes que les investisseurs étrangers ont droit à un traitement minimal, que leur propriété doit être protégée et que ses garanties favorisent le développement économique.

Le régime des investissements est d’ailleurs intéressant puisqu’il démontre qu’un régime peut évoluer et être le résultat de l’intégration de divers régimes (Morin et Orsini 2013 : 44). Contrairement à aujourd’hui, le régime des investissements a en effet déjà été divisé en divers principes contradictoires. La doctrine Calvo, un temps soutenue par plusieurs pays d’Amérique latine et l’ex-URSS, s’opposait en effet au principe chapeautant maintenant le régime des investissements en affirmant qu’un investisseur étranger ne pouvait avoir davantage de droits qu’un investisseur national et qu’il devait avoir recours aux cours nationales afin de faire appliquer le droit de l’État où l’investissement est effectué (Newcombe et Paradell 2009 : 13; Clodfelter 2009 : 175).

Dans l’hypothèse où cette doctrine se serait implantée, cela aurait signifié selon Krasner un changement de régime puisque le cœur d’un régime est ses principes et ses normes (1982 : 188). À l’inverse, un changement dans les règles, par exemple l’adoption d’une nouvelle définition d’une expropriation indirecte, est un changement intra-régime puisque le principe affirmant l’objectif d’offrir une protection minimale aux investisseurs étrangers demeure le même. Bien que cette vision de l’évolution d’un régime demeure valide et pertinente, un ajout s’impose. Un changement dans les principes d’un régime ne signifie pas nécessairement qu’il disparaisse au profit d’un autre. Il est également possible que l’adoption d’un nouveau principe mène à la création d’un régime parallèle, ce qui aurait alors pour effet de créer un environnement dans lequel plus d’un régime traite d’une même question et puisse être en compétition (Morin et Orsini 2013 : 43).

L’existence de plusieurs régimes traitant d’un même sujet est justement la thèse à la base de la théorie des complexes de régime :

*[E]lemental regimes overlap in scope, subject, and time; events in one affect those in others. We term the collective of these elements a regime complex: an array of partially overlapping and nonhierarchical institutions governing a particular issue-area* (Raustiala et Victor 2004 : 279).

Cette définition est bien évidemment très générale et demande à être clarifiée. À ce titre, Orsini, Morin et Young proposent une définition complémentaire qui facilite assurément l’utilisation du concept :

*[A] regime complex [i]s a network of three or more international regimes that relate to a common subject matter; exhibit over-lapping membership; and generate substantive, normative, or operative interactions recognized as potentially problematic whether or not they are managed effectively* (2013 : 29).

Sans répéter tous les éléments présents au sein de ces deux définitions, deux points valent la peine d’être soulignés aux fins de la présente recherche. Le premier point, relativement évident, est que plusieurs régimes doivent exister pour qu’un complexe de régimes existe lui-même. En effet, le terme complexe n’est ici pas employé au sens de *compliqué*, mais bien au sens d’un ensemble qui contient plusieurs éléments différents. L’étymologie du mot complexe provient d’ailleurs du terme latin *complecti* qui signifie contenir. Cette réflexion relativement tautologique, soit que plusieurs éléments doivent exister pour qu’un complexe existe, permet cependant d’introduire deux précisions très importantes pour la présente recherche.

Premièrement, un lecteur averti aura remarqué qu’une contradiction peut sembler s’être introduite dans le présent argumentaire puisqu’il a déjà été soutenu que le droit international des investissements se développait au sein d’un régime. Quel est alors l’intérêt de discuter de la théorie des complexes de régime s’il n’existe qu’un seul régime ?

Tel que cela a déjà été souligné, les balises exactes d’un régime sont souvent difficiles à tracer. La présente recherche adopte toutefois le point de vue qu’il existe un régime des investissements puisque certains principes clés, mentionnés précédemment, sont généralement partagés par les différents acteurs au sein de celui-ci. La variation dans les règles au sein des traités ou au sein des décisions rendues par différents tribunaux arbitraux relève davantage de la variation des règles ou des processus de décision que des principes sous-jacents au régime des investissements. Il devrait dès lors être question de variations intra-régime (Krasner 1982 : 187-189)

Toutefois, l’élément nouveau au sein de la théorie des complexes de régimes n’est pas du côté des régimes, mais bien du côté de l’existence d’un complexe. L’apport de l’approche proposée par Raustiala et Victor est de reconnaître que l’interaction entre diverses institutions aux objectifs, aux valeurs et aux modes de fonctionnement différents traitant d’un même sujet a des implications qui, auparavant, n’étaient pas analysées. Il pourrait d’ailleurs être tout aussi bien question d’un système complexe au lieu d’un complexe de régimes (Pauwelyn 2014). Ainsi, la présente recherche soutient qu’il est possible de percevoir le régime des investissements comme un complexe d’institutions.

Le terme institution est ici compris comme des arrangements explicites ou non qui prescrivent un certain comportement : *[Institutions are] explicit arrangements, negotiated among international actors, that prescribe, proscribe, and/or authorize behavior* (Koremenos *et al.* 2001 : 762). Ce terme est donc relativement vague et peut d’ailleurs comprendre le concept de régime. Plusieurs auteurs semblent d’ailleurs utiliser de manière interchangeable ces deux termes (Krasner 1982; Raustiala et Victor 2004; Duffield 2007; Betts 2010; Meunier et Morin 2014). Le choix ontologique de s’intéresser à un complexe d’institutions au sein d’un régime n’enlève donc rien à l’intérêt de la théorie de Raustiala et Victor et vise simplement à avoir une approche davantage micro que macro.

Dans le cas du régime des investissements, cela semble tout à fait pertinent puisque comme cela a été présenté en introduction, le nombre d’institutions présentes au sein de ce régime est assez impressionnant. La simple existence de plus de 3 000 traités bilatéraux d’investissement suffit à s’en convaincre! De plus, cela permettra de mettre en relation le rôle d’institutions existantes, notamment celles européennes (Commission européenne, Parlement européen, Conseil européen), ou en voie de création (ex. : négociation parallèle d’un traité sur l’investissement avec la Chine) qui n’auraient pas pu être prises en compte en choisissant d’analyser le droit des investissements du point de vue d’un complexe de régimes. Ceci dit, un autre chercheur pourrait tenter d’analyser les investissements comme un complexe de régime puisqu’encore une fois la frontière entre ces concepts est davantage de l’ordre de la représentation analytique que réelle.

Deuxièmement, un ajout important à la théorie proposée par Raustiala et Victor sur le point qu’un complexe doit être composé de plusieurs éléments est que la présente recherche soutient que les éléments primaires ou les acteurs n’ont pas à être de nature interétatique (Abbott 2011 : 574). Ce choix apparait particulièrement logique à notre époque où les États ne sont plus les seuls acteurs actifs sur la scène internationale (Haas 1992; Keck et Sikkink 1999). Au sein du régime des investissements, l’ICTSD et l’IISD, deux organismes non gouvernementaux (ONG), sont par exemple des acteurs dont les travaux sont intéressants à considérer dans le cadre du complexe d’institutions sur l’investissement. De plus, l’une des particularités du droit international des investissements est qu’il offre une place importante aux investisseurs étrangers, bien souvent des firmes transnationales. Ces dernières ont ensuite la capacité d’influencer son développement en choisissant notamment le forum juridique où elles poursuivent les États et en faisant la promotion de certaines interprétations des règles prévues au sein des traités. Elles peuvent aussi financer ou proposer des innovations normatives  comme le souligne Abbott : *Firms, for example, can contribute [in] material resources, business expertise, and managerial capabilities* (2011 : 579).

Il n’est absolument pas question de mettre en doute que les États demeurent les plus importants acteurs sur la scène internationale. Certaines implications, présentées dans la prochaine section, de l’existence d’un complexe ne s’appliquent d’ailleurs qu’aux États puisque ce sont eux qui conservent le pouvoir de ratifier des traités, soit le principal mécanisme à travers lequel l’évolution du droit international des investissements peut se cristalliser. L’idée est donc simplement de reconnaître que d’autres acteurs ainsi que des institutions qui n’impliquent pas des États peuvent avoir un rôle au sein du complexe d’institutions.

Deuxième point à souligner à propos des deux définitions précédemment citées : un complexe est caractérisé par l’absence de hiérarchie entre ses différents éléments primaires (Raustiala et Victor 2004 : 278; Alter et Meunier 2009 : 13). Cet élément est essentiel. Autrement, ce serait un système au sein duquel une division du travail, ou à tout le moins une coordination des actions, devrait presque systématiquement se développer entre les différents acteurs. C'est donc dire que la potentialité de problèmes entre les diverses institutions, élément notamment mis de l’avant au sein de la définition d’Orsini, Morin et Young, deviendrait pratiquement nulle. Ce système ne serait rien de plus qu’une addition de plusieurs éléments primaires, sans impact particulier du point de vue analytique. Au contraire, un complexe doit être plus que la somme de ses parties afin qu’il représente un quelconque intérêt du point de vue analytiqe (Raustiala et Victor 2004 : 279; Pauwelyn 2014 : 12; Meunier et Morin 2014 : 148). Autrement, cet outil conceptuel devient inutile puisqu’il ne permet pas de mettre en lumière de nouveaux phénomènes.

Si l’on regarde, par exemple, le système politique interne d’un État, on peut remarquer que diverses entités au sein de son appareil gouvernemental peuvent adopter des règles ou des politiques autour d’un même enjeu. Cette possibilité ouvre bien évidemment la porte à des contradictions. Toutefois, les systèmes politiques internes, et tout particulièrement les systèmes fédéraux, sont clairement hiérarchisés et facilitent la résolution des possibles conflits (Alter et Meunier 2006; Alter et Meunier 2009).  Il serait donc peu intéressant d’analyser un tel système sous l’angle d’un complexe puisqu’aucune interaction particulière ne résulterait de l’existence de plusieurs acteurs œuvrant autour d’un même enjeu.

À l’inverse, la sphère internationale se définit justement par l’absence d’une autorité suprême ayant le pouvoir de résoudre les conflits de normes (Raustiala et Victor 2004 : 295; Alter et Meunier 2006 : 365). Bien qu’il existe certaines règles générales d’interprétation des traités (Convention de Vienne 1969 : art. 31) ainsi que des principes comme la *lex posteriori* ou les normes de *jus cogens,* il est impossible d’affirmer qu’une réelle hiérarchisation des règles de droit international existe. Le droit international des investissements ne peut, par exemple, s’imposer au droit de l’environnement. De même, une décision rendue dans un forum n’a pas plus de valeur que celle rendue dans un autre forum. Par exemple, les décisions rendues par un tribunal créé sous l’égide de la CNUDCI ne priment pas et non pas d’autorité sur celles rendues par les tribunaux du CIRDI. L’absence de *stare decisis* est d’ailleurs une caractéristique récurrente du droit international et, plus particulièrement, du droit international des investissements. En d’autres mots, la fragmentation du droit international et du système international dans son ensemble sont des facteurs essentiels à la pertinence du concept de complexe d’institutions.

La prudence s’impose afin de ne pas mentalement égaler fragmentation et absence de hiérarchie à chaos. Un complexe de régime est en réalité à la limite entre un système chaotique et ordonné (Pauwelyn 2014 : 5). Il est vrai que les complexes sont rarement prévus et résultent de l’évolution graduelle des interactions entre les différents régimes qui les composent (Gehring et Faude 2013 : 121). De même, ils permettent plus aisément les changements qui peuvent ensuite se répercuter à travers le complexe (Meunier et Morin 2014 : 147-148). Le droit des investissements étrangers, contrairement à d’autres sphères du droit international, ne s’est justement pas développé selon un plan préétabli par les États :

*[Foreign investment law] did not emerge from major constitutional moments where States purposefully designed at least the core of the regime, […] Instead, FIL emerged through an organic process of small increments and accidents.* (Pauwelyn 2014: 7-8)

Néanmoins, les complexes comme celui du régime des investissements sont relativement stables et durables dans le temps. Ainsi, même si le droit international des investissements est l’une des branches les plus contestées du droit international (Kahale 2012; Poulsen 2015 : 4), il reste « dynamiquement stable » (Pauwelyn 2014 : 8). En réalité, la flexibilité qu’offre le complexe d’institutions sur l’investissement pourrait même avoir l’effet d’en favoriser la stabilité puisque cela lui permet de s'adapter plus facilement que d'autres systèmes. Rosendorff soutenait justement que c’est la flexibilité, et non la rigidité, des mécanismes de règlement des différends de l’OMC qui lui permet d’être stable (2005). Le régime des investissements ayant maintenant été défini comme un complexe d’institutions, la prochaine section s’attardera à présenter les différentes implications d’un tel environnement institutionnel.

## 2.2 Un système aux multiples implications

La précédente section a qualifié le régime des investissements de complexe d’institutions. Reconnaître l'existence d'un complexe d'institutions n'a cependant en soi que peu d’intérêt. C’est plutôt l’étude des origines ou des implications de ce complexe qui permet de dégager des réflexions nouvelles (Alter et Meunier 2009 : 14-15). Dans le premier cas, le chercheur s’intéresse à comprendre comment les agents influencent la structure encadrant leurs relations. Dans le deuxième, il s'attache à l’inverse à comprendre comment la structure influence les agents. Les deux sont bien évidemment pertinents, mais ils ne visent tout simplement pas les mêmes objectifs.

La présente question de recherche se classe dans la deuxième catégorie puisque son objectif est d’expliquer comment le complexe d’institutions a influencé le développement du modèle de traités bilatéraux d’investissement de l’Union européenne. En d’autres mots, le complexe est ici la variable indépendante (exogène) et le modèle de traités d’investissement de l’Union européenne est la variable dépendante (endogène). Ce choix demande donc de distinguer les différentes voies à travers lesquelles un complexe peut influencer un agent, avant de pouvoir s’attarder à analyser les sources d’inspiration et d’apprentissage de la Commission européenne. Dans leur article de 2009, Alter et Meunier en présentent cinq qui sont ici repris et développés en lien avec le régime des investissements.

### *2.2.1 Un rôle accru pour la mise en œuvre des obligations*

Premièrement, au sein d’un complexe d’institutions, l’étape de mise en œuvre des obligations prend un rôle particulièrement important au détriment de l’étape de négociation (Alter et Meunier 2009 : 15-16). L’existence de plusieurs règles et institutions, entretenant une relation hiérarchique incertaine, qui se chevauchent diminue en effet la clarté des obligations et accroît l’importance des interprétations adoptées par les décideurs publics, les avocats ou les arbitres lors de leur mise en œuvre (Alter et Meunier 2009 : 16). À ce sujet, Hafner-Burton souligne que certains États membres de l’Union européenne ont utilisé des décisions rendues par la Cour européenne de Justice, des règles du droit de l’OMC et la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 afin de ne pas appliquer des engagements en matière de droit de la personne que l’Union européenne avait inscrits au sein de ses accords commerciaux (2009 : 36).

Dans le cadre du régime des investissements, plusieurs exemples démontrent comment l’étape de mise en œuvre revêt également une importance particulière. D’une part, l’ambiguïté de plusieurs règles qui se retrouvent formulées de diverses manières dans les traités, parfois signés par un même État, et leur interprétation par différents tribunaux arbitraux a, à plusieurs reprises, mené à des applications divergentes de celles-ci. Les cas *SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines* ont ainsi conduit à des interprétations discordantes des clauses parapluies et les tribunaux dans les affaires *LG&E c. Argentine* et *CMS c. Argentine* n’ont pas interprété de la même manière la défense d’état de nécessité soutenue par l’Argentine. D’autre part, les États peuvent également jouer un rôle à l’étape de mise en œuvre en proposant et en adoptant des interprétations à leurs obligations. C’est notamment ce qu’ont fait le Canada, les États-Unis et le Mexique en adoptant une note interprétative à l’article 1105 de l’ALENA en 2001 suite aux décisions en lien avec le traitement juste et équitable dans les affaires *Pope & Talbot c. Canada, SD Myers c. Canada* et *Metalclad Co c. Mexique* (Dumberry 2013 : 6).

### *2.2.2 La présence de stratégies interinstitutionnelles*

Deuxièmement, un complexe permet aux acteurs d’adopter des stratégies interinstitutionnelles (*cross-institutional strategies)*. Alter et Meunier regroupent plus particulièrement ces stratégies en quatre catégories. La première, et la plus connue, est celle du forum shopping (Alter et Meunier 2009 : 16). L’existence de plusieurs institutions offre en effet l'opportunité aux différents acteurs d'un système de déplacer leurs actions entre les différents forums qui leur sont offerts (Busch 2007). Dans le cas du régime des investissements, les investisseurs ont généralement le choix entre plusieurs forums pour poursuivre un État et peuvent aisément choisir celui qui leur convient le mieux (Peinhardt et Allee 2010). Les États peuvent eux aussi décider de travailler au sein d’une institution au profit d’une autre afin d’en influencer les travaux. La Commission européenne a ainsi activement participé à l’élaboration du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (Brown et Naglis 2012 : 28-29). La deuxième stratégie proposée par Alter et Meunier est celle du changement d'institution(2009 : 17). Dans certains cas, un acteur peut tout simplement décider d'abandonner une institution au profit d'une nouvelle ou d’une autre, déjà existante, qui lui convient mieux. Le Venezuela, l’Équateur et la Bolivie ont clairement utilisé cette stratégie en décidant de se retirer du CIRDI suite à une série de décisions arbitrales qui ne leur convenaient pas (Allee et Peinhardt 2010 : 8; Poulsen 2015 : 4) Les troisième et quatrième stratégies soulignées par Alter et Meunier correspondent à celles où un État peut sciemment créer des ambigüités, voire des incohérences entre des règles à travers plusieurs institutions. Au sein du régime des investissements, aucun exemple n’apparaît cependant évident à souligner. Une telle stratégie serait d’ailleurs difficile à appliquer étant donné l’existence des clauses de la nation la plus favorisée (NPF) qui limitent l’intérêt de créer à dessein des ambiguïtés ou des incohérences puisque les États s’engagent à offrir à leurs partenaires un traitement équivalent au plus favorable qu’ils offrent à tous leurs autres partenaires.

### *2.2.3 La rationalité limitée des acteurs au sein d’un complexe*

Troisièmement, étant donné le grand nombre d’éléments qui peuvent former un complexe, Alter et Meunier soutiennent que la rationalité des agents est nécessairement limitée (2009 : 17). Ici encore la prudence s’impose puisque le concept de rationalité limitée se distingue des modèles rationnels non pas à cause du nombre d’informations à traiter par les agents, mais bien par l’heuristique, et ses biais cognitifs, adoptée par les agents pour faire face à cet univers complexe. Il est d’ailleurs possible d’intégrer les coûts de transaction pour acquérir les informations au sein d’un modèle rationnel traditionnel et, dans certains cas, cela permettra d’obtenir les mêmes résultats qu’un modèle d’analyse basée sur le concept de rationalité limitée (Meseguer 2006).

Cette précision apportée, il apparaît plus intéressant d’utiliser les postulats de la rationalité limitée puisque les simples coûts de transaction associés à la recherche d’informations ne semblent pas permettre de bien expliquer les décisions des acteurs. Il semble difficile de soutenir qu’ils sont purement rationnels. Il est en effet attendu qu’un acteur purement rationnel effectuera au minimum une étude coût-bénéfice et tentera d’apprendre de l’expérience des autres agents avant de décider de prendre une action ou non, soit par exemple de signer un traité ou non (Poulsen 2015 : 32). Dans certains cas, un choix apparemment irrationnel pourra s’expliquer par l’incapacité de l’agent à obtenir l’information qui l’aurait amené à modifier sa décision. Dans le cadre du régime des investissements, il semble difficile d’affirmer que certains choix des agents aient été faits uniquement par manque d’information.

Par exemple, un nombre important de recherches ont démontré, depuis relativement longtemps, qu’il n’est pas possible d’affirmer avec certitude que la signature d’un traité bilatéral d’investissement par un État stimule l’investissement dans cet État, ce qui est pourtant un principe fondateur du régime des investissements (Poulsen 2014; Colen *et al.* 2013). En fait, dès 1991, la Banque mondiale publiait un rapport indiquant que les traités bilatéraux d’investissement ne jouaient qu’un rôle mineur dans le choix d’investir ou non à l’étranger et que les preuves empiriques sur l’effet d’attraction de ces traités étaient faibles (Poulsen 2015 : 8). Encore récemment, Yackee démontrait que l’inclusion d’une clause permettant l’arbitrage investisseur-État n’influençait apparemment pas de manière significative le nombre d’investissements effectués sur le territoire d’un État (2008). Tobin et Busch ont quant à eux démontré que la signature de plusieurs traités bilatéraux d’investissement diminuait les chances d’un pays en voie de développement de ratifier un accord de libre-échange avec un pays développé (2010). Dans ce contexte, si les États signent réellement des traités bilatéraux d’investissement uniquement dans le but d’attirer des investissements et pour se faire compétition les uns aux autres (Guzman 1998; Elkins *et al.* 2008; Peinhardt et Allee 2010), il est particulièrement douteux que l’on puisse considérer que leurs négociateurs et décideurs publics aient adopté une attitude purement rationnelle.

De même, il peut paraître étrange de remarquer que le nombre de signatures de traités bilatéraux d’investissement ait augmenté en même temps que le nombre de plaintes déposées, et ce, sans que d’importantes modifications soient apportées à ces traités (Poulsen et Aisbett 2013). Dans un modèle purement rationnel, les États auraient dû apprendre de l’expérience de leurs vis-à-vis afin de limiter les effets négatifs pouvant découler d’un traité bilatéral d’investissement. Poulsen indique d’ailleurs qu’à partir des années 1990, il était hautement improbable qu’un État ignore que la signature d’un traité bilatéral d’investissement comporte plusieurs risques (2015 : 36). Le titre de l’article de 1998 de Guzman renforce d’ailleurs cette affirmation : *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties.* Pourtant, Poulsen et Aisbett démontrent que le dépôt d’une plainte par un investisseur envers un État dans la même région qu’un autre État n’a que très peu d’influence sur la décision de ce dernier de conclure ou non des traités bilatéraux d’investissement (2013). Ce n’est en fait qu’une fois qu’il a lui-même été l’objet d’une plainte qu’il prend finalement compte des conséquences de ces traités et qu’il modifie sa politique (Poulsen et Aisbett 2013; Poulsen 2014). Le spécialiste du droit international des investissements Christoph Schreuer soulignait d’ailleurs qu’il avait entendu plusieurs représentants de l’Argentine affirmer au cours de l’affaire *Wintershall v. Argentina* qu’ils ne pensaient pas qu’un traité bilatéral d’investissement avait un réel impact : «We had no idea that this would have real consequences in the real world » (cité dans Poulsen et Aisbett 2013 : 284). Cela démontre donc encore une fois qu’il est douteux que les agents des États adoptent une attitude purement rationnelle.

Il semble ainsi plus juste de considérer que les acteurs au sein du régime des investissements adoptent une rationalité limitée. Trois biais cognitifs peuvent alors leur être attribués. Il y a tout d’abord la tendance des acteurs d’être particulièrement sceptiques envers les évidences contraires à leurs préférences ou particulièrement favorables envers celles qui leur sont connues (Poulsen 2015 : 17). Les acteurs sont ensuite particulièrement influencés par les données et informations qui sont particulièrement saillantes (Poulsen 2015 : 18). Cela signifie qu’ils auront tendance à oublier les informations pertinentes qui ne ressortent pas assez du lot. Finalement, les acteurs auront une tendance à favoriser le *statu quo* (Poulsen 2015 : 19). Ensemble, ces trois postulats de la rationalité limitée se rapprochent plus de la réalité que ceux purement rationnels et permettent de mieux expliquer pourquoi les États ont signé autant de traités bilatéraux d’investissement.

### *2.2.4 Une multiplicité d’acteurs avec un esprit de groupe*

Quatrièmement, contrairement à l’image d’un système international hétérogène, Alter et Meunier soutiennent que la multiplication des institutions et des forums au sein d’un complexe favorise le développement d’un esprit de groupe (*small group environment*) où les acteurs partagent des attentes, des objectifs et des conceptions (2009 : 18). Cela paraît d’autant plus vrai que la complexité du système favorise le rôle d’un petit nombre d’experts qui parlent le même langage et partagent souvent les mêmes valeurs (Alter et Meunier 2009 : 18). Un tel constat a comme conséquence que cet environnement est généralement peu perméable aux influences externes et adopte moins facilement des idées nouvelles. Cette caractéristique peut donc induire une certaine rigidité dans la structure, entraînant un effet contraire à la possibilité des acteurs d’avoir des stratégies interinstitutionnelles qui offrent une certaine flexibilité.

Mis à part les négociateurs travaillant dans le domaine des investissements, un exemple particulièrement patent du développement d’un environnement de petit groupe au sein du régime des investissements est celui des arbitres. À ce sujet, Puig a publié une très intéressante étude qui démontre que le nombre d’arbitres impliqués dans la résolution des différends investisseurs – États est relativement, sinon très, petit, homogène et centralisé (2014). Selon ses recherches, 10% des 419 arbitres nommés sur un tribunal établi sous l’égide du CIRDI étaient les arbitres pour la moitié des affaires (Puig 2014 : 403). Son analyse de réseaux démontre par ailleurs qu’un plus petit nombre d’entre eux se retrouve au centre du groupe et a le plus de connexions (Puig 2014). Meunier et Morin ajoutent par ailleurs que les équipes de négociation de l’Union européenne ou des États-Unis sont relativement petites (2015 : 151). Il ne semble alors pas absurde de croire que les mêmes agents se retrouvent assis aux différentes tables des négociations. Le régime des investissements semble ainsi réellement faciliter l’existence d’un environnement de groupe.

### *2.2.5 Un environnement favorable aux effets rétroactifs*

Enfin, la cinquième implication d’un complexe est qu’il favorise le développement d’effets rétroactifs (Alter et Meunier 2009 : 19). D’une part, l’existence de plusieurs institutions travaillant sur un même enjeu ouvre la possibilité de voir se développer une compétition entre elles, notamment pour les ressources et les membres (Alter et Meunier 2009 : 19). Une telle concurrence peut alors induire des changements au sein des pratiques ou du fonctionnement des institutions touchées. Dans le cadre du régime des investissements, il ne serait par exemple pas étonnant de voir le CIRDI modifier ses règles de fonctionnement afin de permettre son utilisation par les organisations internationales (actuellement l’Union européenne ne peut utiliser ses services). Un tel changement lui permettrait sans doute de conserver son statut d’institution la plus utilisée aux fins d’arbitrages investisseur – État, ce qui se traduit notamment par d’importants revenus pour ses arbitres et son secrétariat (Puig 2014; Poulsen 2015). D’autre part, en n’évoluant pas en vase clos, les institutions sont évidemment perméables aux nouvelles règles que chacune d’entre elles adoptent. Suite à l’adoption d’une définition restrictive du concept d’expropriation indirecte par les États-Unis au sein de deux accords commerciaux en 2003, plusieurs États ont ainsi commencé à inclure cette même définition au sein de leurs traités. L’Autriche s’est par exemple éloigné de la pratique européenne en incluant une telle définition dans son modèle d’accord sur l’investissement de 2008[[1]](#footnote-1). Cette définition semble maintenant pratiquement incontournable alors qu’on la retrouve dans la majorité des traités dont les tous récents AECG et TPP. La diffusion de cette nouvelle règle s’est ainsi fait à travers tout le régime des investissements suite à sa première inclusion par les États-Unis en 2003.

Considérées dans leur ensemble, ces cinq implications de l’existence d’un complexe éclaire un peu plus le développement du régime des investissements que ne le font déjà plusieurs autres théories des relations internationales (Pauwelyn 2014). Leur utilisation apparaît alors toute indiquée afin de retracer et d’expliquer les possibles sources d’inspiration et d’apprentissage de la Commission européenne dans le développement de son modèle d’accord sur l’investissement. Avant de s’attarder plus longuement à cette question, la prochaine section expliquera comment ce modèle, encore aujourd’hui « invisible » (Bungenberg et Reinisch 2014), a pu être dégagé.

# **3. À la recherche du modèle invisible d’accord sur l’investissement européen**

Un dicton bien connu veut qu’on puisse faire dire ce qu’on veut aux chiffres. En réalité, on pourrait tout aussi bien affirmer qu’on peut faire dire ce qu’on veut à n’importe quelle recherche, qualitative comme quantitative. Au cours d’une étude, tout chercheur fait en effet face à plusieurs risques, comme de poser une mauvaise question de recherche, de rejeter des informations contredisant sa question de recherche ou encore d’influencer son sujet d’étude. Tous ces biais méthodologiques ne sont évidemment pas faciles à éviter, mais ils peuvent être amoindris en adoptant une démarche scientifique claire et transparente. La présente section s’attachera ainsi à présenter et offrir un point de vue critique sur la démarche méthodologique adoptée afin de dégager les normes composant le modèle d’accord sur l’investissement de l’Union européenne.

## 3.1 L’AECG et l’ALEUES : les premiers pas vers le développement d’un modèle européen

En vue de déterminer l’origine des normes présentes au sein du modèle d’accord sur l’investissement de l’Union européenne, le premier point à souligner est qu’il n’existe actuellement aucun modèle européen. Ainsi, contrairement à la pratique de plusieurs pays développés, notamment européens[[2]](#footnote-2) (Clodfelter 2009; Bungenberg et Reinisch 2014), l’Union européenne n’a pas publié de modèle d’accord qui pourrait servir de base à sa négociation de traités bilatéraux d’investissement. Un tel document aurait bien évidemment été très utile dans le cadre du présent travail de recherche puisqu’il aurait permis d’établir rapidement les normes auxquelles l’Union européenne désire être liée vis-à-vis de ses partenaires commerciaux. Dans les prochaines sections, lorsqu’il sera fait mention d’un modèle d’accord sur l’investissement européen, il sera en somme question de l’ébauche d’accord dégagé suivant la démarche présentée ci-après.

Ainsi, en l’absence d’un modèle d’accord sur l’investissement européen, l’AECG, soit l’un des plus récents accords commerciaux de l’Europe et l’un des deux seuls à comprendre un chapitre sur l’investissement au moment d’écrire ces lignes, a par défaut été utilisé afin de dégager les normes qui semblent refléter la pratique européenne en matière de négociation de futurs traités bilatéraux d’investissement. Ce choix d’utiliser l’AECG comme base de recherche demandait alors de distinguer les normes « canadiennes » des normes « européennes ». Un traité est en effet généralement le résultat d’intenses négociations qui peuvent s’étendre sur plusieurs années et qui amènent chaque partie à adopter des normes qu’ils auraient originellement rejetées. À ce sujet, l’AECG est un excellent exemple puisqu’il aura nécessité près de quatre ans de négociation pour arriver à une entente, et cela, sans compter les années de négociations informelles préalables. Pierre-Marc Johnson, chef de l’équipe de négociation du Québec, et deux membres de son équipe soulignaient justement suite à la conclusion des négociations que le Québec a joué un rôle proactif auprès de l’Europe au cours des deux années précédant le lancement officiel des négociations de l’AECG en 2009 (2013 : 561). Dans ce contexte, il peut devenir difficile de discerner quelle partie a proposé d’inclure ou non une norme.

Pour relever ce défi, le contenu du chapitre sur l’investissement a été comparé, normes par normes, à celui de l’accord de libre-échange entre le Canada et la Corée du Sud (ALECC). La comparaison avec ce dernier, soit le plus récent accord ratifié par le Canada, a ainsi permis de mettre en lumière les normes qui peuvent faire partie de la plus récente pratique du Canada en matière d’investissement. Les éléments absents du chapitre sur l’investissement de l’ALECC ont alors, à prime abord, été considérés d’origine européenne. Cette comparaison n’est cependant pas suffisante puisqu’il est possible qu’une divergence entre les deux chapitres provienne en réalité non pas de l’Europe, mais bien d’une proposition coréenne adoptée au sein de l’ALECC ou encore d’une approche canadienne différente pour chacune des deux négociations.

Pour neutraliser ce possible biais, l’AECG a en deuxième lieu été comparé avec le seul autre accord de libre-échange de l’Union européenne comprenant à ce jour un chapitre sur l’investissement, soit l’accord de libre-échange entre l’Union européenne et Singapour (ALEUES) de 2014. L’idéal aurait été de pouvoir utiliser l’accord entre l’Union européenne et la Corée de 2011, mais ce dernier ne contient malheureusement pas de chapitre complet sur l’investissement même s’il a été ratifié après l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Étant donné que les négociations entre l’Union européenne et la Corée du Sud se sont entamées avant l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, les Parties à cet accord semblent s’être contentées d’inclure un chapitre sur les services et l’investissement qui ne couvre que les normes en lien avec l’établissement des fournisseurs de service. Ce choix reflétait alors la pratique européenne qui s’était développée pour couvrir cette forme de services depuis le milieu des années 2000.

La comparaison avec l’ALEUES a néanmoins permis de confirmer que certaines normes absentes de l’ALECC semblaient se reproduire au sein de la jeune pratique de l’Union européenne en matière de négociations de traités bilatéraux d’investissement. Cette deuxième comparaison ne permet toutefois pas encore de dégager totalement le contenu d’un potentiel modèle d’accord européen puisqu’elle ne met en lumière que les éléments européens qui diffèrent de la pratique canadienne. Le chapitre sur l’investissement de l’AECG a ainsi été comparé aux modèles d’accord de la France de 2006, de l’Allemagne de 2008, de l’Angleterre de 2008 et du plus récent traité bilatéral d’investissement des Pays-Bas de 2014. Cette dernière comparaison a ainsi fait ressortir les éléments présents au sein des deux chapitres sur l’investissement signés par l’Union européenne et qui ne se trouvaient pas dans la précédente pratique des pays européens. Le choix de ces derniers a été fait afin de manière arbitraire, mais dans le but de tenir compte des pays européens ayant signé le plus de traités bilatéraux d’investissement et joué un rôle historiquement important.

Il est à souligner que même si ces comparaisons ont été présentées en trois temps, elles ont en réalité été effectuées de manière simultanée et dynamique afin de favoriser la visualisation des éléments nouveaux dans la pratique de l’Union européenne. Tous les textes de ces chapitres sur l’investissement ou de ces traités bilatéraux d’investissement ont ainsi été décortiqués et divisés selon les différentes normes au sein d’un tableau qui ne peut malheureusement être mis en annexe étant donné son ampleur.

Il est ici pertinent de souligner que les normes traitant des services financiers, de la fiscalité et des plaintes entre États, ont été exclues de la présente recherche. Ce choix s’explique pour des raisons pratiques et d’intérêt. En ce qui concerne les services financiers et la fiscalité, ce sont deux sujets particulièrement complexes qui sont en soi généralement visés par d’autres chapitres ou d’autres traités à part entière. L’AECG contient par exemple un chapitre sur les services financiers et l’article X.2 du chapitre sur l’investissement indique qu’il faut s’y référer pour les normes applicables aux investissements et aux investisseurs visés par le chapitre sur les services financiers. De même, la question de la taxation est traitée au sein d’un autre chapitre au sein de l’AECG et est souvent l’enjeu de traités sur la double taxation. Quant aux articles sur les plaintes entre États, ils ont été exclus étant donné que leur utilisation n’apparaît pas significative. Au cours des 25 dernières années, le mécanisme de règlement des différends le plus utilisé dans le domaine des investissements est définitivement l’arbitrage entre un investisseur et un État (Puig 2014 : 396).

Additionnés aux divers traités ou modèles précédemment mentionnés, plusieurs documents européens ont également été utilisés pour valider l’ébauche de modèle d’accord sur l’investissement dégagé par les comparaisons. La Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil de l’Union européenne ont en effet chacun publié des documents donnant plusieurs informations sur la direction que les négociateurs européens devaient et devront dorénavant suivre. Encore tout récemment, la Commission européenne a publié une note de synthèse indiquant qu’elle désirait s’éloigner de l’arbitrage *ad hoc* au profit de l’institution d’une cour permanente (2015a). Le 21 septembre dernier, cette note s’est finalement traduite en une proposition dans le cadre de la négociation du Partenariat transatlantique (Commission européenne 2015b). La mise à profit de ces documents a ainsi également permis de s’assurer de maintenir une vision actuelle sur le modèle d’accord de l’Union européenne ici analysé.

## 3.2 La mise en lumière d’un modèle d’accord européen : un objectif impossible ?

Bien que toute cette démarche puisse, pour certains, comporter le risque d’inclure des normes non « européennes », il importe de remarquer qu’elle permet en même temps d’avoir une approche actuelle et exhaustive. L’utilisation pure et simple d’un modèle comprend en effet le piège de croire qu’un modèle d’un État représente nécessairement sa position actuelle. Entre la publication d’un nouveau modèle et la signature de traités bilatéraux d’investissement, les États peuvent adopter une nouvelle pratique qui n’est pas reflétée par le modèle qui est figé dans le temps. Par exemple, à l’évidence, le modèle d’accord sur l’investissement canadien de 2004 ne reflète pas exactement le chapitre sur l’investissement de l’ALECC ni le récent traité bilatéral sur l’investissement signé avec la Chine. La pratique contemporaine canadienne diverge donc un peu du modèle canadien.

Un péril plus grave avec le présent devis méthodologique est cependant qu’il est bien évidemment impossible de dégager un modèle qu’un État utilisera lors de toutes ses négociations. En effet, même s’ils ont été négociés en partie simultanément, le chapitre sur l’investissement de l’ALECC et le traité bilatéral sur l’investissement avec la Chine ne sont évidemment pas identiques. Cela s’explique notamment par le fait que le texte d’un traité varie selon les parties à la négociation et les intérêts alors en jeu (Allee et Peinhardt 2010). Le mandat que donne un gouvernement à ses négociateurs peut évidemment varier selon l’État avec lequel ils négocient. De même, un traité demeure un compromis, même lorsqu’il est signé entre un pays développé et un pays en voie de développement. En 1986, les États-Unis avaient ainsi tenté d’inclure une liste des actes qui se verraient qualifier d’expropriation indirecte au sein de leur traité avec l’Égypte, mais cette dernière avait refusé un tel niveau de précision (Calamita 2012 : 327; Fontanelli et Bianco 2014 : 22).

Ce problème est d’ailleurs particulièrement présent dans le cas de l’Union européenne puisque la Commission a clairement affirmé qu’elle n’envisageait pas de créer un modèle unique (« *no size fits all model* ») dans sa réponse à la résolution du Parlement européen sur le futur du droit international des investissements (Commission européenne 2011; Calamita 2012; De Mestral 2013). La Commission soutient que de cette manière elle vise à maintenir une plus grande flexibilité et liberté dans ses futures négociations (Bungenberg et Reinisch 2014 : 376). La publication d’un modèle d’accord vient d’ailleurs souvent après qu’un État ait acquis une certaine expérience en négociant quelques traités bilatéraux d’investissement (Bungenberg et Reinisch, 2014 : 376).

Malgré cette affirmation et cette absence de modèle, il serait faux de croire que la Commission européenne ne maintiendra pas une approche relativement constante au cours de ses futures négociations. Il est tout d’abord notable que les mandats de négociation confiés à la Commission européenne dans le cadre des négociations de ses chapitres sur l’investissement avec le Canada, Singapour et l’Inde étaient très généraux (Calamita 2012 : 320-321). Il ne semble donc pas que l’Union européenne tente réellement de modifier ou influencer significativement sa politique selon son partenaire. De plus, Meunier et Morin soulignent que les négociateurs européens, à l’instar des américains, sont généralement les mêmes au sein des diverses négociations commerciales ayant lieu au cours d’une même période de temps (2015 : 151). Si cela favorise le transfert d’idées, cela se traduit également par une certaine uniformité dans la position défendue par les négociateurs européens. De plus, comme Calamita le souligne, avec l’inclusion de clause de la nation la plus favorisée (NPF), clause ayant indirectement pour effet de forcer les États à offrir le même traitement à tous leurs partenaires, les États ne peuvent tout simplement pas avoir une approche personnalisée à chaque négociation (2012 : 321). Cela serait inutile, contreproductif et possiblement néfaste puisque cela pourrait obliger un État à offrir un traitement qu’il aurait préféré ne pas offrir à tous ses partenaires (Titi 2014 : 540). En somme, il n’apparait pas étonnant de lire des articles soulignant qu’une certaine convergence semble s’installer au sein du droit international des investissements (Fontanelli et Bianco 2014). Dans ce contexte, il n’est pas aussi insensé qu’on pourrait le penser de vouloir dégager un modèle d’accord sur l’investissement européen.

Il apparaît toutefois difficile d’affirmer que la seule utilisation de texte juridique ou des documents de travail européen puisse permettre de bien dégager le modèle d’accord européen, surtout à une époque où il est encore développement. Il ne sera ici pas contesté que la tenue d’entrevue avec des négociateurs européens aurait été une étape plus qu’utile pour compléter les différentes comparaisons précédemment présentées (Poulsen 2015 : 23). Cela aurait toutefois demandé des ressources dépassant largement celles disponibles aux fins de la présente recherche. Il ne faudrait cependant pas en tirer la conclusion que la seule utilisation de textes publiés ne permette pas d’obtenir des résultats intéressants. Les textes juridiques utilisent un langage généralement précis et similaire. Il s’avère donc beaucoup plus facile de faire des comparaisons et de dégager les origines d’une norme sans avoir à effectuer une série d’entrevues. De plus, l’utilisation de la littérature scientifique et des documents européens les plus actuels a permis de maintenir le modèle dégagé le plus près des évolutions et changements de politique au sein de la Commission européenne. Cela n’exclut pas que dans le futur des entrevues pourraient ultérieurement compléter les conclusions qui seront tirées dans la prochaine section.

# **4. Quel modèle d’accord pour l’Europe ?**

Le 11 mars 2011, l’accident nucléaire de Fukushima, causé par un séisme et le tsunami qui s’ensuivit sur les côtes japonaises, mit en lumière comme jamais auparavant les risques que comportent la production d’énergie nucléaire. Les diverses conséquences sanitaires et environnementales demeurent, près de quatre ans après les événements, une préoccupation pour les autorités japonaises et le demeureront certainement pour encore plusieurs années. Face à cette réalité, l’Allemagne a décidé, quelques mois après la catastrophe de Fukushima, de mettre un terme à toute production d’énergie nucléaire sur son territoire d’ici 2022. Qu’ont ces événements en commun avec le droit international des investissements ? Une poursuite de 3,7 milliards d’euros déposée par la compagnie suédoise *Vattenfall* contre l’Allemagne sous les auspices du CIRDI.

Cette plainte, pour choquante qu’elle puisse paraître aux yeux du public européen, n’est cependant pas la première en matière d’investissement à faire les manchettes. En effet, nul besoin de remonter bien loin pour trouver d’autres poursuites visant des mesures publiques comme des lois anti-tabac (*PML c. Australia*) ou des lois environnementales (*Methanex c. Mexico*). La plainte de *Vattenfall* est toutefois particulière puisque c’est l’une des premières déposées à l’encontre d’un membre de l’Union européenne pré-2004, soit l’Europe des Quinze (Calamita 2012 : 315). Avec l’élargissement de l’Union européenne à plusieurs pays d’Europe de l’Est, qui ont au contraire été visées par un nombre bien plus important de plaintes (Calamita 2012 : 315), et l’apparition de plaintes comme celles déposées par *Vattenfall* contre des pays d’Europe occidentale, la Commission européenne risque forcément de revoir l’approche de ses pays membres. Poursuivra-t-elle alors le *gold standard* mis de l’avant par les partisans de l’approche européenne ou suivra-t-elle une approche plus équilibrée à l’image de celle qui s’est développée en Amérique du Nord depuis l’avènement de l’ALENA en 1994 ?

En cherchant à déterminer les sources d’inspiration et d’apprentissage de la Commission européenne dans le développement de son modèle d’accord, la prochaine section permettra entre autres d’apporter un peu de lumière sur cette question. Pour ce faire, elle se divisera en quatre parties qui tenteront chacune d’établir l’origine et les implications des éléments nouveaux au sein du modèle européen. La première s’intéressera aux articles sur le champ d’application et les définitions. La deuxième s’attardera aux règles substantives en lien avec la protection des investissements. Puis, la troisième se concentrera sur les exceptions. Finalement, la quatrième conclura en élaborant sur les normes en lien avec l’arbitrage investisseur – État.

## 4.1 Un champ d’application et des définitions restreints

Lors de la négociation de tout traité international, les premiers éléments couverts sont bien évidemment le champ d’application du traité et la définition des termes employés. L’AECG et l’ALEUES n’y font pas exception. Si la forme est conforme à la pratique internationale en matière d’écriture de traités bilatéraux d’investissement, le contenu des règles renferme quelques éléments nouveaux.

### *4.1.1 Un champ d’application exclusif*

Tout d’abord, en plus des conditions traditionnelles, soit que ce chapitre s’applique aux investisseurs et aux investissements couverts, le modèle d’accord européen utilise l’article sur le champ d’application pour immédiatement exclure certains secteurs de ses engagements en matière d’accès au marché et de traitement non discriminatoire. Les services audio-visuels sont ainsi exclus du champ d’application du chapitre sur l’investissement de l’AECG (chapitre 10, art. X.1 (2)) comme de l’ALEUES (art. 9.2 (3)) et les services aériens le sont uniquement pour l’AECG (chapitre 10, art. X.1 (3)). Bungenberg souligne qu’une telle approche est atypique dans le cadre d’accords sur l’investissement (2014 : 405) et la comparaison effectuée avec l’ALECC et les modèles d’accord des pays membres de l’Union européenne le confirme. Alors que les articles sur le champ d’application ne comportent généralement qu’une phrase ou deux, les articles des deux accords européens sont beaucoup plus longs. Bien que l’inclusion de réserves se soit développée dans les traités nord-américains (Alchsner 2013 : 470-471), la présente recherche ne peut expliquer hors de tout doute les raisons ayant conduit à ce choix d’exclure certains secteurs du champ d’application à partir du texte même de l’accord au lieu d’indiquer cette exclusion à partir d’annexes, ce qui aurait juridiquement eu le même effet.

Une hypothèse pourrait être que la Commission européenne désirait mettre en évidence l’exclusion de certains secteurs sensibles afin de répondre à la demande du Parlement européen dans son *Rapport sur la future politique européenne en matière d’investissements internationaux* (2011 : para 21). Il est à noter que depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le Parlement européen doit aussi approuver un traité avant qu’il puisse entrer en vigueur (Calamita 2012 : 308). La Commission européenne ne peut donc tout simplement ignorer les opinions du Parlement européen. Le choix d’exclure les services audio-visuels et aériens n’est, à ce titre, pas anodin alors que la Commission négocie en même temps le Partenariat transatlantique avec les États-Unis qui sont un joueur important au sein de ces deux secteurs.

Dans le cas du secteur audio-visuel, cela peut notamment refléter une stratégie ayant pour but d’établir un précédent afin de se prémunir contre des potentielles demandes de libéralisation en ce domaine. Les géants américains comme la Motion Pictures Association of America (MPAA) enjoignent en effet leur gouvernement à adopter cette position depuis l’échec de la négociation de l’Accord multilatéral sur l’investissement (Vlassis 2015 : 264). Rappelons que c’est notamment faute de pouvoir obtenir une exception culturelle, élément présent au sein de son modèle d’accord, que la France avait quitté les négociations de l’AMI (Vlassis 2015 : 264). La France est d’ailleurs le seul pays européen à avoir inclus une exception culturelle au sein de son modèle d’accord.

### *4.1.2 Un investisseur et un investissement : quelles définitions juridiques ?*

Ensuite, en ce qui a trait aux définitions, il est intéressant de noter que la Commission européenne a adopté la pratique nord-américaine sur certains sujets, mais a aussi innové sur d’autres. Il est en premier lieu intéressant de noter que l’AECG définit notamment un investisseur comme une personne qui cherche à effectuer un investissement :

*Investisseur s’entend d'une Partie, d’une personne physique ou d'une entreprise d’une Partie, autre qu’une succursale ou un bureau de représentation,* ***qui cherche à effectuer****, qui effectue ou qui a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie.* (art. X.3)

Il peut donc être conclu que la Commission européenne a consenti au modèle de protection pré-établissement propre aux traités des États-Unis, du Canada et du Japon (Newcombe et Paradell 2009 : 137). Cela s’éloigne en effet de la pratique européenne qui protège normalement les investisseurs uniquement une fois qu’un investissement a été effectué (Bonzon 2014 : 812). Seul le modèle d’accord allemand donne une définition d’investisseur, ce qui traduit bien leur tendance à davantage protéger les investissements que les investisseurs. Toutefois, cette définition d’investisseur n’est pas reprise dans l’ALEUES. Il est alors difficile de conclure que la Commission européenne désire réellement inclure cette définition dans son modèle. Il est en effet possible que ce soit le Canada qui a tout simplement réussi à imposer sa vision sur ce point. La clause NPF ne s’appliquant qu’aux « traitements », il est permis de penser que cela n’inclut pas les définitions et que, par le fait même, la Commission européenne n’aurait pas à étendre cette concession à tous ses partenaires. Fait intéressant cependant, dans son accord de libre-échange avec la Corée de 2011, la Commission européenne a également défini un investisseur comme une personne qui tente d’établir une activité économique : « *investor means any person that seeks to perform or performs an economic activity through setting up an establishment »* (art. 7.9). La position de la Commission européenne semble donc encore en évolution, mais sachant que la Corée utilise généralement un modèle pré-établissement, il peut être déduit que c’est une concession qu’elle est prête à faire. D’autant plus, comme il sera démontré plus loin, que le modèle européen semble se destiner à exclure les protections pré-établissement de l’utilisation de l’arbitrage investisseur – État (Shan et Zhang 2014 : 450-451).

Autre point à souligner en lien avec la définition d’un investisseur : la façon dont la nationalité d’une entreprise est déterminée. La question de la nationalité des personnes morales est d’ailleurs source de débats depuis déjà un certain temps en droit international. En 1970, dans la célèbre affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice avait notamment soutenu que c’est le lieu d’incorporation et du siège social qui devait servir de facteurs déterminants (para 70). En droit des investissements, l’affaire *Tokios Tokeles* était venue confirmer cette interprétation (2004 : para 40).

Par crainte de voir des plaintes déposées contre l’Union européenne ou ses États membres au nom de simples sociétés écrans (*shell companies*), le Parlement européen avait alors demandé à la Commission européenne, dans sa résolution de 2011, de se baser sur les plus récents documents de référence de l’OCDE pour définir un investisseur (para 14). L’OCDE soulignait ainsi qu’un bon moyen de se prémunir contre de telles sociétés était d’utiliser des clauses visant à refuser les avantages du traité aux investisseurs qui n’ont pas d’activités commerciales importantes sur son territoire (2008 : 29-30). La Charte de l’Énergie, seul accord sur l’investissement signé par l’Union européenne avant l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, contient notamment une telle clause (art. 17). En considérant ces informations, on aurait pu croire que la Commission européenne copierait cette approche. Toutefois, dans l’AECG et l’ALEUES, c’est plutôt la définition du terme *entreprise d’une Partie* qui indique qu’une personne morale doit être constituée sur le territoire d’un État où elle entretient des activités substantielles sur le territoire d’un État pour en avoir la nationalité. Dès lors, il peut être conclu que la Commission européenne s’est davantage inspirée de l’article XXVIII (m) de l’Accord général sur le commerce de services (AGCS) qui fonctionne de la même façon (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 384-385). La définition d’une personne morale d’un autre Membre y est en effet pratiquement identique :

m)      l'expression “personne morale d'un autre Membre” s'entend d'une personne morale:

i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre; (art. XXVIII (m))

Un dernier point d’intérêt en lien avec la définition d’un investisseur : la Commission européenne a accepté, selon les termes de l’AECG et de l’ALEUES, qu’une personne morale puisse être possédée et contrôlée par un gouvernement. Sachant qu’elle négocie parallèlement avec la Chine, pays où se situent le plus important fonds souverain et plusieurs importantes sociétés d’État, on aurait pu croire que les négociateurs européens aient à l’esprit d’exclure ces entreprises parfois jugées comme anticoncurrentielles (Bungenberg 2014 : 411). Des inquiétudes avaient d’ailleurs déjà été évoquées lorsqu’une société d’État chinoise avait déposé une soumission pour obtenir un contrat public en Pologne d’une valeur de près de la moitié inférieure à celle évaluée (Shan et Zhang 2012 : 111). La Commission aurait notamment pu inclure une référence au concept de « neutralité concurrentielle » développé par l’OCDE qu’elle affirmait soutenir avec les États-Unis en 2012 (Bungenberg 2014 : 412). Une telle référence est pour l’instant absente, mais le chapitre 20 de l’AECG sur les sociétés d’État précise que ces dernières doivent agir selon des considérations commerciales (art. 5). Au final, le résultat est donc peut-être le même. Il est par contre intéressant de noter que le chapitre 20 du texte récemment publié du Partenariat transpacifique contient une référence au concept de neutralité concurrentielle (art. 17.11).

Quant à la définition d’un investissement, plusieurs éléments doivent également être mentionnés. Premièrement, la Commission européenne, comme les États-Unis et le Canada avant elle, fait sienne la *double-barreled approach* des tribunaux CIRDI. Cela signifie donc qu’elle définit en deux temps le terme investissement. D’une part, certaines caractéristiques clés doivent être présentes : l’existence d’un risque, une certaine durée et l’engagement de capitaux. Elle reprend donc trois des quatre critères développés dans l’affaire *Salini* (Bungenberg 2014 : 415-416). Ce faisant, la Commission européenne incorpore la plus récente jurisprudence du CIRDI qui avait tendance à exclure le plus controversé critère du développement (Reinisch 2014 : 686-687). Les tribunaux sont par ailleurs invités à avoir une approche globale où tous les critères n’ont pas à être systématiquement remplis, un point qui avait également amené plusieurs tribunaux à critiquer la décision dans l’affaire *Salini* (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 384).

Un investissement est d’autre part défini, comme les traités européens le faisaient traditionnellement, selon une liste exemplative de formes qu’il peut prendre. Ici, il est étonnant que la Commission européenne continue d’inclure les prêts et emprunts obligataires, sans aucune autre précision, après la décision dans l’affaire *Abaclat* où l’Argentine s’était vu obligée de dédommager des milliers d’Italiens qui avaient acquis ses obligations sur un marché secondaire(Reinisch 2014 : 684). Une telle décision vient certes questionner l’étendue que prend maintenant la définition d’investissement *direct* étranger. Il est cependant intéressant qu’une annexe au chapitre sur l’investissement de l’AECG inclut une exception pour la restructuration des dettes (Annexe X). Cette dernière apparaît en effet nouvelle au sein du droit international des investissements et pourrait être une réponse à l’affaire *Abaclat*. Bien qu’il soit difficile d’établir qui du Canada ou de la Commission européenne tenait à l’inclusion de cette exception, il ne serait pas étonnant que ce soit cette dernière étant donné que la plus récente proposition européenne dans le cadre du Partenariat transatlantique la contient (Commission européenne 2015b : Annex II). De plus, il est frappant que cela survienne après que la Grèce et Chypre eurent reçu leur première plainte en lien avec la restructuration de leurs dettes souveraines (Bernasconi-Osterwalder 2013 : 7). Pour reprendre la réflexion sur la rationalité limitée de Poulsen, le fait que des pays européens aient été visés par des plaintes touchant la restructuration de dettes souveraines pourrait expliquer pourquoi la Commission européenne juge maintenant important d’inclure une telle exception.

## 4.2 Des standards de protection améliorés, mais pas si nouveaux

Une fois le champ d’application et les définitions établis, le cœur des accords sur l’investissement est bien évidemment les protections qu’offrent ces instruments juridiques aux investissements directs étrangers. Celles-ci peuvent ici être séparées en six catégories, soit les protections en lien avec l’établissement, les garanties de non-discrimination, les normes de traitement des investissements, la protection contre les expropriations, la garantie de transfert et la clause parapluie. Chacune d’entre elles sera successivement présentée et analysée.

### *4.2.1 L’adoption du modèle de libéralisation commerciale propre à l’OMC au sein du droit international des investissements*

En ce qui a trait à l’établissement, il faut ici souligner que la Commission européenne innove significativement en incluant un article sur l’accès au marché dans l’AECG. Un tel article est inexistant au sein de la pratique des pays membres de l’Union européenne ou nord-américains (Bernasconi-Osterwalder 2013 : 10). La plupart des traités n’offrent en effet aucune protection aux investissements avant qu’ils soient admis par l’État hôte, décision pour laquelle il conserve une entière liberté en droit coutumier (Newcombe et Paradell 2009 : 122). Au mieux, les États-Unis et le Canada ont progressivement offert certaines protections pré-établissement, mais ils ne s’engageaient pas sur des règles d’accès au marché spécifiques du type de l’AGCS (Reinisch 2014 : 688). C’est, au contraire, ce que semble avoir adopté l’Europe.

En 2006, alors que l’Union européenne n’avait qu’une compétence indirecte sur l’investissement du fait qu’elle pouvait négocier des règles en lien avec l’établissement des fournisseurs de services, la Commission européenne a publié une plateforme minimale sur l’investissement pour ses futurs accords de libre-échange. Dans ce document se retrouvait en quelque sorte une première version de son modèle d’accord sur l’investissement qui comprenait justement un article sur l’accès au marché des investissements, article qui fut repris au sein de son accord de libre-échange avec la Corée de 2011. L’origine de cet article, maintenant présent dans l’AECG, peut clairement être retracée à l’AGCS qui fonctionne précisément avec des engagements d’accès au marché pour certains services (Lévesque 2013 : 122-124). Il semble ainsi que la Commission européenne ait été influencée par son expérience à l’OMC où elle représente l’Union européenne. Une différence importante doit toutefois être soulignée : dès la publication de son modèle en 2006, la Commission européenne a décidé de fonctionner à partir d’une liste négative plutôt que positive comme le fait l’AGCS. Dans les faits, ce changement n’est pas aussi incroyable qu’il puisse paraître puisque plusieurs secteurs pour lesquels l’Europe n’avait pas pris d’engagement au sein de l’AGCS sont maintenant protégés par une réserve en annexe au chapitre sur l’investissement de l’AECG (Lévesque 2013 : 124). Il est aussi vrai qu’à l’avenir les nouveaux secteurs d’activité seront automatiquement libéralisés avec cette approche (Shan et Zhang 2014 : 445-446). Une lecture consciencieuse du texte de l’AECG permet néanmoins de voir que la Commission européenne n’a pas opté pour cette approche sans prendre des précautions. Une annexe au chapitre sur le commerce transfrontalier des services indique que :

1. Les Parties conviennent que le chapitre x (Règlementation intérieure), l’article X (CTS-Traitement national), l’article X (CTS – Accès au marché) et l’article X (CTS – NPF) ne s’appliquent pas en ce qui a trait à toute mesure liée à un nouveau service qui ne peut être classifié dans la Classification centrale de produits provisoire des Nations Unies (CPC), 1991. (Annexe X, Chapitre 11)

L’accès au marché pour les fournisseurs de nouveaux services n’est donc pas totalement garanti (Lévesque 2013 : 124). En d’autres mots, un service totalement nouveau qui ne pourrait être qualifié par aucune catégorie de la CPC n’aurait pas automatiquement accès au marché de l’autre Partie puisqu’il faudrait premièrement lui créer une ligne tarifaire et deuxièmement s’entendre sur sa libéralisation ou non.

En plus de s’être clairement inspirée de l’AGCS pour la formulation de ses normes en lien avec l’établissement, il mérite d’être souligné que la Commission européenne peut aussi avoir été influencée par sa négociation parallèle d’un traité bilatéral d’investissement avec la Chine. La Chine, comme les pays membres de l’Union européenne, n’a en effet pas pour pratique de protéger les investissements avant qu’ils ne soient admis sur son territoire et l’Union européenne cherche depuis longtemps à acquérir un meilleur accès à ses marchés (Shan et Zhang 2012 : 102-103). De plus, le fait que les marchés européens soient déjà relativement beaucoup plus ouverts aux investissements étrangers que la Chine fait en sorte que l’inclusion d’un article sur l’accès au marché devrait bénéficier davantage à l’Union européenne qu’à la Chine (Shan et Zhang 2014 : 445-446). En fait, les pays européens sont généralement significativement plus ouverts aux investissements étrangers que la moyenne des pays de l’OCDE (Shan et Zhang 2014 : 445). Cela pourrait donc également expliquer pourquoi la Commission européenne tente d’inclure cet article dans son modèle d’accord.

En lien avec l’établissement, l’AECG offre aussi une garantie contre les prescriptions de résultats. Pour cette dernière, il est évident que la Commission européenne a imité la pratique nord-américaine depuis l’adoption de l’ALENA (Bernasconi-Osterwalder 2013 : 13). La comparaison avec l’ALECC confirme d’ailleurs ce point puisque son article est pratiquement identique à celui de l’AECG. Le fait qu’un tel article soit absent de l’ALEUES met cependant en doute sa réelle inclusion au sein du modèle européen. Toutefois, une fois présent dans l’AECG, il serait étonnant que la Commission européenne arrive à l’exclure du Partenariat transatlantique qu’elle négocie avec les États-Unis puisque ces derniers voudront certainement avoir un accord de la même envergure que celui signé avec le Canada. Si cela se réalisait, il est permis de croire que la Commission européenne acceptera d’incorporer cette disposition dans ses futurs traités.

### *4.2.2 Une adoption incomplète des normes de non-discrimination américaine*

En ce qui concerne les garanties de non-discrimination, trois points retiennent l’attention. Premièrement, la Commission européenne reprend sensiblement la même formulation pour la garantie de traitement national que celle de ses États membres. Selon les termes de l’AECG, un État partie ne peut donc offrir un meilleur traitement à ses investisseurs et à leurs investissements que celui offert à ceux de l’autre État partie dans une même situation (chapitre 10, art. X. 6). Sachant le manque d’uniformité au sein de la jurisprudence sur la question de l’interprétation parfois très large du concept de *situation similaire[[3]](#footnote-3)*, il est étonnant que la Commission européenne n’ait pas tenté de clarifier et de mieux qualifier ce concept à la base de la comparaison entre les investisseurs nationaux et étrangers (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 387). Les seuls changements, malgré tout significatifs, sont que le traitement national est maintenant élargi à la période pré-établissement et qu’il fonctionne à l’aide d’une approche négative. Tel que cela a été indiqué lors de l’analyse de la définition d’investissement et de l’article sur l’accès au marché, ces modifications copient les pratiques du Canada et des États-Unis.

Deuxièmement, une clause NPF se retrouve au sein de l’AECG, mais pas de l’ALEUES. Cette absence est troublante, mais il serait étonnant qu’elle se reproduise puisque cette clause est pratiquement devenue un incontournable au sein du droit international des investissements. Sa présence dans l’AECG confirme d’ailleurs qu’il y a peu de chance de voir disparaître cette clause des traités européens. Comme pour le traitement national, la clause NPF dans l’AECG s’étend maintenant à la période pré-investissement et fonctionne selon l’approche négative. Mis à part cela, la clause NPF de l’AECG contient deux particularités notables. La première concerne l’exclusion des règles en lien avec l’arbitrage investisseur – État de son champ d’application, ce qui est une nouvelle pratique pour les États européens. Ce choix est évidemment une réaction à la jurisprudence qui s’est développée dans la foulée de l’affaire *Maffezini* où le tribunal avait permis à un investisseur de contourner l’obligation d’épuiser les recours internes à l’aide de la clause de la nation la plus favorisée (2000 : para. 64; Reinisch 2014 : 696). Cette précision était d’ailleurs déjà présente au sein de la pratique du Canada, mais aussi de certains États européens comme la Suisse (Bonzon 2012 : 817). L’AECG va cependant un peu plus loin en ajoutant :

Les obligations de fond énoncées dans d’autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en soi un « traitement » et ne peuvent donc pas donner lieu à un manquement au présent article en l’absence de mesures adoptées par une Partie conformément à de telles obligations. (chapitre 10, art. X.7 (4))

Apparemment, les Parties à l’AECG se sont entendues pour limiter l’utilisation au traitement *de facto* ou *de jure*¸ et non pas à la simple possibilité d’un meilleur traitement (Reinisch 2014 : 696). Selon Reinisch, une telle approche reflète de plus près le sens de cette clause au sein du droit du commerce international et de l’OMC (2014 : 696). La Commission européenne semble donc encore puiser dans son expérience à l’OMC pour développer son modèle d’accord sur l’investissement. Il reste cependant à voir si un tel degré de précision sera réellement repris au sein de ses futurs accords.

La seconde particularité concerne la clause NPF de l’AECG qui ne contient aucune limite temporelle, ce qui pourrait être problématique si cet accord était signé comme un accord mixte (Tzanakopoulos 2014 : 501). Dans ce dernier cas de figure, un investisseur canadien pourrait utiliser la clause NPF de l’AECG et bénéficier des clauses qui offrent un meilleur traitement au sein d’un précédent traité signé par un État membre de l’Union européenne. Si tel était le cas, un investisseur pourrait alors plaider la violation d’une clause parapluie généralement offerte par les traités européens, mais absente de la pratique canadienne (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 388). Cette situation desservirait particulièrement l’Europe puisque cela aurait pour effet de limiter la portée des innovations qu’elle pourrait faire au sein de ses futurs traités.

Troisièmement, dans l’AECG, la Commission européenne a aussi accepté que les Parties ne puissent pas imposer des restrictions en lien avec la nationalité des dirigeants ou des personnes siégeant au conseil d’administration d’une entreprise (chapitre 10, art. X.8). Ce faisant, la Commission européenne imite donc de nouveau la pratique nord-américaine depuis l’ALENA. Il mérite toutefois d’être souligné que c’était aussi le cas au sein de l’accord de libre-échange entre l’Union européenne et la Corée de 2011 (art. 7.11). Il est intéressant et surprenant de noter qu’un tel article est pour l’instant absent de la plus récente proposition de la Commission européenne au sein de la négociation du chapitre sur l’investissement du Partenariat transatlantique.

Avant d’aborder la question des normes de traitement, une précision importante s’impose sur le modèle d’accord en développement de l’Union européenne. L’utilisation du mécanisme d’arbitrage investisseur – État est exclue aussi bien pour les garanties en lien avec l’établissement que pour celles liées à la non-discrimination qui aurait pu s’appliquer durant la période pré-établissement :

1. […] un investisseur d’une Partie peut soumettre à l’arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte dans laquelle il fait valoir que la Partie visée par la plainte a manqué à une obligation prévue

a) à la section 3 (Traitement non discriminatoire) du présent chapitre, **en ce qui concerne l’expansion, la direction, l’exploitation, la gestion, l’entretien, l’utilisation, la jouissance et la vente** ou autre aliénation de l’investissement visé;

 […]

2. Les plaintes en vertu de l’alinéa 1a) visant l’expansion d’un investissement visé ne peuvent être déposées que **si la mesure se rapporte aux activités existantes d’un investissement visé et si elle a causé une perte ou un dommage à l’investissement visé**.(chapitre 10, art. X.17)

La section 2 du chapitre sur l’investissement de l’AECG qui traite de l’établissement des investissement n’est donc pas couverte et la section 3 qui traite de la non-discrimination n’est couverte qu’après qu’un investissement ait été effectuée sur le territoire d’un État partie. Cette limite était essentielle pour le Conseil européen selon un de ses documents de travail confidentiel: « *For the EU it is critical to ensure that Investor State Dispute Settlement (ISDS) does not apply to market access related issues of investment* » (2012 : 8). Du point de vue européen, ces questions sont mieux gérées par la voie diplomatique que juridictionnelle (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 398). Ainsi, bien que la Commission européenne ait adopté plusieurs garanties que les États européens n’offraient généralement pas, elle limite sensiblement leur effectivité en les excluant du mécanisme d’arbitrage investisseur – État. Le tribunal dans l’affaire *Maffezini* avait notamment indiqué dans sa décision que le mécanisme d’arbitrage investisseur – État est essentiel pour s’assurer que les investisseurs aient réellement accès aux avantages d’un traité bilatéral d’investissement (2000 : para 55).

### *4.2.3 L’évolution de la norme de traitement des investissements : une réponse prévisible à la jurisprudence internationale*

Finalement, en ce qui a trait aux normes de traitement offerts aux investisseurs une fois leurs investissements admis sur le territoire de l’État hôte, la Commission européenne poursuit et développe de différentes façons la pratique mise en place par des États membres de l’Union européenne. Il est intéressant de noter qu’au sein de l’AECG, comme de l’ALEUES, il est question d’un article sur le *Traitement des investisseurs et des investissements visés,* et non d’une norme minimale de traitement comme dans les accords nord-américains. Le simple titre de ces articles indique déjà la décision prise par la Commission européenne de maintenir la pratique des États européens en ne faisant pas référence au droit coutumier pour définir le traitement juste et équitable ainsi que la protection et sécurité intégrale comme le font le Canada et les États-Unis (Alschner 2013 : 471).

En ce qui concerne la garantie de protection et de sécurité intégrale, la seule innovation est que la Commission européenne précise clairement que cette règle ne s’applique qu’à la sécurité physique des investisseurs et de leurs investissements. L’affaire *Vivendi,* où le tribunal a spécifiquement indiqué qu’un État voulant que cette garantie se limite effectivement à la sécurité physique devrait le préciser dans son traité (2007 : para 7.4.15), semble avoir été la source d’inspiration de cette précision. De cette façon, la Commission européenne s’assure que cette garantie offerte aux investisseurs ne couvre pas la protection légale comme pouvait le laisser penser la formulation du modèle d’accord canadien et comme certains tribunaux l’ont d’ailleurs interprétée par le passé (Titi 2014 : 543).

Quant au traitement juste et équitable, il ressort de la jeune pratique européenne que la Commission a décidé de clarifier cette garantie en incorporant une liste non-exhaustive des traitements qui seraient injustes ou inéquitables. Cette approche apparaît particulièrement intéressante étant donné que les traités européens et américains sont tout aussi imprécis sur le contenu de cette règle. Force est de constater que, contrairement à ce que pouvait penser le Canada ou les États-Unis, référer le traitement juste et équitable au droit coutumier n’apporte que peu d’éclairage sur cette question (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 390; Kriebaum 2014 : 472). Les États-Unis soutenaient eux-mêmes dans les affaires *ADF* et *Glamis* que le traitement juste et équitable prévu par le droit coutumier est un concept parapluie (Dumberry 2013 : 25). Si tel est le cas, il est alors difficile de soutenir que son contenu est précis. C’est d’ailleurs ce que conclut un rapport de la CNUDCI en 2012 (Dumberry 2013 : 26-27). De même, les traités européens ne font qu’indiquer que les parties doivent offrir un traitement juste et équitable aux investisseurs. Cela est loin d’offrir beaucoup d’éclairage sur le contenu de ce concept.

Le tribunal dans l’affaire *Saluka* avait d’ailleurs précisément conclu que la différence entre la règle prescrite par les traités et celle par le droit coutumier paraissait plus importante qu’elle ne l’était réellement :

*Whatever the merits of this controversy between the parties may be, it appears that the difference between the Treaty standard […] and the customary mini­mum standard, when applied to the specific facts of a case, may well be more apparent than real.* (2006 : para 291)

La Commission européenne s’éloigne donc des précédentes approches américaines comme européennes en incorporant au sein de l’AECG, de l’ALEUES et de sa plus récente proposition dans le cadre de sa négociation du Partenariat transatlantique une liste non-exhaustive des traitements prohibés qui s’inspire très clairement de la jurisprudence (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 392). Selon un document européen confidentiel en lien avec la négociation de l’AECG, le Conseil européen refusait catégoriquement d’inclure une référence au droit coutumier et considérait que le fait d’expliciter les éléments du traitement juste et équitable pouvait représenter un terrain d’entente acceptable (Lévesque 2015 : 176). Aux yeux du Conseil, toute autre approche limitait trop la protection offerte aux investisseurs. Détail intéressant, le Parlement européen avait cependant demandé à la Commission européenne de se référer au droit coutumier pour définir le traitement juste et équitable dans son rapport de 2011 (para 19). La Commission européenne s’est toutefois rangée derrière le Conseil européen, mais il faut dire qu’en agissant de la sorte elle répond certainement au désir général du Parlement européen qui est de préserver le pouvoir règlementaire de l’Union européenne et de ses États membres. En tenant compte du texte plus précis de l’AECG, quatre points supplémentaires peuvent être soulignés

Premièrement, la liste de traitements prohibés n’est pas exhaustive, ce qui tend à signifier que le contenu exact de cette règle est encore sujet à interprétation et pourrait continuer d’évoluer. La stabilité réglementaire est par exemple un élément généralement discuté dans l’interprétation du traitement juste et équitable et il est exclu de la liste des traitements prohibés. Un tribunal pourrait-il alors en tenir compte ? La réponse à cette question risque paradoxalement de revenir aux tribunaux.

Deuxièmement, le bris des attentes légitimes n’est pas mentionné dans la liste des traitements prohibés, mais il est indiqué dans le paragraphe suivant qu’un tribunal « [d]ans l’application de l’obligation susmentionnée, […] peut tenter de déterminer si une Partie a effectué une représentation particulière auprès d’un investisseur, en vue de susciter un investissement visé, laquelle aurait créé une attente légitime » (chapitre 10, art. X.9 (4)). Selon cette formulation, il semble donc qu’un tribunal aurait la liberté d’accepter ou non de prendre en compte les attentes légitimes d’un investisseur. Il est par ailleurs intéressant de voir que seules des « représentations spécifiques » pourraient donner lieu à des attentes légitimes*.* Cette précision devrait donc limiter les cas où un investisseur peut plaider le bris de ses attentes légitimes. En tenant compte de la nouvelle formulation, il sera par ailleurs intéressant de voir si un tribunal acceptera qu’un investisseur plaide le bris des attentes légitimes sur une base autonome ou s’il devra automatiquement le lier avec un des traitements prohibés.

Troisièmement, il est frappant que pratiquement tous les traitements prohibés ont un qualificatif visant clairement à limiter une interprétation trop large par un tribunal (ex. : « manquement essentiel », « manifestement arbitraire »). À ce sujet, Kriebaum soutient que contrairement à l’intention des parties, cet ajout de qualificatif pourrait toutefois créer de nouvelles incertitudes (2014 : 482). Est-ce qu’un traitement arbitraire est toujours inderdit s’il n’est pas manifeste ? Quelle est la différence entre un simple manquement et un manquement essentiel ? Un tribunal doit en effet s’assurer de donner un sens à tous les termes du traité (Convention de Viennes 1969 : art. 31).

Quatrièmement, les Parties ont prévu que la liste des traitements prohibés pourrait être revue et modifiée. Cela vient donc renforcer le rôle de la mise en œuvre du traité puisque la Commission européenne et le gouvernement canadien pourront tenter de garder le contrôle sur les tribunaux en balisant leur pouvoir d’interprétation comme cela a été le cas avec la note interprétative que les Parties à l’ALENA ont adoptée en 2001. Comme cela a été précédemment indiqué (*supra* p. 14), suite à une série de décisions critiquées, les Parties à l’ALENA ont voulu contrôler la mise en œuvre de leur accord en encadrant les possibles futures interprétations du concept de traitement juste et équitable. Dans l’éventualité où les Parties à l’AECG se retrouveraient dans une situation similaire où elles étaient mécontentes avec les décisions de tribunaux arbitraux, elles pourraient donc s’impliquer dans la mise en œuvre du traité en adoptant une interprétation obligatoire pour les arbitres.

### *4.2.4 Une adoption presque totale de la norme d’expropriation indirecte américaine*

En plus du traitement juste et équitable, l’autre garantie principale qu’offrent les traités bilatéraux d’investissement aux investisseurs et investissements étrangers est contre les expropriations. Pour être bien clair, les États peuvent toujours exproprier un investisseur, mais ils se doivent de respecter certains principes clés (Nikièma 2012 : 2). Ici, la Commission européenne n’innove pas et adopte, comme tous les modèles d’accord adoptés par ses États membres, la formule Hull (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 394). Cette dernière découle d’un échange de lettre entre Cordell Hull, secrétaire d’État américain, et son vis-à-vis mexicain en 1938, et soutient qu’une expropriation ne peut être licite qu’en échange d’une « compensation prompte, adéquate et effective » (Newcombe et Paradell 2009 : 18). Une expropriation devrait par ailleurs uniquement être effectuée dans le cadre d’un objectif public, en respect de la loi et sans discrimination (Nikièma 2012 : 3). Ces derniers éléments font également partie de la pratique habituelle de tous les États.

Aujourd’hui, il est rare de voir un État exproprier un investisseur sans respecter les critères qui viennent d’être énoncés. Il arrive par contre plus souvent qu’un État empêche indirectement un investisseur de jouir de son bien lorsqu’il adopte des politiques publiques. Ce faisant, les questions en lien avec les expropriations indirectes sont maintenant celles qui méritent le plus d’attention (Dolzer 2002). Ici aussi, la Commission européenne n’innove pas et s’inspire de l’approche américaine qui s’est développée depuis le début des années 2000. Une expropriation indirecte est ainsi définie comme « une mesure ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation » (chapitre 10, art. X.11 (1)). Une annexe poursuit cette définition en ajoutant quatre critères qui doivent être pris en compte pour déterminer l’existence d’une expropriation indirecte. Ces derniers proviennent principalement de la décision de la Cour suprême américaine dans l’affaire *Penn Central Transportation Co. v. New York City* (Kriebaum 2014 : 463)et sont : l’impact économique, la durée, le niveau d’interférence avec les attentes de l’investisseur et le caractère de la mesure. De plus, il est précisé qu’une mesure prise dans l’intérêt public ne peut qu’exceptionnellement être qualifiée comme une expropriation indirecte. Cette précision, initialement inscrite par les États-Unis au sein d’un échange de lettre adjoint à son traité de libre-échange avec Singapour de 2003, fait aussi déjà partie de la pratique de plusieurs États (USTR 2003 : 2). Bien qu’encore absente de la majorité des traités européens, l’Autriche l’avait notamment ajoutée à son modèle d’accord de 2008 et il n’aurait pas été étonnant de la voir s’étendre aux autres modèles d’accord des pays membres de l’Union européenne (Brown 2013).

Trois éléments attirent de plus l’attention. Premièrement, les critères pour déterminer une expropriation indirecte reprennent exactement ceux développés par la pratique américaineà un point près. Dans l’AECG, il est indiqué que le caractère d’une mesure devrait notamment être évalué selon l’intention derrière la mesure du gouvernement. L’inclusion de l’intention du gouvernement comme critère est significative puisque presque tous les tribunaux la rejetaient de leur analyse étant donné que le principe même d’une expropriation indirecte est que son but premier n’est pas directement d’exproprier. Prendre en compte cet élément aurait alors pour effet d’exclure presque systématiquement la possibilité de qualifier une mesure de politique publique d’expropriation indirecte. Il est clair que cet ajout provient de la Commission européenne puisque c’est complètement absent de la pratique canadienne ou américaine (Kriebaum 2014 : 464-465) et qu’il est également présent au sein de l’ALEUES. S’il est évident que son objectif est de protéger le pouvoir règlementaire de l’Union européenne, son inspiration est cependant plus dure à distinguer. Soulignons que la plus récente proposition de l’Europe pour le Partenariat transatlantique n’incluait pas l’intention du gouvernement pour évaluer l’existence d’une expropriation indirecte. Les États-Unis ont-ils réussi à faire plier la Commission européenne sur ce point ou cette dernière l’a-t-elle finalement abandonné ? Cela reste encore à être déterminé.

Deuxièmement, selon un récent projet de texte du futur chapitre sur l’investissement du Partenariat transatlantique, la Commission européenne tente d’inclure un test de proportionnalité afin de préciser qu’une mesure de politique publique ne sera qu’exceptionnellement qualifiée d’exception indirecte :

*For greater certainty, non-discriminatory measures of general application taken by a Party that are designed to protect legitimate public policy objectives do not constitute indirect expropriation,* ***if they are necessary and proportionate*** (cité dans Kriebeaum 2014 : 466)

Selon Kriebaum, cette modification pourrait s’inspirer de la Cour européenne des droits de l’Homme (CEDH) qui possède une riche jurisprudence sur les critères de nécessité et de proportionnalité (2014 : 467).

Troisièmement, dans l’AECG et l’ALEUES, le calcul de la compensation à offrir suite à une expropriation comprend quelques éléments intéressants. Suite à une expropriation, l’indemnité offerte devrait équivaloir à :

la juste valeur marchande (*fair market value*) […] immédiatement avant que l'expropriation ou que l'imminence de l'expropriation ne devienne publique. Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et tout autre critère pertinent permettant de déterminer la juste valeur marchande. » (chapitre 10, art. X.11 (2))

 La décision de faire référence à la juste valeur marchande unifie donc la pratique européenne autour de la formulation américaine. La Commission européenne va toutefois plus loin en indiquant clairement quels éléments devraient être pris en compte dans le calcul de cette juste valeur marchande; élément qui a soulevé plusieurs questions au sein de la jurisprudence arbitrale (Newcombe et Paradell 2009 : 385-393). Le fait que la liste de critère soit exemplative au lieu d’exhaustive ne met toutefois pas un terme à toutes les incertitudes. De plus, la date à partir de laquelle la valeur de la compensation doit être évaluée attire l’attention. La pratique américaine prévoit normalement que la compensation devrait équivaloir à la valeur de l’investissement immédiatement avant son expropriation. La Commission européenne va plus loin en indiquant que l’indemnité devrait égaler la valeur de l’investissement avant que l’expropriation ne devienne un fait public (chapitre 10, art. X.11). Cela pourrait avoir un effet important puisque si les deux dates divergent, il est possible qu’un investissement perde de la valeur avant que l’expropriation n’ait réellement lieu. Sur ce point, la Commission européenne semble avoir décidé de poursuivre la pratique européenne puisque tous les modèles d’accord européens analysés utilisent un langage similaire sur cette question. La Commission maintient d’ailleurs cette position dans sa négociation avec les États-Unis puisque sa plus récente proposition publiée utilise le même langage que l’AECG sur ce point.

### *4.2.5 Une liberté de transfert limitée par des conditions européennes*

 Une autre norme de traitement incluse dans le modèle d’accord européen est la liberté de transfert. Avant l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette garantie était déjà relativement uniforme en ce qui concerne la pratique américaine et européenne. Une clause de sauvegarde est toutefois incluse pour permettre des restrictions temporaires en lien avec la politique monétaire de l’Union européenne. De plus, les Parties pourront restreindre la liberté des capitaux en cas de problèmes de balance des paiements, de sécurité internationale ou de sanctions économiques (chapitre 32, art. X.03 et X.04). Ces derniers ajouts étaient particulièrement prévisibles étant donné que la Commission européenne avait déjà poursuivi trois États membres de l’Union européenne (Suède, Finlande et Autriche) devant la CJE sur la base que les garanties de transfert incluses dans leurs traités bilatéraux d’investissement ne respectaient pas le droit européen puisqu’elles ne comportaient pas les restrictions précitées (De Luca 2014 : 529-530). La Commission européenne semble ainsi avoir simplement mis en application ce qu’elle demandait à la CJE qui lui avait d’ailleurs donné raison.

### *4.2.6 Quel futur pour la clause parapluie ?*

Une dernière norme de traitement qui semble pouvoir faire partie du modèle d’accord européen est la clause parapluie. Cette dernière prévoit que le non-respect d’un engagement pris envers un investisseur serait automatiquement élevé au niveau d’une violation du traité. Cette clause fait partie de la pratique presque constante des traités européens, mais est étonnamment absente de l’AGCS et de de l’ALEUES (De Luca 2014 : 508). Plusieurs indications donnent toutefois à penser que la Commission européenne désire la poursuivre. Il peut notamment être mis en évidence que le Conseil européen a demandé à la Commission d’inclure ces clauses dans ses futurs traités bilatéraux d’investissement en 2010 et qu’un texte temporaire du chapitre sur l’investissement de l’AECG obtenu par l’IISD comportait une telle clause. La dernière proposition européenne dans le cadre des négociations du Partenariat transatlantique contient par ailleurs une clause parapluie (art. 7). Son exclusion de l’AECG semble donc attribuable au refus catégorique du Canada d’inclure cette clause dans ses traités. Il faut toutefois souligner que le Parlement européen avait spécifiquement demandé à la Commission d’évaluer les impacts de cette clause qu’elle jugeait potentiellement problématique (2011 : para 20). Il est donc possible que la Commission décide finalement d’abandonner son inclusion, de surcroît si les États-Unis la refusent au sein du Partenariat transatlantique. Advenant que la Commission européenne l’inclue dans ses futurs traités, cela pourrait d’ailleurs avoir l’effet indésirable de rendre ses traités asymétriques. La clause NPF, précédemment mentionnée, pourrait en effet l’obliger à offrir ce traitement aux investisseurs canadiens ou américains alors que les siens ne pourraient l’invoquer[[4]](#footnote-4). Pour s’en prémunir, il faudrait à tout le moins que la Commission européenne circonscrive mieux cette clause que ne le faisait sa proposition pour l’AECG qui se lisait : « *Each Party shall observe any obligation it has entered into with regard to an investor of the other Party or an investment of such an investor* » (Bernasconi-Osterwalder 2013 : 17). Pour ce faire, une plausible source d’inspiration pour la Commission pourrait être la pratique de ses États Membres qui s’est notamment développée pour faire face aux problématiques qui sont apparues au sein de la jurisprudence (De Luca 2014 : 519). De Luca suggère par exemple de s’inspirer de l’article 11 (1) du modèle d’accord de l’Autriche qui précise clairement que la clause parapluie ne s’applique qu’aux contrats signés entre un investisseur et une entité étatique (2014 : 519).

## 4.3 Une exception générale limitée

Considérant les multiples garanties et protections qu’offrent les accords sur l’investissement aux investisseurs et aux investissements étrangers, une inquiétude régulièrement formulée est qu’ils risquent du même coup d’empêcher les États d’adopter des mesures dans l’intérêt public (Newcombe 2013 : 267). Le cas de l’Allemagne présenté en introduction de cette section en est d’ailleurs une excellente illustration. Pour faire face à ces craintes, plusieurs des exceptions spécifiques ou limites aux différentes garanties ont progressivement été incorporées dans les modèles de plusieurs pays comme celui développé par la Commission européenne. En supplément, des exceptions générales sont parfois incluses au sein de certains traités bilatéraux d’investissement (Newcombe et Paradell 2009 : 481). Ces derniers demeurent cependant encore marginaux (Newcombe 2013 : 273). Étant donné la possible influence du modèle d’accord européen, le choix d’inclure ou non des exceptions générales retient l’attention.

Dans le cadre de l’AECG, il importe d’abord de souligner que le Canada est l’un des seuls États de l’OCDE à inclure presque systématiquement une exception générale au sein de ses accords sur l’investissement (Newcombe 2013 : 273). Il n’est alors pas étonnant de voir qu’une exception générale y soit effectivement incluse. La Commission européenne semble toutefois y avoir apporté sa touche puisqu’elle ne s’applique qu’aux articles sur l’établissement et le traitement non-discriminatoire du chapitre sur l’investissement. De même, dans l’ALEUES, seul le traitement national est visé par une exception du même type. Au contraire, la pratique canadienne depuis 2004, qui se reflète notamment dans l’ALECC, inclut une exception qui s’applique à l’ensemble de ses accords sur l’investissement. Il apparaît donc que le modèle d’accord que développe la Commission européenne ne comprendrait une exception du type général que pour les garanties s’appliquant principalement durant la période pré-établissement et touchant la non-discrimination. Ce choix est peut-être moins étrange qu’il n’y paraît à prime abord puisque certains auteurs soutiennent que les exceptions générales offrent une protection plus limitée que l’interprétation parfois large que les tribunaux peuvent avoir du concept de mesures d’intérêt public qui n’engagent pas la responsabilité des États (DiMascio et Pauwelyn 2008 : 77; Newcombe 2013 : 280-282). Le modèle d’accord développé par l’IISD pour promouvoir l’inclusion du développement durable dans le droit international des investissements ne possède d’ailleurs pas d’exceptions générales (Newcombe 2013 : 279).

Il est aussi important de relever que dans l’ALEUES comme dans l’AECG, l’exception générale choisie par la Commission européenne s’inspire du GATT. Ce choix peut sembler étonnant puisqu’il est plus naturel de relier les services et les investissements, mais il peut s’expliquer par le fait que l’article XIV de l’AGCS ne comprend pas un alinéa sur la conservation des ressources naturelles à l’instar de l’article XX du GATT. La Commission européenne s’assure donc de bénéficier d’une exception plus large en faisant référence ou en copiant l’article XX du GATT. C’est d’ailleurs ce que faisaient déjà le Canada et plusieurs des autres rares États qui utilisent des exceptions générales dans leurs accords sur l’investissement (Newcombe 2013 : 275-276).

## 4.4 L’arbitrage investisseur – État : un nouveau langage, mais peu de changements concrets

Pour reprendre la célèbre citation du Président de la Cour suprême américaine au début du 19e siècle, les recours juridiques sont bien évidemment le pendant essentiel à tout droit conféré : « *government of laws, and not of men […] will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.* » (cité dans Sergio Puig 2014 : 235). Au sein du droit international des investissements, les investisseurs ont une opportunité relativement rare, soit celle de poursuivre un État souverain devant des tribunaux arbitraux internationaux afin de contester ses décisions et politiques publiques. Cette pratique, pour autant qu’elle semble normale aujourd’hui aux yeux des initiés du droit international des investissements, découle d’une vision contractuelle du droit des investissements qui ne reflète plus la réalité actuelle. Pauwelyn souligne que lors de la création du CIRDI, il était attendu que les plaintes reçues viseraient des bris de contrats signés entre un investisseur étranger et l’État d’accueil (2014 : 26-27). Or il s’avère que 74 % des plaintes actuellement présentées devant le CIRDI sont uniquement basées sur une violation d’un traité et non d’un contrat (Pauwelyn 2014 : 26-27). Selon lui, il peut même être mis en doute que les États désiraient réellement consentir à ce que les investisseurs puissent les poursuivre sur la seule base des traités bilatéraux d’investissement (Pauwelyn 2014 : 27). Depuis la décision *AAPL c. Sri Lanka* en 1990, cette possibilité s’est toutefois cristallisée et a considérablement influencé l’évolution du droit international des investissements.

L’association d’une forme d’arbitrage commercial au droit international des investissements ne plaît cependant pas à tous. Depuis déjà plusieurs années, les règles procédurales de l’arbitrage investisseur – État évoluent pour rendre ce mécanisme notamment plus transparent. Ces plus récents changements n’ont pas pour autant rassuré la population européenne. Le 13 janvier 2014, la Commission européenne publiait ainsi un rapport indiquant que 97% des répondants à sa consultation publique s’opposaient à l’arbitrage investisseur – État (Commission européenne 2014 : 2). Plus récemment, le 10 octobre 2015, entre 150 000 et 250 000 personnes ont marché dans les rues de Berlin pour protester contre le Partenariat transatlantique ; le chapitre sur l’investissement et son mécanisme de règlement des différends arbitrage investisseur – État fait notamment partie des éléments les plus contestés.

Face à ces récents mouvements, la Commission européenne se doit d’être particulièrement novatrice afin de rassurer les citoyens européens. C’est donc sans surprise qu’elle a affirmé en 2010 vouloir créer le mécanisme le plus sophistiqué qui soit (*state-of-the-art mechanism*) et qu’elle a plus récemment proposé la création d’une Cour permanente dans le cadre de sa négociation du Partenariat transatlantique avec les États-Unis (2010 : 10; 2014 : 11). Bien qu’il soit relativement improbable que cette dernière proposition se réalise, les prochains paragraphes de cette dernière sous-section la mettront à profit pour analyser les principales clauses du mécanisme d’arbitrage investisseur – État que l’Union européenne développe actuellement.

### *4.4.1 Des mécanismes non-juridictionnels en apparence importants*

Le premier point qui ressort à la lecture de l’ALEUES, de l’AECG et de la proposition de Cour au sein des négociations du Partenariat transatlantique est que la Commission européenne accorde une importance particulière aux mécanismes non-juridictionnels. Elle fait plus particulièrement la promotion de la médiation tout en obligeant la tenue de consultations avant que l’ensemble des dispositions du mécanisme de règlement des différends puisse être enclenché. Cela dit, même si le langage change quelque peu, Tams souligne que la Commission n’innove pas réellement (2014 : 22). L’obligation de participer à des consultations fait partie de la pratique courante de tous les États européens et américains, et même si certaines particularités pouvaient être soulevées, elles ne devraient avoir que peu d’impact réel. La promotion de la médiation est quant à elle absente de la majorité des traités bilatéraux d’investissement, mais c’est une pratique relativement courante en droit international. L’article 5 du Mémorandum d’accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends peut notamment avoir servi de source d’inspiration et ressemble sensiblement à l’article X.19 du chapitre sur l’investissement de l’AECG. Il faut néanmoins reconnaître que la plus récente proposition de Cour inclut une annexe sur la médiation qui a un niveau de précision plus élevé. Si cette annexe est adoptée, son impact réel reste cependant encore à être démontré puisque le mécanisme est non-contraignant.

### *4.4.2 Des procédures plus détaillées, mais peu de changements réels*

Au sein de l’AECG, il est aussi notable que les règles procédurales de l’arbitrage investisseur – État sont beaucoup plus détaillées. Toutefois, une grande majorité d’entre elles sont loin d’être nouvelles puisqu’elles copient largement les règles du CIRDI ou de la CNUDCI et étaient donc déjà communes à la majorité des États. Parmi celles relativement nouvelles, il peut être noter que les investisseurs qui ont effectué leurs investissements de manière frauduleuse sont empêchés d’utiliser ce mécanisme de règlement des différends (chapitre 10, art. X.17). Cela ne fait clairement pas partie de la pratique canadienne, mais il est en même temps difficile d’affirmer que cela vient d’une proposition européenne puisqu’une telle précision est absente de l’ALEUES et de sa proposition de Cour. Cet ajout n’était cependant peut-être pas essentiel puisqu’il est déjà indiqué au sein de la définition des investissements protégés (*covered investments*) que ces derniers doivent avoir été effectués en conformité avec la loi applicable. Une telle définition est présente au sein de tous les modèles d’accord européen et est justement reprise dans les accords qu’a négociés la Commission européenne depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Des tribunaux arbitraux ont ainsi déjà reconnu, sur la base de clauses similaires, qu’ils n’avaient pas compétence pour entendre des affaires présentées par des investisseurs n’ayant pas respecté le droit national des États hôtes (Newcombe 2013 : 200). Il ne devrait donc pas apparaître étonnant que cette précision de l’AECG ne soit pas reprise dans le futur.

Pour entamer une procédure d’arbitrage, le modèle que développe la Commission européenne prévoit également qu’un investisseur doit obligatoirement faire une demande de désignation de la partie visée. Bien que procédurale, cette nouvelle règle est particulièrement intéressante et résulte clairement de la construction européenne. Il est en effet complètement inutile pour les traités traditionnels signés entre deux États puisqu’un investisseur ne peut déposer sa plainte qu’envers une entité. Dans le cas de l’Union européenne, la question devient cependant quelque peu complexe. Est-ce l’État où l’investissement est situé qui devrait être défendeur et, le cas échéant, payer la compensation ou l’Union européenne ? Cette question peut sembler anodine en apparence, mais toute personne familière avec une construction politique du type fédéral sait que la question du partage des compétences peut devenir particulièrement problématique. En Europe, cette question prend une autre dimension puisque le concept « d’autonomie du droit européen » requiert que la CJE soit la seule Cour à pouvoir juger de la répartition des compétences entre les États européens et les institutions européennes (Schill 2013 : 46; Herrmann 2014 : 582). Ainsi, contrairement à ce que Dufour et Pavot (2015) affirment, la décision de ne pas proposer un guichet unique pour recevoir les plaintes comme c’est le cas à l’OMC ne résulte pas d’une décision d’ordre politique, mais bien d’une question juridique propre à l’Europe. Schill souligne justement que pour s’assurer que l’arbitrage investisseur – État respecte le droit européen, les traités bilatéraux d’investissement signés par l’Europe se doivent « d’internaliser » la question de la détermination de la partie visée (2013 : 49). En l’occurrence, cela copie la méthode utilisée par la Commission dans le cadre de certains traités environnementaux et la Charte de l’énergie, soit le seul traité d’investissement auquel la Communauté européenne était partie avec ses États membres avant l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (Schill 2013 : 49).

Autre élément procédural intéressant à souligner : dans le cadre de l’AECG et de sa proposition de Cour au sein des négociations du Partenariat transatlantique, la Commission européenne inclut une clause de bifurcation (*fork in the road)*. Cette dernière est absente de tous les modèles d’accord européens utilisés et prévoit qu’un investisseur ne peut déposer une plainte devant une cour nationale une fois qu’il l’a présentée devant un tribunal international. Il peut toutefois faire l’inverse et déposer en premier sa plainte devant une cour nationale et ensuite devant un tribunal international. Ici, il est évident que le modèle américain s’est imposé puisque ces clauses reprennent celles présentes dans les accords des États-Unis et du Canada comme l’ALECC.

Au sein de l’ALEUES, de l’AECG et de sa récente proposition de Cour dans le cadre des négociations du Partenariat transatlantique, la Commission européenne met aussi de l’avant deux articles permettant de rapidement mettre un terme aux procédures si la plainte est manifestement sans mérite ou sans fondement juridique. Pour autant que cela soit nouveau par rapport à la pratique des États européens, la Convention CIRDI et le modèle d’accord canadien prévoyaient tous deux la possibilité pour un tribunal d’effectuer rapidement une évaluation préliminaire de sa compétence. Hoffmeister et Alexandru soutiennent quant à eux que cela suit aussi une approche européenne puisque cela reflète l’article 35(3)(a) de la Convention européenne des droits de l’homme (2014 : 399). Toutefois, le modèle des États-Unis de 2012 est réellement ce qui se rapproche du plus près de l’approche que met de l’avant la Commission européenne. Quoique le langage utilisé change quelque peu, les paragraphes 4 et 5 de l’article 28 du modèle américain présente sensiblement les deux mêmes procédures pour exclure des plaintes frivoles alors que les autres ne prévoient que l’exclusion des plaintes manifestement non fondées.

### *4.4.3 Une procédure d’arbitrage au langage renouvelé et en apparence revampée, mais loin d’être inédite*

Une fois ces questions procédurales réglées et les consultations terminées, un investisseur peut finalement avoir accès à l’arbitrage comme tel. Pour ce faire, l’AECG unifie la pratique des États européens et offre aux investisseurs étrangers la possibilité de recourir à n’importe quel forum généralement utilisé en droit international des investissements : du CIRDI, de la CNUDCI et des tribunaux commerciaux internationaux (chapitre 10, art. X.22). Dans sa plus récente proposition de Cour, il est aussi remarquable que la Commission propose d’utiliser amplement ces mêmes forums. Les règles d’arbitrage spécifiquement proposées sont en effet celles du CIRDI ou de la CNUDCI (art. 6). La Commission va même jusqu’à proposer d’utiliser les services du CIRDI ou de la Cour permanente d’arbitrage pour établir son secrétariat (art. 9). En créant un modèle aussi élaboré, il aurait pu être pensé que la Commission européenne créerait son propre mécanisme, indépendant du CIRDI ou des autres forums, mais il ressort finalement que ces derniers demeurent plus que pertinents. Cela aurait été d’autant plus logique que l’Union européenne, en tant qu’organisation internationale, ne peut présentement pas utiliser les services du CIRDI. Ainsi, la Commission européenne n’est pas aussi novatrice que son langage associé à une Cour veut bien le laisser entendre.

En fait, les deux seuls éléments qui apparaissent réellement nouveaux dans la proposition de créer une Cour sont l’établissement d’une liste de juges permanents et la création d’une procédure d’appel (art. 9 et 10). Ces deux éléments sont par ailleurs déjà partiellement présents dans l’AECG qui aspirait aussi à créer une liste d’arbitres (chapitre 10, art. X.25) et entendait ouvrir des discussions entre les parties sur la création d’une procédure d’appel (chapitre 10, art. X.42). De plus, quoique nouveau au sein du droit international des investissements, Colin Brown et Naglis soulignent qu’en choisissant d’établir une liste d’arbitres ou de juges permanents, la Commission poursuit en réalité sa pratique au sein de ses accords de libre-échange (2013 : 27). Le mécanisme de règlement des différends général de l’accord entre l’Union européenne et la Corée de 2011 prévoit justement la création d’une liste de 15 arbitres permanents (art. 14.18).

Fait intéressant, l’AECG prévoit qu’à la demande d’un investisseur, le tribunal pourrait être composé d’un seul arbitre. L’origine de cet élément nouveau pour la pratique européenne comme canadienne n’a pas pu être déterminé, mais peut refléter une sensibilité envers les petites et moyennes entreprises (PME) étant donné que la procédure d’arbitrage est généralement relativement dispendieuse. De plus, pour s’assurer que le mécanisme demeure légitime, l’AECG et la plus récente proposition de Cour ajoutent aussi que les arbitres doivent respecter un certain code d’éthique. Pour retracer l’origine de cette idée, le texte de l’AECG est alors particulièrement éloquent puisqu’il fait littéralement référence au *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

Quant à la décision de créer une procédure d’appel, Debra Steger était d’avis qu’elle représentait la prochaine étape logique au sein du droit international des investissements (2013 : 263). Les États-Unis et le Canada incluent tous les deux depuis quelques années la même disposition que celle présente dans l’AECG qui enjoint les États parties à réfléchir à l’établissement d’une telle procédure afin d’uniformiser les interprétations des tribunaux arbitraux. L’annexe 8-E de l’ALECC et l’annexe 10-D de l’accord entre les États-Unis et le Panama de 2012 en sont deux exemples. Le succès de l’organe d’appel de l’OMC n’est évidemment pas étranger à cet attrait pour un mécanisme d’appel et est clairement une importante source d’influence. La formulation d’une proposition concrète par la Commission européenne d’une procédure d’appel est donc une première au sein du droit international des investissements, mais elle suit une réflexion entamée depuis quelques années dans les cercles de professionnels du droit international des investissements. La proposition de Cour de la Commission européenne pourrait toutefois ne pas avoir l’effet escompté puisque leur mécanisme d’appel n’aurait aucun impact sur l’uniformité des décisions arbitrales étant donné qu’il ne fonctionnerait qu’en vertu d’un traité bilatéral (Steger 2013 : 258).

### *4.4.4 Des règles de transparence dans la continuité des travaux internationaux*

L’association entre l’arbitrage commercial et le droit international des investissements a aussi eu pour conséquence que les procédures comme les décisions des tribunaux sont traditionnellement demeurées secrètes. Alors que les traités européens n’incluaient aucune norme sur cette question, la convention CIRDI prévoit que les décisions ne seront publiées que si les deux parties au différend y donnent leur accord (art. 22.2). Face à la pression de la société civile, la Commission européenne se devait bien évidemment de réviser cette politique. Comme le rappelle Calamita, l’Union européenne tient beaucoup à son image démocratique. Agir autrement l’aurait amené à rejoindre la Chine parmi les seuls principaux signataires d’accords sur l’investissement qui continuent à ne pas promouvoir une plus grande transparence (2014 : 647 et 664). Depuis 2002, le seul traité canadien à ne pas faire la promotion de la transparence est d’ailleurs celui signé avec la Chine (Calamita 2014 : 657). La majorité des États africains, asiatiques et d’Amérique du Sud adoptent en effet la pratique des pays nord-américains qui sont progressivement devenus de plus en plus transparents au cours de la mise en œuvre de l’ALENA (Calamita 2014 : 655 – 663).

Même si le Canada et les États-Unis ont effectivement été des pionniers sur la question de la transparence, il ne peut encore une fois être simplement affirmé que l’Union européenne les a imités. En fait, il est particulièrement intéressant de noter que l’AECG fait spécifiquement référence aux nouvelles règles sur la transparence de la CNUDCI (chapitre 10, art. X.33) et la proposition de Cour reprend sensiblement les mêmes règles. Calamita souligne que ce choix apparaît comme audacieux puisque lors de leurs négociations, aucun État membre de l’Union européenne n’avait déposé une proposition favorable à plus de transparence (2014 : 672 – 673). Cette décision s’explique néanmoins de plusieurs façons. Brown et Naglis soulignent qu’en faisant référence à la CNUDCI, un organe de l’ONU, la Commission européenne vient donner une certaine aura de légitimité au mécanisme d’arbitrage investisseur – État récemment fortement décrié (2013 : 29). De plus, rejeter ces nouvelles règles sur la transparence aurait envoyé un signal étrange puisque la Commission européenne avait participé à les négocier (Brown et Naglis 2013 : 29). Leur inclusion peut au contraire refléter une stratégie visant à les promouvoir afin que d’autres États les adoptent. Calamita rappelle finalement que la Commission européenne se devait de respecter la demande du Parlement européen pour un système plus transparent puisque ce dernier doit maintenant approuver les traités qu’elle négocie (2014 : 674).

### *4.4.5 Une réparation similaire pour de nouvelles raisons*

Une fois la procédure d’arbitrage terminée, le modèle d’accord comprend finalement plusieurs éléments importants à souligner. Premièrement, il est précisé, comme dans l’ALENA, qu’un tribunal peut uniquement obliger un État à offrir une compensation financière à un investisseur lésé. La restitution de la propriété est effectivement envisagée, mais un État a toujours le loisir de de préférer offrir une compensation juste. Hoffmeister et Alexandru soulignent à juste titre que cette affirmation tombe sous le sens puisqu’un tribunal ne pourrait pas forcer un État à abroger ou abandonner l’une de ses politiques, notamment en vertu du principe de la souveraineté étatique (2014 : 400). Dans le cas de l’Union européenne, il faut cependant ajouter que cela est aussi essentiel afin de préserver la fameuse « autonomie du droit européen ». Un tribunal arbitral ne pourrait en effet avoir le pouvoir de forcer un la Commission européenne ou un État membre à abroger une mesure adoptée en vertu du droit européen, sans risquer d’entrer en conflit avec le monopole de la CJE sur l’interprétation du droit européen (Schill 2013 : 50). Les coûts de l’arbitrage doivent par ailleurs être assumés par la partie perdante. Selon les propres dires de la Commission, l’inclusion de cette nouvelle disposition, absente de la pratique canadienne, a pour but de limiter le dépôt de plaintes frivoles (2013 : 8). C’est toutefois une pure et simple reprise de l’article 42 des règles d’arbitrage de la CNUDCI.

Ces dernières remarques viennent ainsi conclure l’analyse du modèle d’accord sur l’investissement que la Commission européenne a progressivement développé depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2008. Tel qu’il l’avait été envisagé au tout début, il ressort très clairement que si l’approche est nouvelle et parfois audacieuse pour les États européens, elle imite et poursuit de précédents développements au sein du régime des investissements. Des stratégies interinstitutionnelles apparaissent aussi lorsqu’on observe les diverses actions qu’a menées ou que mènent la Commission européenne. En somme, pour comprendre l’évolution du modèle européen, il est impossible de faire abstraction du complexe d’institutions qui l’entoure.

# **5. Le nouveau modèle d’accord européen ou comment l’Europe a adapté le modèle américain à ses besoins et intérêts**

Au tournant des années 1970, l’une des grandes différences entre les traités FCN des États-Unis et les traités bilatéraux d’investissement, alors principalement signés par les pays européens, était que les premiers se signaient entre pays développés (Alschner 2013 : 458). De ce fait, ces accords se distinguaient par une approche symétrique des relations économiques entre les États et étaient beaucoup plus détaillés du point de vue de leur contenu (Alschner 2013 : 458). Au contraire, les traités bilatéraux d’investissement sont historiquement reconnus comme des accords asymétriques entre un pays développé et un autre pays en voie de développement. Les garanties offertes aux investisseurs y étaient les plus larges possibles et ne contenait que très peu, voire aucune restriction.

Aujourd’hui, Alschner soutient que suite à la signature de l’ALENA le droit international des investissements revient à l’esprit des traités FCN et, par le fait même, s’américanise (2013 : 480). Il est vrai, comme le présent essai l’a démontré, que plusieurs caractéristiques propres aux traités FCN sont réapparues. À l’image de l’AECG, plusieurs accords sur l’investissement sont maintenant signés entre pays développés et entre pays en voie de développement. Un tel constat favorise le retour d’une relation plus symétrique entre les États signataires d’accord sur l’investissement. Le fait que les pays développés reçoivent actuellement des plaintes d’investisseurs étrangers les forcent évidemment à développer des accords plus équilibrés afin de préserver leur pouvoir réglementaire. De plus, les investissements sont davantage appréhendés dans un contexte économique global. L’inclusion grandissante de chapitres sur l’investissement au sein d’accords de libre-échange reflète à l’évidence cette approche plus holistique des relations économiques internationales.

Le modèle d’accord européen présenté dans le cadre de la présente analyse reflète bien évidemment tous ces éléments. En plus de s’être développé au fil des négociations avec d’autres États développés, ce modèle s’est clairement éloigné des accords principalement pro-investisseurs qui caractérisaient le *gold standard* européen. En ce sens, le nouveau modèle d’accord européen s’américanise effectivement. Toutefois, cette affirmation ne devrait pas obscurcir l’autre conclusion qui ressort très clairement du présent essai, soit que la Commission européenne ne s’est pas uniquement inspirée de l’Amérique du Nord dans le développement de son modèle.

Le complexe d’institutions en place présentait en effet une multitude de sources d’inspiration. L’OMC, ses précédents traités de libre-échange, la jurisprudence arbitrale et internationale, les travaux d’organisations internationales de même que la Charte de l’énergie, seul traité d’investissement signé par l’Union européenne avant le Traité de Lisbonne, sont notamment mis à profit par la Commission européenne dans le développement de son modèle. Une lecture approfondie du texte des différentes clauses mises de l’avant par la Commission européenne nous apprend qu’en changeant certains mots ou en adoptant certains concepts, l’Europe développe en fait son propre modèle. L’inclusion d’un article sur l’accès au marché et la non-référence au droit international coutumier pour qualifier le traitement juste et équitable sont notamment deux éléments qui distinguent singulièrement son modèle du modèle américain. Des règles présentes au sein d’autres traités se sont ainsi répercutées dans le modèle d’accord européen. De plus, des stratégies interinstitutionnelles ont pu être observées alors que la Commission européenne négocie parallèlement des traités avec d’autres importants acteurs comme la Chine et les États-Unis. Finalement, les postulats de Poulsen en lien avec la rationalité limitée des acteurs ont aussi permis de mieux comprendre le développement du modèle d’accord sur l’investissement européen. Les négociateurs européens démontrent en effet une tendance à favoriser un certain statu quo et à utiliser les informations qu’ils connaissent le mieux en basant régulièrement leur leur décision sur leur expérience passée à l’OMC ou dans la négociation de précédents accords de libre-échange. Le nombre de liens entre ce nouveau modèle d’accord européen et les règles de l’OMC est à ce sujet très significatif, surtout que le commerce et l’investissement sont souvent analysés séparément.

En somme, l’Europe a adopté le format des traités bilatéraux d’investissement américains, mais le contenu de son modèle d’accord demeure différent. Pour reprendre les mots de Titi, on peut affirmer que la Commission européenne a ainsi délaissé son *gold standard* au profit d’un *platinum standard*. Au cours des prochaines années, il sera intéressant de voir si la pression, notamment à cause des clauses NPF et du désir d’uniformiser la jurisprudence, ne s’accentuera pas jusqu’à voir apparaître un modèle d’accord uniforme à travers le système international. Cela pourrait notamment passer par la création d’un Cour permanente comme le propose actuellement l’Europe, voire la signature d’une convention multilatérale. Ces éventualités apparaissent cependant pour le moins improbables dans un avenir proche et l’Europe risque bien de continuer à peaufiner son modèle au cours des prochaines années.

# **Bibliographie**

Littérature scientifique

Abbott Kenneth W., 2012, « The Transnational Regime Complex for Climate Change », *Government and Policy,* Vol. 30, no 4 : 571-590.

Allee Todd et Clint Peinhardt, 2010, « Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining Over Dispute Resolution Provisions », *International Studies Quaterly,* Vol. 54, no 1 :1-26.

Alter Karen J. et Sophie Meunier, 2009, « The Politics of International Regime Complexity », *Perspectives on Politics,* Vol. 7, no 1 : 13-24.

Alter Karen J. et Sophie Meunier, 2006, « Nested and Overlapping Regimes in the Transatlantic Banana Trade Dispute », *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, no 3 : 362-382.

Alschner Wolfgang, 2013, « Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law », *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, no 2 : 455-486.

Beatens Freya, 2013, « No Law is an Island, Entire of Itself – How International Investment Law Interacts with Other Fields of Public International Law », dans F. Beatens, *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, New-York, Cambridge University Press : 1-17.

Bernasconi-Osterwalder Nathalie, 2013, « Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) », *IISD Report*: 1-31.

Betts Alexander, 2010, « The Refugee Regime Complex », *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 29, no 1 : 13-37.

Bonzon Anne-Juliette, 2014, « Balance Between Investment Protection and Sustainable Development in BITs », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 5-6 : 809-826.

Bungenberg Marc, 2014, « The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 402-421.

Bungenberg Marc et August Reinisch, 2014, « The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 375-378.

Busch Marc L., 2007, « Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade », *International Organization*, Vol. 61, no 4 : 735-761.

Brown Chester, 2013, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties (*1ère éd.), Oxford, Oxford University Press.

Brown Colin et Ilmãrs Naglis, 2013 « Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements », dans M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 17-35.

Calamita N. Jansen, 2012, « The Making of Europe’s International Investment Policy: Uncertain First Steps », *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 39, no 3 : 301-330.

Calamita N. Jansen, 2014, « Dispute Settlement Transparency in Europe’s Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 645-678.

Chaisse Julien, 2012, « Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime? », *Journal of International Economic Law,* Vol. 15, no 1 : 51-84.

Clodfelter Mark A., 2009, « The Adaptation of States to the Changing World of Investment Protection through Model BITs », *ICSID Review,* Vol. 24, no 1 : 165-175.

Colen Liesbeth, Miet Maertens et Johann Swinnen, 2013, « Determinants of Foreign Direct Investment Flows to Developing Countries: the Role of International Investment Agreements », dans O. de Schutter, J. F. M. Swinnen, J. Wouters (dir.), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 116-137.

Copelovitch Mark S. et Tonya L. Putnam, 2014, « Design in Context: Existing International Agreements and New Cooperation », *International Organization*, Vol. 68, no 2 : 471-493.

Coyle John F., 2013, « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law,* Vol. 51, no 2 : 302-359.

De Luca Anna, 2014, « Umbrella Clauses and Transfer Provisions in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 506-533.

De Mestral Armand et Céline Lévesque (dir.), 2013, *Improving International Investment Agreements,* New-York, Routledge.

De Mestral Armand, 2013 « The Evolving Role of the European Union in IIA Treaty-Making », dans A. De Mestral, C. Lévesque (dir.), *Improving International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 42-58.

DiMascio Nicholas et Joost Pauwelyn, 2008, « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin », *American Journal of International Law,* Vol. 102, no 1 : 48-89.

Dolzer Rudolf, 2002, « Indirect Expropriations: New Developments? (Regulatory Expropriations in International Law) », *New York University Environmental Law Journal,* Vol. 11 , no 1 : 64-93.

Duffield John, 2007, « What Are International Institutions? », *International Studies Review*, Vol. 9, no 1 : 1-22.

Dumberry Patrick, 2013, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business.

Elkins Zachary, Andrew T. Guzman et Beth Simmons, 2008, « Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 », *International Organization,* Vol. 60, no 4 : 811-846.

Fontanelli Filippo et Giuseppe Bianco, 2014, « Article: Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law,* Vol. 50, no 2 : 211-266.

Gehring Thomas et Benjamin Faude, 2013, « The Dynamics of Regime Complexes: Microfoundations and Systemic Effects », *Global Governance,* Vol. 19, no 1 : 119-130.

Guzman Andrew T., 1998, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, no 4 : 639-688.

Haas Ersnt, 1982, « Words Can Hurt You; Or, Who Said What to Whom about Regimes », *International Organization,* Vol. 36, no 2 : 207-243.

Haas Peter, 1992, « Epistemic Communities and International Policy Coordination », *International Organization,* Vol. 46, no 1 : 1-35.

Hafner-Burton Émilie M., 2009, « The Power Politics of Regime Complexity: Human Rights Trade Conditionality in Europe », *Perspectives on Politics,* Vol. 7, no 1 : 33-37.

Haggard Stephan et Beth A. Simmons, 1987, « Theories of International Regimes », *International Organization,* Vol. 41, no 3 : 491-517.

Henquet Thomas, 2013, « International Investment and the European Union: an Uneasy Relationship », dans F. Beatens, *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, New-York, Cambridge University Press : 375-386.

Herrmann Christoph, 2014, « The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 570-584.

Hoffmeister Frank et Gabriela Alexandru, 2014, « A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 379-401.

Johnson Pierre-Marc, Patrick Muzzi et Véronique Bastien, 2013, « The Voice of Quebec in the CETA Negotiations », *International Journal,* Vol. 68, no 4 : 560-567.

Kahale III George, 2012, « Is Investor-State Arbitration Broken? », *Transnational Dispute Settlement,* Vol. 9, no 7: 1-36.

Keck Margaret et Kathryn Sikkink, 1999, « Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics », *International Social Science Journal*, Vol. 51, no 159 : 89-101.

Koremenos Barbara, Charles Lipson et Duncan Snidal, 2001, « The Rational Design of International Institutions », *International Organization,* Vol. 55, no 4 : 761-799.

Krasner Stephen D., 1982, « Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables », *International Organization,* Vol. 36, no 2 : 185-205.

Kriebaum Ursula, 2014, « FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 454-483.

Lévesque Céline, 2013, « The Challenges of ‘Marrying’ Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA », dans M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 121-146.

Lévesque Céline, 2015, « Les négociations transatlantiques sur l’investissement : un travail d’équilibriste, illustré par la norme de traitement juste et équitable », dans C. Deblock, J. Lebullenger, S. Paquin (éd.), *Un nouveau pont sur l’Atlantique,* Québec, Presses de l’Université du Québec : 169-180.

Lévesque Céline et Andrew Newcombe, 2013, « The Evolution of IIA Practice in Canada and the United States », dans A. De Mestral, C. Lévesque (dir.), *Improving International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 25-41.

Meseguer Covadonga, 2006, « Rational Learning and Bounded Learning in the Diffusion of Policy Innovations », *Rationality and Society,* Vol. 18, no 1 : 35-66.

Meunier Sophie et Jean-Frédéric Morin, 2015, « No Agreement is an Island: Negotiating TTIP in a Dense Regime Complex », dans J.-F. Morin, T. Novotná, F. Ponjaert, M. Telò (dir.), *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations: TTIP in a Globalized World*, Burlington, Ashgate.

Morin Jean-Frédéric et Amandine Orsini, 2013, « Regime Complexity and Policy Coherency: Introducing a Co-adjustments Model », *Global Governance,* Vol. 19, no 1 : 41-51.

Nelson Timothy G., 2012, « Going Dutch - the Many Virtues of the Netherlands Model BIT », *Dispute Resolution International,* Vol. 6, no 2 : 161-182.

Newcombe Andrew et Lluís Paradell, 2009, *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business.

Newcombe Andrew, 2013, « Developments in IIA Treaty-making », dans A. De Mestral, C. Lévesque (dir.), *Improving International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 15-24.

Nikièma Suzy H., 2012, *L’expropriation indirecte en droit international des investissements,* Genève, The Gradudate Institute Publications.

Orsini Amandine, Jean-Frédéric Morin et Oran Young, 2013, « Regime Complexes: A Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance? », *Global Governance,* Vol. 19, no 1 : 27-39.

Pauwelyn Joost, 2014, « At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Review,* Vol. 29, no 2 : 1-47.

Poulsen Lauge N. Skovgaard, 2012, « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quaterly,* Vol. 58, no 1 : 1-14.

Poulsen Lauge N. Skovgaard et Emma Aisbett, 2014, « When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics,* Vol. 65, no 2 : 273-313.

Poulsen Lauge N. Skovgaard, 2015, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Puig Sergio, 2014, « No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration », dans Z. Douglas, J. Pauwelyn, J. E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, Oxford University Press : 236-263.

Puig Sergio, 2014, « Social Capital in the Arbitration Market », *European Journal of International Law,* Vol. 25, no 2 : 387-424.

Raustiala Karl et David G. Victor, 2004, « The Regime Complex for Plant Genetic Resources », *International Organization,* Vol. 58, no 2 : 277-309.

Reinisch August, 2014, « Putting the Pieces Together ... an EU Model bit? », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 679-704.

Rosendorff Peter B., 2005, « Stability and Rigidity: Politics and Design of the WTO's Dispute Settlement Procedure », *The American Political Science Review*, Vol. 99, no 3 : 389-400.

Schill Stephan W., 2009, *The Multilateralization of International Investment Law*, New-York, Cambridge University Press.

Schill Stephan W., 2013, « Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investments Agreements », dans M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 37-56.

Shan Wenhua et Sheng Zhang, 2012, « The Potential EU-China BIT: Issues and Implications », dans M. Bungenberg, A. Reinisch, C. Tietje (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 87-119.

Shan Wenhua et Sheng Zhang, 2014, « Market Access Provisions in the Potential EU Model BIT: Towards a “Global BIT 2.0”? », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no3-4 : 422-453.

Steger Debra, 2013, « Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism », dans A. De Mestral, C. Lévesque (dir.), *Improving International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 247-264.

Strange Susan, 1982, « Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis », *International Organization,* Vol. 36, no 2 : 479-496.

Tams Christian J., 2014, « Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of an European Approach? », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 586-611.

Tobin Jennifer L. et Marc L. Busch, 2010, « A BIT Is Better Than a Lot: Bilateral Investment Treaties and Preferential Trade Agreements », *World Politics,* Vol. 62, no 1 : 1-42.

Titi Catharine, 2014, « Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 534-550.

Tzanakopoulos Antonios, 2014, « National Treatment and MFN in the (Invisible) EU Model BIT », *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, no 3-4 : 484-505.

Vlassis Antonios, 2015, « Négociations commerciales récentes et industries culturelles : de l’affrontement politique à la réconciliation normative », dans C. Deblock, J. Lebullenger, S. Paquin (éd.), *Un nouveau pont sur l’Atlantique,* Québec, Presses de l’Université du Québec : 261-280.

Weiss Friedl et Silke Steiner, 2013, « The Investment Regime under Article 207 of the TFEU – a Legal Conundrum: the Scope of ‘Foreign Direct Investment’ and the Future of Intra-EU BITs », dans F. Beatens, *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, New-York, Cambridge University Press : 355-374.

Wouters Jan, Sanderijn Duquet et Nicolas Hachez, 2013, « International Investment Law: The Perpetual Search for Consensus », dans O. de Schutter, J. F. M. Swinnen, J. Wouters (dir.), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements,* New-York, Routledge : 25-69.

Yackee Jason Webb, 2008, « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *Law & Society Review,* Vol. 42, no 4 : 805-832.

Publication gouvernementale

Commission européenne, 2010, *Towards a comprehensive European international investment policy,* 7 juillet. Consulté sur internet

 (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>) le 12 décembre 2015.

Commission européenne, 2011, *Follow up to the European Parliament Resolution on the Future European International Investment Policy*, 6 avril. Consulté sur internet

 (<http://www.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=19829&j=0&l=en>) le 12 décembre 2015.

Commission européenne, 2013, *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*, 26 novembre. Consulté sur internet

 (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>) le 12 décembre 2015.

Commission européenne, 2014, *Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership agreement,* 13 janvier. Consulté sur internet

 (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153045.pdf>) le 12 décembre 2015.

Commission européenne, 2015a,  *Note de synthèse : L’investissement dans le TTIP et au-delà – La voie de la réforme,* 5 mai. Consulté sur internet

(<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153456.pdf>) le 12 décembre 2015.

Commission européenne, 2015b, *Proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d’investissements et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP,* 16 septembre. Consulté sur internet

 (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf>) le 12 décembre 2015.

Conseil européen, 2012, *CETA Landing Zones,* 6 novembre. Consulté sur internet

 (<http://www.lapresse.ca/html/1633/Document_UE_2.pdf>) le 12 décembre 2015.

Parlement européen, 2011, *Rapport sur la future politique européenne en matière d’investissements internationaux,* 22 mars. Consulté sur internet

(<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0070+0+DOC+XML+V0//FR>) le 12 décembre 2015.

United States Trade Representative, 2003, *Side letter on expropriation,* 6 mai. Consulté sur internet

 (<https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file58_4058.pdf>) le 12 décembre 2015.

Documentation d’organisation internationale

Organisation de coopération et de développement économique, 2008, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations,* 17 mars. Consulté sur internet

 (<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/internationalinvestmentlawunderstandingconceptsandtrackinginnovations.htm>) le 12 décembre 2015.

Convention internationale

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

Jurisprudence internationale

*Abaclat and Others v The Republic of Argentina* (2011), *Decision on jurisdiction and admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p.3.

*Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka* (1990), *Award on the merits, ICSID ARB/87/3* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina* (2005), *Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/01/8 1* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v The Republic of Argentina* (2007),  *Award on the merits, ICSID Case No. ARB/97/3* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (2000), *Decision on jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/7* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v The Republic of Argentina* (2006), *Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/02/1* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Metalclad v The United Mexican States* (2000), *Award on the Merits, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* (2012), *Award on the merits, ICSID Case No. ARB/06/11* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia* (2011), *Notice of claim, PCA Case No. 2012-12* (Permanent Court of Arbitrage).

*Pope & Talbot Inc. v The Government of Canada* (2001), *Award on the Merits, UNCITRAL* (United Nations Commission on International Trade Law).

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v Kingdom of Morocco* (2001), *Decision on jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4*(International Center for Settlement of Investment Disputes).

*S.D. Myers v The Government of Canada* (2000), *First Partial Award on the Merits, UNCITRAL* (United Nations Commission on International Trade Law).

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan* (2003), *Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/01/13* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of Philippines* (2004), *Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/02/6* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Tokio Tokéles v Ukraine* (2004), *Decision on jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany* (2012), *Notice of intent, ICSID Case No. ARB/12/12* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

*Wintershall Aktiengesellschaft v The Republic of Argentina* (2008), *Award on the merits, ICSID Case No. ARB/04/14* (International Center for Settlement of Investment Disputes).

1. Pour une version du modèle d’accord autrichien de 2008, voir Brown 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. L’Angleterre, la France, l’Allemagne, l’Autriche, la Suisse, l’Italie et les Pays-Bas sont quelques exemples des pays européens à avoir développé des modèles d’accord sur l’investissement. Les États-Unis, le Canada, la Chine, la Russie et la Corée du Sud sont également du nombre des pays à avoir un tel modèle. Pour une analyse de ses modèles d’accord, voir : Brown 2013. [↑](#footnote-ref-2)
3. Voir par exemple l’affaire *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (2012), Award on the merits, ICSID Case No. ARB/06/11 (International Center for Settlement of Investment Disputes)* [↑](#footnote-ref-3)
4. Tel que cela a été discuté aux pages 32 et 33 du présent essai, il faudrait cependant voir si le clause parapluie donnerait lieu a un traitement *de facto* ou *de jure* pour qu’elle s’applique. [↑](#footnote-ref-4)