



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Mémoire de Maîtrise universitaire en droit économique

L'arbitrage d'investissement : crise et réforme

Dylan Gabriel FROSSARD

Travail effectué sous la direction du

Professeur Makane Moïse MBENGUE

et

Dr Stefanie SCHACHERER

Dans le cadre du séminaire « Droit international des investissements »

Janvier 2020

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	II
I. INTRODUCTION.....	1
II. PROBLÈMES CHOISIS DE LA CRISE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	2
A. COHÉRENCE	2
1. <i>Notion</i>	2
2. <i>Causes</i>	4
i. Les divergences interprétatives.....	5
a. <i>Notion</i>	5
b. <i>Les affaires SGS contre Pakistan et SGS contre Philippines</i>	8
ii. Le cadre institutionnel et procédural	12
B. TRANSPARENCE	15
1. <i>Notion</i>	15
2. <i>L'intérêt de la transparence</i>	16
3. <i>La tendance vers davantage de transparence</i>	18
i. <i>Les affaires SD Myers Inc. contre Canada et Methanex Corp. contre États-Unis d'Amérique</i>	18
ii. <i>Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence et la Convention de Maurice sur la transparence</i>	19
C. GEL RÈGLEMENTAIRE	21
1. <i>Notion</i>	21
2. <i>L'affaire Philip Morris contre Australie</i>	23
3. <i>Controverses doctrinales</i>	27
III. LA RÉFORME DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	29
A. LA RÉFORME DU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DU CIRDI.....	30
1. <i>Obligation de divulguer le financement de tiers</i>	30
2. <i>Transparence accrue</i>	33
3. <i>Bifurcation d'objections préliminaires</i>	36
4. <i>Durée des procédures</i>	39
B. LA RÉFORME AU SEIN DU GROUPE DE TRAVAIL III DE LA CNUDCI.....	42
1. <i>Remèdes au problème des procédures concurrentes</i>	42
2. <i>Création d'un organisme d'appel autonome</i>	47
3. <i>Vers une cour internationale des investissements ?</i>	51
C. LA RÉFORME PROPOSÉE PAR L'UNION EUROPÉENNE.....	56
1. <i>Système juridictionnel des investissements</i>	56
2. <i>Tribunal multilatéral des investissements</i>	63
IV. CONCLUSION	67
BIBLIOGRAPHIE	70

Liste des abréviations

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
p.	page(s)
s.	et suivante
ss	et suivantes
CETA	Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada
Cf.	<i>Confer</i>
ch.	chiffre
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Édit.	Éditeur(s)
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
<i>Loc. cit.</i>	<i>Locus citatus</i>
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
n°	numéro
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
v.	<i>versus</i>
Vol.	Volume

« Do I believe in arbitration? I do. But not in arbitration between the lion and the lamb, in which the lamb is in the morning found inside the lion. » (Samuel GOMPERS)

I. Introduction

Dans l'univers singulier du droit international des investissements, l'arbitrage s'est rapidement révélé comme étant l'outil de prédilection du règlement des différends entre investisseurs et États-hôtes (ci-après : RDIE)¹. Preuve en est son ascension fulgurante depuis la fin des années nonante : selon les derniers chiffres de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (ci-après : CNUCED²), un total de 942³ procédures ont été introduites contre 117 États en l'espace de seulement vingt années⁴.

On ne saurait trop insister sur l'avantage considérable que présente l'arbitrage d'investissement en particulier pour les investisseurs, à savoir l'accès à un système neutre et fiable de règlement international des différends, détaché du risque de partialité des tribunaux de l'État-hôte. Partant, cette approche extra-judiciaire tend à éliminer l'un des écueils les plus importants de l'investissement étranger, soit l'accès inefficace à la justice au sein du système juridique de l'État-hôte.

Nonobstant cet essor remarquable, l'arbitrage d'investissement est actuellement en proie à une crise aiguë⁵ et fait l'objet de diverses critiques émanant du milieu

¹ DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international des investissements*, Pedone, Paris, 2017, p. 229.

² En anglais : *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD).

³ Il convient de préciser que selon la CNUCED, le nombre réel de différends investisseur-État survenus tant en 2018 que durant les années précédentes est probablement plus élevé, la plupart des accords internationaux d'investissement permettant un arbitrage totalement confidentiel (UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p. 102).

⁴ UNCTAD, *Fact sheet on investor-state dispute settlement cases in 2018*, p. 1.

⁵ MBENGUE Makane Moïse/NEGM Mohamed H., *An African View on the CETA Investment Chapter*, in MBENGUE Makane Moïse/SCHACHERER Stefanie (édit.), *Foreign Investment Under the Comprehensive*

académique, de la société civile ainsi que du monde des affaires⁶. Le présent travail se donne dès lors pour objectif de s'intéresser à certains aspects de cette crise ainsi qu'aux réformes proposées pour y remédier.

Dans un premier temps, nous examinerons les difficultés ayant trait à la cohérence (II. A), à la transparence (II. B), ainsi qu'au gel règlementaire (II. C). Nous analyserons ensuite trois propositions de réforme, soit la réforme des règlements de procédure du CIRDI (III. A), la réforme du Groupe de travail III de la CNUDCI (III. B), avant de traiter de la réforme de l'Union européenne (III. C). Enfin, nous terminerons notre étude par une conclusion (IV.).

II. Problèmes choisis de la crise de l'arbitrage d'investissement

A. Cohérence

1. Notion

Il sied d'emblée de relever que la cohérence (ou l'uniformité) des décisions arbitrales est au cœur des critiques relatives à l'arbitrage d'investissement, raison pour laquelle nous choisissons de l'aborder en premier. De manière générale, un système normatif donné est cohérent s'il traite des situations identiques ou similaires de la même

Economic and Trade Agreement (CETA), *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 15, Springer, Cham, 2019, p. 259 ; SCHACHERER Stefanie, *The EU as a Global Actor in Reforming the International Investment Regime in Light of Sustainable Development*, in Geneva Jean Monnet Working Papers, 2017, p. 15.

⁶ Cf. par exemple la prise de position de la Fédération des industries allemandes reconnaissant que les préoccupations relatives au RDIE doivent être prises sérieusement et que les instruments d'investissement actuels et la pratique du RDIE présentent diverses lacunes (BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE, *Positionspapier - Schutz europäischer Investitionen im Ausland: Anforderungen an Investitionsabkommen der EU*, 2014, p. 17).

manière et s'il accorde un traitement égal aux acteurs dudit système⁷. En d'autres termes, un système cohérent est idéalement exempt de contradictions⁸.

S'agissant de l'intérêt pratique de la cohérence des décisions, plus spécifiquement dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, il est généralement⁹ admis que celle-ci constitue un facteur qui engendre une certaine prévisibilité, contribuant ainsi à la crédibilité et à la légitimité du système¹⁰. À l'inverse, un système de RDIE dans lequel

⁷ SCHREUER Christoph, *Coherence and Consistency in International Investment Law*, in ECHANDI Roberto/SAUVÉ Pierre (édit.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 391 ; ANDERLINI Luca/FELLI Leonardo/RIBONI Alessandro, *Legal Efficiency and Consistency*, in *European Economic Review*, Vol. 121, 2019, note 2.

⁸ BATTISTA RATTI Giovanni/RODRÍGUEZ Jorge Luis, *On Coherence as a Formal Property of Normative Systems*, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 27, 2015, p. 132.

⁹ Il existe un débat doctrinal relatif à l'intérêt même de la cohérence des décisions arbitrales. SCHULTZ nuance considérablement l'intérêt de la cohérence : « The pursuit of consistency among decisions only has a very relative value, dependent on what is being made consistent. Pursuing consistency, furthering the rule of law, may in fact do more harm than good. » (SCHULTZ Thomas, *Against Consistency in Investment Arbitration*, in DOUGLAS Zachary/PAUWELYN Joost/VINUALES Jorge E. (édit.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 1) ; KAUFMANN-KOHLER soutient que la cohérence est au contraire primordiale : « Obviously, investment law is in its early stages of development and thus requires consistency. In sum, [...] we need consistency for the sake of the development of the rule of law. » (KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *Is Consistency a Myth?*, in GAILLARD Emmanuel/BANIFATEMI Yas (édit.), *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2008, p. 145). Nous nous rallions à ce deuxième avis.

¹⁰ SCHACHERER Stefanie, *TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 7, 2016, p. 640 ; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration*, 2018, p. 6 ; BROWER Charles H., *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, p. 52 ; REINISCH August, *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*, in KLAUSEGGER Christian/KLEIN Peter/KREMSLEHNER Florian/PETSCH Alexander/PITKOWITZ Nikolaus/POWER Jenny/WELSER Irene/ZEILER Gerold (édit.), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Stämpfli, Berne, 2008, p. 1.

des situations comparables produisent des résultats contradictoires ne peut être qu'imprévisible, ce qui accroît le nombre de différends et les coûts afférents¹¹.

De surcroît, les décisions arbitrales incohérentes présentent l'inconvénient majeur de mettre à mal les attentes légitimes – tant des investisseurs que des États-hôtes – ayant trait à la sécurité juridique¹². En effet, d'une part, les investisseurs ayant structuré leurs investissements de manière à profiter de la couverture conférée par les traités d'investissement constatent qu'ils n'en bénéficieront pas *in fine*, contrairement à leurs prévisions¹³. D'autre part, les États-hôtes se retrouvent dans une position inconfortable leur permettant difficilement d'expliquer à leurs ressortissants pourquoi ils sont passibles de dommages-intérêts dans un cas et non dans un autre¹⁴.

2. Causes

L'on peut imputer cette incohérence notamment à deux raisons, à savoir d'une part, les divergences ayant trait à l'interprétation (i), et d'autre part, le cadre institutionnel et procédural (ii).

¹¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *loc. cit.* ; SCHILL Stephan, *International Investment Law and the Rule of Law*, in JOWELL Jeffrey/THOMAS Christopher/VAN ZYL SMIT Jan (édit.), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development*, Academy Publishing, Singapore, 2015, p. 97.

¹² VON WALTER André/ ANDRISANI Maria Luisa, *Resolution of Investment Disputes*, in MBENGUE Makane Moïse/SCHACHERER Stefanie (édit.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 15, Springer, Cham 2019, p. 188 ; POTESTÀ Michele, *Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, 2013, p. 91.

¹³ FRANCK Susan D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, p. 1558.

¹⁴ *Idem*.

i. Les divergences interprétatives

a. Notion

La première source d'incohérence, et sûrement la plus capitale, peut être rattachée aux divergences interprétatives, c'est-à-dire les interprétations contradictoires effectuées par les tribunaux arbitraux en matière d'investissements dans le cadre du RDIE. En effet, comme nous le verrons dans l'exemple ci-après¹⁵, il arrive qu'en présence de faits et de dispositions légales similaires, des sentences différentes soient prononcées. Relevons à cet égard que les divergences interprétatives susmentionnées résultent de deux facteurs.

D'un côté, elles peuvent être liées à la nature même du droit international des investissements, qui comporte de manière générale de nombreuses notions juridiques indéterminées pouvant faire l'objet d'interprétations différentes, par exemple le traitement juste et équitable¹⁶, la protection pleine et entière¹⁷, la clause de la nation la plus favorisée¹⁸ ainsi que la clause de respect des engagements¹⁹ notamment. Le fait

¹⁵ Cf. *infra* p. 8 ss.

¹⁶ En anglais : *Fair and Equitable Treatment* (FET). Ce principe, bien qu'il figure dans la majorité des accords internationaux d'investissement, n'en est pas moins imprécis selon la CNUCED : « There is a great deal of uncertainty concerning the precise meaning of the concept, because the notions of "fairness" and "equity" do not connote a clear set of legal prescriptions in international investment law and allow for a significant degree of subjective judgment. » (UNCTAD, *World Investment Report 2012*, p. 139).

¹⁷ En anglais : *Full protection and security* (FPS). Pour plus de détails sur ce principe, cf. SCHREUER Christoph, *Full Protection and Security*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2010, p. 1 ss.

¹⁸ En anglais : *Most-favoured nation* (MFN). Pour plus de détails sur cette clause, cf. OCDE, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2004, p. 1 ss, ainsi que CAZALA Julien, *Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement national*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p. 265 ss.

¹⁹ Cf. *infra* p. 8 s.

même que le contentieux s'articule autour de concepts juridiques parfois vagues et destinés à être appliqués à un large éventail de situations favorise ainsi les interprétations divergentes lorsqu'il s'agit d'appliquer ces principes à un cas concret, mettant *in fine* à mal la cohérence du système.

De l'autre côté, les tribunaux arbitraux œuvrent de manière décentralisée et sont formés sur une base *ad hoc*. C'est ainsi que chaque différend est tranché par des tribunaux composés de différents arbitres choisis par les parties, qui ont parfois des positions opposées sur les questions en jeu²⁰, augmentant *de facto* le risque de décisions contradictoires.

Il convient également de relever que ces divergences interprétatives sont d'autant plus renforcées par l'absence de *stare decisis*. En effet, contrairement à ce qui prévaut dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, en particulier de *common law*²¹, il n'existe pas, en droit international des investissements, de principe de précédence ou *stare decisis*, en vertu duquel un tribunal arbitral est lié par les décisions de tribunaux ayant statué avant lui. Selon un auteur²², cela résulte de la lettre de l'article 53 § 1 Convention CIRDI, qui prévoit que « La sentence est obligatoire à l'égard des parties », sentence qui ne lierait ainsi que ces dernières, à l'exclusion de toute autre autorité juridictionnelle. Il s'ensuit que l'absence d'obligation de suivre une règle du précédent provoque intrinsèquement un « risque d'incohérence dans les résultats »²³, dans la mesure où un tribunal arbitral peut sans autre se départir d'une interprétation

²⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *op. cit.*, p. 6 ; SCHREUER Christoph, *Coherence and Consistency in International Investment Law*, 2013, p. 398 s.

²¹ DENNIS James, *Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent*, in *Louisiana Law Review*, Vol. 54, 1993, p. 3 ; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, Vol. 23, 2006, p. 359 ; REINISCH August, *loc. cit.*

²² SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 1101. Cf. cependant KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.* note 21, p. 368.

²³ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public*, in *Revue libanaise de l'arbitrage*, n° 32, 2004, p. 24.

communément admise d'un traité bilatéral d'investissement (ci-après TBI²⁴) par exemple. Il sied toutefois de relever que, en dépit du défaut de principe de *stare decisis* tel que développé ci-dessus, les tribunaux arbitraux en matière d'investissement admettent qu'une prise en considération de la jurisprudence rendue par d'autres tribunaux est souhaitable voire nécessaire²⁵.

²⁴ En anglais : *Bilateral investment treaty* (BIT). Un TBI est défini comme un « trait[é] concl[u] entre deux États dans [lequel] chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux » (NIKIËMA Suzy, *Définition de l'investisseur*, in International Institute for Sustainable Development Best Practices, 2012, p. 1). Notons que plus de 3'000 TBI ont été conclus à ce jour (LEBEN Charles, *Droit international des investissements : un survol historique*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p. 65).

²⁵ « ICSID arbitral tribunals are established *ad hoc*, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of *stare decisis*. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals.» (*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15, 27 avril 2006, § 39) ; « Neither the decision of the International Court of Justice in the case of the Award of the King of Spain nor the Decision of the *Klockner ad hoc* Committee are binding on this *ad hoc* Committee. The absence, however, of a rule of *stare decisis* in the ICSID arbitration system does not prevent this *ad hoc* Committee from sharing the interpretation given to Article 52(1)(e) by the *Klockner ad hoc* Committee.» (*Amco Asia Corporation and others v. Republic Of Indonesia*, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 mai 1986, § 44) ; « Though the Tribunal is not bound by the precedents established by other icsid [*sic*] Tribunals, it is nonetheless instructive to consider their interpretations [...] » (*Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic Of Liberia*, Award, ICSID Case No. ARB/83/2, 31 mars 1986, § 16:11).

b. Les affaires *SGS contre Pakistan* et *SGS contre Philippines*

Les affaires *SGS contre Pakistan*²⁶ et *SGS contre Philippines*²⁷, dans lesquelles deux tribunaux œuvrant sous l'égide du CIRDI sont parvenus à des appréciations divergentes sur la portée des clauses de respect des engagements, démontrent que des tribunaux arbitraux en matière d'investissements peuvent arriver – en présence de situations commerciales analogues²⁸ – à des conclusions différentes sur des questions juridiques similaires voire identiques²⁹, ce qui est problématique en termes de cohérence et de sécurité juridique.

Il sied d'abord de préciser la notion ayant fait l'objet du litige dans ces deux affaires, à savoir la clause de respect des engagements. Les clauses de respect des engagements ou clauses dites « parapluie »³⁰, intégrées dans un certain nombre de TBI³¹, disposent que chaque État contractant respectera ses obligations à l'égard des investisseurs de

²⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 août 2003.

²⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004.

²⁸ FRANCK Susan D., *op. cit.*, p. 1558.

²⁹ JONES Doug, *Investor-State Arbitration: The Problem of Inconsistency and Conflicting Awards*, Paper presented to the German-American Lawyers' Association, 2011, p. 3.

³⁰ En anglais : *Umbrella clause*. Sont également utilisées indifféremment les expressions suivantes : clause d'effet miroir, clause ascenseur, clause de couverture, clause de protection parallèle, clause *pacta sunt servanda*. Pour un historique de telles clauses, cf. SINCLAIR Anthony, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, Vol. 20, 2004, p. 411 ss. Pour des exemples de telles clauses, cf. LIM Chin Leng/HO Jean/PAPARINSKIS Martins, *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 369.

³¹ Selon un examen de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après : OCDE) effectué en 2006, sur 66 TBI suisses examinés, 48 contiennent une clause « parapluie » ; sur 89 TBI britanniques examinés, 87 contiennent une clause « parapluie » ; sur 86 TBI néerlandais examinés, 76 contiennent une clause « parapluie » ; sur 71 TBI allemands examinés, 68 contiennent une clause « parapluie » (YANNACA-SMALL Katia, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, in *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2006/3, 2006, note 12).

l'autre État³². La portée de telles clauses est néanmoins controversée. Ainsi, ces deux affaires ont mis en exergue un exemple de divergence interprétative s'agissant de la question de savoir si les clauses de respect des engagements sont susceptibles de constituer une dérogation au principe communément admis selon lequel « la violation d'un contrat conclu entre un État et un investisseur étranger ne constitue pas en elle-même une violation du droit international »³³, et donc à même de consacrer une violation contractuelle en une violation du TBI³⁴.

En premier lieu, l'affaire *SGS contre Pakistan* opposa la société suisse Société Générale de Surveillance SA (SGS) à l'État du Pakistan. Le 29 septembre 1994, le gouvernement pakistanais a conclu avec SGS un contrat par lequel SGS devait fournir, contre rémunération de l'État pakistanais, des services de classification douanière pour les marchandises destinées à être exportées au Pakistan³⁵. Or suite à des désaccords sur le caractère adéquat des prestations mutuelles des parties, le gouvernement pakistanais mit fin au contrat avec effet au 11 mars 1997³⁶. SGS envoya alors une notification d'arbitrage au Pakistan, alléguant que tant la résolution abusive du contrat que le défaut de paiement constituaient des violations du TBI entre la Suisse et le Pakistan. SGS invoqua à cet effet l'article 11 du TBI entre la Suisse et le Pakistan³⁷, qui prévoit que « Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante ». De l'avis de SGS, l'inclusion d'une clause « parapluie » telle que celle prévue à l'article 11 du TBI avait pour effet d'élever la simple violation

³² KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.* note 23, p. 18.

³³ CAZALA Julien, *La clause de respect des engagements*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p. 347.

³⁴ FRANCK Susan D., *op. cit.*, p. 1569.

³⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 août 2003, § 11.

³⁶ *Ibid.*, § 16.

³⁷ Accord entre la Confédération suisse et la République Islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur le 6 mai 1996.

du contrat au rang d'une violation d'un traité en droit international³⁸, ce qui permettrait à SGS d'agir sur la base du TBI, court-circuitant par là même le mode de résolution des litiges prévu contractuellement, à savoir un arbitrage interne pakistanais. Le tribunal arbitral n'a cependant pas suivi cet argument et a conclu que l'article 11 du TBI entre la Suisse et le Pakistan ne pouvait pas transformer les prétentions contractuelles de SGS en prétentions sur la base du TBI³⁹.

En second lieu, l'affaire *SGS contre Philippines* opposa la même société suisse, SGS, à l'État des Philippines. Le 23 août 1991, SGS a passé un contrat avec les Philippines en matière de services de supervision des importations, aux termes duquel SGS offrirait des prestations visant à améliorer le processus de dédouanement aux Philippines⁴⁰. Suite à un différend concernant les montants dus par l'État philippin à SGS, celle-ci décida de recourir à un arbitrage le 26 avril 2002⁴¹, faisant valoir que sa prétention contractuelle pouvait être élevée au rang de prétention conventionnelle⁴² en raison de la clause « parapluie » figurant dans le TBI entre la Suisse et les Philippines⁴³. Ainsi, SGS invoqua l'article X (2) dudit TBI, qui a la teneur suivante : « Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante ». Le tribunal arbitral suivit cette interprétation et admit qu'en vertu de la clause « parapluie » contenue dans le TBI, et en particulier compte tenu du fait qu'une « obligation » au sens de l'article X (2) pouvait se référer à une obligation contractuelle,

³⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 août 2003, § 98.

³⁹ « The text itself of Article 11 does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically “elevated” to the level of breaches of international treaty law. » (*Ibid.*, § 166).

⁴⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004, § 1.

⁴¹ *Ibid.*, § 39.

⁴² *Ibid.*, § 65.

⁴³ Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur le 23 avril 1999.

une violation du contrat entre SGS et les Philippines constituait également une violation du TBI entre la Suisse et les Philippines⁴⁴.

En bref, aucune règle claire sur cette question – pourtant centrale – n'existe en l'état⁴⁵, ce qui favorise assurément le risque d'interprétation divergentes, fragilisant la cohérence du système. En outre, en l'absence de principe de *stare decisis*⁴⁶, les tribunaux arbitraux sont libres de se rallier à l'une ou l'autre des interprétations de cette notion juridique indéterminée. C'est ainsi que certains tribunaux ont suivi l'interprétation du tribunal de SGS contre Pakistan⁴⁷, alors que d'autres ont embrassé l'approche du tribunal de SGS contre Philippines⁴⁸.

Relevons également que le défaut de cohérence des décisions est mis en lumière par la transparence grandissante relative à ces dernières. Aussi, nous sommes d'avis que davantage de transparence n'est pas uniquement un facteur d'identification des incohérences, mais est également à même de remédier, du moins en partie, aux problèmes de cohérence susmentionnés. En effet, en augmentant la transparence par le biais de règles institutionnelles, l'on pourrait parvenir à des sentences plus réfléchies et mieux motivées – ne serait-ce car cela permet aux tribunaux arbitraux et aux praticiens d'avoir accès aux décisions rendues antérieurement par exemple⁴⁹ – ce qui permettrait d'améliorer la cohérence et la prévisibilité. Or la transparence n'a pas

⁴⁴ « To summarize the Tribunal's conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments.» (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004, § 128).

⁴⁵ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.* note 21, p. 369.

⁴⁶ Cf. *supra* p. 6 s.

⁴⁷ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID No. ARB/03/15, 27 avril 2006, § 82 ; *Pan American Energy LLC v. The Argentine Republic*, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No. ARB/04/8, 27 juillet 2006, § 113.

⁴⁸ *Eureka B.V v. Republic of Poland*, Partial Award, Arbitrage *ad hoc*, 19 août 2005, § 257.

⁴⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *op. cit.*, p. 7.

toujours été de mise dans le cadre du RDIE et mérite d'être examinée plus en détail ci-après⁵⁰.

ii. Le cadre institutionnel et procédural

Deuxièmement, force est de constater que l'on est en présence d'un éclatement institutionnel s'agissant des organismes actifs dans le cadre du contentieux relatif aux investissements. En effet, bien que le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après : CIRDI⁵¹) dispose d'une prééminence quantitative en matière de RDIE⁵², il n'est pas le seul. Il existe effectivement d'autres organismes d'arbitrage, à savoir la Cour permanente d'arbitrage, l'Institution d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ainsi que la Cour d'arbitrage de la London Court of international arbitration⁵³. Cette multiplicité d'institutions d'arbitrage et autant de règlements et procédures propres à chacune ne favorise indubitablement pas la cohérence des décisions arbitrales⁵⁴, en ce sens qu'en théorie, un tribunal arbitral pourrait être amené à prononcer *in fine* deux sentences différentes en présence de deux

⁵⁰ Cf. *infra* p. 15 ss.

⁵¹ En anglais : *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Le CIRDI, l'une des cinq institutions formant le Groupe de la Banque mondiale, a été créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (ci-après : Convention CIRDI). La Convention CIRDI, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, établit le cadre institutionnel et juridique pour le règlement des différends entre investisseurs et États et a été ratifiée par 154 États à ce jour. Pour un aperçu du fonctionnement du CIRDI, cf. DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 229 ss.

⁵² UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p. 19.

⁵³ Relevons que ces institutions n'avaient pas pour vocation originelle le RDIE spécifiquement, mais étaient destinées au règlement de différends entre personnes privées ou entre États (DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 234). En outre, un arbitrage *ad hoc* (sans l'intervention des institutions susmentionnées) est également envisageable pour les parties, qui peuvent alors élaborer un règlement de procédure sur mesure applicable à leur cas particulier ou encore se référer au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

⁵⁴ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 229 ; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *op. cit.*, p. 6.

cas pourtant similaires dans les faits, et ce uniquement en raison de l'application de règles procédurales différentes.

À titre d'exemple, afin qu'un tribunal arbitral œuvrant sous l'égide du CIRDI puisse être compétent, il est nécessaire que l'investissement en question soit qualifié d'investissement tant sous l'angle du TBI pertinent que sous l'angle de l'article 25 § 1 Convention CIRDI⁵⁵.

L'article 25 § 1 Convention CIRDI prévoit que « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ». Cette disposition consacre ainsi l'investissement en tant que condition *sine qua non* devant être remplie afin que le tribunal puisse entrer en matière⁵⁶. Ainsi, un tribunal arbitral CIRDI peut donc se déclarer incompétent *ratione materiae* en raison de l'absence d'investissement au sens l'article 25 § 1 Convention CIRDI, alors même que cet investissement est qualifié comme tel par le TBI pertinent, et ce d'autant plus que dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, la qualification d'investissement est objective et ne dépend pas entièrement de la volonté des parties⁵⁷. Cela est problématique, puisque les règles procédurales des

⁵⁵ « Under the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of “investment” under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the objective criterion of an “investment” within the meaning of Article 25 » (*Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 mai 2007, § 55).

⁵⁶ Les critères afin qu'une opération soit qualifiée d'investissement selon l'article 25 § 1 Convention CIRDI ont été dégagés par la jurisprudence dite Salini : « The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [...]. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. » (*Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, § 52).

⁵⁷ « The parties [...] cannot by [...] treaty define as investment, for the purposes of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention. Otherwise

institutions arbitrales non-CIRDI ne conditionnent généralement *pas* la compétence des tribunaux arbitraux non-CIRDI à l'existence d'un investissement qualifié (en dehors de l'exigence d'investissement tel qu'il ressort en général du TBI)⁵⁸. Par exemple, dans le cas d'un tribunal arbitral *ad hoc* appliquant le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après : CNUDCI⁵⁹), seule la teneur du TBI pertinent sera en principe déterminante s'agissant de l'investissement protégé⁶⁰.

Partant, l'éclatement institutionnel et procédural susmentionné est une source d'incohérence des décisions arbitrales, puisque les mêmes faits sont potentiellement susceptibles de donner lieu à une décision de non-entrée en matière lorsque les règles d'une institution arbitrale particulière sont appliquées, et faire l'objet d'une décision au fond lorsque les règles d'une autre institution arbitrale entrent en considération.

Article 25 and its reliance on the concept of investment, even if not specifically defined, would be turned into a meaningless provision. » (*Joy Mining Machinery Ltd. v. The Arab republic of Egypt*, Award on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/03/11, 6 août 2004, § 50).

⁵⁸ WAIBEL Michael, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, in University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2014, p. 50.

⁵⁹ En anglais : *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*.

⁶⁰ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, PCA Case No. 2001-04, 17 mars 2006, § 203 ss ; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, Interim Award, PCA Case No. 2009-23, 1^{er} décembre 2008, § 177 ss. L'on nuancera toutefois notre propos en ce sens que, comme expliqué, bien qu'un tribunal appliquant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne soit pas tenu en tant que tel de procéder à l'examen des critères de la jurisprudence Salini, rien ne s'oppose à ce qu'il le fasse, comme cela a été le cas dans l'affaire *Romak contre Ouzbékistan* : « The Arbitral Tribunal therefore considers that the term "investments" under the BIT has an inherent meaning (irrespective of whether the investor resorts to ICSID or UNCITRAL arbitral proceedings) entailing a *contribution* that extends over a *certain period of time* and that involves some *risk*. » (*Romak SA (Switzerland) v. Uzbekistan*, Award, PCA Case No. AA280, 26 novembre 2009, § 207).

B. *Transparence*

1. Notion

À titre liminaire, nous pouvons définir la notion de transparence⁶¹ dans le cadre du RDIE de manière négative : il s'agit de l'absence de confidentialité relative aux procédures d'arbitrage d'investissement. Concrètement, la transparence s'exprime entre autres par la publicité quant à l'existence d'un différend entre un investisseur et un État, par la divulgation de financements de tiers⁶², par la publication de la notification d'arbitrage, des écritures, ainsi que de la sentence elle-même, par la tenue d'audiences publiques, ainsi que par la participation de tiers à la procédure par le biais d'*amicus curiae*⁶³.

Aussi convient-il de souligner qu'il n'est pas surprenant que la problématique de la transparence se manifeste dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, puisque ce système intègre une forte composante d'intérêt public, notamment de par le fait que

⁶¹ Pour une étude approfondie de la notion de transparence dans le cadre du RDIE, cf. ADELEKE Fola, *The Role of Law in Assessing the Value of Transparency and the Disconnect with the Lived Realities under Investor-State Dispute Settlement*, in SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series, 2015.

⁶² Cf. *infra* p. 30 ss.

⁶³ CALAMITA Jansen N./ZELAZNA Ewa, *Transparency In Investor-State Arbitration: Where Does Asia Stand?*, in University of Leicester School of Law Legal Studies Research Paper Series, 2018, p. 2. En droit international, il n'existe pas de définition unique de « l'*amicus curiae* » ; le terme latin se traduit en substance par « ami de la cour ». En pratique, les *amici curiae* permettent à des tiers non parties de s'adresser aux tribunaux afin d'aider les arbitres en leur fournissant des informations, des expertises ou encore des perspectives différentes de celles fournies par les parties elles-mêmes (MALINTOPPI Loretta, *Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p. 665). Dans la pratique, la participation des *amici curiae* se fait généralement par le biais d'une soumission écrite au tribunal (BUTLER Nicolette, *Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?*, in *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019, p. 145).

des sentences arbitrales avec de lourdes conséquences financières peuvent être prononcées contre des États souverains, impactant durablement l'économie de ces derniers. Les ressortissants de ces États sont de ce fait en droit d'être tenus au courant de ces procédures. Or l'arbitrage d'investissement est historiquement dérivé de l'arbitrage commercial – qui est généralement confidentiel⁶⁴ – et n'est à ce titre pas entièrement transparent⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que l'arbitrage d'investissement tend vers ce but. En effet, plusieurs réformes procédurales en vue d'augmenter la transparence dans le cadre du RDIE ont eu lieu récemment et seront examinées ci-dessous⁶⁶, après quelques considérations sur l'intérêt de la transparence.

2. L'intérêt de la transparence

La transparence est souhaitable à plusieurs égards. Premièrement, elle permet d'assurer une certaine légitimité de l'arbitrage d'investissement⁶⁷. En effet, le système de règlement des différends a longuement été décrédibilisé⁶⁸ en raison du manque de transparence s'agissant de l'existence même des différends, des arguments avancés

⁶⁴ POOROOYE Avinash/FEEHILY Ronàn, *Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance*, in *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 22, 2017, p. 277.

⁶⁵ Sur un échantillon de 506 procédures de RDIE, 315 (soit 62 %) ont été qualifiées de transparentes et 191 (soit 38 %) ont été qualifiées de confidentielles (NOTTAGE Luke/UBILAVA Ana, *Costs, Outcomes and Transparency in ISDS Arbitrations: Evidence for an Investment Treaty Parliamentary Inquiry*, in *The University of Sydney Law School Legal Studies Research Paper Series* 2018, p. 11).

⁶⁶ Cf. *infra* p. 19 s.

⁶⁷ FRANCK Susan D., *op. cit.*, p. 1586.

⁶⁸ MUIR WATT Horatia, *The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal*, 2012, p. 4 (disponible sous : <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-00972976/document> (consulté le 26 octobre 2019)) ; SVOBODA Ondřej, *Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough*, in *COFOLA International 2017: Resolution of International Disputes*, 2017, p. 1. En outre, il est intéressant de noter que cette critique vise aussi la plupart des autres domaines du droit international public, notamment le droit international de l'environnement, le droit international humanitaire, ainsi que le droit du commerce international (PETERS Anne, *The Transparency of Global Governance*, in PAZARTZIS Photini/GAVOUNELI Maria (édit.), *Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 2).

par les parties, de l'identité des arbitres ou encore du dispositif des sentences⁶⁹. En d'autres mots, accroître la transparence contribue *de facto* à accroître la légitimité du système de RDIE. En deuxième lieu, une plus grande transparence dans l'arbitrage d'investissement sert tant les intérêts des États que des investisseurs, puisqu'elle renforce la sécurité juridique et diminue le risque d'incohérence. À titre d'exemple, la publication des sentences arbitrales contribue à l'élaboration d'une jurisprudence arbitrale publique qui permet aux investisseurs et aux États-hôtes de comprendre comment les clauses d'accords d'investissement ont été interprétées et appliquées dans d'autres procédures. Bien que les sentences arbitrales n'aient pas valeur de précédent⁷⁰, la connaissance des arguments soulevés et des sentences rendues est assurément utile puisqu'elle permet aux investisseurs et aux États-hôtes d'adopter leur conduite en conséquence et favorise la prévisibilité. Enfin, dans le même sens, la transparence promeut l'équité entre investisseurs et États-hôtes, ainsi qu'entre investisseurs. En effet, un manque de transparence favorise une certaine asymétrie d'information entre les parties, puisque ces dernières n'ont souvent pas le même accès aux sentences récentes ou non publiées. Cela affecte non seulement la compréhension des parties s'agissant de la jurisprudence arbitrale en général, mais aussi leur connaissance des profils des arbitres ainsi que des décisions de ces derniers dans les affaires antérieures⁷¹. Par conséquent, lorsque la transparence fait défaut, les parties à un différend en matière d'investissement ne disposent pas des mêmes renseignements utiles à leur défense, ce qui provoque une certaine inégalité des armes qu'une transparence accrue peut atténuer.

Au vu des considérations qui précèdent, plusieurs réformes procédurales en vue d'augmenter la transparence dans le cadre du RDIE ont eu lieu récemment et seront examinées ci-après.

⁶⁹ CALAMITA Jansen N./ZELAZNA Ewa, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁰ Cf. *supra* p. 6 s.

⁷¹ En effet, il est généralement admis que certains arbitres sont pro-État, alors que d'autres sont pro-investisseur (NUNNENKAMP Peter, *Investor-State Dispute Settlement: Are Arbitrators Biased In Favor Of Claimants?*, in Kiel Policy Brief, N° 105, 2017, p. 5).

3. La tendance vers davantage de transparence

i. Les affaires *SD Myers Inc. contre Canada* et *Methanex Corp. contre États-Unis d'Amérique*

La tendance vers davantage de transparence a été initiée par l'affaire *SD Myers Inc. contre Canada*⁷², qui concernait un différend découlant de l'Accord de libre-échange nord-américain entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 (ci-après : ALENA)⁷³. Le tribunal arbitral en question, institué sur une base *ad hoc*, a interprété la disposition relative au huis clos du Règlement d'arbitrage 1976 de la CNUDCI⁷⁴ et a conclu que celle-ci consacrait un droit implicite à la confidentialité qui ne saurait être modifié sans l'accord des parties. Nonobstant cela, le tribunal a jugé que cette confidentialité implicite se limitait à restreindre la publicité de l'audience et ne s'étendait pas à la publication des ordonnances de procédure, des sentences ou de l'existence de l'arbitrage, qui devaient toutes être publiées en vertu de l'ALENA⁷⁵.

Suite à cet arrêt, le tribunal arbitral jugeant l'affaire *Methanex Corp. contre États-Unis d'Amérique*⁷⁶, ayant aussi pour objet un différend relatif l'ALENA, a autorisé pour la première fois dans le cadre d'une procédure d'arbitrage d'investissement la soumission d'un mémoire d'*amicus curiae*⁷⁷ élaboré par plusieurs acteurs de la société civile, en l'occurrence des organisations non gouvernementales canadiennes⁷⁸. Le tribunal justifia sa position en invoquant que la procédure en cause soulevait

⁷² *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, Procedural Order No. 16, Arbitrage *ad hoc*, 13 mai 2000.

⁷³ En anglais : *North American Free Trade Agreement* (NAFTA).

⁷⁴ « Hearings shall be held *in camera* unless the parties agree otherwise. [...] » (Article 25 § 4 Règlement d'arbitrage 1976 de la CNUDCI).

⁷⁵ *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, Procedural Order No. 16, Arbitrage *ad hoc*, 13 mai 2000, § 2.

⁷⁶ *Methanex Corp. v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Arbitrage *ad hoc*, 3 août 2005.

⁷⁷ Cf. *supra* note 63.

⁷⁸ *Methanex Corp. v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "amici curiae", Arbitrage *ad hoc*, 15 janvier 2001, § 47.

d'importantes questions d'intérêt public et que l'autorisation de cette soumission assurerait une plus grande transparence de la procédure en général. En somme, les deux décisions susmentionnées ont ainsi apporté des améliorations procédurales bienvenues en termes de transparence, qui ont certainement inspiré la CNUDCI.

ii. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence et la Convention de Maurice sur la transparence

C'est dans le contexte de ces décisions, ainsi que de l'amendement du Règlement d'arbitrage du CIRDI de 2006⁷⁹ qui a étendu la transparence des procédures d'arbitrage CIRDI, que la CNUDCI a émis la volonté de se pencher sur la transparence dans le cadre du RDIE, en chargeant son Groupe de travail II (arbitrage et conciliation) d'élaborer un texte topique en la matière. C'est ainsi que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités⁸⁰ (ci-après : Règlement de la CNUDCI sur la transparence) a été adopté, en vue de clarifier le degré de confidentialité et de transparence exigible du RDIE. Ces règles mettent en œuvre une codification claire des éléments des décisions susmentionnées favorisant la transparence. Sont ainsi consacrées notamment la publication de documents relatifs à l'arbitrage, à savoir entre autres la notification d'arbitrage, la réponse à la notification d'arbitrage, le mémoire en demande, le mémoire en défense⁸¹, les soumissions d'*amicus curiae* présentées par des tiers⁸² ainsi que la publicité des audiences⁸³. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence a également une large

⁷⁹ À propos des apports de cet amendement, cf. BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/BARUTI Rukia, *Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach*, in Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review, Vol. 2, 2015, p. 73 ss.

⁸⁰ Entré en vigueur le 1^{er} avril 2014.

⁸¹ Articles 2 et 3 Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

⁸² Articles 4 et 5 Règlement de la CNUDCI sur la transparence. L'on peut néanmoins regretter que selon ces dispositions, les tiers non parties ne bénéficient pas d'un *droit* à de telles soumissions, ce qui aurait permis une véritable participation active de la société civile à la procédure.

⁸³ Article 6 Règlement de la CNUDCI sur la transparence. L'on soulignera cependant qu'il existe deux exceptions importantes à la publicité des audiences, à savoir la protection d'informations confidentielles ainsi que l'impossibilité logistique (Article 6 § 2 et § 3 Règlement de la CNUDCI sur la transparence).

application qui, par accord, peut s'étendre aux règlements d'autres institutions⁸⁴, y compris celui du CIRDI. Nous noterons toutefois que les règles précitées ne peuvent s'appliquer qu'aux différends découlant de traités d'investissement conclus le 1^{er} avril 2014 ou subséquemment, à l'exclusion d'un nombre important de traités conclus antérieurement à cette date, ce qui est assurément problématique en termes d'efficacité.

C'est précisément afin de remédier au manque de transparence des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États dans les traités conclus avant le 1^{er} avril 2014 que la CNUDCI a élaboré la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités⁸⁵, dite « Convention de Maurice sur la transparence ». À travers cet instrument, les parties signataires ont cherché à étendre les règles de transparence de la CNUDCI aux traités signés avant le 1^{er} avril 2014 (date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence de la CNUDCI), y compris aux traités prévoyant d'autres règles d'arbitrage que celles de la CNUDCI.

Selon nous, dans l'ensemble, les travaux de la CNUDCI portant à la fois sur les Règles de transparence que sur la Convention de Maurice sont en mesure de remodeler positivement la transparence des procédures d'arbitrage dans le cadre des traités d'investissement, aussi bien actuels que futurs. Cependant, au vu du caractère facultatif de ce corps de règles, celui-ci risque d'aboutir à une certaine fragmentation du système d'arbitrage investisseur-État en faisant apparaître deux voies antagonistes, soit une voie transparente, pour les traités d'investissement incluant les règles précitées, et une voie non transparente, pour les traités d'investissement ayant exclu l'application de ces règles. Il s'agit toutefois d'une amélioration bienvenue dans le paysage du RDIE, même si cela ne constitue pas encore le changement systémique qui serait souhaitable à terme.

⁸⁴ Article 1 § 9 Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

⁸⁵ Entrée en vigueur le 18 octobre 2017.

C. Gel règlementaire

1. Notion

La critique du gel règlementaire est régulièrement invoquée contre le système de l'arbitrage d'investissement, tant du côté de la société civile⁸⁶ que des États souverains⁸⁷. Le gel ou refroidissement règlementaire⁸⁸, bien qu'il s'agisse d'une notion difficilement mesurable⁸⁹ et faisant l'objet de controverses doctrinales⁹⁰, peut néanmoins se définir comme le phénomène par lequel les États, confrontés à l'incertitude quant aux coûts et aux conséquences de leurs actions, s'abstiennent d'adopter des mesures souhaitables et légitimes du point de vue de l'intérêt public⁹¹.

⁸⁶ À titre illustratif, en décembre 2013, plus de 200 acteurs de la société civile ont fait part de leurs préoccupations quant à ce phénomène dans une lettre contre l'inclusion d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement dans le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (PTCI), communément appelé TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) : « ISDS grants foreign corporations the right to directly challenge government policies and actions in private tribunals, bypassing domestic courts and creating a new legal system that is exclusively available to foreign investors and multinational corporations » (disponible sous : https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/ttip_investment_letter_final.pdf (consulté le 2 novembre 2019)).

⁸⁷ À titre d'exemple, lors de la réunion du Groupe de travail III de la CNUDCI qui s'est tenue à Vienne en octobre 2018, l'Afrique du Sud et l'Indonésie ont formulé des critiques ayant trait au gel règlementaire dans le cadre des discussions sur la réforme du RDIE (BRAUCH Martin Dietrich, *Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York*, in *Journal en ligne sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*, Vol. 9, 2018, p. 6).

⁸⁸ En anglais : *Regulatory chill*. Pour une analyse économique de ce phénomène dans le cadre du RDIE, cf. JANEBA Eckhard, *Regulatory chill and the effect of investor state dispute settlements*, in *Review of International Economics*, Vol. 27, 2019.

⁸⁹ LYDGATE Emily, *Biofuels, Sustainability, and Trade-Related Regulatory Chill*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, 2012, p. 160.

⁹⁰ Cf. *infra* p. 27 ss.

⁹¹ TIETJE Christian/BAETENS Freya, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership* (Study for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands), 2014, p. 40.

Dans le cas particulier de l'arbitrage d'investissement, le cœur de la critique du gel réglementaire consiste à avancer que la menace de procédures d'arbitrage peut avoir des effets considérablement dissuasifs sur la volonté des États-hôtes d'adopter des mesures promouvant les intérêts publics dans leur ensemble⁹².

Nous pouvons subdiviser le gel réglementaire en quatre types. Le premier est le gel anticipé, par lequel les États tiennent compte du risque de différends potentiels avec des investisseurs lorsqu'ils élaborent des lois, internalisant ainsi la menace potentielle de litiges dans le cadre du processus législatif. Il s'agit là du type de refroidissement réglementaire le plus répandu⁹³.

Le deuxième type de gel réglementaire est le gel dit réactif, qui se produit lorsque les États prennent connaissance d'un différend réel, qu'il s'agisse d'une menace explicite d'arbitrage voire d'une notification d'arbitrage en tant que telle⁹⁴.

La troisième catégorie est le refroidissement jurisprudentiel, qui se produit lorsqu'un État modifie ou rétracte sa législation d'intérêt public, après avoir succombé dans le cadre d'une procédure d'arbitrage basé sur ladite législation, et ce par crainte d'un contentieux futur se fondant sur les mêmes motifs⁹⁵.

Enfin, le dernier type est le gel réglementaire transfrontière, qui peut se produire lorsqu'un État adopte une politique législative qui à la fois affecte des investissements multinationaux, est facilement transférable, et est susceptible d'être reprise par

⁹² BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *Does investor–state dispute settlement lead to regulatory chill of domestic environmental regulation?*, 2019, p. 6.

⁹³ BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁴ Un refroidissement réactif a pu être observé lorsque les gouvernements du Guatemala, de l'Indonésie, du Ghana et du Costa Rica ont défait leur réglementation de protection de l'environnement relative à divers projets d'extraction de ressources suite aux menaces de contentieux émanant d'investisseurs étrangers (BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *op. cit.*, note 36).

⁹⁵ BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *op. cit.*, p. 10 ; TIETJE Christian/BAETENS Frey, *op. cit.*, p. 41.

d'autres gouvernements⁹⁶. Les investisseurs, afin de contrer les effets d'une telle politique pouvant mettre à mal leurs intérêts économiques, peuvent être tentés de lancer une procédure d'arbitrage dans une ou plusieurs juridictions (de préférence la première juridiction qui adopte une telle politique), avec pour objectif non pas seulement d'empêcher ou de retarder l'adoption de la politique législative dans le pays où la procédure est intentée – qui peut du reste être négligeable en termes de parts de marché – mais également dans tous les autres États contemplant une telle mesure et où l'investisseur est actif, puisque ces États scruteront avec intérêt l'issue de la procédure et reporteront en conséquence l'adoption de mesures⁹⁷. Il est essentiel de noter qu'au final, même si l'investisseur n'obtient qu'un retard dans l'adoption d'une politique, la longue durée de l'arbitrage peut signifier que celui-ci retire d'importants avantages économiques de cette stratégie, qui l'emportent largement sur les coûts de la procédure elle-même⁹⁸. C'est précisément de cette dernière catégorie de gel règlementaire que relève l'affaire *Philip Morris contre Australie*, qui sera examinée ci-après.

2. L'affaire *Philip Morris contre Australie*

Cette affaire⁹⁹ résulte d'une loi adoptée par le Parlement australien en novembre 2011¹⁰⁰ exigeant que tous les emballages de produits du tabac revêtent uniquement une couleur brune uniforme et que certains avertissements sanitaires prescrits occupent la majeure partie de la surface de l'emballage, à l'exclusion de logos

⁹⁶ TIENHAARA Kyla, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Environmental Law*, Vol. 7, 2018, p. 238.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *op. cit.*, note 34.

⁹⁹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 décembre 2015.

¹⁰⁰ *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, adopté le 21 novembre 2011 (disponible sous : <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00148> (consulté le 3 novembre 2019)). Cette législation a été adoptée suite à la signature le 5 décembre 2003 par l'Australie de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) pour la lutte antitabac, entrée en vigueur le 27 février 2005 pour l'État australien.

notamment¹⁰¹. L'Australie a justifié sa nouvelle législation comme une mesure de santé publique visant d'une part à réduire l'attrait des produits du tabac pour les consommateurs, et d'autre part à accroître l'efficacité des avertissements relatifs à la santé¹⁰². Philip Morris, le groupe international de tabac dont le siège social se trouve en Suisse, a objecté que ladite loi portait atteinte aux droits de propriété intellectuelle de l'entreprise, transformant ses produits en produits sans marque et diminuant ainsi considérablement la valeur de son investissement en Australie¹⁰³. Il convient de relever que Philip Morris a mis en œuvre une restructuration d'entreprise en février 2011, dans le cadre de laquelle une filiale enregistrée à Hong Kong, Philip Morris Asia Ltd (ci-après : PMA), a acquis les activités australiennes de l'entreprise. Par la suite, le 21 novembre 2011, soit le même jour que l'adoption de la loi sur les emballages neutres, PMA a entamé une procédure d'arbitrage contre l'Australie. Le demandeur s'est fondé sur le TBI entre Hong Kong et l'Australie de 1993¹⁰⁴, le Règlement d'arbitrage de 2010 de la CNUDCI régissant par ailleurs la procédure. La Cour permanente d'arbitrage (CPA) a assuré l'administration de l'arbitrage, dont le siège a été institué à Singapour.

Dans le cadre de sa défense, l'Australie a avancé deux arguments essentiellement d'ordre procédural. Premièrement, l'État australien a excipé de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, notamment au vu du fait que le différend avait pris naissance lors de l'annonce de l'introduction de la législation litigieuse le 29 avril 2010,

¹⁰¹ *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, Chapter 3, Part 3, Division 1, Section 44, § 1 let. b.

¹⁰² *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, Chapter 1, Part 1, Section 4, § 1 let. a et § 2.

¹⁰³ « Plain packaging legislation [...] manifestly deprives PML of the Intellectual property and the commercial utility of its brands: this is the central purpose of the legislation. Irrespective of whether legal title to the intellectual property is affected by plain packaging legislation, PML's brands will effectively be eliminated. The commercial value of the intellectual property and the goodwill generated by the intellectual property is substantially destroyed. This in turn affects the value of PM Australia and PML in a devastating manner ». (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Notice of claim, PCA Case No. 2012-12, 22 juin 2011, § 33).

¹⁰⁴ « Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Australia for the Promotion and Protection of Investments », entré en vigueur le 15 octobre 1993.

soit avant que PMA n'investisse en Australie en février 2011¹⁰⁵. Le tribunal arbitral n'a pas suivi l'argument de l'incompétence *ratione temporis*, puisqu'il a considéré que la restructuration de PMA avait bien eu lieu *avant* la naissance du litige, qui coïncide avec la date de l'adoption de la loi, soit le 21 novembre 2011¹⁰⁶, fondant ainsi la compétence du tribunal sur ce point. Deuxièmement, l'Australie a avancé que la prétention de PMA constituait un abus de droit, car l'entreprise avait effectué cet investissement dans le seul but d'introduire une requête d'arbitrage contre l'État australien¹⁰⁷. PMA s'est opposé à cet argument en mettant l'accent sur les circonstances exceptionnelles requises pour qu'un abus de droit soit admis, et a également allégué la présomption de bonne foi. Aussi, PMA a mis en avant un point saillant, à savoir que les restructurations d'entreprises en vue de bénéficier de la protection offerte par les accords bilatéraux d'investissement constituaient une pratique commerciale normale¹⁰⁸. Le tribunal arbitral a toutefois rejeté cette dernière argumentation et admis que la prétention de PMA constituait bel et bien un abus de droit, puisque PMA avait pleinement envisagé ce litige lors de sa restructuration, rendant ainsi la demande irrecevable¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Australia's Response to the Notice of Arbitration, PCA Case No. 2012-12, 21 décembre 2011, § 30.

¹⁰⁶ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 décembre 2015, § 533.

¹⁰⁷ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Australia's Response to the Notice of Arbitration, PCA Case No. 2012-12, 21 décembre 2011, § 31.

¹⁰⁸ « However, bad faith does not exist by virtue of a mere corporate restructuring with a view to taking advantage of Treaty protections. Such normal business practice meets neither the standard of “egregious” conduct nor that of bad faith. » (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 décembre 2015, § 537).

¹⁰⁹ « In light of the foregoing discussion, the Tribunal cannot but conclude that the initiation of this arbitration constitutes an abuse of rights, as the corporate restructuring by which the Claimant acquired the Australian subsidiaries occurred at a time when there was a reasonable prospect that the dispute would materialise and as it was carried out for the principal, if not sole, purpose of gaining Treaty protection. Accordingly, the claims raised in this arbitration are inadmissible and the Tribunal is precluded from exercising jurisdiction over this dispute. » (*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 décembre 2015, § 588).

Bien que la procédure d'arbitrage précitée n'ait pas empêché l'entrée en vigueur de la loi australienne, force est de constater qu'elle semble avoir eu des effets négatifs sur la promulgation de lois similaires dans d'autres États, confirmant par là même l'hypothèse du gel réglementaire. En effet, la Nouvelle-Zélande a introduit en décembre 2013 une législation quasiment identique à la loi australienne¹¹⁰, visant à standardiser les emballages de paquets de cigarettes, qui a mis plus de sept années avant d'entrer en vigueur. Parmi les hypothèses avancées concernant les raisons de ce report législatif important en Nouvelle-Zélande figure le gel réglementaire, plus précisément le gel transfrontière¹¹¹. C'est ainsi que plusieurs auteurs, à travers une analyse du processus politique néo-zélandais, ont attribué ce retard dans l'entrée en vigueur de la loi en question au gel réglementaire et souligné que la menace d'un éventuel litige peut avoir un effet dissuasif sur la mise en œuvre de politiques de santé publique¹¹². En effet, il est plausible qu'au vu du risque qu'un cigarettier mondial intente une procédure d'arbitrage contre la Nouvelle-Zélande, comme cela a été le cas en Australie, le gouvernement néo-zélandais ait attendu l'issue du litige entre PMA et l'Australie avant de mettre sur pied sa législation¹¹³, adoptant de ce fait une approche « *wait and see* »¹¹⁴, preuve d'un gel réglementaire¹¹⁵. Nous sommes d'avis qu'il n'est pas déraisonnable d'avancer que les multinationales du tabac sont conscientes de ce phénomène et l'utilisent à leur avantage. En effet, il est indéniable qu'elles sont au fait

¹¹⁰ *Smoke-free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill*, entrée en vigueur le 14 mars 2018 (disponible sous : <http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2013/0186/latest/DLM5821008.html> (consulté le 3 novembre 2019)).

¹¹¹ Cf. *supra* p. 22 s.

¹¹² Cf. en particulier l'étude suivante, réalisée en Nouvelle-Zélande, dans laquelle les auteurs ont analysé des documents pertinents tant du gouvernement que de la société civile et interrogé des politiciens ainsi que des responsables de la santé publique : CROSBIE Eric/THOMSON George, *Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand*, in *The New Zealand Medical Journal*, Vol. 131, 2018.

¹¹³ KELSEY Jane, *Regulatory Chill: Learnings From New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law*, in *Queensland University of Technology Law Review*, Vol. 17, 2017, p. 30.

¹¹⁴ CROSBIE Eric/THOMSON George, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁵ GRUSZCZYNSKI Lukasz, *Australian Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect*, in *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 5, 2014, p. 244.

que leur approche envoie un signal fort aux autres États envisageant l'introduction de lois sur les emballages neutres, leur signifiant ainsi que de telles initiatives sont malvenues et pourraient être contestées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. Nous pouvons également noter que la problématique de la menace de procès est d'autant plus exacerbée par le fait que les multinationales peuvent bénéficier du financement de tiers¹¹⁶ afin d'assumer les frais conséquents d'un litige éventuel, favorisant la multiplication d'arbitrages pouvant potentiellement entraver les politiques d'intérêt public.

3. Controverses doctrinales

Il est intéressant de relever que le gel règlementaire n'est pas admis de manière unanime par la doctrine. En effet, certains auteurs minimisent les effets de ce phénomène, voire soutiennent qu'il est inexistant¹¹⁷. Parmi les arguments avancés figure notamment le fait que la plupart des procédures d'arbitrage ne visent pas à contester des actes législatifs en tant que tels, mais plutôt des actes de nature administrative, tels que des contrats de droit administratif, des permis ou encore des licences, ce qui ne permettrait pas d'affirmer que les procédures d'arbitrage entravent l'activité législative des États poursuivant des objectifs d'intérêt public¹¹⁸. Cet argument nous paraît faible dans la mesure où, bien que les actes administratifs ne relèvent pas de l'activité législative d'un État, il n'en demeure pas moins qu'ils

¹¹⁶ Pour une définition de la notion de financement de tiers, cf. *infra* p. 30 ss.

¹¹⁷ ALVAREZ Gloria Maria/BLASIKIEWICZ Blazej/VAN HOOLWERFF Tabe/KOUTOUZI Keoplatra/LAVRANOS Nikos/MITSU Mary/SPITERI-GONZI Emma/VERDEGAY MENA Adrian/WILLINSKI Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, 2016, p. 25. Pour une infirmation de l'existence du gel règlementaire dans le contexte environnemental, cf. SCHILL Stephan, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, 2007, p. 470.

¹¹⁸ CADDEL Jeremy/JENSEN Nathan, *Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?*, in *Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, 2014, p. 2.

peuvent également viser à défendre des intérêts publics, de façon analogue à une loi¹¹⁹. Ainsi, les défenseurs de cet argument, en considérant que seules les lois peuvent être sujettes au gel réglementaire, se reposent à notre sens sur une définition trop étroite de cette notion, et perdent de vue que l'enjeu central du gel réglementaire réside en une entrave des intérêts publics, indépendamment du fait que cela soit dû à un refroidissement au niveau législatif ou exécutif. Il est également affirmé que les décideurs politiques ne sont tout simplement pas au courant des implications en matière de RDIE lorsqu'ils adoptent des mesures et n'intègrent ainsi pas les risques de litiges dans le processus législatif notamment¹²⁰. Or selon une étude réalisée en 2016¹²¹, il a été démontré que le risque d'arbitrage investisseur-État avait bien été internalisé par les décideurs politiques canadiens dans le cadre d'une série de décisions gouvernementales ayant trait à la protection de l'environnement dans la province de l'Ontario, au Canada¹²². À notre avis, il paraît difficilement concevable que des

¹¹⁹ Nous pouvons prendre en exemple l'affaire *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, Notice of Arbitration, PCA Case No. 2009-04, 26 mai 2008, dans laquelle la société américaine de béton Bilcon a contesté une étude d'impact sur l'environnement menée par une commission d'examen environnemental et ordonnée sur la base d'une décision administrative canadienne, étude recommandant que le projet de carrière de Bilcon dans une province canadienne soit rejeté en raison des effets environnementaux néfastes qu'il induirait. Dans une opinion dissidente, l'arbitre Professeur Donald McRAE a admis que cette situation, dans laquelle une mesure administrative était contestée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage internationale, était à même de provoquer un gel réglementaire de par l'entrave à l'activité des commissions environnementales, affectant *in fine* l'intérêt public : « What the majority has done is add a further control over environmental review panels. Failure to comply with Canadian law by a review panel now becomes the basis for a NAFTA claim allowing a claimant to bypass the domestic remedy provided for such a departure from Canadian law. This is a significant intrusion into domestic jurisdiction and will create a chill on the operation of environmental review panels. » (*Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, PCA Case No. 2009-04, 10 mars 2015, § 48).

¹²⁰ COE Jack/RUBINS Noah, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in WEILER Todd (édit.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London, 2005, p. 599.

¹²¹ VAN HARTEN Gus/SCOTT Dayna Nadine, *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*, in Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 2016.

¹²² Les auteurs de cette étude ont procédé à 52 entretiens confidentiels avec des fonctionnaires actuels ou passés des ministères de l'environnement et du commerce de l'Ontario, et sont entre autres arrivés

gouvernements ignorent totalement le risque de litige potentiel avec des investisseurs dans le processus d'élaboration de politiques, compte tenu notamment des retentissements médiatiques importants en matière de RDIE qui ont eu lieu ces dernières années.

Au vu de ce qui précède, il appert que les critiques à l'égard du gel réglementaire sont discutables, bien qu'elles aient le mérite de mettre en lumière la complexité de cette notion et surtout la difficulté à la quantifier. En tout état de cause, il s'agit d'un phénomène qui se doit d'être étudié davantage en détail dans le futur, au vu des effets potentiellement dramatiques sur les politiques d'intérêt public qu'il peut induire.

III. La réforme de l'arbitrage d'investissement

Nous pouvons à présent étudier quelques questions choisies¹²³ des réformes du système de l'arbitrage d'investissement qui sont actuellement discutées au sein de plusieurs institutions, en nous focalisant sur les réformes proposées par le CIRDI (A.), la CNUDCI (B.) ainsi que l'Union européenne (C.). Les éléments clés des dites réformes seront analysés sous l'angle de leurs effets sur les trois problèmes susmentionnés, à savoir la cohérence, la transparence, ainsi que le gel réglementaire.

aux conclusions suivantes : les ministères ont modifié leur processus décisionnel pour tenir compte des préoccupations relatives au RDIE ; les juristes du gouvernement jouent un rôle clé dans l'évaluation des risques liés au RDIE ; le ministère du commerce de l'Ontario a déployé un processus centralisé d'évaluation réglementaire pour évaluer si les décisions gouvernementales proposées posent un risque en termes de RDIE ; pour certains fonctionnaires, le processus d'évaluation réglementaire susmentionné constitue un obstacle indésirable à la prise de décisions en matière de protection environnementale (VAN HARTEN Gus/SCOTT Dayna Nadine, *op. cit.*, p. 2).

¹²³ Par souci de concision, nous avons décidé d'exclure du champ de notre étude les problématiques ayant trait aux arbitres, soit entre autres la procédure de nomination de ces derniers ou encore les règles déontologiques qui leur sont dédiées.

A. *La réforme du Règlement d'arbitrage du CIRDI*

Le 3 août 2018, le CIRDI a publié, dans le cadre du quatrième processus d'amendement de ses règlements¹²⁴, un ensemble complet de modifications en vue de moderniser ces derniers. Il convient de relever que cette réforme poursuit trois objectifs, à savoir intégrer l'expérience et les connaissances acquises lors du traitement des affaires depuis le dernier processus d'amendement de 2006, réduire davantage les délais et coûts de procédure, tout en maintenant les garanties procédurales et l'équilibre entre les investisseurs et les États, et enfin favoriser l'utilisation des nouvelles technologies dans le but de limiter l'utilisation du papier¹²⁵. Nous examinerons ci-après certains amendements des règlements qui méritent à notre sens d'être commentés, à savoir ceux ayant trait à l'obligation de divulguer le financement de tiers (1.), la transparence accrue (2.), la bifurcation d'objections préliminaires (3.), ainsi que la durée des procédures (4.).

1. Obligation de divulguer le financement de tiers

Selon le nouvel article 14 § 1 Règlement d'arbitrage, « une partie dépose une notification écrite divulguant le nom de toute tierce-partie dont la partie, son affiliée ou son ou sa représentant(e), a reçu des fonds pour la poursuite d'une instance ou la défense contre une instance au travers d'une donation, d'une subvention ou en échange d'une rémunération dépendante de l'issue du différend (« financement par un tiers ») ». Afin de pleinement saisir la portée de cette disposition, il convient d'abord de définir ce qu'on entend par le terme « financement de tiers » dans le cadre

¹²⁴ À titre d'information, le CIRDI possède divers règlements, à savoir le Règlement administratif et financier, le Règlement d'introduction des instances, le Règlement d'arbitrage et de conciliation dans le cadre de la Convention CIRDI (ci-après : Règlement d'arbitrage), le Règlement d'arbitrage et de conciliation dans le cadre du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, ainsi que le Règlement de constatation des faits selon le Mécanisme supplémentaire du CIRDI.

¹²⁵ CIRDI, *Document d'information sur les propositions d'amendement des règlements du CIRDI*, p. 2 (disponible sous : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendment_Background_FR.pdf (consulté le 4 novembre 2019)).

du RDIE. Cette notion, qui revêt une importance grandissante dans la pratique, désigne le mécanisme par lequel un tiers (généralement des cabinets d'avocats spécialisés en contentieux, des compagnies d'assurance, des banques d'investissement ou des *hedge funds*¹²⁶), octroie un financement des frais de la procédure arbitrale à une partie à un différend¹²⁷, en échange d'un pourcentage de la compensation accordée par le tribunal arbitral dans le cas où la partie financée gagne¹²⁸. Le Règlement d'arbitrage institue ainsi une obligation de divulgation qui s'étend au fait de disposer d'un financement par un tiers et à la source du financement. Notons qu'il est également imposé à la partie financée de maintenir ces informations à jour au cours de l'instance (nouvel article 14 § 3 Règlement d'arbitrage). Nous relèverons à cet égard que l'accord de financement ou son contenu ne tombent pas dans le champ d'application de cette disposition et ne doivent ainsi pas être divulgués.

Selon nous, le fait d'avoir couplé cette obligation à une nouvelle disposition en matière de garantie du paiement des frais procéduraux, à savoir l'article 52 § 4 Règlement d'arbitrage¹²⁹, s'avère judicieux, puisqu'un financement de tiers constitue un indice potentiel que la partie qui la requiert ne pourra assumer les coûts financiers de la procédure. Ainsi, au sens de cette disposition, une partie (généralement l'État-hôte) pourra requérir plus facilement une garantie du paiement des frais, en cas de notification que l'autre partie bénéficie d'un financement de tiers, renforçant par là même la position de certains États qui peinent à faire exécuter les décisions de remboursement des frais procéduraux rendues en leur faveur.

¹²⁶ GARCIA Frank J./HOUGH Kirrin, *Third Party Funding in International Investor-State Arbitration*, in American Society of International Law Insights, Vol. 22, 2018, p. 1.

¹²⁷ DE BRABANDERE Eric/LEPELTAK Julia, *Third Party Funding in International Investment Arbitration*, in Grotius Centre Working Paper, N° 2012/1, 2012, p. 5.

¹²⁸ GARCIA Frank J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, in Boston College Law Review, Vol. 59, 2018, p. 5.

¹²⁹ Article 52 § 4 Règlement d'arbitrage : « Le Tribunal peut prendre en considération le financement par un tiers comme preuve de l'une des circonstances visées au paragraphe (3), mais l'existence d'un financement par un tiers en elle-même n'est pas suffisante pour justifier que le Tribunal ordonne la fourniture d'une garantie du paiement des frais ».

Nous pouvons à présent étudier de quelle manière cette disposition se rapporte à deux des problématiques évoquées préalablement, à savoir d'une part la transparence, et d'autre part le gel règlementaire.

Premièrement, il convient de relever que cette nouvelle obligation de divulgation de financements de tiers peut être rattachée à la problématique de la transparence évoquée plus haut¹³⁰. En effet, cela permettra d'atténuer sensiblement l'opacité considérable des procédures arbitrales, et s'inscrit pleinement dans la tendance précitée vers toujours plus de transparence¹³¹. Ce pas en direction d'une transparence accrue permettra au demeurant également d'identifier et d'éviter des conflits d'intérêts potentiels en rapport avec le tiers financeur, qui peuvent survenir par exemple dans le cas où un arbitre se voit confier des mandats privés en qualité de conseil du tiers bailleur de fonds, ou encore si un arbitre siège au conseil d'administration d'un tel tiers¹³².

En second lieu, il est intéressant de souligner que le financement de tiers soulève également la problématique relative au gel règlementaire, telle qu'examinée ci-dessus¹³³. En effet, le financement de tiers est un facteur pouvant exacerber les problèmes liés au gel règlementaire, puisque cela est à même de pousser certains États (en développement notamment), au vu des importants moyens financiers mis à disposition de la partie adverse, à préférer un règlement à l'amiable ou même retirer la législation litigieuse, plutôt que de risquer des dommages-intérêts importants en cas de sentence défavorable. Or nous ne voyons pas en quoi le simple fait de divulguer l'existence de tels financements permettrait de remédier à cette situation. C'est pourquoi l'on peut raisonnablement se demander si cette nouvelle obligation de divulgation des financements de tiers est suffisante ou si au contraire il ne serait pas

¹³⁰ Cf. *supra* p. 15 ss.

¹³¹ Cf. *supra* p. 17 ss.

¹³² CIRDI, *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Document de travail du 2 août 2018*, p. 135 (disponible sous : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/III.Amendments_Vol_3_AR.pdf (consulté le 4 novembre 2019)).

¹³³ Cf. *supra* p. 21 ss.

plutôt souhaitable de tendre, à terme, vers une interdiction de ce mécanisme¹³⁴, ce qui permettrait de rééquilibrer le système du RDIE qui penche déjà lourdement en faveur des investisseurs.

2. Transparence accrue

Les amendements en termes de transparence s'articulent autour de deux axes principaux, à savoir la publication d'éléments procéduraux, ainsi que la participation de parties non contestantes à la procédure.

Premièrement, s'agissant de la publication d'éléments procéduraux, le nouvel article 61 § 3 Règlement d'arbitrage introduit une présomption de consentement à la publication de toute « sentence, décision supplémentaire d'une sentence, rectification, interprétation et révision d'une sentence, et toute décision sur l'annulation »¹³⁵ lorsqu'aucune partie ne soulève d'objection par écrit dans les 60 jours suivant l'envoi des documents précités. Il convient par ailleurs de relever que cette disposition est pleinement compatible avec l'article 48 § 5 Convention CIRDI, selon lequel « Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties », puisque les parties conservent la possibilité de s'opposer à la publication des sentences. Dans ce dernier cas, le CIRDI peut tout de même publier des extraits des documents (nouvel article 61 § 4 Règlement d'arbitrage). Quant au nouvel article 62 § 1 Règlement d'arbitrage, celui-ci prévoit une publication des ordonnances et des décisions, avec un caviardage convenu entre les parties. Contrairement aux sentences, aucun consentement des parties n'est requis pour la publication de ces documents. À notre avis, il s'agit d'un amendement bienvenu, puisque les ordonnances et décisions

¹³⁴ Nous relèverons que l'Argentine et les Émirats arabes unis ont déjà procédé à une telle interdiction dans le cadre de leur TBI du 16 avril 2018, à son article 24 : « Third party funding is not permitted. » (*Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates*).

¹³⁵ Article 61 § 1 Règlement d'arbitrage.

peuvent contenir des « conclusions substantielles ou procédurales importantes »¹³⁶. L'on relèvera que les parties bénéficient toutefois d'une protection, en ce sens qu'elles peuvent s'opposer au caviardage proposé dans un délai de 60 jours suivant le prononcé de l'ordonnance ou de la décision (nouvel article 62 § 2 Règlement d'arbitrage). Dans ce cas, le tribunal arbitral examinera l'opposition et s'assurera que le caviardage proposé ne divulgue aucune information confidentielle ou protégée¹³⁷ (nouvel article 62 § 3 Règlement d'arbitrage). En outre, le nouvel article 64 § 3 Règlement d'arbitrage prévoit la publication des enregistrements et des transcriptions des audiences ouvertes à l'observation du public, à moins que l'une des parties ne s'y oppose. Toutefois, cette disposition, dans la mesure où elle reprend la même teneur que l'actuel article 22 § 2 let. c Règlement administratif et financier, n'appelle pas de commentaire particulier à notre sens.

En deuxième lieu, s'agissant de la participation des parties non contestantes à la procédure, le nouvel article 66 Règlement d'arbitrage précise les modalités de soumission des écritures de celles-ci, soit les soumissions d'*amicus curiae*¹³⁸. En particulier, deux nouveaux critères découlant de la jurisprudence arbitrale sont ajoutés s'agissant de l'examen effectué par le tribunal arbitral concernant l'admission des écritures par des parties non contestantes. Ainsi, le tribunal saisi devra prendre en compte « l'identité, les activités, l'organisation et les propriétaires de la partie non contestante, y compris toute affiliation directe ou indirecte entre la partie non contestante, une partie ou une Partie à un Traité non contestante » (nouvel article 66 § 2 let. d Règlement d'arbitrage) et « si une personne ou une entité apportera à la partie non contestante une assistance financière ou autre pour déposer les écritures » (nouvel article 66 § 2 let. e Règlement d'arbitrage). En outre, s'agissant de l'accès aux documents par les parties non contestantes, le nouvel article 66 § 6

¹³⁶ CIRDI, *Le processus d'amendement des règlements du CIRDI*, 2016, p. 4 (disponible sous : <https://icsid.worldbank.org/fr/Documents/The%20ICSID%20Rules%20Amendment%20Process.FR.pdf> (consulté le 4 novembre 2019)).

¹³⁷ La notion d'« information confidentielle ou protégée » est précisée au nouvel article 65 Règlement d'arbitrage.

¹³⁸ Cf. *supra* note 63.

Règlement d'arbitrage dispose que « le Tribunal peut donner à la partie non contestante accès aux documents pertinents déposés dans le cadre de l'instance, à moins que l'une des parties ne s'y oppose. » L'on notera enfin qu'une modification proposée du nouvel article 66 Règlement d'arbitrage qui prévoyait le versement de frais par les parties non contestantes a finalement été supprimée lors du dernier rapport de travail du CIRDI, et sera examinée plus en détail ci-après.

Relevons que les amendements précités peuvent à présent être analysés sous l'angle de la transparence, dans un premier temps, et sous l'angle de la cohérence, dans un deuxième temps.

En premier lieu, s'agissant de la transparence, nous ne pouvons que saluer les efforts du CIRDI visant à promouvoir celle-ci dans le cadre des procédures arbitrales instituées sous son égide. En effet, il est incontestable qu'en augmentant la publicité des documents procéduraux et en précisant les contours de la participation de parties non contestantes à la procédure, le CIRDI contribue de manière générale à un accroissement de la transparence du système de RDIE, et renforce, par ce biais, la légitimité même de ce système. L'on peut cependant regretter que la publicité des sentences et autres documents procéduraux ne soit pas totale – les parties demeurent en mesure de s'y opposer – puisqu'il ne faut pas perdre de vue qu'*in fine*, ce sont souvent les intérêts de l'État qui sont en jeu, et que par conséquent, tout un chacun devrait pouvoir être au courant du contentieux relatif à son État national. Il est toutefois rassurant que le CIRDI ait pris en compte les propositions de l'Union européenne quant aux écritures des parties non contestantes¹³⁹, et ait ainsi modifié la première mouture de l'amendement de son Règlement d'arbitrage. En effet, l'article 48 § 4 let. c Règlement d'arbitrage dans sa version initiale prévoyait un versement de fonds des parties non contestantes en vue de couvrir les frais supplémentaires de la procédure imputables à leur participation, ce qui aurait

¹³⁹ UNION EUROPÉENNE, *Comments to the proposed amendments to the ICSID Rules submitted on behalf of the European Union and its Member States*, p. 6 (disponible sous : <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/ICSID%20reform-comments%20on%20behalf%20of%20the%20European%20Union%20and%20its%20Member%20States.pdf> (consulté le 4 novembre 2019)).

immanquablement eu pour effet de dissuader certains acteurs de la société civile, tels que des ONG, à intervenir dans le cadre de procédures d'arbitrage au vu des coûts financiers importants que cela pourrait induire. Le nouvel article 66 Règlement d'arbitrage relatif aux écritures des parties non contestantes n'inclut plus cet aspect financier et favorise ainsi la soumission de mémoires d'*amicus curiae*.

Deuxièmement, nous pouvons également lier ces nouvelles dispositions à la question de la cohérence des sentences examinée plus haut¹⁴⁰. En effet, la publicité – relative – des sentences ainsi que des documents afférents à la procédure permettra aux acteurs du RDIE, en particulier les tribunaux arbitraux, d'être davantage au courant des litiges antérieurs et donc des interprétations rendues dans ce cadre, ce qui favorisera assurément le prononcé de sentences cohérentes et limitera le risque de divergences interprétatives susmentionné¹⁴¹. S'agissant de l'accès aux documents par les parties non contestantes, il est intéressant de relever que le nouvel article 66 § 6 Règlement d'arbitrage remédiera à une incohérence procédurale, dans la mesure où par le passé, certains tribunaux arbitraux ordonnaient aux parties la transmission de documents – parfois confidentiels – à des tiers non contestants, afin que les soumissions de ces derniers soient pertinentes, alors que d'autres tribunaux refusaient simplement d'ordonner une telle transmission¹⁴². La pratique est dorénavant uniformisée à cet égard grâce à une codification dans le Règlement d'arbitrage.

3. Bifurcation d'objections préliminaires

Le nouvel article 44 Règlement d'arbitrage introduit des précisions souhaitables quant aux critères pris en considération par le tribunal lors de l'examen de l'admissibilité de la bifurcation d'objections préliminaires¹⁴³, étant précisé que l'actuel article 41

¹⁴⁰ Cf. *supra* p. 2 ss.

¹⁴¹ Cf. *supra* p. 5 ss.

¹⁴² CIRDI, *op. cit.* note 132, p. 217.

¹⁴³ Nous avons choisi de nous concentrer sur la bifurcation d'objections préliminaires puisqu'il s'agit du type de bifurcation le plus courant en pratique. Il sied néanmoins de relever qu'il existe d'autres bifurcations possibles, par exemple la bifurcation des dommages, qui consiste à scinder la procédure en

Règlement d'arbitrage est muet à ce propos. À titre liminaire, il convient de définir ces notions. Par objection préliminaire, il faut comprendre une objection « fondée sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne [ressort] pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, à celle du Tribunal » (nouvel article 43 § 1 Règlement d'arbitrage), soit une exception d'incompétence. La bifurcation, quant à elle, consiste à scinder la procédure d'arbitrage en deux phases distinctes¹⁴⁴. Ainsi, la bifurcation d'objections préliminaires procède d'une division de la procédure en deux parties, à savoir d'une part les questions concernant le fond, et d'autre part celles ayant trait à la compétence, soit les objections préliminaires¹⁴⁵. Il s'agit d'un mécanisme procédural de grande utilité¹⁴⁶ dans la mesure où si, dans le cadre d'une bifurcation, un tribunal rejette la demande pour cause d'incompétence, cela évitera aux parties de débattre sur le fond, leur permettant de gagner plusieurs mois, voire des années, en termes de temps, et des sommes conséquentes en frais judiciaires¹⁴⁷.

Ainsi, le nouvel article 44 § 2 Règlement d'arbitrage dispose que lorsque le Tribunal se détermine sur l'admissibilité de la bifurcation, il examine notamment si « la bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance » (let. a) ; si « la décision sur les objections préliminaires réglerait l'intégralité ou une partie substantielle du différend » (let. b) ; et enfin si « les objections préliminaires et les

une partie relative à la responsabilité, et une autre ayant trait au quantum des dommages, permettant d'épargner aux parties de débattre sur le montant des dommages avant même que la responsabilité soit établie (LAMB Sophie J./PAPE Samuel/HAMZI Laila, *Procedural issues*, in TRENOR John A. (édit.), *Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, London, 2018, p. 111). Une telle bifurcation est régie par le nouvel article 42 Règlement d'arbitrage qui a vocation à s'appliquer aux bifurcations en général, mais qui a la même teneur que le nouvel article 44 Règlement d'arbitrage. Nos considérations concernant le nouvel article 44 Règlement d'arbitrage s'appliquent ainsi *mutatis mutandis* à la bifurcation générale au sens du nouvel article 42 Règlement d'arbitrage.

¹⁴⁴ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 272 ; TRAPL Vojtěch, *Bifurcation of the arbitration proceedings – to bifurcate or not to bifurcate*, in 2nd Kiev Arbitration Days, 2012, p. 268.

¹⁴⁵ CNUCED, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, 2010, p. 18, (disponible sous : https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf (consulté le 4 novembre 2019)).

¹⁴⁶ Cf. cependant la note 152 ci-dessous.

¹⁴⁷ CARLSON Marinn/CHILDRESS Patrick, *Bifurcation in investment treaty arbitration*, in LEGUM Barton (édit.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, London, 2019, p. 48.

questions de fond sont si entremêlées que cela rendrait la bifurcation impraticable » (let. c). Il est intéressant de noter que ces trois critères découlent directement de la jurisprudence. En effet, ce triple examen a été effectué pour la première fois par le tribunal arbitral dans l'affaire *Glamis Gold, Ltd. contre États-Unis d'Amérique*¹⁴⁸, et a été repris subséquemment dans l'affaire *Philip Morris contre Australie*¹⁴⁹, entre autres.

Cet amendement peut dès lors être examiné en premier lieu sous l'angle de la cohérence et en deuxième lieu sous l'angle du gel règlementaire.

Premièrement, attendu que les tribunaux arbitraux ne sont pas tenus de suivre la jurisprudence antérieure en raison de l'absence de *stare decisis*¹⁵⁰, il est selon nous bienvenu que le CIRDI codifie les principes jurisprudentiels en matière de bifurcation d'objection préliminaires. En effet, cela permettra une augmentation de la cohérence en la matière, puisque les tribunaux arbitraux œuvrant sous l'égide du CIRDI prendront en considération les mêmes critères s'agissant de l'admissibilité des bifurcations d'objections préliminaires.

Deuxièmement, il sied de relever que, comme mentionné préalablement¹⁵¹, le gel règlementaire peut être exacerbé par des durées procédurales excessives, empêchant

¹⁴⁸ « [...] Considerations relevant to this analysis include, *inter alia*, (1) whether the objection is substantial inasmuch as the preliminary consideration of a frivolous objection to jurisdiction is very unlikely to reduce the costs of, or time required for, the proceeding; (2) whether the objection to jurisdiction if granted results in a material reduction of the proceedings at the next phase (in other words, the tribunal should consider whether the costs and time required of a preliminary proceedings, even if the objecting party is successful, will be justified in terms of the reduction in costs at the subsequent phase of proceedings); and (3) whether bifurcation is impractical in that the jurisdictional issue identified is so intertwined with the merits that it is very unlikely that there will be any savings in time or cost. » (*Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Procedural Order No. 2 (Revised), Arbitrage *ad hoc*, 31 mai 2005, § 12).

¹⁴⁹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Procedural Order No. 8 (redacted), PCA Case No. 2012-12, 14 avril 2014, § 109.

¹⁵⁰ Cf. *supra* p. 6 s.

¹⁵¹ Cf. *supra* p. 21.

un État de mettre en œuvre des mesures pourtant nécessaires en termes d'intérêt public. Au vu de cela, force est de constater que les précisions apportées faciliteront l'invocation de ce mécanisme par les parties, permettant ainsi généralement¹⁵² de raccourcir la durée des procédures. Accélérer les procédures a pour effet de prévenir le risque de gel règlementaire, puisque les États redoutent en particulier, en sus des coûts massifs que peut induire une procédure d'arbitrage, la longueur excessive desdites procédures, qui peuvent s'étaler sur de nombreuses années¹⁵³.

4. Durée des procédures

Des modifications ont été apportées en vue de raccourcir la durée des procédures, d'une part sous la forme d'amendements réglant les délais applicables au prononcé des sentences, et d'autre part en instituant des procédures accélérées.

Premièrement, s'agissant des délais applicables au prononcé des sentences, le nouvel article 57 § 1 Règlement d'arbitrage prévoit que le tribunal doit rendre la sentence dès que possible, mais au plus tard dans les délais suivants : « 60 jours après la plus tardive des dates suivantes : la date de la constitution du Tribunal, la date des dernières écritures ou la date des dernières plaidoiries, si la sentence est rendue en application de l'article 41 § 3 [let. a] ; 180 jours après la plus tardive des dates suivantes : la date des dernières écritures ou la date des dernières plaidoiries si la sentence est rendue en application de l'article 44 § 3 let. c [let. b] ; ou 240 jours après la plus tardive des dates

¹⁵² Il est important de noter à ce propos que le mécanisme de bifurcation ne résulte pas *ipso facto* en des procédures moins longues. En effet, si le tribunal se déclare compétent après avoir admis la bifurcation, les parties devront alors engager une nouvelle procédure distincte au fond, ce qui peut potentiellement prolonger la durée de la procédure d'arbitrage dans son ensemble (CARLSON Marinn/CHILDRESS Patrick, *loc. cit.*). Pour plus de détails sur l'efficacité de la bifurcation, cf. GREENWOOD Lucy, *Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, 2019, p. 421 ss.

¹⁵³ Selon une étude récente, la durée moyenne d'une affaire est de 3.73 années (GENEVA CENTER FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT (CIDS), *Duration of ISDS Proceedings – ISDS Academic Forum Working Group 2*, 2018, p. 6 (disponible sous : https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/2_Duration_-_WG2.pdf (consulté le 4 novembre 2019))).

suivantes : la date des dernières écritures ou la date des dernières plaidoiries dans tous les autres cas [let. c] ». À titre indicatif, selon l'ancien article 46 Règlement d'arbitrage, il était simplement mentionné que la sentence est rendue dans les 120 jours qui suivent la clôture de l'instance, ce qui est indubitablement problématique. En effet, instituer la clôture de l'instance comme *dies a quo* du début du délai de 120 jours pour rendre la sentence est source d'imprévisibilité pour les parties, puisqu'il est admis que la clôture de l'instance n'intervient souvent qu'une fois que la sentence est presque finalisée par le tribunal¹⁵⁴. Cela ne contraint ainsi pas le tribunal à rendre la sentence dans les meilleurs délais, dans la mesure où le tribunal peut techniquement attendre de manière injustifiée avant de clore l'instance, ce qui arrive fréquemment en pratique¹⁵⁵. Selon nous, établir des points de référence objectifs à des moments clairement déterminés de la procédure pour faire courir les délais, tels que la date de la constitution du Tribunal ou la date des dernières écritures, permet d'accélérer le prononcé des sentences puisque cela évite que le tribunal puisse se reposer sur le point de référence flottant et subjectif que constitue la clôture de l'instance.

En second lieu, le CIRDI a élaboré des dispositions spécifiques concernant la procédure accélérée, à savoir les nouveaux articles 74 ss Règlement d'arbitrage, et ce en vue de satisfaire aux recommandations formulées par les États-membres et le public, qui considèrent que les procédures d'arbitrage d'investissement sont trop longues et trop coûteuses¹⁵⁶. Les parties peuvent déclencher la procédure accélérée à tout moment, par une notification conjointe et écrite au Secrétaire général (nouvel article 74 § 1 Règlement d'arbitrage). Selon le nouvel article 79 Règlement d'arbitrage, le Tribunal doit tenir une première session dans les 30 jours suivant la constitution du Tribunal (§ 1), et ce par téléphone ou par moyen de communication électronique (§ 2), ce qui permet aux parties d'éviter les aspects coûteux et chronophages associés à la tenue d'une séance en personne¹⁵⁷. Il convient de noter que ce délai de 30 jours est considérablement moindre que celui applicable dans le cadre de la procédure

¹⁵⁴ CIRDI, *op. cit.* note 132, p. 257.

¹⁵⁵ RAVIV Adam, *A few steps to a faster ICSID*, in *Global Arbitration Review*, Vol. 8, 2013, p. 25.

¹⁵⁶ CIRDI, *op. cit.* note 132, p. 292.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 312.

« ordinaire », qui est de 60 jours (nouvel article 29 § 3 Règlement d'arbitrage). L'on relèvera également que le nouvel article 80 § 1 Règlement d'arbitrage consacre un calendrier procédural accéléré prévoyant entre autres que « la partie demanderesse dépose un mémoire dans les 60 jours suivant la première session » (let. a), « la partie défenderesse dépose un contre-mémoire dans les 60 jours suivant la date de dépôt du mémoire » (let. b), « l'audience se tient dans les 60 jours suivant le dépôt des dernières écritures » (let. g), ainsi que « le Tribunal rend une sentence dès que possible et, en tout état de cause, au plus tard 120 jours suivant l'audience visée au § 1 let. g » (let. i). Notons que cette même disposition pose aussi des restrictions s'agissant de la longueur des écritures, en ce sens que le mémoire et le contre-mémoire ne peuvent excéder 200 pages (let. c), alors que la réponse et la réplique ne peuvent dépasser 100 pages (let. f). Nous estimons que l'inclusion d'un calendrier procédural est bienvenue, puisque cela permet d'augmenter la prévisibilité pour les parties et d'assurer que chaque phase de la procédure sera traitée dans de brefs délais. Nous considérons également que les limitations concernant la longueur des écritures soumises par les parties constituent une amélioration importante contribuant à l'accélération des procédures, dans la mesure où cela allège le volume de travail non seulement du côté du tribunal, mais aussi de celui de la partie adverse.

Les amendements précités en matière de durée des procédures peuvent être mis en relation avec la problématique du gel règlementaire. En effet, comme mentionné précédemment, raccourcir la durée des procédures, que ce soit par le biais de règles ayant trait aux délais applicables au prononcé des sentences ou de l'institution de procédures accélérées, est assurément bénéfique du point de vue de l'activité règlementaire des États-hôtes¹⁵⁸. Pour le surplus, nous renvoyons à l'analyse déjà effectuée¹⁵⁹.

¹⁵⁸ L'on notera cependant que des procédures comportant des délais plus courts peuvent augmenter les coûts de défense des États-hôtes, puisque ces derniers doivent alors disposer d'une défense juridique dynamique afin de faire face aux délais raccourcis.

¹⁵⁹ Cf. *supra* p. 38 s.

B. *La réforme au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI*

Dans le cadre de sa 50^e session qui s'est tenue du 3 au 21 juillet 2017 à Vienne, la CNUDCI a confié à son Groupe de travail III un mandat de grande envergure portant sur une éventuelle réforme du système de RDIE. Il sied de relever que la CNUDCI a entamé ce processus suite au constat de la crise de légitimité qui frappe actuellement le système de RDIE dans son ensemble. Parmi les préoccupations identifiées par la CNUDCI figurent « le manque de cohérence des sentences arbitrales, l'existence de mécanismes limités pour garantir la régularité des sentences, l'absence de prévisibilité, la désignation d'arbitres par les parties, les incidences de cette désignation sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres, le manque de transparence, et l'augmentation de la durée et du coût de la procédure »¹⁶⁰. Nous analyserons ci-après trois axes de réforme élaborés par le Groupe de travail III, soit les remèdes au problème des procédures concurrentes (1.), la création d'un organisme d'appel autonome (2.), ainsi que la création d'un organisme permanent (3.)

1. Remèdes au problème des procédures concurrentes

Il convient d'emblée de définir ce qu'on entend par procédures concurrentes ainsi que dans quelle mesure cela constitue un défi majeur dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Les procédures concurrentes désignent des procédures pendantes devant deux (ou plusieurs) tribunaux arbitraux, dans lesquelles les parties, la base juridique et une (ou plusieurs) des questions litigieuses sont identiques ou substantiellement identiques¹⁶¹. Cela peut notamment prendre la forme d'actions multiples dirigées contre un État-hôte tant par une société que par ses actionnaires, sur la base du même investissement et de la même mesure étatique, résultant ainsi en la

¹⁶⁰ CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Note du Secrétariat*, 2017, p. 6 (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.142> (consulté le 5 novembre 2019)).

¹⁶¹ ZARRA Giovanni, *Parallel proceedings in investment arbitration*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 2.

formation de tribunaux arbitraux distincts instruisant essentiellement la même action¹⁶².

Les propositions du Groupe de travail III en matière de procédures concurrentes s'articulent autour de deux volets, à savoir d'une part, la mise à disposition d'un cadre règlementaire idoine aux tribunaux arbitraux, et d'autre part, la sensibilisation des États par rapport aux accords internationaux d'investissement que ces derniers concluent¹⁶³.

Premièrement, les problèmes relatifs aux procédures concurrentes sont susceptibles d'être enrayées par la mise à disposition d'un certain nombre de précisions en la matière aux tribunaux arbitraux, qui peuvent soit être intégrées dans un cadre juridique procédural, soit être incluses dans un instrument non contraignant¹⁶⁴. Le Groupe de travail III souligne à ce propos que l'objectif est de fournir aux tribunaux arbitraux des méthodes à appliquer en vue de faire face aux procédures concurrentes, compte tenu du fait que tant les traités d'investissement que les règlements arbitraux¹⁶⁵ sont pour la plupart muets sur les manières d'appréhender cette question.

Nous pouvons à présent examiner deux des méthodes pouvant être intégrées dans un cadre procédural, à savoir la mise en place de règles sur l'abus de procédure ainsi que sur la suspension de procédures.

¹⁶² CNUDCI, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges : procédures concurrentes dans l'arbitrage international - Note du Secrétariat*, 2017, p. 3 (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/915> (consulté le 5 novembre 2019)).

¹⁶³ Pour un aperçu exhaustif de la panoplie de mesures visant à résoudre le problème des procédures concurrentes, cf. KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/BONNIN Victor/MBENGUE Makane Moïse, *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? Final Report on the Geneva Colloquium held on 22 April 2006*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, 2006, p. 59 ss.

¹⁶⁴ CNUDCI, *op. cit.* note 162, p. 5.

¹⁶⁵ À titre d'exemple, le Règlement d'arbitrage du CIRDI ne comporte aucune règle en matière de procédures concurrentes.

En premier lieu, il est notamment proposé de mettre à disposition des tribunaux des critères permettant d'identifier l'une des causes sous-jacentes des procédures concurrentes, à savoir l'abus de procédure. L'abus de procédure est défini de manière générale comme une « utilisation impropre du droit de recours à l'arbitrage pour bénéficier d'un traité ou d'un mécanisme d'arbitrage qui ne serait pas disponible sans cette manipulation »¹⁶⁶. Dans le cadre des procédures concurrentes, l'abus de procédure se manifeste notamment lorsqu'un investisseur, ayant déjà obtenu un jugement sur le fond dans un for, cherche à obtenir un deuxième jugement au fond dans un autre for¹⁶⁷. Selon nous, établir des règles claires définissant les contours de la notion d'abus de procédure, qui préciseraient par exemple les situations dans lesquelles l'on est en présence de tels abus¹⁶⁸, est propre à permettre d'une part aux tribunaux d'identifier plus facilement ces derniers, et d'autre part d'agir en conséquence ; cela constitue assurément un moyen approprié de lutte en amont contre les procédures concurrentes dans le système de RDIE. En deuxième lieu, le Groupe de travail III suggère de mettre à disposition des tribunaux arbitraux des règles concernant la suspension des procédures, lorsque lesdits tribunaux sont confrontés à des procédures concurrentes. Ces règles viseraient notamment à « préciser les circonstances dans lesquelles un tribunal arbitral déciderait de suspendre la procédure pour attendre l'issue d'une action parallèle, et s'il faudrait ensuite qu'il tienne dûment compte de la décision rendue dans l'autre for ou justifie tout écart par rapport à celle-ci »¹⁶⁹. Il s'agit à notre avis d'une solution pragmatique qui devrait permettre aux tribunaux de réagir efficacement lors de la survenance de procédures concurrentes.

La deuxième proposition du Groupe de travail III réside en une sensibilisation des États s'agissant des traités d'investissement qu'ils concluent. En particulier, il s'agit

¹⁶⁶ UNIVERSITY OF OSLO ACADEMIC FORUM ON ISDS, *Glossary*, p. 2 (disponible sous : <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/glossaries/fr-final.pdf> (consulté le 5 novembre 2019)).

¹⁶⁷ CNUDCI, *op. cit.* note 162, p. 6.

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ *Idem.*

d'attirer l'attention des États sur les moyens conventionnels dont ils disposent en vue de faire face à la problématique des procédures concurrentes.

Nous analyserons ci-après deux de ces moyens, soit la définition restrictive des investissements protégés ainsi que la jonction d'instances.

Premièrement, il sied de noter que les États disposent d'une marge de manœuvre considérable s'agissant des définitions de l'investissement et des investisseurs protégés dans le cadre de leurs TBI ; cela relève avant tout de leur autonomie. Or la définition de ces termes est primordiale du point de vue du risque de procédures concurrentes, puisqu'une définition trop vaste des notions d'investisseur et d'investissement¹⁷⁰ est notamment à même d'étendre la protection à des investisseurs pratiquant des restructurations corporatives¹⁷¹ et n'ayant parfois aucune présence physique dans l'État en question, ce qui accentue *de facto* le risque de demandes multiples¹⁷². À cet effet, le Groupe de travail III propose entre autres que les États, lors de l'élaboration de la définition des investissements protégés dans leurs TBI, renvoient au critère d'activité commerciale substantielle et définissent cette dernière, ce qui revient à conseiller l'adoption d'une « *entreprise-based definition* »¹⁷³ de l'investissement, par opposition à une « *open-ended asset-based definition* »¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Pour un exemple de définition large de la notion d'investissement, l'on peut se référer à l'affaire *Abaclat contre Argentine*, dans laquelle le tribunal arbitral saisi a étendu cette notion au point d'y inclure l'acquisition d'obligations émises par l'État argentin : « [...] Claimants' purchase of security entitlements in Argentinean bonds constitutes a contribution which qualifies as "investment" *per se* under Article 1(1) of the BIT » (*Abaclat and others v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5, 4 août 2011, § 371).

¹⁷¹ Comme vu antérieurement dans le cadre de l'affaire *Philip Morris contre Australie* (cf. *supra* p. 24).

¹⁷² CNUDCI, *op. cit.* note 162, p. 9.

¹⁷³ Il s'agit du modèle utilisé par la Chine ainsi que par de nombreux pays en développement (Qi Huan, *The Definition of Investment and its Development: for the Reference of the Future BIT between China and Canada*, in *Revue juridique Thémis*, Vol. 45, 2012, p. 553).

¹⁷⁴ Il s'agit du modèle utilisé par l'Allemagne notamment. Pour une définition de cette notion, cf. MALIK Mahnaz, *Definition of Investment in International Investment Agreements*, in *International Institute for Sustainable Development Best Practices*, 2011, p. 3.

En second lieu, le Groupe de travail III enjoint les États à inclure dans leurs TBI des clauses concernant la jonction d'instances, qui est définie comme étant « le regroupement de plusieurs demandes ou arbitrages en cours en une seule procédure »¹⁷⁵. De telles clauses figurent déjà dans certains traités d'investissement¹⁷⁶, et sont assurément une solution viable dans le contexte des procédures concurrentes, puisqu'elles permettent de joindre les procédures parallèles en une seule procédure¹⁷⁷. L'on ajoutera au demeurant que la jonction permet de résoudre un des défis majeurs des procédures concurrentes, à savoir les coûts élevés qu'elles induisent pour les États-hôtes du fait de la multiplication des demandes. Ainsi, par le biais du mécanisme de la jonction, chaque litige – comprenant des allégations de fait, des productions de preuves ainsi que la présentation d'arguments juridiques – n'est porté qu'une seule fois devant les tribunaux arbitraux¹⁷⁸.

Nous examinerons ci-après la manière dont les propositions précitées du Groupe de travail III en matière de procédures concurrentes, à savoir la mise à disposition d'outils

¹⁷⁵ CNUDCI, *Procédures concurrentes dans l'arbitrage international - Note du Secrétariat*, 2016, p. 9 (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/881> (consulté le 5 novembre 2019)). Pour plus de détails sur cette question, cf. OCDE, *Consolidation of claims: a promising avenue for investment arbitration?*, in OCDE International Investment Perspectives, 2006 (disponible sous : <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40079691.pdf> (consulté le 5 novembre 2019)).

¹⁷⁶ « Where a Tribunal established under this Article is satisfied that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, in the interests of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order: (a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims [...] » (Article 1126 § 2 ALENA) ; « Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 10.16.1 and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order [...] » (Article 10.25 § 1 de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (ALÉAC)).

¹⁷⁷ KIM Sae Youn/AHN Tae Joon, *Investment Arbitration and Parallel Proceedings*, in LEGUM Barton (édit.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, London, 2019, p. 80.

¹⁷⁸ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/BONNIN Victor/MBENGUE Makane Moïse, *op. cit.*, p. 83.

procéduraux ainsi que l'inclusion par les États de mécanismes dans les traités d'investissement, permettent d'améliorer la cohérence et d'atténuer le risque associé au gel règlementaire.

En premier lieu, du point de vue de la cohérence, il sied de noter que mettre un frein aux procédures parallèles revient à diminuer le risque de sentences incohérentes. En effet, il est admis que les procédures concurrentes favorisent le prononcé de sentences contradictoires¹⁷⁹, puisque différents tribunaux arbitraux sont amenés à juger des mêmes faits. Or, comme nous l'avons vu, le risque de divergences interprétatives est bien réel¹⁸⁰, les mêmes faits pouvant ainsi donner lieu à des sentences différentes.

Deuxièmement, il va sans dire que mitiger les risques de procédures concurrentes a des effets positifs en termes de prévention de gel règlementaire. En effet, cela contribue de manière générale à la prévisibilité du système et sert à rassurer les États-hôtes, dans la mesure où ceux-ci craindront moins de faire l'objet de demandes multiples lorsqu'ils exercent leurs prérogatives. Ainsi, dans le cadre de leur activité législative et administrative, les États-hôtes se retrouveront déchargés de leurs appréhensions quant aux effets néfastes des procédures concurrentes, à savoir notamment les indemnisations multiples pour le même dommage ainsi que l'accroissement considérable des frais de défense afin de faire face aux demandes parallèles.

2. Création d'un organisme d'appel autonome

Le Groupe de travail III propose la création d'un organisme d'appel autonome, dont il convient de noter qu'il viserait à compléter le système de RDIE actuel et serait pleinement compatible avec celui-ci. Il s'agirait dès lors d'une entité autonome, composée de membres titularisés, et instituée en vue de connaître des appels interjetés tant sur le fond que sur la forme contre des sentences arbitrales rendues par des

¹⁷⁹ DERAIS Yves/SICARD-MIRABAL Josefa, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 66.

¹⁸⁰ Cf. *supra* p. 5 ss.

tribunaux arbitraux *ad hoc*¹⁸¹. Nous relèverons que l'objectif de cet organisme est de faire face à l'une des critiques majeures adressées au système de RDIE, à savoir le manque de cohérence dans les sentences rendues par les tribunaux arbitraux¹⁸².

Nous examinerons ci-après dans quelle mesure cette proposition est apte à pallier les reproches ayant trait à la cohérence, en mettant un accent particulier sur les divergences interprétatives, qui sont dues à la fois à l'existence de notions juridiques indéterminées ainsi qu'au caractère décentralisé des tribunaux arbitraux *ad hoc*¹⁸³.

D'une part, un tel organisme serait à même d'assurer une vision d'ensemble bienvenue s'agissant des notions juridiques indéterminées figurant dans la majorité des traités d'investissement¹⁸⁴. Concrètement, cette entité pourrait en théorie définir une ligne d'approche uniforme concernant par exemple la question de savoir si les clauses parapluie sont à même de transformer une violation contractuelle en une violation d'un TBI¹⁸⁵, ou encore si la clause de la nation la plus favorisée a également une portée procédurale.

D'autre part, un organisme d'appel autonome pourrait tendre à établir une jurisprudence cohérente concernant l'interprétation des clauses de traités d'investissement spécifiques, puisque ceux-ci sont actuellement interprétés par des tribunaux établis sur une base *ad hoc*, ce qui, comme nous l'avons vu, favorise le risque d'incohérences, chaque tribunal pouvant avoir sa vision propre des questions juridiques qui lui sont soumises¹⁸⁶. L'organisme proposé par le Groupe de travail III

¹⁸¹ CNUDCI, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États - Note du Secrétariat*, p. 7 (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/917> (consulté le 5 novembre 2019)).

¹⁸² *Ibid.*, p. 6.

¹⁸³ Cf. *supra* p. 6.

¹⁸⁴ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?* - CIDS Report, 2016, p. 69.

¹⁸⁵ Cf. *supra* p. 8 ss.

¹⁸⁶ Cf. *supra* p. 6.

échapperait à cet écueil dans la mesure où il prendrait la forme d'une entité permanente, voire semi-permanente¹⁸⁷, composée de membres nommés pour une certaine durée, et ce par opposition à l'éphémérité qui caractérise les tribunaux *ad hoc*.

Nous pouvons à présent commenter cette proposition sous l'angle de ses effets sur la cohérence ainsi que sur le gel règlementaire.

Premièrement, au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer qu'instaurer un mécanisme d'appel est assurément bénéfique du point de vue de la cohérence, puisque cela permettrait de corriger des erreurs sur le fond et de tenter d'uniformiser les sentences¹⁸⁸, promouvant par là même la sécurité juridique. Toutefois, selon nous, ce mécanisme n'est pas exempt de critiques. En effet, d'une part, il faut reconnaître qu'instituer un système d'appel risque de mettre à mal un principe fondamental de l'arbitrage permettant notamment de limiter la durée et les coûts des litiges, à savoir le principe de la finalité de la sentence, selon lequel « la sentence est obligatoire et non susceptible d'appel sur le fond »¹⁸⁹. D'autre part, introduire un mécanisme d'appel augmenterait *de facto* le nombre de procédures arbitrales, dans la mesure où l'existence même d'une opportunité d'appel est susceptible d'inciter toute partie qui succombe à former un recours¹⁹⁰. Cela pourrait induire des coûts élevés de défense pour les États-

¹⁸⁷ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 6.

¹⁸⁸ Il sied toutefois de nuancer ce propos, dans la mesure où en pratique, il s'avérera difficile d'aboutir à une cohérence pleine et entière s'agissant des notions juridiques indéterminées. En effet, les traités d'investissement possédant chacun leur propre économie, il convient d'interpréter les notions juridiques indéterminées qu'ils contiennent au cas par cas, à la lumière de la volonté des parties spécifiques. L'on notera que cet obstacle ne se pose notamment pas dans le cadre du système d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dans lequel l'Organe d'appel de l'OMC est amené à interpréter un corpus unique de règles applicables pour tous les litiges qui lui sont soumis (ACHTOUK-SPIVAK Laurie, *Les voies de recours dans l'arbitrage en matière d'investissement*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p. 930 ; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *loc. cit.*).

¹⁸⁹ OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, Editions OCDE, Paris, 2006, p. 221.

¹⁹⁰ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 47.

hôtes notamment, qui subiraient potentiellement une pression de l'opinion publique pour former recours en cas de sentence défavorable¹⁹¹.

En second lieu, s'agissant de la problématique du gel règlementaire, l'on soulignera qu'un tel organisme pourrait atténuer le risque de survenance de ce phénomène, vu que les États-hôtes seraient rassurés du fait de disposer d'une voie de recours leur permettant de contester des sentences erronées à leurs yeux, étant précisé qu'une telle voie serait nécessairement plus avantageuse que les mécanismes d'annulation actuellement prévus dans les règlements d'arbitrage, par exemple à l'article 52 Convention CIRDI¹⁹². En effet, l'appel est moins restrictif s'agissant des motifs admis, puisqu'il permet une contestation tant sur le fond que sur la forme, alors que l'annulation ne peut être invoquée qu'en cas de vice formel¹⁹³.

L'on pourrait envisager une alternative à l'institution d'un mécanisme d'appel, par exemple la mise en place d'un système de questions préliminaires par lequel le tribunal arbitral saisi d'une question interprétative complexe pourrait soumettre ladite problématique à une autre instance, qui elle dissiperait tout doute interprétatif et communiquerait sa solution au tribunal requérant¹⁹⁴. Cette alternative présente l'avantage d'atténuer les risques d'incohérence en amont, soit avant qu'une décision incohérente ne soit rendue, plutôt qu'en aval, soit après que la décision incohérente soit prononcée, comme c'est le cas du mécanisme d'appel. Notons toutefois que rien n'empêche de combiner ces deux formes d'examen, ce qui est par ailleurs discuté par

¹⁹¹ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2005, p. 6.

¹⁹² « Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : vice dans la constitution du Tribunal (let. a) ; excès de pouvoir manifeste du Tribunal (let. b) ; corruption d'un membre du Tribunal (let. c) ; inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure (let. d) ; défaut de motifs (let. e) » (article 52 § 1 Convention CIRDI).

¹⁹³ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁴ ACHTOUK-SPIVAK Laurie, *op. cit.*, p. 931. Relevons que ce mécanisme existe déjà dans le cadre de l'Union européenne, par le biais du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

le Groupe de travail III dans le cadre des mécanismes de contrôle d'une cour internationale des investissements¹⁹⁵ telle que traitée ci-dessous.

3. Vers une cour internationale des investissements ?

Il est en dernier lieu proposé la création d'un organisme permanent multilatéral qui s'inscrirait, contrairement à l'organisme d'appel autonome examiné ci-dessus, hors du cadre du système de RDIE actuel, marquant par là même une rupture avec ledit système. En effet, le Groupe de travail III propose l'institution d'une véritable cour internationale des investissements (ou tribunal international des investissements), soit un mécanisme multilatéral ayant pour objectif de régler les différends entre investisseurs et États, dans la perspective « [d'] assurer la cohérence des efforts de réforme et [...] remédier à la fragmentation du régime actuel »¹⁹⁶. La cour internationale des investissements, qui serait créée sur la base d'un traité fondateur international ratifié par les États (statut), comporterait potentiellement deux degrés de juridiction (soit un tribunal de première instance et un tribunal d'appel), intégrant ainsi un mécanisme d'appel interne¹⁹⁷. Elle serait pour le surplus composée de membres titularisés voire semi-titularisés¹⁹⁸.

Il convient à présent d'examiner trois des questions soulevées par le Groupe de travail III en lien avec cette nouvelle institution, à savoir celles concernant les mécanismes d'examen, l'exécution, ainsi que les coûts de création et de fonctionnement d'une telle cour.

Premièrement, il s'agira de se demander s'il convient de doter la nouvelle cour d'un mécanisme d'examen, sous la forme soit de l'annulation, soit de l'appel. Nous noterons à ce propos que nous partageons l'avis du Groupe de travail III, selon lequel un

¹⁹⁵ Cf. *infra* p. 51 s.

¹⁹⁶ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 9.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ *Idem.*

mécanisme d'appel est préférable¹⁹⁹ dans la mesure où, comme déjà expliqué²⁰⁰, les motifs d'appel sont moins restrictifs puisqu'ils s'étendent non seulement aux questions d'ordre procédural, mais également aux questions de fond²⁰¹. L'on ajoutera qu'à notre avis, la proposition précitée du Groupe de travail III à propos de l'organisme d'appel autonome, consistant à cumuler un mécanisme d'appel avec un système de questions préjudicielles²⁰², devrait être transposée dans le cadre de la cour internationale des investissements, en ce sens que le tribunal de première instance pourrait par ce biais se référer à l'opinion du tribunal d'appel en cas de doute interprétatif. Cela constituerait une mesure à même d'aboutir à une solution globale, permettant ainsi d'assurer une cohérence dans les décisions rendues par la cour, et ce tant *ex ante* (à travers des questions préjudicielles) qu'*ex post* (par le biais d'un mécanisme d'appel).

En second lieu, l'exécution des décisions de la cour devra être assurée, en vue de garantir l'efficacité du système²⁰³. Pour mieux cerner la question de l'exécution, le Groupe de travail III distingue deux situations, à savoir d'une part le cas où l'exécution a lieu dans un État ayant ratifié le statut fondant la cour internationale des investissements, et d'autre part lorsque l'exécution a lieu sur le territoire d'un État qui n'est pas partie audit statut. S'agissant de la première situation, le Groupe de travail III souligne que deux hypothèses seraient envisageables. D'un côté, l'on pourrait instituer, dans le statut, un régime spécial d'exécution²⁰⁴ obligeant les États parties à exécuter les décisions de la cour de façon analogue à leurs décisions

¹⁹⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 12. *Contra* : KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 74.

²⁰⁰ Cf. *supra* p. 50.

²⁰¹ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 95.

²⁰² Cf. *supra* p. 50 s.

²⁰³ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 13.

²⁰⁴ Ce régime spécial d'exécution pourrait être inspiré de celui figurant à l'article 54 § 1 Convention CIRDI : « Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. [...] ».

nationales. De l'autre côté, l'on pourrait prévoir l'application du mécanisme d'exécution de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères²⁰⁵ (ci-après : Convention de New York) – à supposer que celle-ci soit applicable aux décisions rendues par la cour²⁰⁶ – ce qui conditionnerait l'exécution à un examen de la part des États parties à la Convention de New York, puisque ces derniers peuvent invoquer des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution selon l'article V § 2 Convention de New York²⁰⁷. Concernant la seconde situation, soit lorsque l'exécution a lieu sur le territoire d'États qui ne sont pas parties au statut instituant la cour internationale des investissements, ces États ne seraient bien entendu pas liés par un éventuel régime spécial d'exécution tel que décrit ci-dessus. Au vu du fait qu'il n'existe en l'état aucun mécanisme d'exécution uniforme des décisions de tribunaux internationaux²⁰⁸, l'exécution des décisions de la cour dépendrait alors surtout d'une exécution par le biais de la Convention de New York, si celle-ci devait s'appliquer.

En dernier lieu, le Groupe de travail III a examiné la problématique des coûts afférents à la création et au fonctionnement de la cour internationale des investissements, en évoquant trois hypothèses de financement. Premièrement, l'on pourrait instituer la cour sous les auspices d'un organisme existant²⁰⁹, par exemple le CIRDI, ce qui permettrait de réaliser des économies et faciliterait le lancement de la cour puisque des ressources préexistantes seraient mobilisées. Deuxièmement, il est proposé d'attribuer les coûts aux États parties à l'acte constitutif de la cour, en prévoyant une répartition

²⁰⁵ Entrée en vigueur le 7 juin 1959.

²⁰⁶ Pour un examen de cette question controversée, cf. KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 54 ss.

²⁰⁷ « La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate : que, d'après la loi de ces pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage [let. a]; ou que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays [let. b] » (article V § 2 Convention de New York).

²⁰⁸ WARIOBA Joseph Sinde, *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*, in Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, Vol. 5, 2001, p. 49.

²⁰⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 14.

éventuelle avec les États qui adhèreraient au statut postérieurement à son entrée en vigueur²¹⁰. Enfin, le Groupe de travail III envisage d'établir un système de financement des coûts de fonctionnement de la cour par les parties demanderesse, à savoir les investisseurs ; cette dernière solution aurait potentiellement pour effet de dissuader les demandes infondées voire téméraires²¹¹.

Nous pouvons dès lors analyser les effets de l'institution d'une cour internationale des investissements sur les problématiques de cohérence, de transparence, ainsi que de règlementaire.

Tout d'abord, du point de vue de la cohérence des sentences, une cour internationale des investissements permettrait de garantir un niveau élevé de celle-ci, dans la mesure où les décisions seraient rendues par un organe uniforme et permanent, composé de juges titularisés – par opposition au système actuel de tribunaux *ad hoc* – diminuant ainsi considérablement le risque de divergences interprétatives. En effet, il est admis que les tribunaux *ad hoc* ont une tendance naturelle à diverger davantage que les tribunaux permanents, qui exercent dans un esprit de collégialité continue²¹². En outre, la cohérence des sentences se retrouverait également garantie par le système d'appel proposé, qui constitue sans aucun doute un outil de choix en vue de rectifier des décisions a priori incohérentes. L'on regrettera toutefois qu'il ne soit pas fait mention d'une éventuelle application de la doctrine du précédent (*stare decisis*) par la cour internationale des investissements, ce qui serait souhaitable selon nous sous l'angle de la cohérence.

S'agissant de la transparence, nonobstant l'absence de précisions sur cette problématique par le Groupe de travail III, l'on pourrait espérer que la cour publie en ligne ses décisions ainsi que les détails de tous les aspects de ses activités, qu'elle

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ *Idem.*

²¹² WÄLDE Thomas W., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in KAHN Philippe/WÄLDE Thomas M. (édit.), *New Aspects of International Investment Law/Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Brill, Leiden, 2007, p. 115.

garantisse la publicité des audiences et qu'elle permette systématiquement à des tiers non parties, tels que des organisations non gouvernementales, des syndicats, ou encore des groupes de défense des consommateurs, de présenter leurs observations par le biais d'*amici curiae*.

Enfin, le gel règlementaire serait limité, puisque plusieurs facteurs réassureraient les États-hôtes. Premièrement, comme mentionné, la cohérence des décisions serait garantie, ce qui augmenterait la sécurité juridique. Ainsi, les États-hôtes ne redouteraient pas que des sentences incohérentes soient prononcées contre elles. Deuxièmement, les craintes d'États-hôtes de se retrouver face à un tribunal arbitral partial et potentiellement pro-investisseur seraient dissipées, puisque l'indépendance et l'absence de conflits d'intérêts des juges seraient assurées – contrairement au système actuel – dans la mesure où ces derniers ne seraient pas autorisés à exercer d'autres activités en matière de RDIE²¹³. Enfin, la proposition de faire peser les coûts de fonctionnement de la cour sur les parties demanderesse serait bénéfique du point de vue du gel règlementaire, puisque les investisseurs seraient moins enclins à intenter des procédures d'arbitrage infondées, dans l'unique but d'intimider les États-hôtes.

En bref, l'institution d'une cour internationale des investissements consisterait en un remaniement assurément radical du système de RDIE²¹⁴ ; cependant, en tant que cela procède d'une réforme structurelle et non pas seulement procédurale, nous considérons qu'il s'agit d'une proposition censée, efficace, et apte à remédier de manière complète à la crise profonde que connaît le RDIE actuellement²¹⁵.

²¹³ CNUDCI, *op. cit.* note 181, p. 10.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 9.

²¹⁵ À titre indicatif, s'agissant de l'applicabilité de cette réforme, il est potentiellement prévu d'utiliser un mécanisme semblable à celui figurant dans la Convention de Maurice (cf. *supra* p. 20) en vue de modifier les traités bilatéraux en vigueur actuellement par le biais d'un instrument multilatéral, ce qui permettrait de rendre les nouvelles modalités directement applicables aux traités d'investissement existants (*ibid.*, p. 16).

C. La réforme proposée par l'Union européenne

Tout comme le CIRDI et la CNUDCI, l'Union européenne n'a pas été insensible aux critiques majeures formulées contre le système de RDIE au cours de ces dernières années. C'est dans cette optique qu'elle a entamé, dès 2015 déjà, un vaste processus de réforme dudit système. Cela résulte notamment des consultations publiques organisées en 2014 par la Commission européenne quant à l'inclusion d'un mécanisme de RDIE traditionnel dans le TTIP²¹⁶, qui ont suscité de vives oppositions de la part de la société civile et ont poussé l'Union européenne à entièrement repenser le mécanisme de règlement des différends qu'elle intégrera dans ses accords futurs.

La réforme de l'Union européenne est composée de deux volets, à savoir d'une part, l'institution d'un système juridictionnel des investissements dans le cadre des accords internationaux d'investissement conclus par l'Union (1.), et d'autre part, la mise en place d'un tribunal multilatéral des investissements (2.).

1. Système juridictionnel des investissements

Le système juridictionnel des investissements²¹⁷ constitue la première étape de la réforme entreprise par l'Union. Il s'agit d'un tribunal permanent des investissements (parfois aussi appelé « tribunal *bilatéral* des investissements »²¹⁸ (par opposition à un tribunal *multilatéral* des investissements, examiné ci-après²¹⁹)), qui statue de manière

²¹⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Report - Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)* (disponible sous : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf (consulté le 14 novembre 2019)).

²¹⁷ En anglais : *Investment court system (ICS)*.

²¹⁸ BUNGENBERG Marc, *A History of Investment Arbitration and Investor-State Dispute Settlement in Germany*, in Centre for International Governance Innovation Investor-State Arbitration Series Paper n° 12, 2016, p. 17 ; POPOV Athanase, *Issues Raised by Investor-State Dispute Settlement under Intra-EU BITs and European Union International Investment Agreements*, in Jean Monnet Working Papers, 2017, p. 16.

²¹⁹ Cf. *infra* p. 63 ss.

transparente sur les différends relatifs à un accord international d'investissement donné. Ce système, qui a été conçu dans le souci de ressembler aux tribunaux nationaux²²⁰, est également accompagné d'une panoplie de nouveautés procédurales reflétant la nouvelle approche de l'Union européenne en matière de RDIE, que nous examinerons plus en détail ci-dessous.

L'on relèvera que ce système a d'ores et déjà été mis en œuvre dans plusieurs accords internationaux d'investissement récemment conclus par l'Union européenne. Cela exprime la nouvelle démarche de l'Union consistant à systématiquement inclure le système juridictionnel des investissements dans ses futurs accords de commerce et d'investissement²²¹. Un tel mécanisme est ainsi prévu dans l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada²²² entré en vigueur le 21 septembre 2017 (ci-après : CETA), l'Accord de libre-échange entre le Viêt Nam et l'Union européenne²²³ (pas encore entré en vigueur) (ci-après : EVFTA), l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique²²⁴ (pas encore entré en vigueur) (ci-après : FTA EU-MX), ainsi que l'Accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne²²⁵ entré en vigueur le 21 novembre 2019 (ci-après : EUSFTA).

Nous examinerons dès lors certains éléments relatifs au fonctionnement de ce système juridictionnel des investissements à la lumière de celui figurant dans le CETA, étant

²²⁰ RÖNNELID Love, *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System*, 2018, p. 7 (disponible sous : https://www.guengl.eu/content/uploads/2019/03/MIC_vRET_web_FINAL2.pdf (consulté le 14 novembre 2019)).

²²¹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements*, 2017, p. 3 (disponible sous : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF (consulté le 14 novembre 2019)).

²²² En anglais : *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA).

²²³ En anglais : *European Union-Vietnam Free Trade Agreement* (EVFTA).

²²⁴ En anglais : *Free Trade Agreement between Mexico and the European Union* (FTA EU-MX). Ce nouvel accord remplacera celui du même nom entré en vigueur le 1^{er} juillet 2000.

²²⁵ En anglais : *European Union-Singapore Free Trade Agreement* (EUSFTA).

précisé que le dispositif est essentiellement le même dans l'EVFTA²²⁶, le FTA EU-MX, ainsi que l'EUSFTA.

Le système juridictionnel des investissements intégré dans le CETA²²⁷ se caractérise par un mécanisme judiciaire innovant à deux degrés²²⁸, composé d'un tribunal de première instance (ci-après : le tribunal) et d'un tribunal d'appel. Le tribunal est composé de 15 membres, à savoir 5 ressortissants d'États membres de l'Union, 5 ressortissants canadiens et 5 ressortissants d'États tiers²²⁹, qui sont nommés pour un mandat de 5 ans, renouvelable une fois²³⁰. En outre, un système d'appel est prévu, de par la création d'un tribunal d'appel, dont la composition n'est toutefois pas précisée²³¹. Le tribunal d'appel est compétent pour procéder à l'examen des sentences rendues par le tribunal²³² en vue de les confirmer, les modifier ou encore les infirmer²³³, sur la base des trois motifs suivants : « [s'il existe des] erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable ; [des] erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent ; [des]

²²⁶ Pour une comparaison entre le système juridictionnel des investissements du CETA et celui de l'EVFTA, cf. LENK Hannes, *An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, p. 666 ss.

²²⁷ Précisons que le système juridictionnel des investissements consacré dans le CETA a récemment été jugé conforme au droit européen (cf. CJUE, Avis 1/17 du 30 avril 2019, (disponible sous : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=711397> (consulté le 14 novembre 2019))).

²²⁸ SCHACHERER Stefanie, *op. cit.* note 10, p. 631.

²²⁹ Article 8.27 § 2 CETA.

²³⁰ Article 8.27 § 5 CETA.

²³¹ Quant à la raison de ce manque de précisions, cf. VINCENT Philippe, *Le Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, in *Revue de Droit du Commerce International et des Transports*, n° 2016/4, 2016, note 40.

²³² Article 8.28 § 1 CETA.

²³³ Article 8.28 § 2 CETA.

motifs énoncés aux alinéas a) à e) de l'article 52 (1) de la Convention du CIRDI²³⁴, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les paragraphes a) et b) »²³⁵.

Du point de vue procédural, le système juridictionnel des investissements contenu dans le CETA apporte plusieurs améliorations notables, que ce soit en termes de demandes frauduleuses ou infondées, de procédures concurrentes, ou encore de transparence.

En premier lieu, le CETA prévoit notamment des mécanismes de protection contre les demandes résultant de manœuvres frauduleuses de la part d'investisseurs²³⁶, qui sont conséquemment considérées irrecevables, ainsi que contre les plaintes manifestement infondées²³⁷, qui peuvent faire l'objet d'une objection de la part du défendeur, induisant ainsi une suspension de la procédure sur le fond, le temps que le tribunal examine ladite objection²³⁸.

Deuxièmement, en matière de procédures concurrentes, deux dispositions topiques règlent cette problématique. D'une part, l'article 8.22 § let. f et let. g CETA dispose que « Un investisseur peut déposer une plainte [...] uniquement s'il: se retire ou se désiste de toute procédure en cours devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à [la mesure litigieuse] [let. f] ; et renonce à son droit d'introduire toute plainte ou procédure devant un tribunal ou une cour en vertu du droit interne ou du droit international relativement à [la mesure litigieuse] [let. g] ». D'autre part, l'article 8.24 CETA prévoit que « Lorsqu'une plainte est introduite conformément à la présente section et à un autre accord international, et que, selon le cas: il est possible qu'il y ait un chevauchement entre les indemnisations (let. a); la plainte introduite en vertu d'un autre accord international pourrait avoir une incidence importante sur le règlement de la plainte introduite conformément à la présente

²³⁴ Cf. *supra* note 192.

²³⁵ Article 8.28 § 2 let. a, b, et c CETA.

²³⁶ Article 8.18 § 3 CETA.

²³⁷ Article 8.32 CETA.

²³⁸ Article 8.32 § 4 CETA.

section (let. b), le Tribunal [...] suspend la procédure ou fait en sorte [...] que sa décision [...] tienne compte de la procédure introduite conformément à l'autre accord international ». L'on relèvera au demeurant que ces deux dispositions sont certainement avant-gardistes en ce sens que la majorité des 3'000 accords d'investissement conclus au niveau international ne prévoient pas de tels mécanismes de prévention des procédures concurrentes²³⁹.

Enfin, en termes de transparence, l'article 8.36 § 1 CETA prévoit que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence est applicable aux procédures devant le tribunal et le tribunal d'appel. Le CETA va toutefois au-delà des exigences prévues par la CNUDCI à plusieurs égards. En effet, contrairement au Règlement de la CNUDCI sur la transparence²⁴⁰, la publicité des audiences est inconditionnellement affirmée (article 8.36 § 5 CETA). Il est également prévu que des documents supplémentaires à ceux figurant à l'article 3 § 1 Règlement de la CNUDCI sur la transparence doivent être mis à disposition du public²⁴¹, et ce avant même la constitution du tribunal²⁴².

Nous pouvons à présent analyser le système juridictionnel des investissements prévu dans le CETA quant à ses effets sur la cohérence des décisions. Tout d'abord, l'on notera que la composition permanente des membres du tribunal a des effets assurément bénéfiques en termes de cohérence des décisions rendues, puisque cela

²³⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Investment in TTIP and beyond – the path for reform : Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 2015, p. 3 (disponible sous : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (consulté le 14 novembre 2019)).

²⁴⁰ Cf. *supra* note 83.

²⁴¹ Selon l'article 8.36 § 2 CETA, il s'agit des documents suivants : « La demande de consultations, l'avis demandant une détermination du défendeur, l'avis de détermination du défendeur, le consentement à la médiation, l'avis d'intention de contester la nomination d'un membre du Tribunal, la décision statuant sur la contestation de la nomination d'un membre du Tribunal et la demande de jonction [...] ».

²⁴² « Nonobstant l'article 2 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, préalablement à la constitution du Tribunal, le Canada ou l'Union européenne, selon le cas, met à la disposition du public en temps opportun les documents pertinents visés au paragraphe 2 » (article 8.36 § 4 CETA).

permet d'assurer une continuité tant personnelle que structurelle²⁴³, qui promeut une certaine uniformité des décisions dans le temps. Ensuite, la mise en place d'un système d'appel est également positive en vue d'assurer une cohérence des décisions, comme déjà mentionné²⁴⁴. En outre, l'inclusion d'un mécanisme en vue de diminuer le risque de procédures concurrentes est bienvenu, puisque cela permet d'augmenter la cohérence des décisions, comme nous l'avons vu²⁴⁵. L'on peut en revanche regretter que tant le tribunal que le tribunal d'appel ne soient pas tenus d'appliquer le principe de *stare decisis*²⁴⁶. En effet, cela contribuerait à davantage de cohérence dans les décisions, comme expliqué précédemment²⁴⁷.

Examinons maintenant l'effet du système juridictionnel des investissements sur la transparence dans le cadre du CETA. L'on soulignera d'emblée qu'il est considéré que le CETA prévoit sans doute les normes de transparence les plus élevées qui aient jamais été établies en matière de règlement des différends relatifs aux investissements²⁴⁸. En effet, il est intéressant de noter que le CETA va au-delà des exigences prévues par la CNUDCI sous plusieurs angles, instituant par là même un standard « CNUDCI Plus »²⁴⁹. Tel est notamment le cas de la publicité inconditionnelle des audiences, qui est selon nous une avancée majeure, puisque cela permet

²⁴³ VON WALTER André/ANDRISANI Maria Luisa, *op. cit.*, p. 189.

²⁴⁴ Cf. *supra* p. 49 s.

²⁴⁵ Cf. *supra* p. 47.

²⁴⁶ Dans le cadre du CETA, l'absence de doctrine du précédent est toutefois contrebalancée par la volonté affichée de l'Union européenne d'éliminer les doutes autour de notions juridiques indéterminées, par exemple concernant la clause de la nation la plus favorisée, réduisant ainsi *de facto* les divergences interprétatives et favorisant grandement la cohérence des décisions. En effet, l'article 8.7 § 4 CETA dispose que « Il est entendu que le «traitement» mentionné aux paragraphes 1 et 2 n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux [...] ». L'on notera qu'une disposition similaire existe dans l'EVFTA, à l'article 2.4 § 5 : « For greater certainty, the term "treatment" referred to in paragraph 1 does not include dispute resolution procedures or mechanisms [...] ».

²⁴⁷ Cf. *supra* p. 6.

²⁴⁸ VON WALTER André/ANDRISANI Maria Luisa, *op. cit.*, p. 198.

²⁴⁹ SCHACHERER Stefanie, *op. cit.* note 10, p. 640.

notamment aux ressortissants canadiens et européens d'assister sans restriction aux audiences au cours desquelles les intérêts de leurs États respectifs sont potentiellement en jeu. À notre avis, l'ensemble des modifications en faveur de davantage de transparence décrites ci-dessus sont bienvenues et démontrent une véritable prise en considération par l'Union européenne des préoccupations de la société civile en matière de transparence.

Enfin, nous pouvons étudier l'effet du système précité sur le gel règlementaire. Tout d'abord, les dispositions permettant d'écarter d'entrée de jeu les demandes manifestement infondées auront pour effet de réduire la durée des procédures, ce qui est positif en matière de gel règlementaire, les États-hôtes n'ayant plus à craindre de longues et coûteuses procédures afin de se défaire de demandes d'emblée vouées à l'échec. Ensuite, l'interdiction claire des abus de procédure est également un point important sous l'angle du risque de refroidissement règlementaire, puisque cela évitera les restructurations corporatives²⁵⁰ en vue d'intenter des procédures d'arbitrage abusives, instaurant ainsi davantage de prévisibilité pour les États-hôtes. En dernier lieu, les précisions apportées relatives aux procédures concurrentes auront assurément un effet bénéfique sur la prévention du gel règlementaire, comme précisé ci-dessus²⁵¹.

En bref, nous estimons que le système juridictionnel des investissements inédit prévu dans le CETA s'écarte considérablement du système de RDIE tel qu'il existe actuellement, en y apportant de réelles améliorations. En ce sens, il s'agit d'une avancée importante dans le cadre de la réforme du système de RDIE. Toutefois, il faut reconnaître que le paysage général du RDIE ne peut être modifié uniquement par la voie bilatérale ; une solution multilatérale se doit d'être envisagée, afin d'éviter une fragmentation du système, ce dont l'Union européenne est parfaitement consciente. En effet, il est intéressant de constater que les parties au CETA ont consacré à

²⁵⁰ Cf. *supra* p. 24.

²⁵¹ Cf. *supra* p. 47.

l'article 8.29 CETA²⁵² le deuxième pan du processus de réforme de l'Union européenne, puisqu'il est prévu qu'un tribunal multilatéral des investissements devra être institué à terme. Nous aborderons cet aspect ci-après²⁵³.

2. Tribunal multilatéral des investissements

En mars 2018, le Conseil de l'Union européenne a donné un mandat à la Commission européenne afin que celle-ci négocie l'instauration d'un tribunal multilatéral des investissements, sous les auspices de la CNUDCI²⁵⁴.

Dans l'esprit de la Commission européenne, le tribunal multilatéral des investissements devra se substituer au précité système juridictionnel des investissements contenu dans les accords commerciaux et d'investissement de l'Union²⁵⁵. Son fonctionnement est essentiellement le même que celui examiné dans le cadre de la réforme proposée par le Groupe de travail III de la CNUDCI, puisqu'il s'agit d'un projet mené en commun par l'Union européenne ainsi que par la CNUDCI.

²⁵² « Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adopte une décision établissant que les différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral, et prend les dispositions transitoires appropriées. » (article 8.29 CETA).

²⁵³ Cf. *infra* p. 63 ss.

²⁵⁴ Le mandat est contenu dans le document suivant : CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, 2018, (disponible sous : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf> (consulté le 14 novembre 2019)).

²⁵⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements*, 2017, p. 3. Cela ressort également du CETA : « [Le tribunal multilatéral des investissements] devrait être institué une fois qu'une masse critique minimale de participants aura été atteinte, remplacer immédiatement les systèmes bilatéraux tel que celui prévu dans l'AECG et être pleinement ouvert à l'adhésion de tout pays qui souscrit aux principes qui sous-tendent le tribunal. » (Préambule CETA, § 6 let. i.).

Nous examinerons dès lors certains points spécifiquement soulevés par l'Union européenne auprès de la CNUDCI.

Tout d'abord, l'Union, comme le Groupe de travail III, propose l'instauration d'un tribunal multilatéral des investissements, disposant d'un mécanisme d'appel et composé de juges titularisés. S'agissant de la description de ces aspects spécifiques et l'étude de leurs effets sur la cohérence, la transparence ainsi que le gel réglementaire, nous renvoyons à l'analyse effectuée ci-avant²⁵⁶.

Nous nous concentrerons ainsi sur les éléments évoqués par l'Union, mais qui n'ont pas été développés davantage par la CNUDCI et qui méritent selon nous d'être commentés. Il s'agit ainsi de la question des interprétations contraignantes, du niveau de transparence exigible, ainsi que d'un mécanisme d'assistance des États-hôtes.

En premier lieu, il est proposé d'introduire, dans le cadre de la cour internationale des investissements, un mécanisme d'interprétations contraignantes, qui permet aux États-hôtes de fixer en commun la manière dont leurs traités d'investissement doivent être interprétés, en vue de s'accorder pleinement sur la portée de leurs engagements²⁵⁷. L'objectif de cet outil est dès lors de fournir au tribunal multilatéral des investissements des orientations précises quant à l'interprétation des obligations qui doit être effectuée, afin que celle-ci soit conforme à l'intention des parties²⁵⁸, en assurant *in fine* que ces dernières « gardent le contrôle sur l'interprétation de leur

²⁵⁶ Cf. *supra* p. 51 et 54 s.

²⁵⁷ CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres*, 2019, p. 7 (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> (consulté le 14 novembre 2019)).

²⁵⁸ GAUKRODGER David, *The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties*, in *OECD Working Papers on International Investment* 2016/01, 2016, p. 15.

accord »²⁵⁹. Nous noterons que ce mécanisme figure par ailleurs déjà dans l'Accord instituant l'OMC²⁶⁰ ainsi que dans le CETA²⁶¹.

Deuxièmement, en matière de transparence, l'Union reconnaît qu'il convient d'instaurer un niveau élevé de transparence des procédures et propose à cet effet d'inclure le Règlement de la CNUDCI sur la transparence en tant que norme minimale dans le cadre de l'institution du tribunal multilatéral des investissements²⁶². Il est également prévu d'accorder des droits de participation à des tiers non parties au différend, toutefois sans davantage de précisions²⁶³.

Enfin, l'Union européenne propose d'instaurer un mécanisme d'assistance aux États-hôtes « les moins avancés et en développement »²⁶⁴ en vue de leur prodiguer une aide et un soutien en matière de défense dans le cadre de procédures intentées contre elles²⁶⁵. Il n'est toutefois pas précisé le type ni l'ampleur de cette assistance ; l'on peut supposer que cela prenne la forme d'un appui stratégique par exemple. L'Union spécifie cependant qu'une étude de faisabilité est actuellement en cours, comportant des contributions d'États en développement et d'experts sur les moyens en vue d'assurer une défense appropriée de ces États dans le cadre du contentieux d'investissement²⁶⁶.

²⁵⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 257, p. 7.

²⁶⁰ Article IX § 2 Accord instituant l'OMC : « La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. [...] ».

²⁶¹ Instrument interprétatif commun concernant le CETA, Préambule let. e : « Le présent instrument interprétatif expose clairement et sans ambiguïté, au sens de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ce sur quoi le Canada ainsi que l'Union européenne et ses États membres se sont entendus dans un certain nombre de dispositions de l'AECEG qui ont fait l'objet de débats et de préoccupations au sein de l'opinion publique, et dont il donne une interprétation qui a été établie d'un commun accord. [...] ».

²⁶² CNUDCI, *op. cit.* note 257, p. 7.

²⁶³ *Idem.*

²⁶⁴ CNUDCI, *op. cit.* note 257, p. 9.

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ *Idem.*

Concernant la cohérence des décisions, nous pouvons souligner que la proposition de l'Union s'agissant des interprétations contraignantes est assurément bénéfique en termes de cohérence, puisque cela réduit le risque interprétatif associé aux notions juridiques indéterminées. En effet, en définissant à l'avance, d'un commun accord, l'interprétation qui devra être suivie par le tribunal multilatéral, la cohérence des décisions se retrouve assurée, augmentant au demeurant la prévisibilité pour les parties.

S'agissant de la transparence, nous considérons que la proposition de l'Union consistant à établir le Règlement de la CNUDCI sur la transparence en tant que norme minimale pour les procédures devant le tribunal multilatéral n'est pas suffisante, puisque celle-ci comporte d'importantes exceptions²⁶⁷ ; il faudrait à notre avis viser le même standard que celui figurant dans le CETA²⁶⁸, soit un standard allant au-delà des exigences du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, et qui inclurait, entre autres, la publicité inconditionnelle des audiences.

Enfin, en matière de gel règlementaire, l'institution d'un mécanisme interprétatif commun est bienvenue selon nous. En effet, cela permet d'écarter encore plus le risque de divergences interprétatives et assure une certaine sécurité juridique pour les États-hôtes en particulier, qui peuvent alors circonscrire leur activité législative dans un cadre clairement déterminé dans lequel ils sont certains d'être à l'abri de potentiels litiges ; en d'autres termes, à travers ce mécanisme augmentant la sécurité juridique, les États-hôtes connaissent précisément les limites de leurs engagements, prévenant *in fine* le risque de gel règlementaire. En outre, le mécanisme d'assistance précité pourrait également atténuer le risque de refroidissement règlementaire, dans la mesure où les États (en développement particulièrement) craindront moins d'être démunis face à des procédures intentées contre eux, puisqu'ils pourront bénéficier d'un certain appui (dont les contours restent à être déterminés). Cette assistance en cas de litige

²⁶⁷ Cf. *supra* notes 82 et 83.

²⁶⁸ Cf. *supra* p. 60.

contribuera ainsi à limiter la réticence de certains États à exercer leurs prérogatives par crainte d'un contentieux auquel ils ne pourraient faire face.

IV. Conclusion

Arrivés au terme de cette étude, nous proposons de brièvement résumer nos constatations relatives tant aux causes de la crise que connaît actuellement le système de RDIE qu'aux trois axes de réforme envisagés, avant d'examiner laquelle de ces trois solutions répond selon nous au mieux aux enjeux soulevés par ce travail.

Dans un premier temps, nous avons pu aborder trois des aspects de la crise de l'arbitrage d'investissement, à savoir les problématiques de cohérence, de transparence, ainsi que de gel règlementaire.

S'agissant de la question de la cohérence, nous avons pu constater qu'un défaut de celle-ci dans la jurisprudence arbitrale était dû à deux facteurs en particulier. D'une part, cela résulte des divergences interprétatives, soit les interprétations contradictoires effectuées par les tribunaux arbitraux, comme nous l'avons illustré à travers deux affaires emblématiques, à savoir *SGS contre Pakistan* et *SGS contre Philippines*. D'autre part, il a été établi que le cadre institutionnel et procédural est également source d'incohérence, de par le nombre conséquent d'institutions arbitrales et la diversité de règlements susceptibles de trouver application lors de litiges entre investisseurs et États-hôtes.

Concernant la transparence, après avoir relevé que celle-ci présentait entre autres l'intérêt considérable d'accroître la légitimité du système de RDIE, ce travail a retracé les évolutions notables en la matière, initiées par les jurisprudences *SD Myers Inc. contre Canada* et *Methanex Corp. contre États-Unis d'Amérique*. Dans ce cadre, nous nous sommes aussi intéressés au Règlement de la CNUDCI sur la transparence ainsi qu'à la Convention de Maurice sur la transparence, qui ont le mérite d'apporter, somme toute, des améliorations bienvenues sur cette question, par exemple en termes de publicité des audiences, même si cela n'est guère suffisant à notre sens.

En ce qui concerne le gel règlementaire, nous avons pu démontrer qu'il s'agissait d'un phénomène on ne peut plus réel, bien que difficilement quantifiable et sujet à controverse. L'analyse de cette problématique à l'aune de l'affaire *Philip Morris contre Australie* nous a permis de mettre en lumière les répercussions négatives que le gel règlementaire est à même d'avoir sur les politiques d'intérêt général – notamment celles ayant trait à la santé publique – menées par les États.

Dans un deuxième temps, nous avons examiné les différentes voies de réforme proposées par trois organismes internationaux, soit le CIRDI, la CNUDCI, et l'Union européenne, ainsi que les effets de leurs propositions respectives sur le triptyque de cohérence, transparence, et gel règlementaire.

Tout d'abord, nous avons étudié l'amendement du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui consiste en diverses innovations essentiellement procédurales, telles que l'obligation de divulguer les financements de tiers ou encore les règles relatives à la bifurcation d'objections préliminaires.

Nous nous sommes ensuite intéressés à la réforme proposée par le Groupe de travail III de la CNUDCI, qui elle va plus loin que celle du CIRDI en ce sens qu'elle institue, d'un côté, un mécanisme d'appel d'autonome, et de l'autre, un tribunal multilatéral des investissements, marquant une rupture claire avec le système de RDIE actuel, puisqu'il s'agit à la fois de s'écarter de l'arbitrage en tant que mode de résolution des différends entre investisseurs et États-hôtes et de se rapprocher du fonctionnement des juridictions nationales.

Enfin, nous avons pu analyser la solution de l'Union européenne, qui consiste d'une part en un système juridictionnel des investissements, qui, comme nous l'avons vu, a déjà été mis en œuvre dans le cadre du CETA, et d'autre part, en un tribunal multilatéral des investissements tel que celui proposé par la CNUDCI.

Suite à ce bref résumé, il y a maintenant lieu de nous prononcer sur l'axe de réforme qui nous paraît le plus opportun.

Nous sommes d'avis qu'au vu de l'ampleur des critiques dont fait l'objet le RDIE, une réforme systémique est nécessaire, par opposition à des modifications incrémentielles et insuffisamment holistiques telles que celles prévues par la réforme du CIRDI. En ce sens, nous accueillons favorablement la démarche de la CNUDCI ainsi que de l'Union européenne consistant en la création d'un tribunal multilatéral des investissements. Cette approche de réforme nous paraît la plus aboutie et la plus à même de résoudre les problématiques de cohérence, de transparence, ainsi que de gel règlementaire, dans la mesure où elle procède d'un remaniement complet du système de RDIE et s'inscrit dans une perspective à long terme. S'agissant de la faisabilité de ce projet, l'on soulignera que beaucoup de volonté politique sera nécessaire, la multilatéralisation n'étant en effet pas chose aisée dans le cadre du droit international des investissements, comme le démontrent notamment les échecs respectifs de la Charte de la Havane en 1950 ainsi que du Projet de Convention sur la protection des biens étrangers élaboré par l'OCDE en 1962. Pour le surplus, reste ouverte la question de la coexistence future entre le tribunal multilatéral des investissements – si ce dernier devait voir le jour – et le CIRDI, ainsi que de l'éventuelle collaboration entre ces deux institutions.

En tout état de cause, les acteurs du RDIE se devront de considérer minutieusement l'ensemble des propositions de refonte actuellement à l'étude, puisque force est de constater que la voie de réforme qui sera empruntée dans les prochaines années façonnera durablement le futur – ou la dérive – du système de RDIE tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Bibliographie

– Doctrine

ACHTOUK-SPIVAK Laurie, *Les voies de recours dans l'arbitrage en matière d'investissement*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.

ADELEKE Fola, *The Role of Law in Assessing the Value of Transparency and the Disconnect with the Lived Realities under Investor-State Dispute Settlement*, in SECO/WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series, 2015.

ALVAREZ Gloria Maria/BLASIKIEWICZ Blazej/VAN HOOLWERFF Tabe/KOUTOUZI Keoplatra/LAVRANOS Nikos/MITSU Mary/SPITERI-GONZI Emma/VERDEGAY MENA Adrian/WILLINSKI Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, 2016.

ANDERLINI Luca/FELLI Leonardo/RIBONI Alessandro, *Legal Efficiency and Consistency*, in *European Economic Review*, Vol. 121, 2019.

BATTISTA RATTI Giovanni/RODRÍGUEZ Jorge Luis, *On Coherence as a Formal Property of Normative Systems*, in *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 27, 2015.

BERGE Tarald Laudal/BERGER Axel, *Does investor-state dispute settlement lead to regulatory chill of domestic environmental regulation?*, 2019.

BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/BARUTI Rukia, *Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach*, in *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, 2015.

BRAUCH Martin Dietrich, *Une réforme multilatérale du RDIE est souhaitable : compte rendu de la réunion de la CNUDCI à Vienne, et comment se préparer à la réunion d'avril 2019 à New York*, in *Journal en ligne sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*, Vol. 9, 2018.

BROWER Charles H., *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE, *Positionspapier - Schutz europäischer Investitionen im Ausland: Anforderungen an Investitionsabkommen der EU*, 2014.

BUNGENBERG Marc, *A History of Investment Arbitration and Investor-State Dispute Settlement in Germany*, in Centre for International Governance Innovation Investor-State Arbitration Series, Paper n° 12, 2016.

BUTLER Nicolette, *Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: Faux Amici?*, in Netherlands International Law Review, Vol. 66, 2019.

CADDEL Jeremy/JENSEN Nathan, *Which host country government actors are most involved in disputes with foreign investors?*, in Columbia FDI Perspectives: Perspectives on topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, 2014.

CALAMITA Jansen N./ZELAZNA Ewa, *Transparency In Investor-State Arbitration: Where Does Asia Stand?*, in University of Leicester School of Law Legal Studies Research Paper Series, 2018.

CARLSON Marinn/CHILDRESS Patrick, *Bifurcation in investment treaty arbitration*, in LEGUM Barton (édit.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, London, 2019.

CAZALA Julien, *La clause de respect des engagements*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.

CAZALA Julien, *Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement national*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.

COE Jack/RUBINS Noah, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in WEILER Todd (édit.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, London, 2005.

CROSBIE Eric/THOMSON George, *Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand*, in *The New Zealand Medical Journal*, Vol. 131, 2018.

DE BRABANDERE Eric/LEPELTAK Julia, *Third Party Funding in International Investment Arbitration*, in Grotius Centre Working Paper, N° 2012/1, 2012.

DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international des investissements*, Pedone, Paris, 2017.

DENNIS James, *Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent*, in *Louisiana Law Review*, Vol. 54, 1993.

DERAINS Yves/SICARD-MIRABAL Josefa, *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018.

FRANCK Susan D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005.

GARCIA Frank J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, in *Boston College Law Review*, Vol. 59, 2018.

GARCIA Frank J./HOUGH Kirrin, *Third Party Funding in International Investor-State Arbitration*, in *American Society of International Law Insights*, Vol. 22, 2018.

GAUKRODGER David, *The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties*, in *OECD Working Papers on International Investment* 2016/01, 2016.

GREENWOOD Lucy, *Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, 2019.

GRUSZCZYNSKI Lukasz, *Australian Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect*, in *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 5, 2014.

JANEBA Eckhard, *Regulatory chill and the effect of investor state dispute settlements*, in *Review of International Economics*, Vol. 27, 2019.

JONES Doug, *Investor-State Arbitration: The Problem of Inconsistency and Conflicting Awards*, Paper presented to the German-American Lawyers' Association, 2011.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?*, in *Arbitration International*, Vol. 23, 2006.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal*, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, 2005.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *Is Consistency a Myth?*, in GAILLARD Emmanuel/BANIFATEMI Yas (édit.), *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2008.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public*, in *Revue libanaise de l'arbitrage*, n° 32, 2004.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/BOISSON DE CHAZOURNES Laurence/BONNIN Victor/MBENGUE Makane Moïse, *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? Final Report on the Geneva Colloquium held on 22 April 2006*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, 2006.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?* - *CIDS Report*, 2016.

KELSEY Jane, *Regulatory Chill: Learnings From New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law*, in *Queensland University of Technology Law Review*, Vol. 17, 2017.

KIM Sae Youn/AHN Tae Joon, *Investment Arbitration and Parallel Proceedings*, in LEGUM Barton (édit.), *The Investment Treaty Arbitration Review*, Law Business Research, London, 2019.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration*, 2018.

LAMB Sophie J./PAPE Samuel/HAMZI Laila, *Procedural issues*, in TRENOR John A. (édit.), *Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research, London, 2018.

LEBEN Charles, *Droit international des investissements : un survol historique*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.

LENK Hannes, *An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016.

LIM Chin Leng/HO Jean/PAPARINSKIS Martins, *International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

LYDGATE Emily, *Biofuels, Sustainability, and Trade-Related Regulatory Chill*, in *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, 2012.

MALIK Mahnaz, *Definition of Investment in International Investment Agreements*, in International Institute for Sustainable Development Best Practices, 2011.

MALINTOPPI Loretta, *Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI*, in LEBEN Charles (édit.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015.

MBENGUE Makane Moïse/NEGM Mohamed H., *An African View on the CETA Investment Chapter*, in MBENGUE Makane Moïse/SCHACHERER Stefanie (édit.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 15, Springer, Cham, 2019.

MUIR WATT Horatia, *The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal*, 2012 (disponible sous : <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-00972976/document>).

NIKIÈMA Suzy, *Définition de l'investisseur*, in International Institute for Sustainable Development Best Practices, 2012.

NOTTAGE Luke/UBILAVA Ana, *Costs, Outcomes and Transparency in ISDS Arbitrations: Evidence for an Investment Treaty Parliamentary Inquiry*, in The University of Sydney Law School Legal Studies Research Paper Series 2018.

NUNNENKAMP Peter, *Investor-State Dispute Settlement: Are Arbitrators Biased In Favor Of Claimants?*, in Kiel Policy Brief, N° 105, 2017.

PETERS Anne, *The Transparency of Global Governance*, in PAZARTZIS Photini/GAVOUNELI Maria (édit.), *Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance*, Resources, Investment and Trade, Hart Publishing, Oxford, 2016.

POOROYE Avinash/FEEHILY Ronàn, *Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance*, in Harvard Negotiation Law Review, Vol. 22, 2017.

POPOV Athanase, *Issues Raised by Investor-State Dispute Settlement under Intra-EU BITs and European Union International Investment Agreements*, in Jean Monnet Working Papers, 2017.

POTESTÀ Michele, *Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept*, in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 28, 2013.

QI Huan, *The Definition of Investment and its Development: for the Reference of the Future BIT between China and Canada*, in *Revue juridique Thémis*, Vol. 45, 2012.

RAVIV Adam, *A few steps to a faster ICSID*, in *Global Arbitration Review*, Vol. 8, 2013.

REINISCH August, *The Role of Precedent in ICSID Arbitration*, in KLAUSEGGER Christian/KLEIN Peter/KREMSLEHNER Florian/PETSCHER Alexander/PITKOWITZ Nikolaus/POWER Jenny/WELSER Irene/ZEILER Gerold (édit.), *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Stämpfli, Berne, 2008.

RÖNNELID Love, *Research Report: An Evaluation of the Proposed Multilateral Investment Court System*, 2018, disponible sous : https://www.guengl.eu/content/uploads/2019/03/MIC_vRET_web_FINAL2.pdf

SCHACHERER Stefanie, *The EU as a Global Actor in Reforming the International Investment Regime in Light of Sustainable Development*, in *Geneva Jean Monnet Working Papers*, 2017.

SCHILL Stephan, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, 2007.

SCHILL Stephan, *International Investment Law and the Rule of Law*, in JOWELL Jeffrey/THOMAS Christopher/VAN ZYL SMIT Jan (édit.), *Rule of Law Symposium 2014: The Importance of the Rule of Law in Promoting Development*, Academy Publishing, Singapore, 2015.

SCHREUER Christoph, *Coherence and Consistency in International Investment Law*, in ECHANDI Roberto/SAUVÉ Pierre (édit.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

SCHREUER Christoph, *Full Protection and Security*, in *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, 2010.

SCHREUER Christoph, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

SCHULTZ Thomas, *Against Consistency in Investment Arbitration*, in DOUGLAS Zachary/PAUWELYN Joost/VINUALES Jorge E. (édit.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

SINCLAIR Anthony, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, Vol. 20, 2004.

SVOBODA Ondřej *Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough*, in COFOLA International 2017: Resolution of International Disputes, 2017.

TIENHAARA Kyla, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in Transnational Environmental Law, Vol. 7, 2018.

TIETJE Christian/BAETENS Freya, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership* (Study for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands), 2014.

TRAPL Vojtěch, *Bifurcation of the arbitration proceedings – to bifurcate or not to bifurcate*, in 2nd Kiev Arbitration Days, 2012.

UNIVERSITY OF OSLO ACADEMIC FORUM ON ISDS, *Glossary*, (disponible sous : <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/glossaries/fr-final.pdf>)

VAN HARTEN Gus/SCOTT Dayna Nadine, *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*, in Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 2016.

VINCENT Philippe, *Le Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, in Revue de Droit du Commerce International et des Transports, n° 2016/4, 2016.

VON WALTER André/ANDRISANI Maria Luisa, *Resolution of Investment Disputes*, in MBENGUE Makane Moïse/SCHACHERER Stefanie (édit.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 15, 2019.

WAIBEL Michael, *Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility*, in University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2014.

WÄLDE Thomas W., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in KAHN Philippe/WÄLDE Thomas M. (édit.), *New Aspects of International Investment Law/Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Brill, Leiden, 2007.

WARIOBA Joseph Sinde, *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*, in Max Planck Yearbook of United Nations Law Online, Vol. 5, 2001.

YANNACA-SMALL Katia, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, in OECD Working Papers on International Investment, n° 2006/3, 2006.

ZARRA Giovanni, *Parallel proceedings in investment arbitration*, Giappichelli Editore, Torino, 2016.

– Matériel législatif et instruments politiques

CIRDI, *Document d'information sur les propositions d'amendement des règlements du CIRDI*, (disponible sous : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendment_Backgrounder_FR.pdf)

CIRDI, *Le processus d'amendement des règlements du CIRDI*, 2016, (disponible sous : <https://icsid.worldbank.org/fr/Documents/The%20ICSID%20Rules%20Amendment%20Process.FR.pdf>)

CIRDI, *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Document de travail du 2 août 2018*, (disponible sous : https://icsid.worldbank.org/en/Documents/III.Amendments_Vol_3_AR.pdf)

CNUCED, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, 2010, (disponible sous : https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf)

CJUE, Avis 1/17 du 30 avril 2019, (disponible sous : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=213502&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=711397>)

CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Communication présentée par l'Union européenne et ses États membres*, 2019, (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1>)

CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) - Note du Secrétariat*, 2017, (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/WG.III/WP.142>)

CNUDCI, *Procédures concurrentes dans l'arbitrage international - Note du Secrétariat*, 2016, (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/881>)

CNUDCI, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends: réformes du règlement des différends entre investisseurs et États - Note du Secrétariat*, (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/917>)

CNUDCI, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges : procédures concurrentes dans l'arbitrage international - Note du Secrétariat*, 2017, (disponible sous : <https://undocs.org/fr/A/CN.9/915>)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Investment in TTIP and beyond – the path for reform : Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 2015, (disponible sous : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation de décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements*, 2017, (disponible sous : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:df96826b-985e-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Report - Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)* (disponible sous : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf)

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes*, 2018, (disponible sous : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>)

GENEVA CENTER FOR INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT (CIDS), *Duration of ISDS Proceedings – ISDS Academic Forum Working Group 2*, 2018, (disponible sous : https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/2_Duration_-_WG2.pdf)

Lettre contre l'inclusion d'un mécanisme d'arbitrage d'investissement dans le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (disponible sous : https://corporateurope.org/sites/default/files/attachments/ttip_investment_letter_final.pdf)

OCDE, *Consolidation of claims: a promising avenue for investment arbitration?*, in OCDE International Investment Perspectives, 2006 (disponible sous : <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40079691.pdf>)

OCDE, *Perspectives de l'investissement international*, Editions OCDE, Paris, 2006.

OCDE, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, in OECD Working Papers on International Investment, 2004.

Smoke-free Environments (Tobacco Plain Packaging) Amendment Bill, entrée en vigueur le 14 mars 2018 (disponible sous : <http://www.legislation.govt.nz/bill/government/2013/0186/latest/DLM5821008.html>)

Tobacco Plain Packaging Act 2011, adopté le 21 novembre 2011 par le Parlement australien (disponible sous : <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00148>)

UNCTAD, *Fact sheet on investor–state dispute settlement cases in 2018*.

UNCTAD, *World Investment Report 2012*.

UNCTAD, *World Investment Report 2019*.

UNION EUROPÉENNE, *Comments to the proposed amendments to the ICSID Rules submitted on behalf of the European Union and its Member States*, (disponible sous : <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/ICSID%20reform-comments%20on%20behalf%20of%20the%20European%20Union%20and%20its%20Member%20States.pdf>)

– Jurisprudence arbitrale

Abaclat and others v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5, 4 août 2011.

Amco Asia Corporation and others v. Republic Of Indonesia, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 mai 1986.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, Notice of Arbitration, PCA Case No. 2009-04, 26 mai 2008.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, PCA Case No. 2009-04, 10 mars 2015.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, Interim Award, PCA Case No. 2009-23, 1^{er} décembre 2008.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/IS, 27 avril 2006.

Eureko B.V v. Republic of Poland, Partial Award, Arbitrage ad hoc, 19 août 2005.

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, Procedural Order No. 2 (Revised), Arbitrage ad hoc, 31 mai 2005.

Joy Mining Machinery Ltd. v. The Arab republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/03/11, 6 août 2004.

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic Of Liberia, Award, ICSID Case No. ARB/83/2, 31 mars 1986.

Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 mai 2007.

Methanex Corp. v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "amici curiae", Arbitrage ad hoc, 15 janvier 2001.

Methanex Corp. v. United States of America, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Arbitrage ad hoc, 3 août 2005.

Pan American Energy LLC v. The Argentine Republic, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No. ARB/04/8, 27 juillet 2006.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Notice of claim, PCA Case No. 2012-12, 22 juin 2011.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Australia's Response to the Notice of Arbitration, PCA Case No. 2012-12, 21 décembre 2011.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Procedural Order No. 8 (redacted), PCA Case No. 2012-12, 14 avril 2014.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 décembre 2015.

Romak SA (Switzerland) v. Uzbekistan, Award, PCA Case No. AA280, 26 novembre 2009.

Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001.

Saluka Investments BV v. The Czech Republic, Partial Award, PCA Case No. 2001-04, 17 mars 2006.

S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, Procedural Order No. 16, Arbitrage *ad hoc*, 13 mai 2000.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 août 2003.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004.