

Règlement des différends relatifs à l investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) : " Étude comparative entre l'arbitrage investisseur-Etat et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC "

Rania Al Jehni

▶ **To cite this version:**

Rania Al Jehni. Règlement des différends relatifs à l investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) : " Étude comparative entre l'arbitrage investisseur-Etat et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC ". Droit. Université Paris-Est, 2018. Français. NNT : 2018PESC0051 . tel-02400825

HAL Id: tel-02400825
https://theses.hal.science/tel-02400825

Submitted on 9 Dec 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS-EST

Ecole doctorale Obligations, Marchés, Institutions – Faculté de Droit

Thèse pour obtenir le titre de docteur en Droit à l'Université de Paris Est,

Règlement des différends relatifs à l'investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC),

« Étude comparative entre l'arbitrage investisseur-Etat et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC »

Soutenue le 21 décembre 2018

Par

Rania AL JEHNI

Sous la direction de

Mme Sylvie CIABRINI,

Maître de conférences HDR en droit public, université Paris-Est Créteil (UPEC)

Membres du jury :

- **Monsieur AVENEL Jean-David, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), Présedent du jury.**
- **Madame GUILLAUM-HOFNUNG Michèle, Professeur émérite, Rapporteur.**
- **Monsieur NOHRA Fouad, Maître de conférences HDR en science politique à l'UniversitéParis Descartes, Rapporteur.**

Règlement des différends relatifs à l investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) :

« Étude comparative entre l'arbitrage investisseur-Etat et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC »

Remerciements

Je tiens à remercier tous ceux qui ont activement collaboré à ce travail. Tout d'abord Madame la Professeur Sylvie CIABRINI qui m'a dirigé tant au long de ces quatre ans de thèse et qui m'a fait bénéficier de son expérience professionnelle ce qui a été d'une grande utilité afin de parachever ce travail.

J'adresse mes sincères remerciements aux distingués membres du jury pour m'avoir fait l'honneur de participer à ce jury de thèse.

Une pensée particulière va à toute ma famille, mes parents, mon frère, mes sœurs (Reem, Rana et Abeer) qui ont toujours cru en moi et malgré la distance m'ont soutenue et encouragée et m'ont donnée l'espoir dans les moments difficiles, merci du fond du cœur.

J'adresse toute ma gratitude à tous mes ami(e)s, je voudrais vous dire merci pour votre soutien pendant mes périodes de doutes et pour vos multiples encouragements répétés.

Je dédie cette thèse à mon pays d'origine la Syrie qui souffre des années difficiles, ainsi qu'à la France qui m'a donnée beaucoup et m'a offert l'opportunité d'élaborer ce travail.

Résumé

Les investisseurs étrangers dans les secteurs de services occupent une position particulière dans le droit économique international : ils sont couverts par des accords internationaux d'investissement ainsi que par des disciplines multilatérales sur le commerce des services. Contrairement à ce que la pratique actuelle suggère, les deux principales composantes du droit économique international, à savoir le droit commercial et le droit des investissements, fusionnent. Ils partagent non seulement des principes et des règles essentiellement équivalents, mais leurs disciplines s'appliquent également aux mêmes sujets et situations. Les accords internationaux d'investissement et les règles de l'OMC sur le commerce des services (disciplines de l'AGCS), bien que de nature très différente, présentent des principes communs qui favorisent l'investissement international dans les secteurs de services. En particulier, les deux ensembles d'accords consacrent des obligations de non-discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux dans les secteurs de services. Dans cette situation, les investisseurs étrangers profitent également des obligations que les deux ensembles d'instruments imposent aux États contractants. Ces instruments prévoient de solides mécanismes de règlement des différends en cas de violation de leurs obligations. Les investisseurs étrangers dans les secteurs de services peuvent donc avoir recours à deux mécanismes alternatifs de règlement des différends pour contester les mesures de leurs pays hôtes qui enfreignent les obligations internationales.

L'OMC, contrairement au CIRDI, est beaucoup plus qu'un simple système de règlement des différends : l'OMC possède un élément institutionnel important qui a la capacité de fournir et d'appliquer les valeurs systémiques. Cette différence fondamentale entre le système de règlement des différends de l'OMC et d'arbitrage du CIRDI fournit une perspective analytique à travers laquelle l'étude évalue et compare la portée précise du chevauchement entre les disciplines du commerce et de l'investissement, ainsi que la capacité des parties privées à recourir à ces mécanismes de règlement des différends.

Du point de vue méthodologique, deux approches sont concevables. Une analyse comparative et contextuelle : l'accent est mis sur les accords internationaux accordant la qualité pour les parties privées dans les procédures internationales de règlement des différends. L'attention est attirée sur le droit international du commerce et d'investissement, en comparant les principes, les règles et les mécanismes de règlement des différends du cadre de l'investissement international (y compris les accords qui définissent les relations d'investissement internationales) et le cadre

d'investissement assez limité de l'OMC, principalement les dispositions pertinentes de l'AGCS. Une approche inductive, la jurisprudence est également pertinente. Un examen approfondi de la jurisprudence existante sur chaque sujet, afin de clarifier le sens de règles par ailleurs vagues et ambiguës et de répondre finalement à la question de savoir si les procédures de règlement des différends de l'OMC pourraient constituer une alternative valable pour le règlement des différends entre l'investisseur dans le secteur de services et l'État.

Mots clés

Investissementétranger direct, Services - Commerce des services, Règlement des différends internationaux, Voies de recours, Arbitrage d'investissement, Concurrences de juridictions internationales, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états (1965), Traité bilatéral d'investissement, Organisation mondiale du commerce, Accord général sur le commerce des services, Procédures d'exécution, Voies d'exécution, Conflits de normes, Droit des investissements internationaux, Droit du commerce international, Régulation substantielle, Standard minimum de traitement, Discrimination, Traitement de la nation la plus favorisée, Traitement national, Pleine protection et sécurité, Traitement juste et équitable, Attente légitime, Bonne gouvernance, Déni de justice.

Abstract

Foreign investors in services occupy a special position in international economic law: they are covered by international investment agreements as well as by multilateral disciplines on trade in services. Contrary to current practice, the two main components of international economic law, namely, trade law and investment law, merge. They share not only the principles and rules essentially equivalent, but their disciplines also apply to the same subjects and situations. International investment agreements and WTO rules on trade in services (GATS disciplines), although of a very different nature, present common principles that promote international investment in the services sector. In particular, the two sets of agreements devote obligations of non-discrimination between foreign and domestic investors in the services sector. In this situation, foreign investors also benefit from the obligations that both sets of instruments impose on the contracting States. These instruments provide for strong dispute settlement mechanisms in

case of violation of their obligations. Foreign investors in the services sector can therefore use two alternative dispute settlement mechanisms to challenge the actions of their host countries that violate international obligations.

The WTO, unlike ICSID, is much more than a simple dispute settlement system: the WTO has an important institutional element that has the capacity to provide and apply systemic values. This fundamental difference between the WTO dispute settlement system and ICSID arbitration provides an analytical perspective through which the study evaluates and compares the precise extent of overlap between the trade and investment disciplines, as well as the ability of private parties to use these dispute settlement mechanisms.

From a methodological point of view, two approaches are conceivable. A comparative and contextual analysis: the focus is on the international agreements granting standing for private parties in international dispute settlement procedures. Attention is drawn to the International Trade and Investment Law, comparing the principles, rules and dispute settlement mechanisms of the international investment framework (including agreements that define international investment relations) and the rather limited investment framework of the WTO, mainly the relevant provisions of the GATS. An inductive approach, jurisprudence is also relevant. An extensive exploration of existing case law on each subject, in order to clarify the meaning of otherwise vague and ambiguous rules and ultimately to answer the question of whether WTO dispute settlement procedures could become a valid alternative for the settlement of disputes between the investor in service and the State.

Keyword

Foreign Direct Investment, Services - Trade in Services, International dispute settlement, Remedies, Investment Arbitration, International Jurisdictional Competition, International Center for Settlement of Investment Disputes, Convention on the Settlement of Disputes Interstate Investments and Nationals of Other States (1965), Bilateral Investment Treaty, World Trade Organization, General Agreement on Trade in Services, Enforcement proceedings, Measures of Execution, Conflict of Norms, International Investment Law, International Trade Law, Substantial Regulation, Minimum Standard of Treatment, Discrimination, Most-Favored-Nation Treatment, National Treatment, Full Protection and Security, Fair and Equitable Treatment, Legitimate Expectation, Good Governance, Denial of Justice.

Table des matières

Remerciements 5

Résumé 7

Abstract 8

Liste des abréviations 17

Introduction 19

Partie 1. L'accès aux forums internationaux économiques en matière d'investissement : l'accès des particuliers aux instances juridictionnelles internationales, dans le cadre d'undifférend relatif à l'investissement 37

Titre 1. Les fondements juridiques accordés aux parties privés dans les procédures de règlement des différends relatifs à l'investissement 39

Chapitre 1. Différends relatifs au commerce des services à l'OMC 39

I. La participation des membres de l'OMC aux procédures de règlement des différends et les procédures appliquées au différend sous l'AGCS 40

A) La capacité processuelle et la qualité pour agir : un droit exclusif des États membres à l'OMC 40

B) La portée de l'AGCS élargissant, ratione materiae, le droit international du commerce, du domaine des marchandises à celui des services 43

1. La notion de mesure (l'objet d'une plainte déterminant la compétence des groupes spéciaux et de l'organe d'appel) au sein de la portée de l'AGCS 44

2. La notion de mesure affectant le commerce des services 48

C) Le fondement juridique d'un différend soumis à l'OMC: le droit d'avancer des allégations au titre de l'AGCS 56

1. Plainte pour violation 58

2. Plainte en situation de non-violation 59

II. Rôles des acteurs non-étatiques dans le système de règlement des différends de l'OMC 60

A) L'accès des parties privées au règlement des différends de l'OMC : les voies d'accès processuelles 61

1. La soumission de mémoires d'amicus curiae 63

2. Les plaintes privées sur l'action des gouvernements étrangers : l'approbation des plaintes privées par les membres de l'OMC 68

B) Les investisseurs étrangers (prestataires des services) sous l'égide de l'AGCS 76

1. La notion d'investisseur selon les termes des dispositions de l'AGCS 78

2. L'approche de la nationalité adoptée dans l'AGCS 80
Chapitre 2. Différends relatifs à l'investissement : l'arbitrage investisseur-Etat (CIRDI) 84
I. La compétence ratione personae et les spécificités de l'arbitrage investisseur-Etat.... 87
A) Les personnes physiques 91
B) Les personnes morales 95
1. Les types d'entités juridiques 95
2. La nationalité de la personne morale 98
II. La compétence ratione materiae des tribunaux CIRDI et la notion d'investissement 106
A) Définition de la notion juridique d'investissement dans les Accords de protection des investissements : des approches multiples listées dans le corpus conventionnel international 109
B) La définition de l'investissement dans la convention CIRDI 113
III. Le consentement à l'arbitrage 115
A) Les restrictions substantielles 117
B) Les restrictions procédurales 120
Titre 2. Les recours et l'exécution dans les différends en matière de commerce international et d'investissement : les mesures correctives et la mise en œuvre des sentences arbitrales 123
Chapitre 1. Les recours juridiques dans les contentieux économiques internationaux 123
I. Les remèdes prévus par l'arbitrage investisseurs-État 127
A) Restitution matérielle : une compensation monétaire (l'indemnisation comme mode privilégié de réparation du dommage dans le différend de l'investissement) 128
B) Autres remèdes accessoires dans le cadre du différend de l'investissement (les remèdes non pécuniaires) 133
II. Les recours spécifiques en droit de l'OMC : le retrait des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC 137
A) La restitution juridique, nature du recours: une responsabilité 138
B) La restitution matérielle (remboursement de la « portion prospective ») : Australie — Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles 145
C) Suggestions pour la mise en œuvre : pouvoir de suggestion conféré par le Mémorandum d'accord 148
III. Comparaison et estimation des remèdes prévus par l'arbitrage d'investissement et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC 150

A) L'influence de la nature de la mesure expropriatrice dans la détermination du montant de l'indemnisation 154
B) L'influence des normes conventionnelles de traitement 156
Chapitre 2. Le système d'exécution et de mettre en œuvre des décisions au sein des instances économiques internationales 159
I. L'exécution dans l'arbitrage investisseur-État : l'absence de procédure d'exécution autonome et la capacité d'exécution sous l'égide des tribunaux nationaux 161
A) La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ad-hoc (régime applicable hors CIRDI): Convention de New-York de 1958 164
B) Reconnaissance des sentences CIRDI (régime applicable aux sentences CIRDI) 166
C) L'exécution et l'immunité souveraine 169
1. Pratique jurisprudentielle 173
II. Le système d'exécution spécifique en droit de l'OMC (Pression sur l'exécution) : suivi et contrôle de la mise en conformité 177
A) Les sanctions de l'inexécution : suspension de concessions et d'autres obligations 178
1. Les représailles sous les différends relatifs aux investissements à l'OMC 182
B) La surveillance de la mise en œuvre par L'ORD : une surveillance continue sur le différend 186
III. Évaluation et comparaison des mécanismes d'exécution dans l'arbitrage d'investissement et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC 187
Conclusion de la première partie 191
Partie 2. Droits substantiels accordés aux investisseurs étrangers en matière des services:la portée de chevauchement par rapport aux dispositions substantielles 195
Titre 1. Le chevauchement éventuel entre les dispositions relatives aux obligations en matière de non-discrimination 199
Chapitre1. L'admissionetl'établissement: droits de pré-établissement 200
I. Les droits d'entrée dans l'AGCS : les règles applicables à la phase d'admission de l'investissement dans un cadre multilatéral sur l'investissement de l'OMC et les dispositions de l'AGCS visant le mode 3 205
A) Le concept de « présence commerciale » 206
B) Les obligations de traitement de l'AGCS en ce qui concerne les droits d'entrée .. 209
C) Obligations d'accès aux marchés de l'AGCS en ce qui concerne les droits d'entrée 215
II. Les droits d'entrée dans les accords d'investissement 222
A) L'absence de droits d'entrée 224

B) Droits d'entrée accordés par les accords d'investissement : les normes de traitement en ce qui concerne les droits d'entrée 226
1. Les droits d'entrée dans les TBI de libéralisation d'investissements 228
2. Les droits d'entrée dans les accords commerciaux préférentiels (ACP) 229
III. Points de chevauchement potentiels des principaux types d'accords internationaux concernant l'investissement: évaluation sur les droits d'entrée dans l'AGCS et les accords d'investissement 233
A) Les obligations de la NPF et du traitement national 234
B) Les obligations d'accès au marché 237
Chapitre 2. Les obligations de la NPF et du traitement national après l'établissement : l'application des principes de traitement à la phase post-investissement 241
I. Le champ d'application des règles de traitement NPF et traitement national dans l'AGCS 245
A) La définition, le contenu et la portée substantielle 246
1. Le critère de comparaison : la similarité 251
B) Exceptions et couverture sectorielle 258
1. Exceptions au traitement NPF 258
2. Couverture sectorielle des obligations de la NPF et du TN de l'AGCS 263
II. Le champ d'application des règles comparatives de traitement NPF et TN dans les accords bilatéraux et régionaux sur l'investissement : obligations de traitement des investisseurs étrangers 266
A) Définition et portée substantielle 266
1. Le critère de comparaison : des formulations variées retenues par les traités ... 269
2. L'application de la clause de la NPF aux procédures de règlement des différends 274
B) Exceptions et couverture sectorielle : limitations matérielles et personnelles au jeu des standards indirects de traitement 283
1. Exceptions d'intégration économique au traitement de la NPF 283
2. Couverture sectorielle du traitement NPF et du traitement national dans les accords d'investissement 292
III. Les caractéristiques et points de chevauchement sur la NPF et le TN dans l'AGCS et les accords d'investissement 297
A) Le champ d'application de la norme de traitement (TN/NPF): le contenu et le sens de la norme de traitement 297
1. La définition et la portée substantielle 297

2. Le critère de comparaison (une base légitime de comparaison) 302
B) Les exceptions et la couverture sectorielle de la norme de traitement (TN/NPF) . 310
1. L'exception d'intégration économique à la NPF 311
2. Couverture sectorielle des principes de l'obligation NPF et du TN 315
Titre 2. Le chevauchement éventuel entre les dispositions relatives aux standards minimaux de traitement 321
Chapitre 1. Les standards minimaux de traitement dans les accords d'investissement 322
I. Le Traitement juste et équitable 324
A) Le rattachement de la norme du traitement juste et équitable au standard minimum de traitement requis par le droit international public 325
1. Dans le Contexte de l'ALENA : la primauté de la norme coutumière dans le contentieux de l'ALENA 326
2. Contexte hors ALENA dans le cadre des autres traités de protection 330
B) La teneur du traitement juste et équitable : l'interprétation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable 335
1. Les exigences d'assurer une transparence de l'action étatique et une stabilité de l'environnement juridique 338
2. Une procédure régulière (Le déni de justice): l'absence de déni de justice et régularité de la procédure 349
3. Le comportement non-arbitraire et non-discriminatoire 354
4. La bonne foi 359
II. La protection et sécurité pleine et entière 363
A) La sécurité physique 365
B) La sécurité juridique 369
I. Transparence : article III de l'AGCS 374
A) Exigences de publication (articles III: 1 et 2) 376
B) Notification et autres exigences générales d'information : prescriptions en matière de notification 382
C) Exigences d'information individuelle 384
II. Administration des mesures Article VI : 1 de l'AGCS : administration raisonnable, objective et impartiale 386
A) Le champ d'application de ces règles 387
B) Contenu substantiel 391
1. Caractère raisonnable 394

2. Objectivité 395
3. Impartialité 397
III. Procédure administrative régulière 399
A) Accès aux tribunaux : article VI : 2 de l'AGCS (le droit à un tribunal) 400
B) Le droit à une procédure équitable 404
IV. La bonne foi 407
A) L'abus de droit 410
B) Pacta sunt servanda 411
C) Les attentes légitimes 412
D) La bonne foi est-elle une obligation autonome ? 414
V. Autres standards minimaux de traitement dans l'AGCS : des exigences minimales concernant le traitement des fournisseurs de services 416
A) Aucun obstacle non-nécessaire au commerce des services: article VI: 4-5 de l'AGCS 416
B) Engagements additionnels en matière de réglementation intérieure 419
C) Les autres dispositions de l'AGCS prévoyant certaines garanties en matière de traitement des fournisseurs de services étrangers 421
Chapitre 3. Appréciation comparative des normes minimales dans le cadre de l'AGCS et des accords d'investissement 424
I. La transparence 425
II. La régularité de la procédure 428
III. L'absence de conduite arbitraire et discriminatoire 432
IV. La bonne foi 433
V. La pleine et entière protection et sécurité 434
Conclusion de seconde partie 435
Partie conclusive 439
I. Aperçu et résumé 439
II. Observations finales 454
Bibliographie 465
Index alphabétique 509

Liste des abréviations

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, « Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Right: TRIPS »

ACP : Accords commerciaux préférentiels, « preferential trade arrangements: PTAs »

AELE : Association Européenne de Libre–Echange

AFDI : Annuaire Français de Droit International

AGCS : Accord Général sur le Commerce des Services, en anglais, « General Agreement on Trade in Services : GATS »

AII : Accord international sur l'investissement

ALÉ : Accord de libre échange

ALENA : Accord de Libre-Echange Nord-Américain « *NAFTA* » en langue anglaise

AMGI (AMIGA) : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements

AMI : Accord Multilatéral sur l'Investissement

ANASE (ASEAN) : Association des Nations de l'Asie du Sud-Est

BIRD : Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement

CCI : Chambre de Commerce International

CDI : Commission du droit international

CIRDI (ICSID) : Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements

CNUCED (UNCTAD) : Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

FMI (IMF) : Fonds Monétaire International

GATT : Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, « *General Agreement on Tariffs and Trade* »

Ibid. : « Ibidem » (Au même endroit)

IDE (FDI) : Investissement direct à l'étranger

MERCOSUR : Marché Commun de l'Amérique du Sud

MIC : Accord sur les Mesures concernant les Investissements et liées au Commerce, « *Agreement on Trade-Related Investment Measures :TRIMs* »

MRD : Mémorandum d'accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends

NPF : Nation la Plus Favorisée

OCDE (OECD) : Organisation pour la Coopération et le Développement

OIC (ITO) : Organisation Internationale du Commerce

OMC (WTO) : Organisation Mondiale du Commerce

ONG : Organisation Non-Governementale

Op.cit. : « *Opere citato »* (Ouvrage cité)

ORD : Organe de Règlement des Différends

ROC : Règlement sur les obstacles au commerce

SMC : Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires, « *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: SCM* »

TBI : Traités bilatéraux d'investissement

TN : Traitement national

TJE : Traitement juste et équitable

UE : Union Européenne

Les revues

ACDI : Annuaire de la Commission du DroitInternational

AJIL : « *American Journal of International Law* »

ARB.Int'L : « *American Review of International Arbitration* »

JDI :Journal de Droit International

JIEL :« Journal of International Economic Law»

JWT : « *Journal of World Trade*»

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye

Rev.Arb : Revue del'Arbitrage

RGDIP : Revue Générale de Droit InternationalPublic

SFDI : Colloque annuel de la Société française pour le droit international

Introduction

I. Le droit international des investissements par rapport au droit du commerce international, commerce et investissement : séparés ou ensemble ?

L'entrée des investissements internationaux dans les négociations multilatérales commerciales marque un tournant majeur pour le droit international économique. Si ces matières se sont longtemps côtoyées, leur "voisinage" n'a pas été évidente.

Les investissements occupent une grand part des échanges internationaux et sont liés au commerce international. Près de trois cents accords de libre-échange, aujourd'hui en vigueur, comportent des dispositions relatives à l'investissement[1] et certains parmi ceux-ci ont acquis une indiscutable notoriété[2]. Cela rappelle que le lien entre commerce et investissement va de soi alors que les observateurs ne semblent pas toujours en prendre pleinement la mesure[3]. Il est donc essentiel de s'interoger sur les interactions entre ces deux matières. Leur "rencontre" marque en effet le point de départ d'une novelle conception des échanges économiques transnationaux et de leurs régimes juridiques.

Si, du point de vue économique, les relations entre commerce et investissement sont dorénavant très interdépendantes, il serait excessif de conclure que le cadre juridique s'est pleinement adapté à cette évolution. En dépit de leurs premières origines communes dans le cadre des traités d'amitié, de commerce et de navigation, l'histoire a légué des régimes juridiquement distincts. Ces deux branches du droit international économique diffèrent également du point de vue des modèles de régulation qu'elles instaurent[4].

A cet égard, comme DiMascio et Pauwelyn l'expliquent : *"The trade regime is an interstate construct focused on the macro-issues of market access and trade opportunities to increase*

[1]UNCTAD, World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy, United Nations, 2010, p. 81.

[2] Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ; Central America FreeTrade Agreement (CAFTA) entrée en force en 2006 ; Traité ASEAN signé en 1987 entre Brunei, l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande.

[3] DE NANTEUIL Arnaud, « Droit de l'investissement et droit de l'OMC », in Charles Leben (éd.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2016, pp. 581-611, p. 581.

[4]Sur ces différences entre le droit international des investissements et le droit international du commerce, voir. STEGERD.P., « International trade and investment : towards a common regime ? », in R. ECHANDI et P. SAUVÉ (eds), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge, CUP, 2013, p. 157; DIMASCIO Nicholas and PAUWELYN Joost, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" , AJIL, 2008, vol. 102, n° 1, p. 56.

overall welfare; the investment regime, in contrast, is centered on the micro-issues of attracting and protecting investments made by individual investors"[5].

En effet, la libéralisation du commerce par les accords de l'OMC est essentiellement basée sur la dynamique interétatique: en amont, pour ce qui concerne la détermination des aspects macro-économiques de l'ouverture des marchés, en aval, dans le règlement des différends. Ce dernier reste accessible uniquement aux États. Ce reglement met en place des mécanismes de contre-mesures au moyen de suspensions de concessions dont la fonction est d'encourager la mise en conformité. Cette fonction n'est cependant pas destinée à réparer les dommages subis. A l'inverse, la promotion et la protection des investissements étrangers ont pour clé de voute l'octroi de droits individuels à l'investisseur.C'est le cas notamment dans le cadre des mécanismes de règlement des différends qui ont pour fonction de réparer le dommage subi[6].

Pourtant, les investissements internationaux, comme le commerce, générent tous deux des droits et des profits aux opérateurs économiques. Il est donc difficile dans un contexte d'interdépendance des échanges d'établir des barrières artificielles entre ces disciplines; celles-ci ont évolué concomitamment, même si le droit du commerce international a imprunté le premier la voie conventionnelle. Néanmoins, dans l'enseignement du « droit international économique » , les contraintes académiques obligent-elles à opérer notamment une distinction entre les deux approches. D'une part , le droit de l'investissement, et d'autre part le droit des échanges tel qu'il résulte des accords et de la pratique au sein de l'Organisation mondiale du commerce.

La première tentative opérée pour élaborer un cadre multilatéral de protection des investissements relève de la négociation du projet de Charte de La Havane de 1948, qui visait à instituer une Organisation internationale du commerce (OIC). La Charte aurait essentiellement porté sur les questions commerciales, mais elle contenait également un ensemble de règles multilatérales relatives à l'investissement. Une grande partie de ses dispositions qui concernaient les questions liées au commerce sont entrées en vigueur en tant qu'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Traditionnellement, le GATT ne concernait que de manière très restreinte les problèmes concernent les investissements directs étrangers. Les disciplines commerciales se sont développées sous le contrôle du GATT puis de l'OMC dans un contexte

[5] DIMASCIO Nicholas and PAUWELYN Joost, " Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin ?", op.cit., p. 56.
[6] TIETJE Christian., « Perspectives on the interaction between international trade and investment regulation», in R. ECHANDI et P. SAUVÉ (eds), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge, CUP, 2013, p. 167.

multilatéral, avant de connaître une nouvelle ère de bilatérale ou de plurilatérale compte tenu du développement d'accords commerciaux préférentiels (ACP). Toutefois, au fur et à mesure de son évolution à travers les « rounds » successifs et en particulier de l'OMC, les questions liées aux investissements directs ont occupé une place croissante. Cette montée en puissance reflète la densification et la complexification des liens entre les investissements et les échanges à niveau international.

Une décennie plus tard environ, une autre tendance émergea pour combler une partie du vide laissé par l'échec de l'OIC : la conclusion de traités bilatéraux d'investissement (TBI).Ces derniers furent pour protéger les investisseurs et attirer les flux d'investissements vers des destinations de niveau international relativement faible[7]. Ces instruments se sont révélés tout à fait populaires. Ils répondent à un besoin nouveau, celui de garantir des conditions d'échanges adaptées à la spécificité des opérations, dans le contexte d'un climat défavorable marqué par des vagues d'expropriation et de nationalisation entrepris par les pays « décolonisés ». La prolifération de ces instruments établit de fait une catégorisation des réglementations relatives aux échanges économiques : il existe ce qui relève du commerce et, ce qui relève des investissements. Les initiatives multilatérales entreprises dans l'ère des « TBI » n'envisagent ainsi les investissements que sous l'angle de la protection ou des mouvements de capitaux[8].

Par ailleurs, le nouveau consensus a débouché sur la conclusion, pendant le cycle de négociations commerciales d'Uruguay, de trois accords multilatéraux qui concernaient notamment les questions liées aux investissements. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC a créé un mécanisme de libéralisation des investissements dans le secteur des services. L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) interdit d'imposer aux investissements étrangers des prescriptions de résultats incompatibles avec le traitement national ou les obligations concernant les restrictions quantitatives du GATT. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui

[7]Idem.

[8]En 1951 l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) étudie de façon sectorielle les moyens de parvenir à une libéralisation progressive de tous les échanges commerciaux et financiers. Le Conseil General de l'OCDE adopte en 1961 deux codes de libération des investissements étrangers : le premier est relatif aux transactions invisibles courantes et le seconde, aux mouvements des capitaux. Le 12 octobre 1967, l'OCDE a élaboré un projet de convention dit « Abs-Schowcross », sur la protection des biens étrangers. Le 21 juin 1976, l'OCDE adopte une déclaration et des décisions relatives à l'investissement et aux entreprises multinationales. Ces textes posent les principes fondamentaux de la libération des échanges. Ils envisagent en premier les investissements tant du point de vue d traitement et de la protection que de la liberté de circulation. JUILLARD Patrick, « Le 'suivi' des instruments OCDE du 21 juin 1976 (Déclaration et décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) », *Effectivité des Organisations internationales : Mécanismes de suivi et de contrôle*, Pedon, Paris, 2000, pp. 181-197.

touchent au commerce (ADPIC) fait obligation aux États membres d'adopter certaines mesures destinées à prévenir toute atteinte aux droits de la propriété intellectuelle. Ces accords ont annoncé deux évolutions. Le premier changement est constitué par la prise de conscience de plus en plus forte du lien existant entre le commerce et les investissements. C'est ainsi que des règles internationales en matière d'investissement ont de plus en plus souvent été adoptées dans le cadre d'accords. Ces accords étaient bilatéraux, régionaux, interrégionaux, et plurilatéraux ; ils visaient à faciliter les transactions commerciales et les opérations d'investissement. Outre le fait que ces accords contenaient un ensemble variable de dispositions relatives à la libéralisation et à la promotion du commerce, les parties s'engageaient à libéraliser, protéger et/ou promouvoir les flux d'investissement [9].

Les seules initiatives à dimension multilatérale ayant été couronnées de succès sont celles operées dans le domaine du règlement des différends (avec l'instauration du CIRDI) et dans celui des garanties contre les risques politiques (avec l'instauration de l'AMGI). La seule initiative d'envergure, s'est, quant à elle, soldée par un échec[10]. Elle visait à établir un cadre multilatéral en matière d'investissements étrangers, l'Accord Multilatéral sur l'investissement (AMI).

Cette prolifération spectaculaire des accords économiques internationaux l'a été à un niveau géographique : ils se sont en effet étendus en substance, se développant pour toucher à des politiques nationales qui ont en principe peu à voir avec l'économie. La santé publique, la réglementation environnementale, les droits de l'homme et la protection des minorités ont ainsi été touchés.

La prolifération au niveau mondial des règles économiques internationales qui touchent de plus en plus les aspects de la vie quotidienne ne peut passer inaperçue même pour les citoyens conscients de cette prolifération. Les études sur la réglementation du commerce international, les investissements étrangers et les flux de capitaux se sont multipliés au sein des universités et des instituts du monde entier, impliquant divers acteurs : des praticiens du droit et de l'économie, des chercheurs en sciences politiques, ainsi que des anthropologues. Un grand nombre de ces accords a été mal reçu par l'ensemble des citoyens, qui ont protesté bruyamment, souvent violemment.

---

[9]CNUCED, « Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives », Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, NATIONS UNIES, New-York et Genève, 2008, p. 13.

[10]SCHILLS.W., The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge, CUP, 2009, pp. 53 et s. ; MAVROIDISP.C., « All clear on the investment front : a plea for a restatement », in J.E. ALVAREZ et K.P. SAUVANT (eds), The Evolving Investment Regime : Expectations, Realities, Options, New York, OUP, 2011, pp. 96 et s.

Pour les entreprises, les économistes, les hommes d'affaires ou les décideurs politiques, le commerce et l'investissement sont les deux composants d'un même ensemble. De fait, les flux de biens, de services et d'investissements directs étrangers devraient en principe être couverts par le même accord. Les régimes juridiques internationaux, toutefois, sont de plus en plus fragmentés, du fait d'un nombre d'accords (commerciaux préférentiels et de traités bilatéraux d'investissement avec les mécanismes d'arbitrage entre investisseurs et États) en constante augmentation. Le système multilatéral est menacé car le Cycle de Doha est au point mort et les Membres de l'OMC ont fait le choix de négocier des accords bilatéraux et plurilatéraux. Toutefois, le règlement des différends se poursuit sans relâche, tant au niveau de l'OMC que dans le cadre d'accords internationaux d'investissement. Avec la prolifération des affaires d'arbitrage d'investissement par différentes instances des tribunaux ad hoc, il existe le risque de sentences incompatibles et incohérentes. Cela fait craindre une menace sur la légitimité des systèmes à proprement parler.

Bien que les cadres juridiques en matière de commerce et d'investissement soient distincts quant aux instruments et aux modèles de régulation, il n'y a pas lieu d'en déduire que ces deux branches du droit international économique s'ignorent et que ces dux branches ne sont pas susceptibles d'entrer en interaction. L'histoire des accords économiques internationaux se développe en effet à partir d'un tronc commun. Il n'existe cependant pas à ce jour de concept de « droit international économique » en tant que domaine d'étude qui analyse ces règles internationales d'un point de vue unique et cohérent. Le développement des ACP ces dernières années - lesquels intègrent à la fois les disciplines commerciales et d'investissement- témoigne de la possibilité d'appréhender ces deux corps de règles au sein d'instruments communs. Il ne faut toute fois pas conférer à cette évolution une dimension révolutionnaire. Par ailleurs, bien que les disciplines restent distinctes, elles ne sont pas pour autant hermétiques. Cela se vérifie notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer l'apport du droit du commerce international au droit des investissements internationaux. L'on comprend alors que certains accords internationaux abordent à la fois des questions commerciales et des questions relatives à la protection des investissements, ces accords le font généralement de manière clairement compartimentée si bien que les matières demeurent indépendants[11].

Suite à l'échec de la Charte de La Havane qui visait à réglementer toutes les questions clé des relations économiques internationales à partir d'une seule organisation, les relations économiques

[11]DE NANTEUIL Arnaud, « Droit de l'investissement et droit de l'OMC », op.cit., p. 582.

internationales ont suivi au moins deux voies distinctes qui ont conduit à l'existence actuelle de deux corps distincts de droit international. Il s'agit du droit international des investissements et du droit du commerce international. Ces deux champs, malgré leur conception commune, ont « prospéré » séparément les uns des autres et ont développé parallèlement des voies qui ne semblent pas se rejoindre. Les chercheurs se spécialisent dans l'un ou l'autre domaine et communiquent à peine. Ils coopèrent encore moins avec des experts de l'autre branche du droit. De plus, les observateurs du droit des investissements sont de grands connaisseurs du chapitre sur l'investissement de l'accord international mais beaucoup d'entre eux seraient bien en peine de citer le sens des dispositions des autres chapitres du même accord. Les conférences et les études se concentrent sur l'investissement ou le commerce. Les praticiens d'un domaine sont rarement en mesure d'échanger leurs points de vue avec ceux de l'autre domaine. Bien qu'un certain nombre de manuels grand publics taduits en plusieurs langues, que ce soit sur le droit des investissements internationaux ou sur le droit du commerce international. Peu de ces livres traitent du « droit international économique » dans son ensemble.

Ce qui est plus enlaçant, c'est que les deux domaines du droit international économique ont développé des mécanismes de règlement des différends consistants et distincts. Reflétant la dissémination entre les deux domaines, chacun de ces « tribunaux » internationaux applique des règles et des principes qui différent. Ce n'est pas surprenant à ce stade, et cela démontre le peu d'intérêt pour les décisions et les règles applicables dans l'autre domaine. Un facteur contributif est que les tribunaux du commerce et de l'investissement sont pour la plupart constitués par des experts ad hoc qui ont généralement de grandes connaissances et une vaste expérience en la matière. Ces experts ont cependant été peu confrontés les uns aux autres[12].

On peut enfin formuler quelques précisions en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends qui sont susceptibles d'être exploités en droit des investissementsinternationauxet en droit international du commerce. Les obligations des États, dans le contexte de l'AGCS, qui peuvent apporter des protections supplémentaires par rapport à celles des TBI, peuvent être invoquées dans le contexte d'un arbitrage investisseur-Etat afin d'engager la responsabilité de l'État d'accueil du fait de la violation de ces obligations. Seul le mécanisme (interétatique) de

[12]Bien que le règlement des différends du CIRDI et de l'OMC soit, évidemment, une procédure judiciaire, où des questions juridiques de procédure et de fond de plus en plus complexes doivent être résolues, Costa estime que 45% des membres de l'OMC n'ont pas d'antécédents juridiques. Même à l'Organe d'appel de l'OMC, 3 des 25 membres nommés à ce jour (12%) n'ont aucun diplôme en droit. Seulement 4 des 25 avaient une expérience judiciaire antérieure en tant que juge. En revanche, 99,6% des arbitres du CIRDI ont un diplôme en droit. Voir FONTOURA COSTAJ.A., Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields, Oñati Socio-Legal Series, 2011, Volume 1, n. 4,pp. 1-25, p. 15.

règlement des différends de l'OMC peut donc être mis en œuvre. Cette dissociation des disciplines commerce/investissement, dans le cadre du règlement des différends, peut être constatée aussi au sein des ACP dont certains précisent que les règles relatives au commerce des services ne peuvent être l'objet d'un contentieux investisseur-État.

On s'attend donc à des différences entre les organes juridictionnels de l'OMC et du CIRDI. Aujourd'hui, cependant, ces régimes convergent. La même loi ou la même conduite gouvernementale peut de plus en plus être contestée devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, l'arbitrage investisseur-État ou les deux.

Au moins trois tendances expliquent cette convergence. Premièrement, sous l'angle des affaires, les opérations commerciales et celles d'investissement sont de plus en plus regroupées. Deuxièmement, en ce qui concerne les disciplines substantielles, les engagements en matière de commerce et d'investissement se chevauchent de plus en plus. Ainsi, le traitement national, les exigences de performance ou la protection des droits de propriété intellectuelle sont tous couverts par les deux régimes. Ces régimes sont aujourd'hui fréquemment exposés dans un même traité[13]. Les dispositions commerciales prennent de plus en plus d'ampleur pour inclure les réglementations et les standards applicables à l'étranger. Les dispositions relatives aux investissements. A l'inverse, ces régimes vont au-delà de la protection post-établissement des investissements pour couvrir également la libéralisation des investissements[14]. Troisièmement, l'arbitrage du CIRDI est devenu davantage « public », examinant non seulement les relations contractuelles / commerciales mais aussi les violations conventionnelles pures par des lois ou règlements généraux sans un contrat entre les parties. En revanche, le règlement des différends à l'OMC a été quelque peu « privatisé» . Bien que, dans de nombreux cas, les acteurs privés « tirent les ficelles » et rémunèrent les cabinets d'avocats privés pour faire le litige auprès de n'importe

[13] Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE), l'Accord de partenariat transpacifique, aussi connu sous le nom de « Partenariat Trans-Pacifique » ou sous son nom anglais « Trans-Pacific Partnership Agreement » ou simplement « Trans-Pacific Partnership » (TPP), ou le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI ; TTIP en anglais)

[14] En vertu de certains accords d'investissement, les arbitres investisseur-État sont explicitement appelés à examiner les dispositions de l'OMC (par exemple, lorsque l'octroi de licences obligatoires conformément à l'Accord sur les ADPIC ne constitue pas une expropriation indemnisable). De même, dans le cadre d'un accord de l'OMC (par exemple, le traitement NPF de l'AGCS), les organes de règlement des différends panélistes de l'OMC peuvent avoir à prendre connaissance d'un TBI. Une seule et même disposition conventionnelle peut donc être interprétée par les arbitres du CIRDI ou les organes de l'OMC, ce qui pourrait conduire à des approches différentes. Voir KURTZ Jürgen, The Use and Abuse of WTO Law in Investor–State Arbitration: Competition and its Discontents European Journal of International Law, Volume 20, Issue 3, 1 August 2009, 749–771.

quel instance qui est la plus avantageuse pour le client. Dans certains cas, ce peut-être, l'OMC ; dans d'autres, l'arbitrage investisseur-État, ou les deux[15].

Dans ce contexte actuel de convergence croissante et de concurrence sur les forums, l'OMC et le CIRDI traitent des litiges publics sensibles sur le plan politique, guidés par des intérêts économiques privés. Les différences majeures entre les membres des groupes spéciaux de l'OMC et les arbitres du CIRDI se démarquent et il semble légitime de les remettre en question. Ces organes transcendent le débat purement académique qui genère la décision - autant que la loi s'applique. Ce débat peut alors guider le choix du forum, les résultats des litiges, et même la légitimité et l'avenir du droit international en matière de commerce et d'investissement[16].

Cependant, les différentes voies de la réglementation du commerce international et de l'investissement émergeraient comme anecdotes juridiques à moins de réguler effectivement différents aspects de l'économie internationale. En ce sens, les liens entre le commerce et l'investissement étranger ne peuvent être niés mais le commerce et l'investissement demeurent des aspects différents des relations économiques internationales. Le commerce concerne l'acquisition de biens et de services produits à l'étranger tandis que l'investissement étranger direct concerne l'établissement d'entreprises étrangères intra muros d'un pays pour produire des biens et des services localement. Ils se ressemblent en effet mais ne sont identiques.

Pourtant, si le commerce et l'investissement sont des phénomènes différents (quoique liés et complémentaires), le droit du commerce international et le droit des investissements internationaux ne sont pas nettement divisés. Le système commercial multilatéral ne pouvait ignorer les interactions de complémentarité et de substituabilité qui existent entre le commerce et l'investissement. Au contraire, les deux cadres juridiques se chevauchent et régulent la même situation réelle. Les traités internationaux d'investissement s'appliquent aux investissements étrangers, au sens de la participation d'intérêts étrangers dans des sociétés opérant dans des pays tiers. Le droit du commerce international, régi par les accords conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), est clairement plus ambitieux. Il s'applique en effet aux échanges internationaux de biens, de services, à la protection des droits de propriété intellectuelle et à certains aspects des marchés publics. Il existe des dispositions offreant un

[15]PAUWELYN Joost, The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus, The American Journal of International Law Vol. 109, No. 4 (October 2015), pp. 761-805. Disponible sur SSRN: https://ssrn.com/abstract=2549050 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2549050, p. 9; Voir aussi, SHAFFER Gregory, Defending Interests : Public-Private Partnerships in WTO Litigation, Brookings, 2003.
[16]Idem.

certain degré de chevauchement avec les accords d'investissement dans tous ces domaines. C'est ainsi que un certain nombre des règles du droit de l'OMC sont susceptibles d'entrer dans le champ du droit des investissements internationaux. Cette interaction entre disciplines, ou plus exactement l'aspiration partielle du droit des investissement dans le droit de l'OMC, est sans doute plus significative qu'une simple contemplation des accords de l'OMC ne pourrait le suggèrer[17].

Dans nul autre domaine, le chevauchement entre le droit du commerce international et le doit d'investissement n'est aussi important que dans la réglementation du « commerce » international des services visé par l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). L'Accord traite essentiellement des questions d'investissement lorsque l'un des quatre modes de fourniture de services couverts par l'AGCS - l'établissement d'une présence commerciale - concerne directement l'investissement. En effet, l'AGCS s'applique, en plus de l'acquisition transfrontalière de services, aux investissements étrangers qui contribuent à la production, à la vente et à la fourniture de services au niveau local. Les accords d'investissement, dans leur tentative de protéger et de promouvoir les investissements entre pays, couvrent également ces transactions. Cela se traduit par le fait que les investissements étrangers dans le secteur des services couverts à deux reprises par les règles économiques internationales. Ce double impacte opère en premier lieu, en vertu du droit international des investissements, en tant qu'investissements étrangers, et en deuxième lieu, par les disciplines de l'OMC sur le commerce des services, en tant que mode de prestation internationale de services.

En effet, l'un des modes de libéralisation du commerce des services se caractérise par ce que l'on désigne comme la « présence commerciale » d'un fournisseur étranger. Ce mode de fourniture présente un intérêt majeur pour le droit international des investissements étant donné que le mode de libéralisation constitue en lui-même une opération d'investissement international. En ce sens, il existe un chevauchement du cadre juridique du commerce international des services et celui de l'investissement. Ce chevauchement ne présente pas seulement un intérêt académique ; il présente des opportunités pour les investisseurs. La connexion entre les disciplines commerce/investissement dans le domaine des services n'est cependant pas sans risque pour les États qui prennent des engagements au titre des deux disciplines.

[17]STEGERD.P., « International trade and investment : towards a common regime ? », op. cit., p. 160 (soulignant que « there is more in the WTO about investment than meets the eyes »).

Il faut garder en mémoire le fait que la sécurité juridique diminue dans la mesure où les accords d'investissement accordent aux investisseurs et à leurs investissements des droits qui entrent en conflit avec l'espace réglementaire accordé aux gouvernements dans le cadre de l'AGCS, ou inversement. Cela affecte le climat d'investissement des pays hôtes. De plus, comme les cadres juridiques relatifs au commerce et à l'investissement comportent des procédures solides de règlement des différends, le chevauchement des réglementations engendre des conflits internationaux aux résultats contradictoires, accroissant les tensions politiques et économiques au lieu de les apaiser.

L'interdépendance croissante des économies du monde a exercé une pression constante sur les décideurs, à tous les niveaux, pour créer un cadre législatif qui harmoniserait les besoins et les opportunités de l'économie mondiale. Dans le même temps, ces décideurs avaient le souci de s'assurer que leurs actions permettraient à leur économie nationale de bénéficier du développement et de la croissance mondiale[18]. Il en résulte désormais que la problématique de la réglementation juridique des investissements directs étrangers est de plus en plus acceptée dans sa dimension internationale[19].

Il existe une plate-forme institutionnelle permettant aux membres de l'OMC de négocier les flux d'investissements internationaux dans le contexte de l'AGCS. Il n'existe néanmoins pas d'accord global sous l'égide de l'OMC protégeant les investissements. En conséquence, les pays concernés restent essentiellement libres (du point de vue de l'OMC), de réglementer les investissements à leur convenance. Cela a conduit à la mise en place d'un cadre international de plus en plus complexe pour l'investissement international, les gouvernements devant en conséquence faire face à des ensembles d'obligations très diversifiés et en assurer la cohérence. Les règles du droit des traités et les clauses particulières figurant dans les différents accords régissent traditionnellement la relation entre ces différents ensembles d'obligations. Du fait de la prolifération continue des accords internationaux d'investissement et des accords commerciaux préférentiels, et de l'augmentation exponentielle de l'arbitrage investisseur-État, les risques de fragmentation, d'incompatibilité et d'incohérence au niveau des interprétations des règles augmentent. Il n'est cependant pas certain que les conséquences juridiques d'obligations qui se chevauchent soient validées dans tous les cas de figure. Chaque accord a sa propre

[18]DEVILLE Hervé, L'intégration des espaces économiques : politiques commerciales et économiques, Louvain-la-Neuve : Bruylant, 2003, p.17.
[19]DUNNING John H.; NARULA Rajneesh, Foreign direct investment and governments : catalysts for economic restructuring, London ; New York : Routledge, 1996, p.11.

« architecture », ses objectifs identifiés, et ses spécificités culturelles et juridiques. Etant donné le nombre grandissant de dispositions liées à l'investissement, il est de plus en plus complexe de se faire une idée de la situation d'ensemble.

Il apparaît donc que l'effort pour favoriser la stabilité et la prévisibilité au sein des relations économiques internationales est entravé par la fragmentation des règles qui s'y appliquent parfois de manière contradictoire. Le chevauchement des disciplines en matière d'investissement étranger dans le secteur des services semble donc compromettre la stabilité juridique que ces mêmes règles sont censées promouvoir.

Pour toutes les raisons commerciales, économiques et politiques inhérentes à ces disciplines, la multilatéralisation ou l'intégration des régimes de commerce et d'investissement-dans un système cohérent fondé sur des règles- devrait constituer l'objectif primordial.

La question qui se pose est la suivante : comment encourager une plus grande convergence et une plus grande cohérence des règles du commerce et de l'investissement afin qu'elles reflètent les réalités économiques et qu'elles aient un sens sur le plan des politiques? Faut-il accepter les traités tels qu'ils sont et imposer aux systèmes de règlement des différends « le fardeau » d'une plus grande convergence entre les domaines du commerce et de l'investissement? Est-il juste de demander aux investisseurs privés de présenter des réclamations fondées sur des bases de politique économique saines? Est-il juste d'attendre des tribunaux ad hoc qu'ils tranchent les questions de politique publique complexes? Le rôle des tribunaux d'investissement ou des groupes spéciaux de l'OMC est-il fait pour « combler les lacunes » ou « légiférer » en invoquant le droit international autre que les dispositions dont ils sont saisis? Seuls les gouvernements ont l'autorité légitime pour négocier de nouvelles règles au nom de leurs citoyens. L'objectif ultime devrait donc être celui de la multilatéralisation des règles du commerce et de l'investissement en un cadre politique cohérent.

Avec l'entrée en vigueur des accords (AGCS, ADPIC et de MIC), le risque de chevauchement entre la compétence du CIRDI et de l'OMC est réel. Pour éviter les incertitudes en cas de concurrence de compétences ou d'obligations contradictoires, il a été décidé de réfléchir au sujet de techniques assurant l'exclusivité des recours. D'un point de vue systémique, la question demeure donc de savoir : dans quelle mesure les disciplines internationales relatives à l'investissement étranger (comme reflétées dans les traités bilatéraux d'investissement et les accords commerciaux préférentiels (ACP)) et les règles multilatérales sur l'investissement dans le secteur des services énoncées dans l'AGCS se chevauchent. L'on s'interroge aussi de savoir

si l'on se trouve devant un vrai chevauchement de ces deux modes de règlement des différends, tout en essayant de dévoiler les difficultés principales qui en découlent. En outre, comment ces disciplines affectent-elles les personnes auxquelles elles s'adressent (les investisseurs étrangers dans le secteur des services), lorsqu'il s'agit de protéger leurs investissements ? Quel système offre la meilleure protection à l'investisseur étranger et affecte la capacité d'élaboration des politiques gouvernementales ?

Malgré ce chevauchement, les investisseurs internationaux semblent « à l'aise » en se fondant jusqu'à présent uniquement sur le volet investissement du droit international. Environ 61% des différends juridiques internationaux entre les investisseurs privés et leurs pays d'accueil – aussi appellés « arbitrage investisseur-État »- déposés en 2014 concernent, des investissements étrangers dans le secteur des services. Au contraire, seul un petit nombre de différends débattus à l'OMC et son mécanisme de règlement des différends (MRD) concernent les services. Ces mécanismes portent principalement sur le commerce transfrontalier réel de services et moins sur l'investissement.

Compte tenu du chevauchement qui caractérise le droit du commerce international et le droit des investissements internationaux et leurs procédures de règlement des différends, dans quelle mesure l'OMC est-elle admis à connaître des questions d'investissement ? Qui peut avoir accès à l'arbitrage investisseur-Etat et au mécanisme de règlement de différends de l'OMC ? Il est question de savoir si les procédures de règlement des différends de l'OMC pourraient emerger comme une alternative adaptée à l'investisseur dans le cas du règlement des différends relatifs à l'investissement. Pour quels motifs les organes juridictionnels de l'OMC ont-ils eu si peu d'occasions de se prononcer sur des affaires d'investissement ? Qu'offrent à l'investisseur étranger dans le secteur des services les dispositions de l'AGCS sur l'investissement, considérant en particulière le mécanisme de règlement des différends établis dans le cadre de l'OMC ?
La multiplication et la concurrence des procédures de règlement des différends relatifs à l'investissement posent doublement question : celle de la cohérence de la jurisprudence rendue en ce domaine et celle de l'unité de l'ordre juridique.

Intérêt du sujet

L'interdépendance croissante entre les économies du monde a exercé une pression constante sur les décideurs, à tous les niveaux, pour créer un cadre législatif qui harmoniserait les besoins et les opportunités de l'économie mondiale. Dans le même temps, il importait pour ces décideurs de s'assurer que leurs actions permettraient à leur économie nationale de bénéficier du

développement et de la croissance mondiale. Il en résulte alors que la problématique de la réglementation juridique des investissements directs étrangers est de plus en plus perçue et acceptée dans sa dimension internationale. De plus, la portée exacte de l'AGCS sur le règlement d'investissement est une question d'actualité au niveau multilatéral, et de signification croissante aux niveaux bilatéraux et régionaux. En effet, l'échec de mise en place d'une réglementation concernant l'investissement à l'OMC, pendant le cycle de Doha, a impacté les chercheurs et les organisations internationales, ces derniers ne mesurent pas assez l'importance de ce sujet.

Cet échec n'a toutefois pas eu pour conséquence d'occulter l'importance de la réglementation, dans le contexte de l'OMC. En revanche, l'issue de la réunion ministérielle de Cancun et le paquet de juillet 2004 ont confirmé que, au moins jusqu'au prochain cycle, les dispositions concernant l'investissement figurant actuellement dans les accords de l'OMC demeurent applicables au niveau multilatéral. L'AGCS en est l'illustration. Ainsi, une étude approfondie des règles de l'AGCS et de leur impact sur les investissements étrangers revêt une réelle importance au regard des négociations multilatérales.

Le droit international des investissements et le droit du commerce international ont des points communs et se sont développés en parallèle. L'un ne croise pas l'autre. Les chercheurs spécialisés dans l'un ou l'autre domaine ne communiquent et ne coopèrent pas les uns avec les autres. Les conférences et les études portent soit sur l'investissement, soit sur le droit commercial. Les praticiens d'un domaine ne changent pas leurs points de vue avec ceux de l'autre. Un certain nombre de manuels populaires existe en plusieurs langues et a pour objet soit le droit du commerce international soit le droit international des investissements. Peu de ces ouvrages portent sur le droit économique international dans son ensemble.

Les praticiens du droit bénéficieront par cette étude de directives claires quant à l'avantage et aux inconvénients des cadres juridiques du commerce et de l'investissement. Il bénéficieront également de consignes claires au sujet des conditions pour lesquelles chaque système est censé mieux adapté pour protéger l'investisseur étranger. Fournissant un examen approfondi de questions juridiques qui limitent les décisions politiques et apportent des contradictions possibles entre les deux organes de droit international économique ; les décideurs pourront trouver les options pertinentes.

II. La portée de l'étude

Les liens très étroits qui unissent les deux disciplines incitent donc à penser qu'elles devraient, à l'avenir, tenir compte davantage l'une de l'autre. Au niveau académique, il existe une distinction entre le droit des investissements d'un côté, et de l'autre celui des échanges, tel qu'il résulte des accords et de la pratique au sein de l'Organisation mondiale du commerce. En pratique, cette distinction est moins marquée et l'on ne peut que constater, sur ce point, un décalage entre la théorie et la pratique de la vie des affaires.

Cette étude met l'accent sur le chevauchement entre le droit du commerce international et le droit international des investissements dans le domaine relatif aux investissements étrangers du secteur des services. Ce travail propose une comparaison des principes et des règles des accords d'investissement, y compris les TBI et les chapitres sur l'investissement des accords commerciaux préférentiels, avec les règles multilatérales de l'AGCS. Il s'agit d'examiner comment ces disciplines sont appliquées dans les systèmes de règlement des différends en vigueur actuellement, en droit international du commerce et de l'investissement. Cette étude tente d'évaluer en détails le chevauchement effectif entre ces deux cadres et d'identifier les conflits potentiels entre les deux domaines. À cette fin, l'étude met donc l'accent sur la situation centrale des investisseurs internationaux, dans le secteur des services, et sur leur situation unique en droit économique international.

Ces investisseurs occupent une position particulière au sein du droit international économique: ils sont couverts par des accords internationaux d'investissement ainsi que par des disciplines multilatérales relatives au commerce des services. Ces accords, bien que de nature très différente, présentent des principes communs qui favorisent l'investissement international dans le secteur d'activité des services. Les deux ensembles d'accords consacrent, en particulier, des obligations de non-discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux en matière de services. Dans cette configuration, les investisseurs étrangers profitent également des obligations que les deux ensembles d'instruments imposent aux États contractants. Ces instruments prévoient des mécanismes de règlement des différends solides en cas de violation de leurs obligations. Les investisseurs étrangers de secteur des services peuvent donc avoir recours à deux mécanismes alternatifs de règlement des différends pour contester les mesures des pays hôtes ne resectant pas les obligations internationales.

L'attention portée au rôle central des investisseurs étrangers dans le secteur des services qui sont les seuls acteurs situés dans « la zone » du chevauchement des deux cadres juridiques, attire davantage l'attention sur les aspects institutionnels de ces systèmes. Le focus porte en particulier

sur leurs procédures de règlement des différends. En effet, ces investisseurs étrangers sont les seuls, en droit international économique, à bénéficier du choix de deux systèmes de règlement des différends en mesure de protéger leurs intérêts. Les accords internationaux d'investissement accordent aux investisseurs étrangers l'accès aux tribunaux arbitraux internationaux. Au contraire les dispositions de l'OMC prévoient un mécanisme de règlement des différends purement intergouvernemental, avec l'accès aux différends de l'OMC seulement réservé à ses États membres. Dans le cadre des litiges de l'OMC- en matière d'investissement en service- la nécessité de partenariats publics-privés est encore plus importante que pour d'autres questions commerciales. De ce fait, les parties privées ne sont pas complètement étrangères aux différends de l'OMC. Elles sont directement impliquées dans des procédures de règlement des différends de l'OMC, à titre d'amicus curiae en premier lieu. En second lieu, les opérateurs économiques peuvent accompagner les gouvernements des membres de l'OMC dans le suivi des procédures contentieuses. En outre, les dispositions de l'AGCS concernent directement les investisseurs étrangers d'une manière qui fait de la participation active des investisseurs étrangers dans le secteur des services une exigence de facto dans un différend de l'OMC, au titre de la présence commerciale. Cependant, la capacité de réclamation sous les dispositions de l'OMC implique un effort supplémentaire de la part des investisseurs étrangers. Ces derniers sont subordonnés aux politiques gouvernementales et doivent travailler conjointement en vue de solutionner un dossier.

Cette étude ne concerne donc pas seulement le chevauchement substantiel entre le commerce et l'investissement dans le secteur des services mais également les mécanismes judiciaires mis en place par ces deux cadres juridiques pour appliquer leurs règles. Du point de vue de l'investissement étranger en matière de services, ce travail analyse la portée précise du chevauchement entre les disciplines du commerce et de l'investissement. Il étudie également la demarche des parties privées à recourir à ces mécanismes de règlement des différends.

A. Méthodologie et hypothèse de travail

Pour comprendre l'interaction entre les deux instances judiciaires qui se chevauchent, il faut d'abord comprendre au préalable la nature et les caractéristiques de ces régimes. Nous décrirons, dans notre étude, les caractéristiques du règlement des différends de l'OMC et de l'arbitrage investisseur-État. Nous vérifierons ensuite si les régimes sont en concurrence. Nous examinerons ainsi les implications pratiques et normatives des différends qui se chevauchent.

L'OMC, contrairement au CIRDI, constitue plus qu'un simple système de règlement des différends ; cette entité est dotée d'un élément institutionnel important en capacité de fournir et

d'appliquer les valeurs systémiques. Cette différence fondamentale entre le système de règlement des différends de l'OMC et d'arbitrage du CIRDI fournit une perspective analytique à travers laquelle l'étude évalue et compare :

- les dispositions de l'AGCS sur le commerce des services, du point de vue de l'investissement étranger, afin de déterminer comment et dans quelle mesure son règlement couvre les questions d'investissement.
- le chevauchement efficace entre ces deux cadres et leurs conflits potentiels, ainsi que la capacité des parties privées à recourir à ces mécanismes de règlement des différends.

L'étude adopte une méthodologie strictement juridique, examinant les accords et interprétant leurs dispositions selon les règles traditionnelles de l'interprétation juridique. L'analyse sera comparative et contextuelle portera sur deux paramètres : comparaison des principes, des règles et des mécanismes de règlement des différends entre le cadre international d'investissement, rappellons le, comprend les accords qui définissent les relations internationales d'investissement, et le cadre assez limité d'investissement de l'OMC, rappellon le, principalement les dispositions pertinentes de l'AGCS.

Cette étude soutient ces interprétations à travers une exploration extensive de la jurisprudence existante sur chaque matière, afin de clarifier la signification de règles, lesquelles seraint autrement vagues et ambiguës. Utilisant une approche inductive, la jurisprudence est aussi pertinente : il s'agit d'identifier les procédures et de formuler des propositions au sujet d'une politique éventuelle d'action. L'analyse en profondeur, confrontée par un examen approfondi de la jurisprudence existante, fournit une explication détaillée des normes conventionnelles. Par exemple : le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), le traitement national (TN), le traitement juste et équitable, la réglementation intérieure, la transparence, ainsi que les règles procédurales sur l'accès au mécanisme de règlement de différends et procédures d'exécution. Compte tenu de l'ampleur et de la portée de la question analysée, les lecteurs sont censés avoir une certaine connaissance des principes fondamentaux du droit économique international. Ainsi, les concepts de base ne sont expliqués que succinctement afin de porter une plus grande attention sur le détail du droit international du commerce et de l'investissement.

Cependant, étant donné que l'étude aborde deux domaines qui, on l'a vu, sont considérés comme des disciplines juridiques distinctes, l'étude précise certains concepts de base qui peuvent paraitre "étranges" aux universitaires ou aux praticiens d'autres disciplines. A cette fin, des chapitres de l'étude comportent trois sections distinctes: l'une consacrée aux règles commerciales en la

matière, l'autre consacrée aux disciplines d'investissement et une troisième section sur l'évaluation et à la comparaison des deux domaines. Cette dernière partie propose des conclusions pertinentes sur leur chevauchement et leurs conflits potentiels. Bien que les universitaires et les praticiens jugent les sections de leur propre domaine d'expertise plutôt descriptives et nécessairement étroites, nous souhaitons que les sections d'évaluation offriront des informations originales sur chaque sujet.

A titre de mise en garde, notons que l'étude porte sur l'accès, sur les droits substantiels et sur les recours disponibles pour les investisseurs étrangers dans les litiges économiques internationaux. Chacune de ces trois étapes, et la plupart des sujets spécifiques, soulèvent des questions juridiques sous-jacentes qui mériteraient un autre travail de doctorat. Ces questions ne seront abordées dans ce travail, que dans la mesure où, elles servent les objectifs de la présente étude. Cela signifie que certains aspects des sujets traités qui ne sont pas pertinents dans ce contexte ne seront que peu mis en lumière, voire laissés de côté. A cet égard, les lecteurs intéressés peuvent toutefois trouver des éléments pertinents dans les références à des études plus complètes. Ces réferences approfondies sont mentionnées dans chaque section.

B. Structure

Cette étude est composée de deux parties, reflétant les étapes clé d'un différend international économique. La première partie vise à explorer les deux aspects de différends internationaux relatifs à l'investissement. Dans son titre premier, elle se concentre sur les accords internationaux accordant des fondements pour les parties privées, dans les procédures internationales de règlement des différends. S'agissant du mécanisme des règlement des différends de l'OMC, l'étude tente d'explorer la façon dont les disciplines du Mémorandum d'accord sur les procédures de règlement des différends et les disciplines adoptées dans l'AGCS se rapportent à des investisseurs étrangers dans le secteur des services. Ce titre premier aborde également les modalités d'implication des parties privées, dans les procédures de règlement des différends de l'OMC. Le deuxième Titre de cette partie interroge les recours et les remèdes censés offrir des solutions différentes pour résoudre un différend en matière d'investissement : en vertu de l'arbitrage investisseur-État d'une part et du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, de l'autre. L'attention est attirée sur les implications de ces différents recours pour les investisseurs étrangers en matière de services. Sont explorés ensuite les systèmes de règlement des différends qui existent, actuellement, dans le cadre du droit international économique : comment diffèrent -

ils en termes d'approches, à l'égard des mécanismes d'exécution des décisions et sentences arbitrales?

La deuxième partie est la plus longue de cette étude. Elle propose d'examiner les disciplines principales des accords commerciaux et d'investissement et tente d'évaluer la portée du chevauchement entre ces deux systèmes juridiques. Elle explore en particulier, dans son premier titre, les obligations principales inscrites dans les règles d'investissement sur la non-discrimination des investissements étrangers, à savoir les règles de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement national. Son deuxième titre est en focus sur le chevauchement éventuel entre les dispositions relatives aux standards minimaux de traitement et certaines obligations en matière de traitement. Par exemple, le traitement juste et équitable, les disciplines sur la transparence et la réglementation intérieure. Un résumé des principales conclusions de l'étude figure dans la partie conclusive. Il est completé par quelques réflexions sur les implications que cette constellation fragmentée de règles et de procédures de règlement des différends sur les investissements, dans le secteur des services, peut apporter au système juridique économique international et à ses principaux acteurs.

Partie 1. L'accès aux forums internationaux économiques en matière d'investissement : l'accès des particuliers aux instances juridictionnelles internationales, dans le cadre d'undifférend relatif à l'investissement

Les méthodes de règlement des différends en droit international sont habituellement classées de deux manières qui diffèrent. La première grande catégorie représente les méthodes diplomatiques et comprend la négociation, les bons offices et la médiation, l'enquête et la conciliation[20]. Dans cette catégorie, les parties conservent le contrôle global du différend et peuvent accepter ou rejeter le règlement proposé. L'autre catégorie est appelée règlement judiciaire puisque la base du règlement est le droit international. Les types de reglement des differends ici sont l'arbitrage et le règlement judiciaire et sont utilisés lorsqu'une décision qui lie les parties est nécessaire. Le règlement judiciaire implique le renvoi de la question à la CIJ ou à un autre tribunal permanent. Par ailleurs, l'arbitrage exige des parties elles-mêmes qu'elles instaurent la méthode de règlement du différend entre elles[21]. Les traités internationaux ne seraient guère plus que des déclarations de meilleures intentions s'ils n'étaient soutenus par des mécanismes de règlement des différends capables de résoudre les controverses éventuelles quant à leurs obligations. Le droit international du commerce et de l'investissement sont des domaines qui ont le plus fréquemment adopté cette notion, dans le droit international public. Les accords internationaux modernes sur le commerce et / ou l'investissement établissent en effet des processus juridictionnels qui reposent de plus en plus sur la primauté du droit et les organes juridictionnels, en s'écartant des moyens diplomatiques traditionnels de règlement des différends.

Ces procédures judiciaires visent à résoudre les controverses pour des raisons qui sont purement juridiques, en offrant un large accès aux organes judiciaires et en offrant une procédure d'exécution et d'enforcement fondée sur la loi, pour assurer le respect de leurs décisions. De ce point de vue, les systèmes de règlement des différends établis par les deux accords commerciaux et d'investissement démontrent un niveau de juridiction incomparable au regard d'autres domaines de droit international public. Les procédures de règlement des différends relatifs à «l'investissement» et au «commerce» se distinguent par les règles sur l'accès au forum de

[20]Selon GUILLAUME-HOFNUNG: "les acteurs du commerce international recourent traditionnellement aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). A coté de l'arbitrage, la médiation (en réalité, une conciliation) a les faveurs de l'OMC.", GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, La médiation, 6e édition, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 18.

[21]MERRILLS John Graham, International Dispute Settlement, Sixth edition, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2017, p.88.

règlement des différends tandis que le droit international des investissements dispos d'un mécanisme d'arbitrage permettant aux parties privées de présenter des réclamations contre leurs États d'accueil. Le mécanisme de règlement des différends en matière de commerce international n'admet que les États en tant que parties à un différend.

Il est cependant un principe général du droit international qu'un Etat ne peut être contraint de s'engager dans le règlement d'un différend, surtout par la soumission d'une revendication à un tiers indépendant. La compétence de contester les États souverains devant les tribunaux internationaux repose donc sur le consentement des États à accepter cette procédure de règlement des différends. Les États accordent leur consentement à la juridiction de diverses manières, y compris par un large consentement donné à l'avance pour tout différend surgissant sur des questions particulières ou concernant des États particuliers[22].

Le consentement préalable à la juridiction est de nature conventionnelle et découle essentiellement des dispositions relatives au règlement des différends dans les traités internationaux. De telles dispositions sont courantes dans les TBI, les accords commerciaux préférentiels et les accords commerciaux multilatéraux. Ce vaste réseau d'accords internationaux a étendu la compétence internationale en matière de commerce et d'investissement à une couverture pratiquement universelle. Les liens très étroits qui unissent les deux disciplines amènent donc à penser qu'elles devraient, à l'avenir, tenir compte davantage l'une de l'autre. Cette partie de l'étude a pour objet l'exploration des deux aspects de différends internationaux relatifs à l'investissement. L'objectif principal est de procèder à une comparaison générale entre l'OMC et le CIRDI, avec l'intention d'analyser chaque institution dans les deux domaines des règles et des procédures et de la mise en œuvre et des processus. Une conclusion générale constitura la fin de ce travail.

[22]DIXON Martin, Textbook on international law, 6th edition, London ; New-York : Oxford university press, 2007, p. 286 .

Titre 1. Les fondements juridiques accordés aux parties privés dans les procédures de règlement des différends relatifs à l'investissement

Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et les accords de l'Organisation mondiale du commerce, notamment l'accord général sur le commerce des services(l'AGCS), contiennent des procédures de règlement des différends liés à l'investissement entre les parties. Le non-respect des engagements spécifiques contractés ou la violation des obligations de l'Accord entraîne la saisine du tribunal arbitral ou du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. De plus, si un État membre de l'OMC estime qu'un autre État membre de cette organisation viole les règles de l'Accord général sur le commerce des services, cet Etat peut alors utiliser le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Ces procédures soulèvent moins de controverse, moins d'intérêt que celles concernant les litiges entre un investisseur et un État. Le mode de règlement des différends entre un investisseur et l'État accueillant ses investissements représente très certainement la pierre angulaire de l'évolution du droit international de l'investissement, au cours des cinquante dernières années, en particulier.

La problématique, ici, est celle de l'accès au contentieux économique des acteurs non-étatiques et leur accès direct aux mécanismes de règlement des différends en tant que partie à part entière.

Dans le cadre des opérations d'investissement, les États acceptent l'accession de la partie privée à un forum international dont les caractéristiques ont été préalablement négociées ou agréées par les États concernés. Les conditions d'accession à ces juridictions arbitrales se présentent également sous un jour favorable pour les acteurs non-étatiques.[23]

Dans les chapitre d'après, nous explorerons les règles locus standi dans les cadres d'investissement (2) et de commerce (1), afin de déterminer qui sont les sujets susceptibles de se prévaloir de la protection, dans les accords de commerce et d'investissement.

Chapitre 1. Différends relatifs au commerce des services à l'OMC

À première vue, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a peu de rapport avec l'arbitrage investisseur-État. Contrairement à l'arbitrage d'investissement où les questions de compétence prennent une dimension fondamentale dans le différend juridique, les règles de

[23] GHERARI Habib, Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international : l'exemple des investisseurs étrangers, in BEN ACHOURRafâa et LAGHMANISlim (dir.), Acteurs non étatiques et droit international , Colloque des 6,. 7 et 8 avril 2006, Pedone, Paris, 2007, p. 324.

l'OMC en matière de compétence apparaissent plutôt simples et ont donné lieu à peu de controverse.[24]

En matière d'investissement, qui a donc accès au système de règlement des différends de l'OMC? Quand les membres de l'OMC peuvent-ils avoir recours au règlement des différends de l'OMC ? Les dispositions de règlement des différends de l'AGCS prévoient-elles des plaintes de non-violation ? Pourquoi y a-t-il eu si peu de plaintes pour "non-violation"? La décision d'un membre d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC est-elle soumise à un contrôle judiciaire? Les entreprises et les associations de l'industrie peuvent-elles être considérées comme ayant un accès indirect au système de règlement des différends de l'OMC ?

I. La participation des membres de l'OMC aux procédures de règlement des différends et les procédures appliquées au différend sous l'AGCS

Le champ d'application des procédures de règlement des différends de l'OMC est énoncé dans le Mémorandum d'accord. La renégociation lancée à Doha en novembre 2001, concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends porte sur la reconnaissance de la qualité pour agir devant l'organe de règlement des différends (l'ORD) pour les États membres à l'OMC seulement. Le système de règlement des différends de l'OMC est fondé sur les droits des Membres, seuls les Membres y ont accès et seuls les Membres peuvent le mettre en application et le superviser.[25]

A) La capacité processuelle et la qualité pour agir : un droit exclusif des États membres à l'OMC

Les procédures de règlement des différends de l'OMC sont prévues pour le règlement des différends essentiellement d'État-à-État. Les droits et obligations énoncés dans les accords de l'OMC s'appliquent exclusivement aux Membres de l'OMC. En prescrivant le recours au système multilatéral de l'OMC pour le règlement des différends, l'article 23 du Mémorandum d'accord non seulement exclut l'action unilatérale mais il interdit aussi le recours à d'autres instances pour

[24]PALMETER David and MAVROIDIS Petros C., Dispute settlement in the World Trade Organization : practice and procedure, 2e éd., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2004, p. 40-45. (pour un examen des questions de compétence qui ont été soulevées dans les différends de l'OMC).

[25] Rapport du Groupe spécial Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements, WT/DS34/R 31 mai 1999, para. 9.41.

le règlement d'un différend relevant de l'OMC.[26] De ce fait, au regard de ses membres, la compétence de l'OMC est à la fois obligatoire et exclusive.

Le Mémorandum d'accord se réfère exclusivement aux «Membres», leur permettant de prendre part à la procédure de règlement des différends soit en tant que demandeurs, défendeurs, ou en qualité de tierce partie. Ni les entités privées (personnes physiques ou morales), ni les Etats qui ne sont pas membres de l'OMC ne se voient accorder des droits dans le mécanisme de règlement des différends. Comme l'a indiqué l'organe d'appel États-Unis — Crevettes :

« Seuls les Membres peuvent devenir parties à un différend dont un groupe spécial peut être saisi, et seuls les Membres qui ont "un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial" peuvent être tierces parties dans la procédure de ce groupe spécial. »[27]

De même, les États ayant le statut d'observateur à l'OMC, les autres organisations internationales, et les administrations publiques régionales ou locales ne sont pas habilités à entamer des procédures de règlement des différends.

Le Mémorandum d'accord désigne parfois en son texte le membre qui soumet le différend par « partie plaignante » ou « plaignant », il mention aussi dans quelques cas le « membre concerné ».[28]

En plus de la partie plaignante, les autres membres peuvent également avoir accès à la procédure de règlement des différends. Ce qui importe plus encore c'est que tout Membre qui aura un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial - et qui en aura informé l'ORD- peut agir comme un tiers dans la procédure de ce groupe et aura la possibilité de se faire entendre par lui et de lui présenter des communications écrites[29]. De plus, tout membre, tierce partie dans la procédure de ce groupe, pourra présenter des communications écrites à l'organe d'appel et avoir la possibilité de se faire entendre par cette instance.[30]

[26]Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC, Publication du Secrétariat de l'OMC préparée pour diffusion par le division des affaires juridiques et l'organe d'appel, Editions Yvon Blais Inc., Cowansville(Québec), 2004, p. 10.
[27]Rapport de l'Organe d'appel États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, para.101.
[28]Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC, op.cit., p. 10.
[29] Article 10 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord).
[30]Article 17.4 du Mémorandum d'accord .

Les procédures de règlement des différends de l'OMC sont limitées aux pays signataires de l'accord de Marrakech, et s'étendent à tous les domaines couverts par ces accords.[31]

Les accords concernés dans chaque différend sont aussi ceux qui délimitent la compétence des groupes spéciaux et de l'organe d'appel. Les demandes qui ne se réfèrent pas à un accord visé tombent hors le cadre de compétence des groupes spéciaux.[32]

Selon le groupe spécial Japon-film, « l'accord sur l'OMC étant un accord international, qui assujettit directement à des obligations que les gouvernements nationaux et les territoires douaniers distincts[33] ».

Les membres se voient accorder la qualité d'agir dans les différends, à l'OMC, du fait de leur simple statut, de partenaire de l'organisation. L'article 3.7, du Mémorandum d'accord exige qu'avant de déposer un recours, un membre jugera si une action au titre de ces procédures serait utile. D'autres exigences formelles n'existent pas pour les membres qui initient une telle action. Cela signifie que les membres bénéficient de la flexibilité pour décider de présenter une demande d'établissement d'un groupe spécial que le Mémorandum d'accord n'oblige ni n'autorise un groupe spécial à s'interroger sur cette décision du Membre ni à remettre en question son jugement.[34]

En outre, tout membre peut porter plainte contre un autre membre. La partie plaignante n'a pas besoin d'être affectée par les mesures contestées, ni d'avoir un intérêt de nature juridique dans le différend. Cela a été confirmé dans l'affaire Bananes, lorsque le groupe spécial et l'organe d'appel ont observé que :

« aucune disposition du Mémorandum d'accord, ne contient pas de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait un "intérêt juridique" pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial »[35].

De même, le groupe spécial Corée - Produits laitiers a reconnu qu'il n'y a dans le Mémorandum d'accord aucune prescription exigeant que les parties aient un intérêt économique.[36]

---

[31] Article 1.1 du Mémorandum d'accord prévoit que les règles et procédures du Mémorandum d'accord sont applicables aux différends soumis en vertu des "accords visés".

[32] Rapport du groupe spécial Canada— Crédits et garanties pour les aéronefs, WT/DS222/R, paras. 7.48-7.49.

[33] Rapport du groupe spécial Japon - Mesures affectant les pellicules et papiersphotographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R, para. 10.52.

[34] Rapport de l'Organe d'appel Mexique – SIROP DE MAÏS (Article 21.5- EU) WT/DS132/AB/RW, 22 octobre 2001, paras. 73-74.

[35] Rapport du Groupe spécial CE-Bananes III (EU), WT/DS27/R/USA, para. 7.49 et Rapport de l'Organe d'appel, CE-Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 132.

Dans ces affaires, la juridiction de l'OMC a rejeté la nécessité d'évaluer en détail les effets des mesures sur l'économie du demandeur, considérant qu'ils peuvent conduire à des distorsions potentielles dans le marché intérieur du demandeur (bananes) ou que le simple fait d'être un exportateur de ces produits implique un intérêt suffisant pour commencer et poursuivre le différend (Corée-Produits laitiers). Dans d'autres affaires, les plaignants ont été autorisés à déposer des plaintes pour violation de l'accord sur l'OMC ; y compris lorsque les violations portaient préjudice à d'autres[37]. Les allégations formulées en l'espèce étaient combinées à des allégations au titre d'autres accords visés, pour lesquelles la qualité d'agir du plaignant n'avait pas été contestée. Plus généralement, l'organe d'appel s'est fondé sur l'intérêt potentiel d'un Membre à faire respecter les règles de l'OMC en raison de, possibles effets économiques, directs ou indirects, d'une violation des règles de l'OMC[38].

B) La portée de l'AGCS élargissant, ratione materiae, le droit international du commerce, du domaine des marchandises à celui des services

L'analyse de la portée de l'AGCS détermine les mesures réglementaires nationales qui seront potentiellement assujetties aux disciplines de l'AGCS. L'analyse des dispositions essentielles qui déterminent la portée de l'AGCS va montrer que l'AGCS a le potentiel pour couvrir presque tous les types de réglementation gouvernementale dans quasiment tous les secteurs de services.

La question liminaire qui doit être traitée pour déterminer si l'AGCS est applicable aux mesures indiquées dans chaque différend est celle de savoir si la demande entre dans la portée de l'AGCS en examinant si les mesures en cause sont « affectant le commerce des services » au sens de l'article I : 1.[39] Cette question est au cœur du fonctionnement de l'accord, puisqu'elle définit son champ d'application substantiel. Elle constitue également un élément essentiel dans les procédures de règlement des différends en sa qualité de mesure relève de la compétence ratione materiae de l'AGCS lorsqu'il affecte le commerce et l'investissement dans le secteur des services. À cet effet, avant d'évaluer la cohérence d'une mesure avec l'AGCS, il est

---

[36] Rapport du Groupe spécial Corée — Produits laitiers, WT/DS98/R, para. 7.13.
[37] Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC, op .cit , p 131 .
[38] Rapport du Groupe spécial CE-Bananes III (EU), WT/DS27/R/USA, para. 7.50 et Rapport de l'Organe d'appel, CE-Bananes III, WT/DS27/AB/R, paras. 136-138 .
[39] Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, paras. 151-152. dans cette affaire l'Organe d'appel a réservé une constatation du Groupe spécial qui traite essentiellement du champ d'application de l'AGCS pour savoir si une violation avait existé.

nécessaire que cette question liminaire soit traitée quel que soit l'article spécifique de l'AGCS invoqué à l'appui d'une allégation selon laquelle l'AGCS a été violé.[40]

L'on soulève ici deux questions conceptuelles : quel type d'action est suffisamment lié à un gouvernement pour qu'on le qualifie de mesure aux fins de l'AGCS? quel degré de relation ou d'effet sur le commerce des services le terme affectant suppose? De nombreuses affaires de règlement des différends sous l'AGCS relèvent de la dernière question, alors que la première interogation (sur ce qui fait une mesure imputable au gouvernement d'un membre) a souvent surgi dans la pratique de règlement des différends du GATT.

1. La notion de mesure, l'objet d'une plainte déterminant la compétence des groupes spéciaux, et de l'organe d'appel, au sein de la portée de l'AGCS

Compte tenu de l'objet de plainte, contre quoi une plainte peut elle être dirigée ? Quels types d'actions entreprises par un membre sont couverts par un engagement au titre d'un accord visé ? Il est essentiel d'apporter des réponses à ces questions afin de délimiter la compétence des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC.

En règle générale, seules les mesures (1.1) prises par les gouvernements des membres (2.1) peuvent faire l'objet de plaintes à l'OMC.

1.1 Mesures

Le terme « mesure » est défini à l'article XXVIII (a) de l'AGCS : "comme s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme".

Cette définition indicative pourrait inclure des mesures législatives ou administratives, des activités financières, des activités promotionnelles ou informationnelles par les gouvernements et la mise en œuvre des accords, des normes ou décisions des organismes internationaux par des mesures nationales, ainsi que la signature d'un accord international, par exemple, un accord bilatéral d'investissement.[41]

Il convient de noter que ces mesures pour qu'elles puissent faire l'objet d'un examen, dans le cadre du règlement d'un différend, ne doivent pas forcement étre écrites. Les actes d'un

[40] Rapport du Groupe spécial États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.250.
[41] ORTINO Federico, The principle of non-discrimination and its exceptions in GATS: Selected legal issues, in Kern Alexander and Mads Andenas (eds.), The World Trade Organization and trade in services, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, p. 195.

gouvernement, qu'ils soient posés en vertu d'une législation donnée ou par ailleurs autorisés, sont néanmoins des « mesures » dès lors qu'ils sont imputables au Membre et établissent des règles ou des normes appliquées de manière générale et prospective.[42] En vue de l'examen de l'application des dispositions spécifiques de l'AGCS à la mesure, les organes juridictionnels doivent déterminer, en premier lieu, l'applicabilité des dispositions invoquées par la partie plaignante comme fondement de ses allégations concernant les mesures en cause.[43]

Le libellé de l'article XXVIII alénia (a) de l'AGCS fait explicitement référence non seulement aux mesures substantielles mais aussi à des mesures de caractère administratif. Les mots « toute autre forme » impliquent qu'une « mesure » peut être tout acte d'un membre, qu'il soit ou non juridiquement contraignant, et qu'elle peut même inclure des directives administratives non contraignantes émanant d'un gouvernement, ainsi qu'une omission ou une absence d'acte de la part d'un membre[44]. Néanmoins, une mesure doit être définie et précisée. Dans les États-Unis - Jeux, il a été déterminé que faute de démontrer la source de la prohibition, une partie plaignante ne peut pas contester une « prohibition totale » en tant que « mesure » en soi dans une procédure de règlement d'un différend dans le cadre de l'AGCS.[45]

Dans l'affaire Chine - Publications et produits audiovisuels, le terme « mesure » dans le contexte de l'article 3.3 du Mémorandum d'accord a été analysé par le groupe spécial. Selon cette disposition, seules les mesures prises par un autre Membre font l'objet d'un examen au titre du Mémorandum d'accord. Dans cette affaire, la Chine a fait valoir l'argument selon lequel certains instruments administratifs contestés par les États-Unis comme une violation de GATT et de l'AGCS ne pouvaient pas servir de fondement juridique à des actes administratifs et donc ne sont pas soumis à un examen de Mémorandum d'accord. Bien que la Chine n'ait pas demontré explicitement que ces instruments ne sont pas des « mesures » en vertu de l'article 3.3 du Mémorandum d'accord, le groupe spécial a examiné cette question. Le groupe a fini par conclure que certains de ces instruments étaient des « mesures » et d'autres ne l'étaient pas. Ce faisant, le groupe spécial a fixé certaines règles qui semblent applicables dans le contexte de l'AGCS ainsi: « a) le groupe spécial a noté d'abord, que la détermination du point de savoir si quelque chose

[42]Rapport du Groupe spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para.7.1689.
[43]Ibid, Rapport du Groupe spécial, para. 7.1619.
[44]Rapport de l'organe d'appel Guatemala — Ciment I, WT/DS60/AB/R, note de bas de page 47.
[45]Rapport du groupe spécial États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, paras. 6.152-6.185;Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Jeux, WT/DS285/AB/R, paras.116-126.

est une « mesure » doit être fondée sur le contenu et le fond de l'instrument et pas simplement sur sa forme ou sa nomenclature".[46]

b) le groupe spécial énonce un double test pour déterminer si un acte administratif est une mesure:

i) est l'instrument un acte pris par les organes de l'Etat, et donc imputable à l'Etat ?

ii) Si la réponse est affirmative, il faut déterminer si l'instrument établit des règles ou des normes censées être appliquées de manière générale et prospective.

c) sur la base de la jurisprudence États-Unis - Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires verser champs pétrolifères[47], le groupe spécial de l'affaire Chine - Publications et Produits audiovisuels a déterminé que les documents internes et non contraignants du gouvernement, qui ont servi de lignes directrices, pour l'élaboration de procédures de mise en œuvre par les autorités compétentes, (les Divers avis) constituent une « mesure »[48]. »

Appliquant ces tests pour les actes soumis à son examen, le groupe spécial de Chine-Publications et Produits audiovisuels a conclu que tous ces instruments correspondent au premier test qui est imputable à la Chine.[49] Se tournant vers le second test, le groupe spécial distinguait deux types d'instrument: qui a des effets concrets par lui-même , (« un instrument établit en soi des règles ou des normes d'application générale et prospective de telle sorte qu'il peut constituer une mesure[50] »), et l'instrument qui ne réponde pas à cette exigence, car il résume simplement les exigences légales provenant d'autres instruments, (absence cette dernière condition, ne constituant pas des mesures.[51])

1.2 Mesures des Membres

L'Article I: 3 de l'AGCS stipule que, dans le cadre de l'AGCS, l'expression « mesures des Membres » couvre virtuellement tous les niveaux d'activité gouvernementale, centrale, régionale ou locale, ainsi que les organismes non-gouvernementaux auxquels les gouvernements ont délégué des pouvoirs.

[46]Ibid, Rapport du Groupe spécial, para.7.172.
[47]Rapport de l'Organe d'appel États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères, WT/DS268/AB/R, adopté le 17.12.2004.
[48]Rapport du Groupe spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para.7.198.
[49]Ibid, rapport du Groupe spécial , WT/DS363/R, paras.7.189, 7.210 , 7.222.
[50]Ibid, rapport du Groupe spécial , WT/DS363/R, paras.7.198,7.214-7.215.
[51]Ibid, rapport du Groupe spécial , WT/DS363/R, paras.7.211, 7.215.

L'accord précise que le terme « mesure » s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme.[52]

La question de savoir si l'action particulière d'un gouvernement constitue ou non une « mesure d'un Membre » dans le sens de l'Article I : 1 n'a pas encore été soulevée en tant que telle dans le cadre d'un règlement de différends de l'OMC. Il est cependant possible que cette question revête à l'avenir une certaine importance.

Plutôt que sa forme qui peut varier selon les circonstances et le système juridique de chaque pays, l'élément déterminant pour décréter si un acte de gouvernement peut donner lieu à un différend de l'OMC est que cette mesure doit être prise par un membre.

En effet, la mesure qui ne découle pas des gouvernements, ou qui ne peut être attribuable à ces derniers, corresponde à des actions privées à replacer en dehors de la juridiction de l'OMC. À cet égard, l'organe d'appel a déclaré que:

« En principe, tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC peut être une mesure de ce Membre aux fins d'une procédure de règlement des différends. Les actes ou omissions qui sont ainsi imputables sont habituellement les actes ou omissions des organes de l'État, y compris ceux du pouvoir exécutif[53] ».

Les groupes spéciaux du GATT ont jugé que les actions privées étaient des mesures imputables au gouvernement qui avait encouragé un tel comportement privé par des mesures incitatives [54], ou en publiant des directives formellement non-contraignantes qui, dans le contexte juridique et social de ce pays, constituaient un des instruments traditionnels et efficaces de gouvernement.[55]

En substance, il semblerait que la conduite restrictive pour le commerce privé encouragée ou soutenue par un gouvernement constituerait vraisemblablement une mesure en vertu du droit de l'OMC, tandis que les actions légales engagées par des parties privées relèveraient de principe au-delà de la portée de la compétence de l'OMC.

S'appuyant sur des rapports de groupes spéciaux concernant des différends de ce type, le groupe spécial chargé de l'affaire Japon-Pellicules a qualifié le fait (« gouvernement y intervienne

[52]Article XXVIII(a) du l'AGCS.
[53]Rapport de l'organe d'appel, États-Unis — Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion WT/DS244/AB/R, para.81.
[54]GATT, Rapport du Groupe spécial Japon — Commerce des semi-conducteurs (BISD 35S/116), paras. 114-115.
[55]GATT, Rapport du Groupe spécial Japon — Restrictions à l'importation de certains produits agricoles (BISD 35S/163), para. 5.4.1.4.

suffisamment ») de critère décisif pour établir si une action d'ordre privé pouvait être considérée comme une « mesure » gouvernementale.[56]

2. La notion de mesure affectant le commerce des services

Alors que le terme « mesure des membres » précise que l'AGCS s'applique à toutes les mesures prises par les entités avec des pouvoirs gouvernementaux et définit ainsi la portée institutionnelle de l'accord, le terme affectant le commerce des services définit sa portée substantielle.[57]

Deux questions juridiques clés doivent être examinées pour déterminer si la mesure est une mesure « qui affecte le commerce des services ». Premièrement, la question de savoir s'il y a « commerce de services » au sens de l'article I:2; et, deuxièmement, la question de savoir si la mesure en cause, « affecte » le commerce de services en question, au sens de l'article I:1.[58]

2.1 L'investissement en tant que commerce de services (instrument du commerce international)

Tandis que la compréhension des échanges de marchandises est relativement facile, à savoir la fourniture transfrontalière d'un produit spécifique, la notion de « commerce des services » a besoin d'une définition plus précise, pour être inserée à l'article I:2 de l'AGCS. Cet article définit le « commerce des services » comme étant la « fourniture d'un service » selon l'un des quatre modes de fourniture :

« a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre;

b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre;

c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre;

d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre. »

En somme, l'AGCS prévoit une couverture quasi complète de toutes les possibilités du commerce des services. Les quatre modes de fourniture ne limitent pas efficacement la compréhension du terme general de «services» en vertu de l'AGCS. Notons que la différenciation

[56]Rapport du groupe spécial Japon — Pellicules, para.10.56.
[57]KRAJEWSKI Markus, National regulation and trade liberalization in services : the legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on national regulatory autonomy, The Hague ; New York : , Kluwer Law International, 2003, p.65.
[58]Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 155.

entre les mesures transfrontalières et internes, communes dans le cadre du GATT, est éliminée dans le cadre de l'AGCS.[59]

Etant doné que la fourniture de services par la présence commerciale est liée aux investissements directs étrangers, l'AGCS est même nommé « traité multilatéral sur l'investissement de services ».[60]

Le Mode 3 de forniture de la définition intéresse plus particulièrement notre étude. Il est le plus répandu car il concerne plus de la moitié des prestations internationales de services.[61] Le concept de « présence commerciale » de l'AGCS introduit l'investissement direct étranger dans les entreprises de services comme moyen de commerce international des services. Ceci va à l'encontre du commerce et de l'investissement international des marchandises où seul le, mouvement transfrontalier, de marchandises est couvert, par le GATT. Les ventes, par les sociétés étrangères établies sur le territoire d'un autre pays, ne sont pas couvertes par le GATT.

Une présence commerciale, en particulier, est définie dans l'AGCS comme tout type d'établissement commercial ou professionnel, sur le territoire d'un Membre, en vue de la fourniture d'un service. L'établissement d'une présence commerciale peut être réalisé par la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale, ou par la création ou le maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, du fournisseur de serviced'origine.[62]

Il n'est pas obligatoir, cependant, que l'établissement soit permanent ou qu'il prenne une forme juridique particulière. Étant donné que ces formes concrètes de la présence commerciale sont mentionnées comme non-exclusives, l'on peut supposer que l'AGCS trouve son application à tout type de présence permanente d'un fournisseur de services d'un membre, sur le territoire d'un autre membre.[63]

Il ressort des termes généraux de cette définition que tout fournisseur de services d'un membre qui établit formellement la représentation d'une entreprise, sur le territoire de tout autre membre de l'OMC, dans le but de fournir un service, serait couvert à titre d'une « présence commerciale ». Cependant, pour qu'une personne morale étrangère soit couverte en tant que « présence

[59]STOLL Peter-Tobias,SCHORKOPF Frank, WTO: World Economic Order, World Trade Law, Leiden/ Boston, M. Nijhoff, 2006, p. 189.
[60]ZACHARIAS Diana, "Article I GATS : scope and definition", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO - trade in services, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, p. 52.
[61]STEPHENSON Sherry M., Approaches to liberalizing services, étude présentée à la Banque mondiale, No. 2107, Washington DC, 1999, p.5.
[62]L'AGCS , article XXVIII (d).
[63]ZACHARIAS Diana, "Article I GATS: scope and definition", op.cit., p. 51.

commerciale », deux conditions supplémentaires doivent etre remplies. D'une part, elle doit fournir des services (a) et d'autre part elle doit être une personne morale d'un autre membre (b).

a) Les services : l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental

Il manque pour l'AGCS une définition juridique généralement acceptée pour les services.

L'article I : 3 (b) de l'AGCS détermine les services comme « tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », attirant ainsi l'attention entre les services visés par l'AGCS et les services exclus de son champ d'application et reflétant un équilibre fragile entre ce qui relève de l'activité «commerciale» et ce qui se rapporte à « une activité publique, gouvernementale » sans liens directes avec les échanges et au commerce. Cette (non) définition a été complétée par une liste exhaustive, des secteurs de services, sur lesquels les pays pourraient prendre des engagements.

Dans le cadre de l'AGCS, les services comprennent tous les services dans tous les secteurs. Toutefois, l'AGCS ne définit pas le terme « service » en tant que tel. Cela reflète la difficulté de définir la notion de services en général et la distinguer de certains aspects de la production des marchandises. « Les services sont souvent des intrants à la production de marchandises ou sont incorporés dans les biens comme la littérature, la musique enregistrée mais également des programmes informatiques »[64]. Jusqu'à présent, l'organe d'appel n'a pas eu l'occasion de définir le service en termes généraux; il a adopté une approche pragmatique en indiquant simplement ce qui consernait le service en l'espèce.[65]

En outre, le champ d'application de l'accord concerne des sectures aussi divers que l'activité d'intermédiaires du commerce ou de l'industrie, de banque, d'assurance, de télécommunications, de transports, de distribution ou du tourisme. D'ailleurs, le concept de la présence commerciale s'étend ainsi au domaine des marchandises lorsque l'investisseur étranger, en plus de la production de marchandises, est impliqué dans la fourniture de services relatifs à ces produits.

Cela englobe les entreprises qui sont impliquées dans la production de marchandises mais qui fournissent également des services liés à ces produits (les services techniques liés à l'entretien ou la réparation de ces produits). Le concept de la presence commercial s'applique aussi aux

[64] Rapport de l'organe d'appel Canada — Périodiques, WT/DS31/AB/R, section IV: " un périodique est une marchandise composée de deux éléments: le contenu rédactionnel et le contenu publicitaire. L'un et l'autre peuvent être considérés comme ayant les caractéristiques d'un service, mais ensemble ils forment un bien matériel- le périodique proprement dit. "

[65] Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 157 : "le commerce des services pertinent en l'espèce correspond aux services de commerce de gros de véhicules automobiles".

entreprises qui, en raison de l'intégration verticale, agissent comme grossiste ou détaillant des biens qu'elles produisent.

Dans ce sens, l'organe d'appel CE - Bananes III a estimé que :

« même si une société est intégrée verticalement, et même si elle exerce d'autres fonctions liées à la production, à l'importation, à la distribution et à la transformation d'un produit, dans la mesure où elle assure également la fourniture de "services de commerce de gros" et est donc affectée à ce titre par une mesure particulière d'un Membre pour ce qui est de la fourniture de ces "services de commerce de gros", ladite société est un fournisseur de services relevant de l'AGCS[66] ».

Cela implique qu'un certain nombre de mesures relatives à la commercialisation de produits, naturellement couverts par le GATT, pourrait également faire l'objet, d'un analyse par l'AGCS, dans la mesure où ces mesures touchent à des activités de services de l'entreprise. L'organe d'appel a estimé que :

« Bien que le GATT de 1994 et l'AGCS traitent de sujets différents, des mesures particulières "pourraient être considérées comme relevant à la fois du GATT de 1994 et de l'AGCS" et que ces mesures comprennent celles "qui impliquent un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière[67] ».

Cependant, lorsque la même mesure peut être examinée à la fois au titre du GATT de 1994 et de l'AGCS, l'orientation de l'examen et les aspects spécifiques de la mesure, au titre de chacun des accords, seront différents : puisque les deux accords en effet, traitent ici de sujets différents.[68] Dans le cadre du GATT de 1994, l'accent est mis sur la façon dont la mesure affecte les marchandises en cause. Dans le cadre de l'AGCS, l'accent est mis sur la façon dont la mesure affecte la fourniture du service ou les fournisseurs de ces services en cause.[69]

L'examen en vertu de l'AGCS évalue comment ces mesures affectent le commerce et l'investissement dans le secteur des services, tel qu'il est régi par les disciplines générales et les engagements spécifiques de l'AGCS.

En d'autres termes, l'AGCS examine les mesures et observe leur manière d'affecter les fournisseurs de services (prestataires de services). Si la même mesure affecte leurs produits, et

[66]Rapport de l'organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 227.
[67]Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 159.
[68]Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 160.
[69]Rapport de l'organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 221.

non les services fournis par la société, une telle relation échappe au champ d'application de l'AGCS et peut uniquement être jugée, le cas échéant, dans le cadre du GATT.[70]

Il n'y a que deux exceptions à la portée sectorielle de l'AGCS, d'après son annexe sur les services de transport aérien. Les mesures qui affectent le commerce des services de transport aérien et les services auxiliaires sont explicitement exclues de l'AGCS. En outre, conformément à l'article I : 3 (b) de l'AGCS, l'accord ne concerne pas les mesures affectant les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

L'article I : 3 (c) détermine « qu'un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ». Cette définition est souple, mais elle exclue une partie précise de l'activité gouvernementale.

Deux conditions doivent être remplies pour qu'un service soit exclu du champ d'application de l'AGCS. Le caractère cumulatif des conditions de cette définition limite la portée potentielle d'activités. L'on suppose que les exigences cumulatives de non-rentabilité et de non-compétitivité ne sont pas remplies par de nombreux services.[71] Il convient de noter que ces deux conditions sont ouvertes à l'interprétation, ce qui implique la flexibilité d'application et une marge d'appréciation pour les interprètes. Cette exclusion peut être le résultat de débats politiques au sujet de l'impact de l'AGCS sur les services publics[72], et doit donc être interprétée de façon restrictive.

Comme indiqué ci-dessus, le terme « services appliqués dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » est défini en référence aux circonstances et conditions de fourniture des services. La nature du service lui-même ou les caractéristiques du fournisseur de service ne sont pas pertinents. Il est possible que les conditions d'approvisionnement (requises par l'accord) excluent un service de sa portée sectorielle de l'AGCS soient interprétées de manière restrictive par les groupes spéciaux de règlement des différends et l'organe d'appel. Par conséquent, il est prudent de conclure, qu'à part le droit de trafic aérien et un groupe limité de services gouvernementaux, la notion de service, dans le cadre de l'AGCS, s'applique à tous les services. La définition du commerce des services, à travers la fourniture de services, dans les quatre modes

[70]Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, paras 163-165.
[71]KRAJEWSKI Markus, National regulation and trade liberalization in services , Kluwer Law International, 2003, p.73.
[72]Ibid., p.68.

différents, montre que peut de mesures gouvernementales seraient,de manière générale exclues de la couverture de l'accord.

b) La présence commerciale en tant que fourniture de services d'un autre membre

La fourniture d'un service est généralement définie à l'article XXVIII (b) de l'AGCS comme incluant la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service. La fourniture sur le test de base commerciale ne se concentre pas sur le fournisseur mais sur la manière de fournir. Tout type de mesure qui affecte une présence commerciale est, selon l'AGCS, une mesure qui affecte le commerce des services, et, par conséquent, doit être conforme à ses disciplines. Cependant, puisque l'accord concerne le commerce et les investissements internationaux dans le secteur des services, seuls les services des entreprises d'origine étrangère, sont couverts par l'AGCS.

Concernant le mode 3 de fourniture, le commerce des services est défini comme la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, au moyen d'une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre.[73] Dans ce sens, comme l'a noté le Groupe spécial dans l'affaire Chine - Publications et produits audiovisuels, l'AGCS définit l'expression "présence commerciale" comme « tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service[74] ».

La présence commerciale, par définition, est la représentation locale investie d'une société de services étrangère. Cette présence se traduit matériellement soit, par des entités dépourvues de personnalité juridique, (une succursale ou un bureau de représentation), soit par une personne morale de droit local, (une filiale ou une entreprise conjointe, qu'elles soient « détenues », « contrôlées » ou « affiliées » à un prestataire étranger.)[75]

Cela a été reconnu dans la jurisprudence de l'OMC dans l'affaire des bananes, où il a été considéré que :

« les fournisseurs qui ont une présence commerciale sur le territoire de la CE et qui sont détenus ou contrôlés, par exemple, par Del Monte Mexico seraient admis à bénéficier de droits au titre de

[73]L'AGCS, article I :2 (c).
[74]Rapport du groupe spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.974.
[75]SCHEIBACH Ralf, "Foreign Direct Investment", in Jaques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod and Eric Gippini Fournier (eds.); College of Europe, Bruges [ed.], The Uruguay Round Results: a European lawyers' perspective, Brussels : European interuniversity press, 1995, p.446.

l'AGCS car il importerait peu, au regard de l'article XXVIII m) de l'AGCS, que Del Monte Mexico soit détenue ou contrôlée par des personnes physiques ou morales de la Jordanie, c'est-à-dire d'un pays non Membre de l'OMC, du moment que cette société est constituée au Mexique et effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire du Mexique ou de tout autre Membre[76] ».

Alors que l'accord est flexible en ce qui concerne la localisation des opérations commerciales, les règles sur la propriété et le contrôle sont assez strictes. Pour qu'une présence commerciale soit « détenue » par une autre société, plus de 50 pour cent de son capital social doit appartenir en pleine propriété à des personnes de ce membre.[77] Le « contrôle » nécessite, quant à lui, une capacité à diriger les opérations de la présence commerciale, en nommant une majorité, de ses administrateurs, par exemple.[78]

Ces règles ne demandent pas nécessairement d'enquêter sur qui est le propriétaire ultime ou le contrôleur du fournisseur de services. Pour les entreprises à répartition des parts complexes, les règles d'origine de l'AGCS se satisfont avec l'identification d'une société mère constituée dans le territoire d'un Membre de l'OMC qui contrôle la présence commerciale et qui fournit des services importants dans le territoire de tout Membre de l'OMC.[79]

2.2 Les mesures « affectant » le commerce des services

L'AGCS s'applique uniquement aux mesures qui affectent le commerce des services. Deux directions peuvent ici être distinguées dans : d'une part, il n'est pas nécessaire qu'une mesure règlemente ou vise directement au commerce des services, d'autre part, la mesure doit avoir au moins un certain effet sur le commerce des services. Basé sur le sens ordinaire du terme « affectant » l'organe d'appel dans l'affaire CE-Bananes a estimé que le terme suggère une large couverture de l'AGCS :

« A notre avis, l'utilisation de l'expression "qui affectent" reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS. Le sens ordinaire de l'expression "qui affectent" implique qu'il s'agit de mesures qui ont "un effet sur", ce qui indique un vaste champ d'application. Cette interprétation est en outre renforcée par les conclusions deoprécédents groupes spéciaux selon

[76]Rapport du groupe spécial CE — Bananes III (Mexique), WT/DS27/R/MEX, para. 7.318 note de bas 493.
[77]L'AGCS article XXVIII(n)(i).
[78]L'AGCS article XXVIII(n)(ii).
[79]Rapport du groupe spécial Canada — Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R, para.10.257; et Rapport du groupe spécial CE — Bananes III (Mexique), WT/DS27/R/MEX, para. 7.318.

lesquelles l'expression "qui affectent" dans le contexte de l'article III du GATT a une portée plus large que des expressions telles que "qui réglementent" ou "qui régissent"»[80].

D'après le groupe spécial dans l'affaire Chine - Publications et produits audiovisuels, il est clair que le terme « affectent » a une portée plus large que « réglemente » ou « régissent », aussi les mesures qui abordent à réglementer un ou plusieurs secteurs de services relèvent de la compétence de l'accord.[81] L'effet requis par cette disposition ne doit pas nécessairement constituer une restriction totale sur les services, ni même impliquer un préjudice. Le simple fait que les mesures ont des implications sur le commerce ou l'investissement dans les services ou les fournisseurs de services suffit cependant à être les mesures prévues dans le champ d'application de l'accord.

Dans le contexte de la disposition équivalente du GATT, l'article III : 4, le mot « affectent » utilisé pour servir de lien entre les formes identifiées de l'action gouvernementale et les transactions spécifiques, activités et usages relatifs aux produits sur le marché, entre le commerce des services, visés par l'AGCS et le commerce des marchandises, n'etaient couverts par le GATT mais par le Protocole d'accession de la Chine.[82]

Une mesure affecte le commerce des services lorsqu'il « modifie les conditions de concurrence dans la fourniture d'un service ». Selon la jurisprudence de l'OMC, il n'est pas nécessaire de déterminer un «effet» réel. Il suffit de démontrer un effet potentiel sur le commerce, tant que la « mesure » qui est la source de cet effet, ou un effet potentiel, est clairement identifiée.[83]

Dans l'affaire Canada-Autos, l'organe d'appel a rejeté l'approche adoptée par le groupe spécial qui a décidé que les mesures concernées affectaient le commerce des services, sur la base de l'argument selon lequel un examen factuel n'avait pas eu lieu. L'organe d'appel a souligné[84]:

« Le Groupe spécial a omis d'analyser les éléments de preuve versés au dossier concernant la fourniture de services de commerce de gros de véhicules automobiles sur le marché canadien. Il n'a pas expliqué non plus quelles étaient, selon lui, les exigences découlant de l'emploi de l'expression "qui affectent" à l'article I:1. Après avoir interprété l'article I:1, le Groupe spécial aurait dû alors examiner tous les faits pertinents .... Il ne suffit pas de faire des hypothèses. Enfin,

[80]Rapport de l'organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 220.
[81]Rapport du Groupe spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.971.
[82]Rapport du Groupe spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, paras. 7.542 , 7.552 , 7.555, 7.560.
[83]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Jeux, WT/DS285/AB/R, paras.120 -126.
[84]Rapport de l'organe d'appel Canada — Autos, WT/DS139, 142/AB/R, paras.164-166.

le Groupe spécial aurait dû appliquer son interprétation de l'expression "qui affectent le commerce des services" aux faits qu'il aurait dû établir ».

Enfin, il convient de préciser que l'entrée en vigueur de l'AGCS ne réduit pas le champ d'application du GATT de 1994. Dans les affaires CE - Bananes III et Canada - Périodiques, l'organe d'appel a statué qu'il y avait un chevauchement entre la portée du GATT et de l'AGCS et qu'une mesure gouvernementale peut être soumise aux disciplines de l'AGCS et du GATT, si la mesure affecte le commerce des services et le commerce des marchandises.[85]

Ainsi, déterminer si une mesure « affecte » le commerce des services exige d'analyser en détails la prestation de services, au sein d'un marché particulier.[86]

Compte tenu de ce qui précède, la portée de l'AGCS détermine la compétence, ratione materiae, de l'OMC en matière des différends relatifs au commerce international et à l'investissement dans les secteurs des services. L'AGCS fixe un cadre général applicable à tous les secteurs de tous les services et à l'égard de tous les membres. Il vise également les fournisseurs de services, personnes physiques et morales. Deux seules exceptions de l'accord relèvent, d'une part, des services fournis par le gouvernement sur une base non-commerciale, et d'autre part des services de la circulation aérienne qui ne sont pas couverts par les règles générales de l'AGCS mais ces services sont plutôt traités dans l'annexe spécifique sur ce sujet.

La définition de l'AGCS de commerce des services couvre les investissements étrangers lorsque l'entreprise à investir est détenue ou contrôlée par des étrangers, tant qu'elle effectue des opérations sur le territoire d'un membre de l'OMC. Les entreprises productrices de marchandise peuvent aussi être conçues comme une présence commerciale dans la mesure où elles fournissent également des services; leurs activités de fourniture des services sont alors couvertes par les disciplines de l'AGCS.

C) Le fondement juridique d'un différend soumis à l'OMC: le droit d'avancer des allégations au titre de l'AGCS

L'article 1:1 du Mémorandum d'accord dispose que ses règles et procédures s'appliquent aux « différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des ... "accords visés" ». La question qui se pose ici est de déterminer quelles sont les

[85]Rapport de l'organe d'appel Canada — Périodiques, WT/DS31/AB/R, section IV et le rapport de l'organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 220-222.
[86]ZACHARIAS Diana, "Article I GATS : scope and definition", op.cit., p. 48.

conditions selon lesquelles les membres de l'OMC peuvent se prévaloir des dispositions du système de règlement des différends, c'est-à-dire ce qui constitue le fondement valable d'une plainte par un membre à l'égard d'un autre membre. En droit de l'OMC, toute mesure « affectant le fonctionnement de tout accord visé prise sur le territoire d'un membre relève de la compétence des organes juridictionnels de l'OMC »[87]. Le fondement ou motif d'un différend soumis à l'OMC doit donc se trouvé dans les accords visés. En d'autres termes, ce n'est pas le Mémorandum d'accord mais ce sont les Accords de l'OMC qui contiennent les droits et obligations fondamentaux des Membres de l'OMC, lesquels déterminent les causes possibles de litige. On considère généralement que les plaintes pour violation, adressées à l'OMC, ne peuvent se rapporter qu'à une violation des accords visés[88].

L'AGCS, étant l'un des accords visés, entre dans le cadre du Mémorandum d'accord de l'OMC, de sorte que toute mesure visée par l'AGCS puisse être contestée devant les organes juridictionnels de l'OMC. La portée de l'AGCS est énoncée à l'article I.1, qui stipule que l'accord « s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services ». L'accord reconnaît uniquement les différends État à État qui seront abordés dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, offrant ainsi aux investisseurs un mécanisme d'exécution indirecte.

Avant le déclenchement formel du différend avec la demande d'établissement du groupe spécial, les membres sont tenus de tenir des consultations en vue de parvenir à « une solution satisfaisante de la question » par un arrangement à l'amiable [89] . D'autres membres affectés par les mesures mise en cause peuvent participer aux consultations si le membre défendeur y consent[90].

Toutefois, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être déclenché s'il y a violation d'une disposition des accords visés ; non-violation si la mesure a annulé ou compromis les avantages résultant des accords visés ; et ce qu'on appelle les plaintes dans une autre situation[91].

Ainsi, l'AGCS prévoit deux causes d'action pour les différends qui relèvent de son champ d'application. Les causes d'action pour les deux plaintes, dans le contexte de l'accord, sont relativement différentes, et plus spécifiques que les causes d'action visées par l'Article XXIII du

[87]Article 4.2. Mémorandum d'accord.
[88]Articles 3, 6 et 7 du Mémorandum d'accord.
[89]Article XXII de l'AGCS et l'article 4 du Mémorandum d'accord.
[90]Article 4.11 du Mémorandum d'accord.
[91]Voir, en général, PETERSMANN Ernst-Ulrich, "Violation and Non Violation Complaints in Public International Trade Law", *German Yearbook of International Law* vol. 34, (1991), p. 175.

GATT 1994. Cependant, les règles et les procédures du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sont applicables, une fois qu'une plainte pour violation ou en situation de non-violation est formulée, conformément à l'Article XXIII de l'AGCS.

1. Plainte pour violation

Comme le GATT, l'AGCS reconnaît « la plainte pour violation » en tant que l'un des fondements d'un différend, permettant ainsi aux membres de porter plainte devant les organes juridictionnels de l'OMC, lorsque le membre « considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre de l'accord[92] ».

Pour ce type de demandes, l'AGCS ne se réfère pas à « l'annulation ou la réduction » d'avantages commerciaux comme décrites dans le GATT Art. XXIII: 1. Les membres se voient reconnaître le droit de porter un différend sans tenir compte, des effets économiques potentiels, que les mesures contestées peuvent ou non avoir sur les autres Membres. Une jurisprudence du GATT avait évolué en créant une présomption presque irréfutable de l'existence de l'annulation ou la réduction d'avantages commerciaux, dans le cas où des violations des disciplines du GATT avait été trouvées.[93] Cette présomption semble toutefois inapplicable pour les plaintes de violation déposées en vertu des dispositions de l'AGCS, du fait de l'absence des dispositions dans l'AGCS quant à l'exigence d'annulation ou de réduction[94].

Pour les différends relatifs au commerce des services, la considération que « les Membres ne parviennent pas à exécuter leurs obligations ou engagements spécifiques » en vertu de l'AGCS suffit à elle seule pour établir le fondement de porter le différend.

De ce fait, la seule exigence de la qualité pour agir dans les plaintes de violation, sous le regime de l'AGCS, est d'être simplement un membre de l'OMC. Les conséquences, en particulier pour les investissements dans les secteurs des services, sont importantes. Cette considération implique

[92]Article XXIII de l'AGCS

[93]Le rapport du Groupe spécial du GATT États-Unis - Fonds spécial, avait conclu que " on ne saurait interpréter la première phrase du paragraphe 2 de l'article III comme visant à protéger le volume d'exportations escompté; ce qu'elle protège, c'est le rapport compétitif escompté entre les produits importés et nationaux. Tout changement de ce rapport compétitif contraire à cette disposition doit par conséquent être considéré ipso facto comme annulant ou compromettant des avantages conférés par l'Accord général. Le fait d'établir qu'une mesure incompatible avec la première phrase du paragraphe 2 de l'article III n'a pas d'effets ou n'a que des effets négligeables ne suffirait pas, de l'avis du Groupe spécial, à prouver que les avantages conférés par cette disposition n'ont pas été annulés ou compromis, même si une réfutation dans ce sens était en principe permise." (rapport du Groupe spécial États-Unis - Fonds spécial, BISD, 34S / 136, paragraphe 5.1.9, cité dans le rapport de l'Organe d'appel CE -. Bananes III, paragraphes 251-252). Avec la création du nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC, Art. 3.8 du Mémorandum d'accord codifié cette présomption dans les nouvelles disciplines.

[94]ZDOUC Werner, "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS". Journal of International Economic Law, Vol. 2, No. 2, June 1999, p. 298.

que si un investisseur étranger ne respecte pas les « règles d'origine ou des exigences de nationalité de l'accord », tout membre de l'OMC peut lancer une affaire, au profit de tout investisseur étranger, dans les secteurs des services, indépendamment de son pays d'origine, tant que l'investisseur investit dans un pays Membre de l'OMC.

Dans le cas d'une plainte «pour violation», le recours prévu par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends consiste généralement à retirer ou à modifier la mesure jugée incompatible avec les obligations ou engagements spécifiques du Membre.

2. Plainte en situation de non-violation

Suivant les pratiques du GATT de 1994, l'AGCS permet aux membres de l'OMC de porter un différend contre les mesures qui n'impliquent pas une violation de ses disciplines, mais qui mettent en danger les avantages commerciaux de l'accord.

L'AGCS autorise également un Membre à formuler une « plainte en situation de non-violation » dans ce cas, des règles supplémentaires seront alors applicables. Dans ce contexte, une « plainte en non-violation » n'allègue pas qu'un Membre a violé des obligations ou des engagements spécifiques. La plainte porte ici davantage sur le fait qu'un Membre s'attend raisonnablement à bénéficier d'un avantage, en vertu d'un engagement spécifique souscrit par un autre Membre et que cet avantage a été annulé ou compromis.

L'article XXIII: 3 prévoit à cet égard que : « Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. »

Le recours en situation de non-violation vise à protéger l'équilibre des concessions consenties au titre de l'OMC, en offrant un moyen de réparation pour des actions gouvernementales qui ne sont pas assujetties à un autre titre aux règles de l'OMC mais n'en annulent ou compromettent pas moins les avantages qu'un Membre attend légitimement des négociations commerciales[95].

[95]Rapport du groupe spécial Japon-Film, para. 10.50.

Le recours en situation de non-violation, étant un instrument exceptionnel de règlement des différends[96], dispose d'exigences plus strictes que celles imposées pour des plaintes de violation.

Le demandeur doit démontrer pour cela que la mesure contestée annule ou compromet des engagements spécifiques sur les services et que ces mesures ne sont pas en vigueur ou ne pouvaient raisonnablement pas été prévues, au moment des négociations. Les engagements spécifiques qui pourraient être annulés ou compromis pourraient porter sur l'accès aux marchés, sur le traitement national ou sur les engagements additionnels, au titre de l'AGCS Arts. XVI, XVII et XVIII. En raison de ces exigences plus strictes, les pays soulevant une plainte de non-violation doivent démontrer que l'investisseur affecté négativement est un investisseur originaire de son territoire.

Dans tous les cas, les dispositions sur le règlement des différends au titre de l'AGCS accordent seulement aux membres de l'OMC le fondement juridique d'intenter une action, en vertu des disciplines, même si les règles de l'AGCS peuvent concerner directement les particuliers. Dans le cas d'une plainte « en situation de non-violation », le Membre affecté aura droit à une compensation mutuellement satisfaisante, en vertu de l'Article XXI de l'AGCS qui a trait à la modification des Listes. À l'inverse des plaintes en non-violation du GATT de 1994, l'action en situation de non-violation, dans le cadre de l'AGCS, peut inclure la modification ou le retrait de la mesure.

Il est, finalement, généralement, admis que les plaintes « en situation de non-violation » traduisent une mise en œuvre de bonne foi du GATT mais ne devraient pas être utilisées dans le but d'introduire, dans le droit de l'OMC, des dispositions qui n'y figurent pas[97].

II. Rôles des acteurs non-étatiques dans le système de règlement des différends de l'OMC

Les accords de l'OMC comprennent un système de droits et d'obligations pour les gouvernements membres. Aucun de ces accords ne s'adresse directement aux acteurs privés. Bien que les sujets de l'Accord de Marrakech soient les gouvernements, une analyse du système commercial multilatéral fait apparaître que les acteurs économiques individuels sont pris en compte.

[96]Rapport du groupe spécial Japon-Film, para. 10.36.
[97]Voir COTTIER Thomas et NADAKAVUKAREN SCHEFER Krista, "Non-Violation Complaints in GATT/WTO Dispute Settlement: Past, Present, and Future", in: Ernst – Ulrich Petersmann, (ed.), International Trade Law and the GATT-WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law Publishers, 1997, pp.145-183.

Cette caractéristique importante du droit de l'OMC n'a pas reçu l'attention qu'elle mérite.[98]

Bien que le système de règlement des différends de l'OMC ne considère que les différends entre les gouvernements, tous ces différends sont le reflet de la rivalité entre les acteurs économiques privés. En dépit de la position centrale des acteurs privés dans les différends commerciaux, ces acteurs ne sont pas explicitement reconnus dans l'entente de règlement des différends de l'OMC.
Les personnes physiques et morales n'ont effectivement pas la possibilité d'introduire une action en vue d'obtenir le règlement d'un différend né de la violation des Accords de l'OMC. Les entreprises affectées par une mesure prise par un autre membre doivent s'adresser à leurs autorités compétentes pour intenter la procédure.[99]Néanmoins, les groupes spéciaux commencent à lever le voile gouvernemental pour identifier les acteurs économiques qui sont les véritables parties à un différend.
Dans quelle manière, l'acteur privé, a-t-il accès au système de règlement des différends de l'OMC? Existe-t-il une extension des droits procéduraux directement aux acteurs économiques, au sein de l'OMC ? Les entreprises et les associations de l'industrie peuvent-elles être considérées comme ayant un accès indirect au système de règlement des différends de l'OMC ? L'on examinera tout d'abord la manière limitée dans laquelle les accords de l'OMC prévoient des droits procéduraux aux personnes à l'OMC. L'on expliquera comment la jurisprudence de l'OMC expose cette nouvelle relation et interprète les règles de l'OMC, à la lumière des besoins des acteurs économiques (A). L'on se penchera ensuite sur la façon dont l'AGCS impose certains droits aux investisseurs étrangers, dans les secteurs des services (B).

A) L'accès des parties privées au règlement des différends de l'OMC : les voies d'accès processuelles

Seuls les États membres de l'OMC ont accès au système de règlement des différends de l'OMC en tant que parties ou tierces parties. Ni les particuliers, ni les entreprises, ou les autres organisations non-gouvernementales (souvent nommées ONG) ne peuvent avoir recours au règlement des différends de l'OMC; ils ne sont pas habilités à entamer des procédures auprès du groupe spécial ou de l'organe d'appel. Les parties privées ou toute entité publique ou privée non

[98]CHAMOVITZ Steve, The WTO and the rights of the individual, Intereconomics: Review of European Economic Policy, 2001, vol. 36, issue 2, p. 98.
[99]VINCENT Philippe, « Institutions économiques internationales », Bruxelles : Larcier, DL 2009, p. 60.

membres à l'OMC, selon les termes de l'article XI ou XII de l'Accord de Marrakech, sont exclues de tout rôle officiel, dans les procédures de règlement des différends de l'OMC.
L'organe d'appel dans l'affaire dite des crevettes a été très clair à cet égard, en estimant que :

« Seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'Accord sur l'OMC et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès »[100] .

Certains considèrent cette mise à l'écart des agents économiques internes, « décevante » et « peu réaliste » compte tenu en particulièr de la quasi-absence de droits reconnus à ces agents et de la nature du rôle qu'ils peuvent jouer dans la procédure[101].

En d'autres termes, les parties privées ne diposent d'aucun droit d'action et d'aucun autre rôle formel dans le système de l'OMC. Cette situation contraste clairement avec les composantes de l'investissement étranger du droit économique international; la capacité des investisseurs étrangers, que ce soit, des entreprises, ou des individus, pour contester des mesures gouvernementales devant les tribunaux internationaux est en effet au cœur du système et le caractarise en grande partie.

Cela ne signifie pas que les parties privées sont étrangères au processus de règlement des différends de l'OMC. Pourtant, il serait faux de déclarer que les entreprises et les ONG ne sont pas «impliquées» dans le système de règlement des différends de l'OMC. La plupart des différends portés devant le système de règlement des différends de l'OMC sont amenés par les membres, à l'initiative d'une entreprise ou d'une association de l'industrie.[102]

Alors que le système de règlement des différends qui concerne essentiellement les mesures gouvernementales et le droit de contester ces mesures est accordé exclusivement à d'autres gouvernements, il demeure évident que les bénéficiaires directs du système sont des opérateurs privés dont les activités sont régies par les mesures qui sont déjà remises en question, dans le cadre de la procédure de l'OMC.

[100]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, para. 101.
[101]CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, Paris, Dalloz, 2005, pp. 69-70.
[102]VAN DEN BOSSCHE Peter, ZDOUC Werner, The law and policy of the World Trade Organization : text, cases, and materials, 3rd edition, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2013, p. 177.

Les entreprises et les associations de l'industrie sont les « forces motrices » qui ouvrent les procédures de règlement des différends, dans la plupart des affaires. En fait, il est difficile d'identifier les situations où ce n'était pas le cas[103].

Cette connexion, incontournable entre le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et les opérateurs économiques privés, est mise en évidence par l'organe d'appel dans États-Unis - Article 301, Loi sur le commerce extérieur, qui observe que :

« De toutes les disciplines de l'OMC, le Mémorandum d'accord est l'un des instruments les plus importants lorsqu'il s'agit de protéger la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral et en conséquence celles du marché et des différents intervenants. Les dispositions du Mémorandum d'accord doivent donc être interprétées à la lumière de cet objet, à la lumier de ce but et de façone à les promouvoir le plus efficacement possible, le système commercial multilatéral est composé non seulement d'États mais surtout d'agents économiques. Ces derniers sont ceux qui souffrent le plus du manque de sécurité et de prévisibilité »[104].

En outre, les parties privées sont également activement présentes, dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC où elles jouissent déjà de certaines voies d'accès, plus ou moins directes. Ces voies d'accès processuelles doivent être examinées pour prendre pleinement la mesure de l'acquis du droit de l'OMC, au regard des particuliers. D'une part, les parties privées ont trouvé un moyen de faire entendre leur voix au mécanisme de règlement des différends de l'OMC par la soumission des mémoires d'amicus curiae[105] directement à l'OMC (1). D'autre part, les opérateurs économiques participent directement aux procédures de règlement des différends de l'OMC en collaborant avec les responsables gouvernementaux dans la préparation, le déclenchement et la poursuite des différends de l'OMC (2). Ce qui est plus important encore pour le moment, cette participation se compose du processus informel de demande d'endossement de la plainte privée (2.1), ainsi que de la formalisation juridique interne de ce processus par certains membres de l'OMC (2.2).

1. La soumission de mémoires d'amicus curiae

[103] Ibid., p. 178.

[104] Rapport de groupe spécial États-Unis — Article 301, Loi sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, paras.7.75-7.76.

[105] Amicus curiae signifie « ami de la Cour » et le terme « mémoire d'amicus curiae » fait référence à une communication émanant de sources autre qu'une partie ou une tierce partie à une procédure de groupe spécial ou qu'un participant tiers à une procédure d'appel. Ces communications émanant fréquemment d'organisations non gouvernemental, y compris des associations représentant des branches de production, ou de professeures d'université.

Le phénomène des amici curiae est particulièrement fréquent dans les contentieux liés au droit économique international, dû notamment à la présence d'intérêts d'ordre général qui peuvent être affectés et impliquer des individus et la société civile[106]. Le seul mécanisme qui permet actuellement aux non-membres de participer à des différends de l'OMC pour leur propre compte est celui de la présentation de mémoires d'amicus curiae devant les organes juridictionnels de l'OMC. Mais il ne s'agit clairement pas qu'il ne s'agit pas d'un droit et, selon le cas, c'est le groupe spécial ou l'organe d'appel qui décide de l'accorder ou non, et, le cas échéant de l'assortir de conditions sous la forme de procédures additionnelles[107].

Ni le Mémorandum d'accord ni les Procédures de travail pour l'examen en appel ne traitent précisément de cette question. Les affaires, sous l'égide de l'organe d'appel de l'OMC, ont tout d'abord ouvert la voie, dès 1998, en acceptant les conclusions écrites par des organisations non gouvernementales en tant qu'amicus curiae[108]. D'après la jurisprudence de l'OMC, les groupes spéciaux, et l'organe d'appel ont le pouvoir discrétionnaire d'accepter, ou de rejeter ces communications mais ils ne sont pas tenus de les examiner.

Les personnes privées peuvent sans doute intervenir dans la procédure de règlement des différends de l'OMC mais pas en qualité de partie car elles ne disposent pas du Locus standi réservé aux seuls membres[109]. Ainsi, les ONG et les autres entités de droit interne ont tenté de s'immiscer dans la procédure devant les groups spéciaux et l'organe d'appel en qualité d'amicus curiae.[110] En effet, l'organe d'appel a clairement indiqué que les groupes spéciaux et l'organe d'appel n'ont « pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'amicus curiae présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas Membres de l'OMC », comme « les particuliers et les organisations, qui ne sont pas Membres de l'OMC, ne sont pas fondés en droit à présenter des communications ni à être entendus par » ces organes[111].

La présentation de mémoires d'amicus curiae dans le cadre de différends commerciaux n'est pas un phénomène nouveau. En effet, à l'époque pré-OMC, à plusieurs reprises non pris en compte, des mémoires non sollicités de type d' « amicus curiae » ont été transmis au Secrétariat du GATT

---

[106]MALINTOPPI Loretta, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI», in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, p. 665.
[107]Rapport de l'organe d'appel CE-Amiante, WT/DS135/AB/R, paras. 50-56.
[108]MALINTOPPI Loretta, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI», op. cit., p. 665.
[109] GHERARI Habib, Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international: l'exemple des investisseurs étrangers. in Acteurs non étatiques et droit international, colloque des 6,7,8 avril 2006, sous la direction de Rafâa Ben Achour, Slim Laghmani, Pedone, Paris, 2007. p. 317 .
[110]Par exemple les affaires Etat Unis-Crevettes I et II, C.E.-Amiante.
[111]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Plomb et bismuth II, WT/DS138/AB/R, para.41.

pour l'éxamen par des panels. Sur la base de la dimension profondément intergouvernementale et diplomatique des différends du GATT, ces communications ne sont pas reconnues par les panels.[112] Cela représenta aussi la solution dans les premières affaires de l'OMC, les Etats-Unis-Essence et CE-hormones.

L'évolution vers un système davantage fondé sur des règles de règlement des différends provoquée par la création de l'OMC et de son mécanisme de règlement des différends, ainsi que le désir d'accroître la transparence dans le système, a finalement conduit à une évolution, dans l'approche, vers des mémoires d'amicus curiae. Dans l'affaire EU-crevettes, l'organe d'appel a infirmé le raisonnement du groupe spécial selon lequel :

« Accepter des renseignements non demandés émanant de sources non-gouvernementales serait [...] incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord[113] ».

L'organe d'appel a considéré que le pouvoir fort accordé aux groupes spéciaux de l'OMC par le Mémorandum d'accord, de demander des renseignements (article 13.1), et de modifier leurs procédures de travail (article 12.1) permet aux groupes spéciaux d'accepter ou de rejeter tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou d'en disposer d'une autre façon qui soit appropriée[114]. Dans une conclusion qui a établi la jurisprudence actuelle, l'organe d'appel a estimé que :

« Dans le présent contexte, il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés »[115].

S'agissant de la procédure d'appel, l'organe d'appel fait observer, par exemple, dans l'affaire États-Unis - Plomb et bismuth II que s'il n'a pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'amicus curiae de particuliers ou d'organisations non membres de l'OMC. L'organe d'appel a conclu que :

« Tant que l'organe d'appel agit conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord et des accords visés, l'organe d'appel est habilité légalement à décider de l'opportunité d'accepter et

[112]MARCEAU Gabriella; STILWELL Matthew, "Practical Suggestions for Amicus. Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies", Journal of International Economic Law, Vol. 4, Issue 1, 2001, pp. 157-158.
[113]Rapport de groupe spécial États-Unis— Crevettes, WT/DS58/R, para. 7.8.
[114]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, para. 104.
[115]Ibid., para. 108.

d'examiner ou non les renseignements que nous estimons pertinents et utiles dans le cadre d'une procédure d'appel »[116] .

Suite à ces décisions, un certain nombre d'amicus curiae est soumi aux groupes spéciaux et à l'organe d'appel de l'OMC par des ONG, des associations de l'industrie, des particuliers, et même par le gouvernement d'un Membre de l'OMC qui n'a pas endossé le rôle de partie ou de tierce partie au différend.

La possibilité de soumettre des mémoires d'amicus curiae a été initialement considérée par de nombreux acteurs privés comme un moyen d'améliorer la transparence de l'OMC et de positionner l'institution plus proche de la société civile. Les partisans de la participation d'amicus curiae font valoir l'idée que, la transparence, et la participation, vont renforcer le soutien public à l'OMC, et, finalement, renforcer l'institution[117]. La question n'est pas aisée, car les États sont divisés : certains sont résolument hostiles à une telle intrusion, d'autres plus favorables aux risques d'instrumentalisation que l'on suppose, cela dans un contexte de critiques de l'OMC par la société civile internationale pour son manque de transparence[118].

En revanche, certains commentateurs et de nombreux gouvernements ont exprimé un point de vue à l'octroi des droits aux acteurs non-étatiques que les membres de l'OMC eux-mêmes ne possèdent pas. La participation d'amicus curiae a été décrite par les opposants comme élévatrice d'une manière inappropriée du statut des acteurs privés à celui d'un gouvernement. [119] Selon Steger, la question de l'intervention des amicus curiae n'est pas en soi une question de la participation, elle se rapporte davantage à l'obligation des groupes spéciaux et de l'organe d'appel d'évaluer objectivement les questions devant eux[120].

[116]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Plomb et bismuth II, WT/DS138/AB/R, para. 39.
[117]DURLING James, HARDIN David, "Amicus curiae participation in the WTO dispute settlement: Reflections on the past decade", in Rufus Yerxa and Bruce Wilson (eds.), Key issues in WTO dispute settlement : the first ten years, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p. 221.
[118]GHERARI Habib, « Le recours aux procédures intégrées des organisations internationales économiques : le système de règlement des différends de l'OMC » in Droit de l'économie internationale, Paris, Cedin Paris X, 2004, p.946.
[119]DURLING James, HARDIN David, « Amicus curiae participation in the WTO dispute settlement: Reflections on the past decade», in Yerxa, R. and B. Wilson (eds), Kye issues in WTO dispute settlement: the first ten years, Cambridge, 2005, p. 221.
[120]STEGER Debra P., Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience, in Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, Yves Mény (eds.), European integration and international co-ordination : studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann, The Hague ; London ; New York : Kluwer law international, 2002, p.420.

La pratique a montré que les mémoires d'amicus curiae, dans l'ensemble, n'ont pas eu un impact réel dans les différends de l'OMC, ainsi, l'échec final a émergé comme une caractéristique importante du système de règlement des différends de l'OMC[121].

Au niveau du groupe spécial, les mémoires d'amicus curiae ont été déposés dans seulement 13 affaires sur 113 procédures de groupe, dans les dix premières années de l'OMC. Un mémoire d'amicus curiae a été accepté par un groupe spécial pour seulement 9 de ces affaires. Pour 4 de ces procédures, les groupes spéciaux ont explicitement déclaré que les mémoires d'amicus ne sont pas « d'assistance à rendre une décision », tandis qu'ils se sont abstenus dans les 5 autres[122].

Une tendance similaire émerge en ce qui concerne l'examen des mémoires par l'organe d'appel. Ces mémoires ont été déposés pour seulement 9 affaires et n'ont été acceptés que pour 6 d'entre eux. De ces 6, l'organe d'appel a expressément noté qu'à 4 reprises, ces mémoires n'aident pas le processus de prise de décision tandis qu'il s'est abstenu dans les 2 autres affaires[123].

La principale lacune concerne le fait que, bien que ces communications soient coûteuses, elles n'offrent aucune garantie que les arguments seront pris en compte par le groupe spécial ou l'organe d'appel. En effet, l'organe a clairement indiqué que les groupes spéciaux et l'organe d'appel n'ont « pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'amicus curiae présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas Membres de l'OMC », comme « Les particuliers et les organisations, qui ne sont pas Membres de l'OMC, ne sont pas fondés en droit à présenter des communications ni à être entendus par » ces organes[124]. Il a été constaté qu'aucune amicus curiae, à ce jour, n'a eu un effet reconnu sur la décision du groupe spécial ou de l'organe d'appel. De plus, les mémoires et observations des entités non-étatiques sont très rarement pris en compte[125].

En somme, les groupes spéciaux et l'organe d'appel sont, en effet, attentifs sur le continu et le message de mémoires d'amicus curiae, surtout quand ils contribuent à un rapport de haute qualité, en présentant des preuves qui n'ont pas été préalablement soumises par les parties, ou lorsqu'ils

[121]DURLING James, HARDIN David, « Amicus curiae participation in the WTO dispute settlement: Reflections on the past decade»,op.cit., p.225.
[122]Ibid., p. 224.
[123]Ibid., p. 225.
[124]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Plomb et bismuth II, WT/DS138/AB/R, para.41.
[125]Rapport de l'organe d'appel Mexique- Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autre boissons, WT/DS308/AB/R, para.8.

ajoutent un point de vue nouveau, révèlent des conséquences à long terme d'une décision possible ou renforcent des documents inadéquats déposés par les parties[126].

Il ne fait aucun doute que les organisations non-gouvernementales et les particuliers peuvent avoir des informations et des perspectives juridiques, dans certains cas, qui pourraient être utiles aux groupes spéciaux et à l'organe d'appel de l'OMC. Cependant, toute personne ou tout groupe désireux de présenter un mémoire d'amicus curiae doit impérativement opérer selon les règles qui sont énoncées dans le Mémorandum d'accord lui-même[127]. Ce faisant, les amicus potentiels sont susceptibles d'être plus pris au sérieux et, finalement, d'atteindre leur objectif qui est d'aider les groupes spéciaux et l'organe d'appel dans des différends particuliers.

De plus, la volonté des acteurs privés de participer au différend à l'OMC ne fera qu'augmenter les décisions, commençant à avoir un impact plus évident sur leur comportement, et en fin de compte, cette volonté intensifiera le débat[128].

2. Les plaintes privées sur l'action des gouvernements étrangers : l'approbation des plaintes privées par les membres de l'OMC

L'implication des parties privées, dans le règlement des différends de l'OMC, va bien au-delà de la portée limitée des mémoires d'amicus curiae. L'implication des parties privées, en litige à l'OMC, se rapporte aussi à des rôles plus importants. Les opérateurs économiques collaborent avec les gouvernements Membres de l'OMC dans la préparation, le déclenchement et la poursuite d'un différend à l'OMC. A l'échelle internationale, on peut aussi concevoir un renforcement de la position des plaignants privés dans l'ordre juridique interne. Actuellement, cette participation se concrétise dans le processus informel de demande d'endossement de la plainte privée (2.1), ainsi que dans la formalisation juridique interne de ce processus par certains membres de l'OMC (2.2).

1.1. La demande d'endossement de la plainte privée

Il a été indiqué auparavant que les parties privées ne bénéficient pas de droits en vertu des accords de l'OMC : la possibilité de demander le retrait des mesures de l'État dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne leur est pas possible. Pourtant, les parties privées ont toujours la possibilité de demander à leurs gouvernements d'intervenir de façon informelle, en

[126] MARCEAU Gabriella; STILWELL Matthew, "Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies", Journal of International Economic Law;Mar2001, Vol. 4 Issue 1, p. 180.
[127] STEGER Debra P., "Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience", op.cit., p. 449.
[128] DURLING James, HARDIN David, "Amicus curiae participation in the WTO dispute settlement: Reflections on the past decade", in Yerxa, R. and B. Wilson (eds), Kye issues in WTO dispute settlement: the first ten years, Cambridge, 2005, p. 226.

leur nom,vis-à-vis d'un pays étranger pour demander le retrait des mesures qui nuisent à leurs intérêts.[129]

Aucune modalité interne de traitement des plaintes privées n'est prescrite par les accords de l'OMC. Ce qui signifie que cette voie d'accès classique est hautement informelle et peut être utilisée par les moyens les plus divers.[130] Le système de règlement des différends de l'OMC, dans ce sens, est caractérisé comme l'un des moyens de la protection diplomatique, par lequel les gouvernements sont généralement réputés avoir toute discrétion pour adopter une plainte privée et prendre en charge une affaire au tribunal international.[131] Or, dans le système de règlement des différends de l'OMC, la violation des accords de l'OMC a toujours pour effet de léser tous les membres de l'OMC, en raison de la présomption d'annulation ou de réduction des avantages découlant des accords de l'OMC.[132] Cela signifie que la théorie de la protection diplomatique n'est pas juridiquement nécessaire et que le membre de l'OMC peut toujours agir sur son propre préjudice et poursuivre alors la plainte privée, dans le cadre des procédures de l'OMC.

En effet, il est très peu probable qu'un gouvernement s'engage dans le contentieux international avec un autre pays, sans une forte incitation fondée sur un intérêt commercial, uniquement en raison de la politique potentielle et des coûts de ressources impliquées.[133]

En outre, selon Shaffer, les fonctionnaires du gouvernement et les diplomates sont rarement au courant des détails économiques et juridiques qu'un différend de l'OMC entraîne. Ces informations sont plutôt les zones de dirigeants d'entreprises privées et des conseillers juridiques.

Par conséquent, pour plaider efficacement au sein du système de l'OMC, les représentants du gouvernement ont besoin des informations spécifiques que les entreprises et leurs représentants légaux peuvent fournir. Les fonctionnaires cherchent ainsi à établir de meilleures relations de travail avec le monde de l'industrie sur les questions commerciales.[134]

---

[129]BRONCKERS Marco , "Private appeals to WTO Law: An update", Journal of World Trade, Vol. 42, No. 2, 2008, p. 253.

[130]COTE Charles-Emmanuel , « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », dans Olivier BLIN (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, collection FEDUCI, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.42.

[131]BRONCKERS Marco, "Private Appeals to WTO Law: An Update", op. cit., p. 246.

[132]Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 3(8).

[133]ALLBEURY Keery, 2004, "Behind the Curtain of Intergovernmental Trade Disputes",
document présenté pour ladite conférence "Changing Patterns of Authority in the Global Political Economy", organisé par l'Univeristy of Tuebingen, à Tübingen, Allemagne, le 14-16 Octobre 2004, p.2.

[134]SHAFFER Gregory, "Defending Interests. Public-Private Partnerships in WTO Litigation", Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2003, p. 143.

D'autre part, les entreprises individuelles et les associations du secteur de l'industrie ont besoin de soutien du gouvernement afin d'être en mesure de défendre leurs intérêts contre les mesures prises par d'autres gouvernements. En tant que tels, le gouvernement et les entités privées forment donc un « partenariat public-privé » pour attaquer les différends à l'OMC, d'une manière avantageuse pour chaque partie. Les représentants gouvernementaux et les entités privées forment donc un « partenariat public-privé » visant à faire respecter le droit de l'OMC et à promouvoir leurs intérêts dans le régime multilatéral.[135] En conséquence, les sujets de droit dans le cadre des accords de l'OMC sont et restent les États (donc les seuls habilités à agir devant le système de règlement des différends de l'OMC). Les gouvernements sont unis avec des parties privées pour contester les mesures commerciales restrictives des autres pays. Ce soutien interne de l'action gouvernementale provient, des secteurs des industries ou, des entreprises individuelles touchés par ces restrictions.

On peut présumer que la grande majorité des affaires de l'OMC implique un fort degré de coopération entre les acteurs publics et privés. Shaffer a décrit succinctement, « [les acteurs non-étatiques] agirait comme des procureurs généraux privés pour assurer le respect des obligations de l'OMC par les gouvernements. Ils détiennent des droits analogues à ceux détenus par des parties privées contre la législation de l'Etat en vertu de la clause de commerce de la Constitution des États-Unis, et contre la législation de l'État membre de l'Europe en vertu de l'article 28 du traité CE. »[136]

Moyens de récolte des bénéfices (de disciplines de l'OMC et de promotion de la participation privée) ces modes de gouvernance collaborative servent une fonction importante dans la réussite de règlement des différends pour les pays développés.[137] Certains pays développés ont mis en place des procédures formelles qui permettent aux parties privées d'attirer l'attention des autorités sur les mesures commerciales restrictives introduites par d'autres pays, et éventuellement de forcer le gouvernement à rechercher une réparation du fait de ces mesures, dans le cadre du Mémorandum d'accord. D'autres pays, à la place, s'appuient sur des voies moins formelles mais tout aussi efficaces de communication entre les commerçants et les fonctionnaires du gouvernement.

[135]Ibid., p. 144.
[136]Idem.
[137]CATBAGAN Aaron, "Rights of Action for Private Non-State Actors in the WTO Dispute Settlement System", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 37, no. 2, 2009, p. 282.

Pour l'essentiel, cet intérêt juridique à agir des membres de l'OMC signifie que les particuliers n'ont pas à se soucier de la question de leur lien de nationalité lorsqu'ils demandent à un membre de l'OMC d'endosser leur plainte. Ce qui importe, c'est que la violation contestée ait un impact économique pour le membre de l'OMC.[138]

1.2. L'officialisation juridique du traitement interne des plaintes privées

En ce qui concerne la protection de leurs propres personnes et les entreprises, plusieurs membres de l'OMC ont officiellement adopté une législation interne permettant à des parties du secteur privé d'adresser une requête à leur gouvernement afin qu'il soumette un différend à l'OMC. Les États-Unis était le premier membre de l'OMC à développer un tel système dans le maintien des articles 301 et suivants de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. L'UE, par la suite, a tenté de créer, une procédure similaire, avec l'introduction du, règlement des Communautés européennes sur les obstacles au commerce.[139]

L'intérêt de ces mécanismes réside dans le maillage processuel qu'ils opèrent entre le système de règlement des différends de l'OMC et les particuliers qui s'estiment lésés par les agissements d'un membre de l'OMC. Il leur offre une nouvelle voie d'accès ouverte et transparente, comportant des garanties processuelles, s'ajoutant à la voie classique de la demande informelle d'endossement de la plainte.[140]

a) La section 301

L'article 301 de la loi sur le commerce, de 1974, a été présenté comme un moyen de lutte contre les pratiques commerciales jugées déloyales ou contraires aux droits des États-Unis, découlants d'accords commerciaux bilatéraux et multilatéraux.

Le mécanisme fournissait une autorisation générale à la représentante des États-Unis au Commerce (USTR en anglais) de recourir unilatéralement à des sanctions commerciales contre un pays ayant violé un accord commercial conclu avec les Etats-Unis ou restreignant le commerce des États-Unis.

---

[138]COTE Charles-Emmanuel, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC »,op.cit., p. 44.

[139]OMC, Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC / publication du Secrétariat de l'OMC préparée pour diffusion par la Division des affaires juridiques et l'Organe d'appel, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2004, p. 11.

[140]COTE Charles-Emmanuel , « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », dans Olivier BLIN (dir.),*Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, collection FEDUCI, Bruxelles, Bruylant, 2009, 33-68. p.45.

La section 301 revêt ainsi deux aspects. D'une part, elle vise à forcer unilatéralement l'ouverture de marchés extérieurs sous la menace de sanctions commerciales, hors du système commercial multilatéral. D'autre part, elle vise à assurer l'application des droits des États-Unis découlant des accords commerciaux internationaux, au premier rang desquels se situent les accords de l'OMC.[141]

Toute question couverte par un accord commercial dont les États-Unis est une partie, en incluant les accords de l'OMC, peut être le motif d'une "pétition" au sens de l'article 301, par une partie privée. En conséquence, les investisseurs américains du secteur des services, dans d'autres pays de l'OMC, peuvent se prévaloir de cette procédure. L'administration du pays membre de l'OMC doit alors fournir une réponse motivée au plaignant privé, dans un délai donné, et celle-ci doit être rendue publique. La requête est ensuite déposée, le USTR dispose de 45 jours pour décider d'ouvrir une enquête. Si une enquête, au sens de l'article 301, conclut qu'un pays nie aux États-Unis ses droits en vertu d'un accord commercial, ou se livre à des lois, politiques ou pratiques pesant ou restreignant le commerce des États-Unis, il est «obligatoire» pour le USTR de prendre les mesures appropriées.[142] En outre, l'USTR a le pouvoir discrétionnaire d'agir dès lorsqu'il constate que la mesure d'un pays étranger est «déraisonnable» ou «discriminatoire», et qu'il restreint le commerce des États-Unis.[143]

Compte tenu de ses termes généraux, l'article 301, a subi une condamnation universelle, car il était perçu comme une menace à un système commercial mondial ordonné, fondé sur la symétrie des droits définis par consentement mutuel entre ses acteurs. Un nombre important de membres de l'OMC a contesté le mécanisme interne qui, tel que conçu, permettrait au gouvernement américain de se soustraire au système de règlement des différends de l'OMC. Ce mecanisme permettrait aussi aux Etats-Unis d'agir unilatéralement, au plan de la détermination d'une incompatibilité avec les accords de l'OMC, ou encore de l'imposition de contre-mesures.[144] L'acte, toutefois, a précisé que le USTR n'a pas été obligé de réagir si, entre autres, un groupe spécial du GATT (et plus tard, l'ORD) a constaté que les droits des États-Unis n'avaient pas été niés ou violés.

[141]Ibid. p.46.
[142]19 USC Sec. 241(a).
[143]19 USC Sec. 241 (b).
[144]COTE Charles-Emmanuel, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », op.cit. , p.47.

Au-delà de ses implications systémiques pour le système commercial mondial, l'article 301 s'est également présenté comme un moyen de mettre les règles commerciales internationales en lien direct avec les exploitants du secteur. À cette fin, la loi prévoit la possibilité pour toute « personne intéressée » de déposer une pétition demandant que l'administration étudie les demandes au sujet des pratiques commerciales potentiellement déloyales et de prendre des mesures pour remédier à ces pratiques.

En dépit de la formulation «obligatoire» de la loi, les critères juridiques de l'article 301 restent suffisamment subjectifs pour accorder à l'USTR un pouvoir discrétionnaire considérable, quant aux mesures à prendre, le cas échéant. En ce sens, on a noté que l'article 301 ne fournit pas vraiment un droit légal à des parties privées de mettre en mouvement un de différends de l'OMC. Cependant, l'article 301 offre une voie de collaboration entre les parties privées et les autorités gouvernementales, pour l'appréciation des faits, l'élaboration de stratégies, de la négociation, et, éventuellement, pour plaider sur les disciplines de l'OMC.[145]

b) Règlement sur les obstacles au commerce (ROC)

Bien que les réseaux public-privé dans l'Union européenne fonctionnent différemment de ceux des États-Unis, les entreprises et les autorités européennes ont également bénéficié de l'augmentation des niveaux de collaboration, à l'égard des réclamations et du règlement des différends de l'OMC.[146] L'UE a saisi l'occasion de la création de l'OMC, pour améliorer et relancer un ancien mécanisme visant à contrebalancer la section 301 de la loi sur le commerce des États-Unis. La motivation pour développer une forte collaboration public-privé est en partie fondée sur l'intérêt des autorités de l'Union européenne à paraître sensible aux intérêts des entreprises européennes, en raison de la compétitivité entre les autorités nationales des États membres de l'UE.

Le Règlement sur les obstacles au commerce (ROC) adopté en décembre 1994 vise ainsi à fournir un mécanisme aux parties privées pour apporter des allégations de violations des accords commerciaux, à l'attention des autorités de l'UE, avec la promesse que l'UE formulerait des recours en vertu des nouvelles procédures de règlement des différends à base de règles de l'OMC.

Le ROC établit des règles un peu plus strictes que celles de l'article 301 en ce qui concerne les exigences et le contenu des demandes émises par les parties privées. Le ROC différencie deux

[145]SHAFFER Gregory, « Defending Interests. Public-Private Partnerships in WTO Litigation», op.cit., p. 30.
[146]Ibid. p. 65-66.

types d'obstacles au commerce, contre lesquels des plaintes peuvent être déposées. Première hypothèse : un pays tiers a introduit un obstacle au commerce qui a des effets défavorables sur les exportations des États membres de l'UE. Deuxième hypothèse : un pays tiers a introduit un obstacle au commerce qui a des effets défavorables sur le marché de l'UE. C'est le cas, par exemple, d'un obstacle au commerce qui empêche l'UE d'obtenir un produit de base dont elle a besoin.

Une plainte peut être déposée auprès de la Commission par une ou plusieurs entreprises de l'UE, ou par une association agissant en leur nom qui ont subi ou continuent de subir des effets commerciaux défavorables, du fait d'un obstacle au commerce (c'est-à-dire une loi, un règlement, etc.) mis en place par un pays tiers. La notion, d'«entreprise communautaire», est définie à l'article 2, paragraphe 6, du ROC.[147]

Le ROC a une large portée; il permet en cas d'obstacle au commerce de soulever une plainte. L'obstacle au commerce dans sa définition englobe toute mesure prise par un État tiers pour lequel les procédures formelles de règlement des différends internationaux pourraient être recherchées.[148] Les voies de recours formelles prévues par le ROC sont celles des accords internationaux, applicables dans chaque cas, y compris l'ouverture de consultations internationales ou des procédures de règlement des différends.[149]

De plus, le ROC se différencie des autres instruments de défense commerciale (les mesures antidumping ou compensatoires) qui exigent que le plaignant représente une proportion majeure de l'industrie communautaire. En effet, le ROC est le seul instrument de défense commerciale qui autorise une entreprise isolée à déposer une plainte auprès de la Commission européenne. Dans ce cas, une plainte peut être déposée par une industrie de l'UE ou par une association, professionnellement reconnue/accréditée agissant en son nom, qui a subi un préjudice important, causé par des obstacles au commerce ayant un effet sur le marché de l'UE.

Dans une tentative de se différencier des origines unilatéralistes de son homologue américain, le ROC indique clairement que l'adoption de toute mesure de politique commerciale, y compris la suspension de concessions, l'augmentation des droits de douane existants ou l'introduction de

[147]Règlement sur les obstacles au commerce, article 2 , le paragraphe 6, entend par «entreprise communautaire», une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement dans la Communauté directement concernée par la production de biens ou la fourniture de services faisant l'objet de l'obstacle au commerce. Cela signifie qu'une filiale peut, par exemple, déposer une plainte au titre du ROC alors qu'une succursale ne le peut pas.
[148]Règlement sur les obstacles au commerce, article 2 (1).
[149]Règlement sur les obstacles au commerce, article 12 (2).

toute autre charge sur les importations, doivent être compatibles avec les obligations et procédures internationales existantes.[150]

L'on remarque ici que les procédures internationales de règlement des différends sont réservées aux gouvernements et aux entités publiques comme l'UE. Les parties privées n'y ont pas directement accès. Le ROC est donc un instrument qui offre effectivement à l'industrie un accès indirect aux droits dérivant des accords de l'OMC.

En substance, le but du ROC n'est pas de créer de nouveaux remèdes substantiels, mais de mettre en place un cadre procédural au sein dequel les plaintes privées concernant les pratiques commerciales contestables de pays tiers peuvent être contestées.[151] D'un coté, il accorde le droit à des parties privées de s'adresser aux autorités de l'UE. De l'autre côté, il crée une agence spécifique pour ces procédures, qui cherche, les parties intéressées, par la promotion du travail de l'agence. Cette agence prend donc de l'importance au sein de la bureaucratie de l'UE.

En somme, le ROC représente beaucoup plus qu'une procédure légale. C'est une passerelle qui permet de relier le public et le privé. Il facilite l'établissement de partenariats entre les entreprises et la Direction générale du commerce pour évaluer et contester les pratiques commerciales étrangères, à la lumière des règles de l'OMC. En travaillant ensemble, ils coordonnent des stratégies pour inciter les pays à réduire les obstacles au commerce de l'UE, que ce soit par une contestation judiciaire en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral de l'OMC ou à travers un règlement négocié dans l'ombre d'une plainte légale potentielle. De cette façon, la Commission de l'UE vise à promouvoir les intérêts publics et privés de l'UE, dans un ordre commercial libéral légalisé.[152]

Conclusion :

Les parties privées ne disposent pas d'un accès direct aux tribunaux de l'OMC pour contester les mesures gouvernementales étrangères. En outre, sauf dans de très rares exceptions, les tribunaux nationaux des États membres de l'OMC ne permettaient pas à une partie privée de contester une mesure gouvernementale directement sur la base du droit de l'OMC. Compte tenu des exemples tirés des accords bilatéraux de libre-échange et des précédents, au sein de l'expérience récente de l'OMC elle-même, il n'est pas irréaliste de penser que davantage d'opportunités pour les

[150]Règlement sur les obstacles au commerce, article 12 (2).
[151]SUNDBERG Drew; VERMULST Edwin, 'The EC Trade Barriers Regulation—An Obstacle to Trade?' , Journal of World Trade , 2001 : Vol. 35, Issue 5, p.992.
[152]SHAFFER Gregory, "What's new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public–private networks and the WTO legal order", Journal of European Public Policy, Vol. 13, No. 6, 2006, p. 844.

audiences privées peuvent s'ajouter à l'OMC. Elles peuvent être ajoutées avant que les différends soient déposés, ainsi que pendant les procédures de règlement des différends. La formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées se présente comme une voie processuelle porteuse dans le cadre la recherche d'une plus grande accessibilité au système de règlement des différends de l'OMC, pour les particuliers.[153] Le ROC offre un bon exemple, et ce cas de figure a récemment été suivi par la Chine. De plus, la jurisprudence récente des juridictions européennes suggère que, tout en continuant à résister à un effet direct du droit de l'OMC, ces tribunaux utilisent différents moyens pour prêter attention aux règles et décisions pertinentes de l'OMC, à la demande des parties privées. Leurs techniques pourraient présenter un intérêt, vis-à-vis d'autres juridictions. Ces développements sont salutaires, comme l'exprime le rapport du groupe spécial de l'OMC sur la section 301 des États-Unis:

« Toutefois, on aurait tout à fait tort de penser que la situation des particuliers ne présente aucun intérêt en ce qui concerne le cadre juridique du GATT/de l'OMC. Bon nombre des avantages qui sont censés résulter pour les Membres de l'acceptation des diverses disciplines du GATT/de l'OMC dépendent de l'activité des différents agents économiques sur les marchés nationaux et mondiaux ».[154]

« Le plus souvent et de plus en plus, le commerce est le fait d'agents du secteur privé. C'est en améliorant les conditions dans lesquelles opèrent ces agents du secteur privé que les Membres profitent des disciplines de l'OMC. La négation des avantages d'un Membre qui résulte d'une violation est souvent indirecte et s'explique par l'incidence de cette violation sur le marché et sur les activités des particuliers qui œuvrent sur ce marché ».[155]

Le groupe spécial de l'OMC a rendu cette analyse il y a plusieurs décennies d'années et ce rapport est d'actualité.

B) Les investisseurs étrangers (prestataires des services) sous l'égide de l'AGCS

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) adopte une approche différente à l'égard des investissements. Contrairement au GATT, il ne fournit pas une liste de mesures inacceptables

[153]COTE Charles-Emmanuel, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », op.cit., p. 48 .
[154] Rapport du groupe spécial ÉTATS-UNIS – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, para.7.73.
[155]Ibid, para. 7.77.

des investissements mais il permet aux membres de l'OMC de contracter les paramètres de protection de l'investissement sur leur marché dans le domaine des services.[156]

Les disciplines du GATT concernent principalement l'importation de «marchandises» en général, sans considération particulière ni précisions au sujet des opérateurs impliqués dans de telles activités. Les disciplines de l'AGCS, elles, s'adressent directement aux droits des opérateurs privés impliqués dans le commerce et dans l'investissement du secteur des services. Ces disciplines de l'AGCS se rapportent au traitement des « services » en soi, mais aussi aux « fournisseurs de services ».

En outre, les investisseurs étrangers, dans le domaine des services, sont directement cités lorsque ces disciplines s'appliquent à une « présence commerciale ». Le «traitement» interne des investisseurs étrangers n'implique pas seulement, la législation nationale, généralisée à tous les investissements étrangers. Ce traitement est également composé de toutes les mesures nationales qui, d'une manière ou d'une autre, ont une incidence sur la fourniture de services.

En somme, plusieurs facteurs accordent une importance particulière aux parties privées dans le règlement des différends de l'OMC. Il apparaît que les parties privées sont les mieux placées pour se familiariser avec le cadre réglementaire du pays dont les mesures doivent être remises en question et pour savoir comment ces mesures fonctionnent, de manière à invoquer une violation des disciplines de l'AGCS. En outre, les différends liés à l'AGCS exigent la démonstration de faits liés directement aux opérateurs privés - comme leur propre organisation interne - qui ne sont que très rarement accessibles à d'autres sujets en dehors de la partie. De plus, les investisseurs étrangers, dans le domaine des services, sont les bénéficiaires directs des disciplines relatives à la présence commerciale de l'AGCS. Ces investisseurs étrangers sont donc les plus concernés par la bonne observance mise en œuvre par le gouvernement du pays d'accueil, avec ses obligations vis-à-vis de l'OMC concernant l'investissement étranger.

Ces différents facteurs amènent à penser que la participation des investisseurs étrangers (en matière de services dans le règlement des différends de l'OMC), est un élément nécessaire à la réussite d'un différend de l'OMC concernant la présence commerciale de l'AGCS, plus qu'un résultat fortuit des intérêts correspondant entre le gouvernement et eux.

[156]MAVROIDIS Petros C., "Regulation of Investment in the Trade Régime: From ITO to WTO," World Scientific Book Chapters,in Zdenek Drabek, Petros Mavroidis, "Regulation of Foreign Investment: Challenges to International Harmonization", World Scientific, 2013, chapter 2, pp. 13-55, p. 22.

En substance, afin que les disciplines de l'AGCS s'appliquent, un double critère est donc indispensable à l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC: les mesures doivent concerner un investisseur 1) étranger 2).

1. La notion d'investisseur selon les termes des dispositions de l'AGCS

Les accords d'investissement ne s'appliquent généralement qu'aux investissements réalisés par des personnes ayant droit au statut d'investisseurs, couverts conformément aux dispositions de ces accords. La définition du terme «investisseur» s'avère essentielle pour déterminer la portée d'un accord d'investissement. Cette définition soulève, ainsi, deux questions d'ordre général[157]: Quels types de personnes ou d'entités peut-on considérer comme des investisseurs ? Quels sont les critères en vertu desquels une personne est couverte par un accord ?

L'AGCS prévoit 4 modes de fourniture d'un service. Le mode 3 present un intérêt pour notre étude. Le mode 3 est défini, dans l'AGCS, comme la fourniture d'un service. Le mode 3 presente par un fournisseur de services d'un membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre membre. Le mode 3 concerne la fourniture de services par des personnes morales uniquement, bien que ce qui constitue un établissement commercial ou professionnel n'est pas clairement défini.

Néanmoins, les formes concrètes de la présence commerciale, mentionnées dans cette définition, sont indicatives. Le mode 3 peut être interprété comme un effort par les rédacteurs de l'AGCS pour accueillir les nombreux types d'établissements commerciaux ou professionnels, admissibles par les membres de l'OMC.[158]

Si un fournisseur de services n'a pas le statut de personne morale, en vertu de la loi de membre où il est établi, mais s'il a constitué une présence commerciale sous la forme d'une succursale ou un bureau de représentation, il est qualifié néanmoins de fournisseur de services, au titre du mode 3.

Une limitation majeure est toutefois imposée sur les opérations d'investissement protégées par l'AGCS. Contrairement à la plupart des TBI et des accords commerciaux régionaux, l'AGCS reconnaît comme investissement uniquement les transactions qui acquièrent la propriété ou accordent un contrôle effectif sur l'entreprise de service local. À l'inverse, un certain nombre de définitions basées sur l'entreprise d'investissement -ainsi que presque la totalité de celles reposant

[157]OCDE, Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, quatrième édition 2008, p. 14.
[158]MAVROIDIS Petros C., Regulation of Investment in the Trade Regime: From ITO to WTO, op.cit., p. 23.

sur l'actif- admettent au sein de sa couverture, la participation minoritaire dans les sociétés des pays d'accueil.

La question de la nature de la relation entre « l'investissement» et «l'investisseur», dans les termes de participations, concerne le degré d'influence sur l'activité de l'entreprise qui doit être considéré comme un « investissement direct », par opposition aux investissements pour la recherche de rentes financières. Généralement, un investissement est réputé être «direct» lorsque l'investisseur acquiert une position de propriété ou de contrôle sur l'entreprise dans laquelle il investit. Les définitions de propriété ou de contrôle ne sont généralement pas incluses dans les accords d'investissement. Les termes indiquent la position dans laquelle l'investisseur a la capacité d'exercer la gestion de la société, ou, dans une plus large mesure, peut exercer une influence décisive ou notable sur la direction de l'entreprise.[159] Dans le cas de la fourniture de services par une présence commerciale, l'élément définissant l'origine du service est l'origine de son fournisseur, qui à son tour, est définie sur la base de l'origine des personnes morales et / ou physiques qui possèdent ou contrôlent cette présence commerciale.[160]

Les accords qui ne définissent pas les concepts de propriété et du contrôle adoptent des approches habituellement soit qualitatives ou quantitatives. Pour la première approche, les expressions telles que l'exercice de "l'influence décisive" ou "la gestion" sont couramment utilisées. Les approches quantitatives, quant à elles, fixent un seuil numérique pour le niveau de propriété ou de participation au capital. Au delà de ce seuil, un investisseur est réputé être dans une position de propriété ou de contrôle, quel que soit le pouvoir décisionnel effectif de l'investisseur.[161]

Les rédacteurs de l'AGCS ont une approche particulière pour affronter ce problématique. Étant donné que les accords multilatéraux ne sont pas censés être destinés aux particuliers, mais ils sont adressés et s'appliquent seulement aux États, l'AGCS écarte les clauses précédentes adoptées dans les accords d'investissement afin de se concentrer sur les droits et les obligations imposées aux États membres.

[159]UNCTAD, *"Scope and Definition"*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999, p, 41.
[160]MAVROIDIS Petros C., Regulation of Investment in the Trade Regime: From ITO to WTO, op. cit., p.23.
[161]Ibid. p. 42-43.

On peut se demander si l'investisseur a déjà la qualité d'un fournisseur de services afin d'être couvert par l'AGCS. A cet égard, un certain nombre d'éléments doit être pris en considération.[162]

L'article I. 2 (c) de l'AGCS utilise les mots « par un fournisseur de services d'un membre ». Cela peut être interprété comme l'exigence que l'investisseur soit déjà un fournisseur de services, dans l'Etat membre. Il pourrait, toutefois, faire valoir que l'investisseur devient un fournisseur de services au moment de l'investissement. Par conséquent, la personne physique ou une autre entité qui investit dans un secteur de services ne doit pas être un fournisseur de services au moment de faire un investissement.

Il n'y a aucune précision au sujet de ce que les « opérations commerciales substantielles » doivent entraîner. Par conséquent, les opérations commerciales substantielles peuvent être réalisées dans tous les secteurs et ne doivent pas nécessairement être opérées dans le même secteur que celui dans lequel la fourniture du service aura lieu.

2. L'approche de la nationalité adoptée dans l'AGCS

Dans le but d'accorder des droits comme États membres à l'État dans lequel l'investissement est réalisé, et donc de permettre l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'AGCS évite de traiter de la figure de « l'investisseur» ou du propriétaire individuel de la présence commerciale. L'accord porte plutôt son attention sur la «nationalité» de l'investissement.

Une demande traitée, dans le cadre du droit de l'OMC, nécessite impérativement, l'identification précise, parmi la vaste gamme de disciplines réglementaires, de mesures particulières qui affectent l'investisseur étranger, d'une manière incompatible avec les disciplines de l'AGCS. Dans cette perspective, il semble peu probable qu'un gouvernement étranger soit en mesure d'effectuer une analyse détaillée du cadre réglementaire de ses partenaires commerciaux. Effectivement, il semble qu'aucun autre sujet que l'investisseur étranger lui-même ne pourrait être en mesure d'assurer de manière satisfaisante une telle démarche.

En outre, afin que les disciplines de l'AGCS s'appliquent, les mesures doivent concerner un investisseur étranger.[163]

[162]DE MEESTER Bart; COPPENS Dominic, "Mode 3 of the GATS: A Model for Disciplining Measures Affecting Investment Flows?," World Scientific Book Chapters,in Zdenek Drabek, Petros Mavroidis, "Regulation of Foreign Investment: Challenges to International Harmonization", World Scientific, 2013, chapter 4, p. 106.

S'agissant de la détermination de la nationalité de l'investissement, c'est à l'article XXVIII (m), qu'il faut se référer. Concernant les services fournis grâce à la présence commerciale sur le territoire d'un Membre, est prise en compte toute personne morale qui est détenue ou contrôlée par des personnes physiques de ce Membre; (ou des personnes morales de ce Membre telles qu'elles sont identifiées à l'alinéa i; (toute entité juridique dûment constituée ou autrement organisée conformément à la législation applicable, à des fins lucratives ou non, et détenue par le secteur privé ou le secteur public).

Le paragraphe (n) définit ensuite les termes clés, en décrètant qu'une personne morale est :

i) " détenue" par des personnes d'un Membre si plus de 50 pour cent de son capital social appartient en pleine propriété à des personnes de ce Membre;

ii) "contrôlée" par des personnes d'un Membre si, ces personnes, ont la capacité de nommer une majorité des administrateurs, ou sont autrement habilitées en droit à diriger ses opérations.

Ce faisant, l'AGCS prévoit que toute entité juridique dédiée à la fourniture de services, dans un pays donné, dont la propriété ou le contrôle est entre les mains d'une ou plusieurs personnes - investisseurs d'un autre pays donné ; dans ce cas, la société en question est considérée, aux fins de l'accord, comme personne du pays d'origine et non du pays d'accueil.

Cette approche de la «nationalité» permet que l'AGCS accorde aux États membres la possibilité de porter plainte contre tout acte d'autre Membre considéré comme incompatible avec les dispositions de l'accord et nuisible à l'investissement de ses ressortissants (personnes physiques ou morales). De plus, porter le différend devant le mécanisme de règlement des différends de

[163] Le statut juridique à l'OMC pour poursuivre un différend en service ne rapporte pas ,en plaintes de non-violation , à la relation du pays réclamant un investisseur étranger. Comme aucune annulation ou réduction d'avantages commerciaux est exigée en vertu des litiges sous l'AGCS, un membre peut porter un différend sur le traitement des investisseurs autres que le leur. Cependant, la limite de ce pouvoir discrétionnaire reste dans le caractère international du fournisseur de service. Autrement dit, quand il vient à l'investissement dans les services, l'investisseur doit être un investisseur étranger pour que les disciplines de l'AGCSs'appliquent , mais pas nécessairement que l'investisseur du Membre demandeur. Il est utile de rappeler, dans ce sens, deux principales dispositions de l'AGCS. L'article II, sur le traitement de la nation la plus favorisée, prévoit que « chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays », De même, l'article XVII sur le traitement national stipule que « Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ».

l'OMC, tout en évitant de se prononcer sur les personnes particulières est aussi envisageable. Une telle structure diffère clairement de la pratique habituelle quant aux accords d'investissement.

L'analyse des caractères « étrangers » de la présence commerciale entraîne donc l'examen du régime de propriété de la personne morale concernée. Cette tâche peut s'avérer redoutable pour tout sujet autre que la société elle-même. En effet, selon le cadre réglementaire national et le type de personne morale, cette information n'est pas forcément accessible au public. En outre, le lien entre le propriétaire ou le contrôleur et le fournisseur de service final n'est pas direct dans la plupart des cas. Il dispose cependant d'un certain nombre de maillons successifs liés à des branches et à d'autres sociétés contrôlées, dans de nombreux cas et dans différents pays. Ainsi, l'accomplissement de la relation entre toutes les personnes morales peut s'avérer impossible sans l'aide de la société concernée.[164]

Face à cette situation, la jurisprudence de l'AGCS a clairement établie que ce qui est nécessaire c'est identifier, le contrôle immédiate, de personne morale ou physique d'un autre membre.

Dans l'affaire Canada – Autos, le groupe spécial a déclaré que:

« À notre avis, Daimler Chrysler Canada Inc. est un fournisseur de services des États-Unis au sens de l'article XXVIII m) ii) 2) de l'AGCS, car elle est contrôlée par Daimler Chrysler Corporation, une personne morale des États-Unis suivant la définition figurant à l'alinéa i) de l'article XXVIII m). Ce qui est pertinent, par conséquent, c'est le fait que Daimler Chrysler Corporation est une personne morale des États-Unis. Le fait que, à son tour, Daimler Chrysler Corporation peut être contrôlée par une personne morale d'un autre Membre est sans intérêt au regard de l'article XXVIII de l'AGCS. Aux fins de la définition d'une "personne morale d'un autre Membre", l'article XXVIII m) de l'AGCS ne prévoit pas qu'il faut identifier la personne physique ou morale qui exerce le contrôle en dernier ressort: il suffit d'établir que l'entité est détenue ou contrôlée par une personne morale d'un autre Membre, définie suivant les critères énoncés à l'alinéa i) »[165]

D'après l'art. I.2 (c), il est important, cependant, que la présence commerciale sur le membre d'accueil soit « détenue ou contrôlée » par la personne physique ou morale dans un autre membre. Dans le cas contraire, le fournisseur de services qui fournit des services par une

[164]MAVROIDIS Petros C., "Regulation of Investment in the Trade Regime: From ITO to WTO", op. cit., p. 24.
[165]Rapport du groupe spécial Canada — Autos, WT/DS139/R WT/DS142/R, para. 10.257.

présence commerciale ne serait pas fournisseur de services d'un autre membre.[166] Dans cette configuration, il n'y aurait pas dans la fourniture d'élément transfrontalier et l'AGCS ne pourrait donc pas s'appliquer. En conséquence, il était nécessaire de définir la situation où l'établissement commercial, dans un membre d'accueil, peut en fait être considéré comme « personne morale d'un autre membre ».

Le « critère de rattachement » de l'AGCS au droit international des investissements est le mode 3 de fourniture de services.[167]

Une restriction importante est imposée au niveau du seuil requis pour autoriser un État membre à agir au nom de son investisseur. Lorsque d'autres instruments reconnaissent comme investissement direct étranger, une participation relativement faible dans une société donnée (l'OCDE a noté que, l'existence de cette relation, est établie dès lors qu'un investisseur résident d'une économie possède, directement ou indirectement, au moins 10 % des droits de vote d'une entreprise résidente d'une autre économie)[168]. L'OCDE établit une distinction entre les filiales, où 50 % du droit de vote est tenu et associé et celles où 10% à 50% est détenu[169] . L'AGCS exige que plus de 50 % des droits des actionnaires d'une société ou, indépendamment de la participation, la capacité de nommer une majorité des administrateurs ou l'habilité en droit à diriger les actions de la société est détenue par naturel d'un pays membre.[170] En d'autres termes, les disciplines de l'AGCS ne couvrent pas la participation étrangère minoritaire dans une entreprise locale inférieur à 50% de la part totale de l'équité, sauf si une participation aussi mineure est cependant suffisante pour accorder aux investisseurs un contrôle effectif de la

[166]La question de définir l'origine d'un fournisseur de service a été adressée par le groupe spécial de Chine — Publications et produits audiovisuels, où le groupe spécial a examiné si si chacune des mesures en cause est incompatible avec l'article XVII parce qu'elle aboutit à un "traitement non moins favorable que celui qu [e la Chine] accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires. Le groupe spécial avait besoin de déterminer l'origine de l'entité d'investissements étrangers et a déclaré : S'agissant de la première question préliminaire, nous notons que l'article XVII:1 établit des droits et obligations à l'égard des "fournisseurs de services de tout autre Membre". Or, les mesures en cause et les engagements pris par la Chine dans sa Liste font référence à la fourniture de services par une "entité à participation étrangère". Rappelant les définitions pertinentes énoncées à l'article XXVIII de l'AGCS, nous observons que toute "entité à participation étrangère" qui fournit les services en cause en Chine, et qui est détenue ou contrôlée par des personnes d'un autre Membre, est un "fournisseur de services de tout autre Membre" selon les termes de l'article XVII. Voir le rapport du group spécial Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.1282.

[167]DE MEESTER Bart and COPPENS Dominic, " Mode 3 of the GATS, op.cit., p. 99.

[168]OCDE, Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, quatrième édition 2008, p. 56.

[169]Ibid., p. 60.

[170]Il convient de noter, toutefois, que, comme l'accord ne se concentre pas sur l'investisseur en soi, mais plutôt pour le pays d'origine des investissements, telle propriété ou le contrôle ne sont pas obligés d'être dans une seule personne. Au contraire, le libellé adopté à l'alinéa (n) de l'art. XXVIII, suggère que la propriété ou le contrôle de l'investissement doivent résider dans des investisseurs d'un même pays, quel que soit un tel investissement peut être dispersé en termes de nombre de personnes morales ou physiques impliqués.

direction ou de la gestion de l'entreprise. Ce qui peut se traduire par la capacité de nommer une majorité de ses administrateurs ou autrement, de diriger légalement ses actions.

En conséquence, les situations d'investissement qui sont couvertes par l'AGCS sont plus limitées que celles inhérentes à la définition de référence de l'OCDE.

Cet ensemble de disciplines implique que le lien entre les disciplines de l'AGCS et les parties privées soit plus fort que les liens de parties privées et les autres accords de l'OMC, en particulier ceux liés aux marchandises. En effet, les investisseurs étrangers dans les services semblent être les bénéficiaires directs des disciplines de l'AGCS quand elles s'appliquent aux présences commerciales, et non les bénéficiaires ultimes de disciplines multilatérales.

Cependant, comme c'est le cas ici, la participation des parties privées n'est pas reflétée, dans les règles formelles, sur la capacité juridique reconnue dans, l'AGCS et du Mémorandum d'accord. Les parties privées doivent rester derrière le gouvernement parrainant leur demande et c'est seulement à travers leur représentation formelle que les investisseurs étrangers peuvent se prévaloir de règlement des différends de l'OMC.

Chapitre 2. Différends relatifs à l'investissement : l'arbitrage investisseur-Etat (CIRDI)

L'arbitrage transnational dans les différends d'investissement, se caractérise par le droit des investisseurs individuels (et non celui des États) de formuler des allégations directement contre les États. De fait, la caractéristique première de ce type d'arbitrage constitue bien la « différence de qualité des parties »[171] . L'une est publique et souveraine, l'autre est privée et relève, par le lien de nationalité, d'un autre Etat. À ce titre, les accords internationaux d'investissement permettent aux parties privées de porter plainte contre les États, d'une manière similaire à l'arbitrage commercial international qui oppose des « opérateurs économiques privés »[172]. Mais, ce dernier se distingue de l'arbitrage transnational, dont l'une des parties est une personne publique, sujet de droit international.

Le principe de la souveraineté de l'État est la base du dispositif car pour être entendu devant une juridiction internationale, l'État en litige, doit, avant tout, avoir consenti à attribuer compétence à

[171] AUDIT Bernard, « l'arbitrage transnational et les contrats d'Etat : bilan et perspectives », in L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat, Académie de droit international de La Haye, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : M. Nijhoff, 1988, p. 23.
[172] SALMON Jean (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant/ AUF, 2001, p. 77.

cette juridiction. La compétence du tribunal est donc déterminée par la mesure du consentement exprimé par l'Etat au regard de l'instrument pertinent – sachant que lorsqu'on se réfère aux tribunaux d'arbitrage, cette procédure est consensuelle. Les administrateurs de la Banque mondiale ont souligné, dans le Rapport accompagnant la Convention de Washington, que : « le consentement des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre ».

L'accès à l'arbitrage investisseur-État peut varier en fonction de l'instrument qui accorde le consentement à l'arbitrage. En pratique, le consentement à l'arbitrage est accordé de trois façons possibles ; une clause de consentement peut être incluse dans un accord direct entre l'investisseur privé et le pays d'accueil ; c'est la première option. La seconde technique consiste en une disposition de la législation nationale de l'État d'accueil. La troisième méthode envisageable, revient à donner un consentement à l'arbitrage, au moyen d'un traité entre l'État d'accueil et l'État de nationalité de l'investisseur.[173] Dans ces trois cas, la compétence du tribunal (y compris le sujet en capacité d'invoquer cette juridiction) est limitée par les termes de l'expression du consentement.

Le règlement des différends investisseur-État a été adopté, à l'origine, pour bénéficier à la fois aux investisseurs étrangers et aux pays d'accueil. La possibilité de présenter des réclamations, au sein d'autres espaces et forums que les tribunaux nationaux du pays d'accueil, agit comme la garantie pour les investisseurs étrangers que les différends seront traités par un tribunal très spécialisé et, surtout, impartial. Cette possibilité exceptionnelle de l'arbitrage investisseur- État (seul forum international non lié aux droits de l'homme qui prévoit une telle possibilité)[174], est destinée à réduire les risques liés à l'investissement, permettant ainsi l'accroissement des flux de capitaux étrangers vers les pays en développement.

L'absence d'intervention du pays d'accueil dans le différend vise à assurer la dépolitisation du différend, de manière à assurer un processus basé sur la règle de droit[175]. Cela permet au pays

[173]DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, pp. 238-239.

[174]À l'importante exception de la Cour européenne de justice.

[175]Cela se reflète dans l'article 27 de la Convention du CIRDI, qui interdit expressément un État contractant d'accorde la protection diplomatique ou de formuler de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage. Voir sur ce point, CNUCED (2003a). Dispute Settlement: Investor-State, Publication des Nations Unies, New York et Genève, p. 37 CNUCED (2003b). Dispute Settlement: State–State, Publication des Nations Unies, New-York et Genève . Cependant, « en vertu du droit international général l'ouverture d'une procédure d'arbitrage contre l'État d'accueil par un investisseur ne fait pas obstacle à l'État de l'investisseur d'exercer la protection diplomatique à le même temps… », VERHOOSEL Gaetan, "The use of investor-state arbitration under bilateral investment traities to seek relief for braeaches of WTO law ", Journal of international economic law, vol 6, n°. 2, 2003, p. 495.

d'accueil, (un pays en développement) d'éviter d'avoir à faire face à une protection diplomatique par les autorités de l'investisseur étranger du pays d'accueil. En outre, cet élément pourrait également bénéficier aux investisseurs étrangers, comme de nombreux pays, en particulier, les pays latino-américains. Ces derniers ont, depuis longtemps, soutenu la pseudo-doctrine « Calvo », par laquelle on a empêché les investisseurs étrangers d'avoir recours à la protection diplomatique ou de celle des tribunaux de lieu de résidence.

Le droit des étrangers à accéder aux forums internationaux d'arbitrage émane le plus souvent de traités bilatéraux d'investissement (TBI). La grande majorité des TBI, signés à ce jour, incluent ces disciplines. En outre, les accords de libre-échange (ALE) comportent généralement des disciplines d'investissement, pour lesquelles ils assurent également l'arbitrage investisseur-État.[176]

La compétence prévue dans les accords d'investissement est normalement plus étendue que celle découlant de la Convention de Washington. L'accès à l'arbitrage d'investissement, en vertu de ces accords, est présenté comme un élément supplémentaire de protection pour les investisseurs étrangers. En tant que tel, il constitue un droit pour l'investisseur étranger de porter plainte contre l'État d'accueil, au titre de la protection de son investissement dans cet État.

Afin que le consentement à l'arbitrage soit efficace, il doit exprimer clairement la question soumise à l'arbitrage, et identifier les personnes qui peuvent invoquer de telles procédures.

La définition de l'investissement détermine l'étendue substantielle de l'accord. La détermination si une partie privée dispose de la capacité juridique devant les tribunaux arbitraux internationaux est équivalente à la question de savoir si l'investisseur étranger est couvert par l'accord d'investissement concerné. D'où le fait que le statut juridique de l'investisseur exige, au préalable, de constater si les personnes ont réalisé un «investissement» selon les termes de l'accord, et il est, par conséquent, un «investisseur». Il doit ensuite être vérifié si l'investisseur étranger figure parmi ceux autorisés à bénéficier de concessions préférentielles consenties dans l'accord.

La question de la compétence des tribunaux arbitraux, dans le système de règlement du CIRDI, comporte des aspects uniques et profondément différents des autres règlements d'arbitrage[177]. Pour qu'un différend en matière d'investissements soit soumis à l'arbitrage CIRDI, les conditions de l'article 25, paragraphe 1, de la Convention de Washington doivent être remplies[178]. Cette

[176] L'exception la plus notable est l'ALE de l' États-Unis-Australie signé en 2004.
[177]MALINTOPPI Loretta, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI», op. cit., p. 646.
[178]L'article 25.1 de la Convention de Washington se lit comme suit: « La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui

disposition suppose un contrôle préliminaire par l'institution arbitrale des conditions imposées par la Convention, notamment en ce qui concerne la définition de l'investisseur et de l'investissement, et l'existence d'un consentement écrit entre les parties pour soumettre un différend à la juridiction du Centre.

L'article 25 prévoit ainsi, d'une part que la compétence du CIRDI est limitée ratione materiae « aux différends d'ordre juridique (…) qui sont en relation direct avec l'investissement », ce qui induit que l'on s'interroge sur la notion d'investissement. D'autre part, cet article stipule que la compétence ratione personae du CIRDI est limitée « aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant » ; s'agira donc de s'intéresser aux problèmes spécifiques soulevés dans le cadre de tout arbitrage mixte.

I. La compétence ratione personae, et les spécificités, de l'arbitrage investisseur-Etat

Le droit international des investissements est conçu pour promouvoir et protéger les activités des investisseurs privés étrangers. Cela n'exclut pas nécessairement la protection des entités contrôlées par le gouvernement aussi longtemps qu'elles interviennent à titre commercial plutôt que dans une démarche gouvernementale. Les organisations à but non-lucratif peuvent-elles être considérées comme des investisseurs ? Cela est moins évident et dépendra de la nature de leurs activités.

L'arbitrage CIRDI est un arbitrage mixte dans le sens où il implique un État souverain (l'État d'accueil), d'un côté, et un investisseur privé étranger, de l'autre[179]. Selon la Convention de Washington, la première condition pour avoir accès à la procédure du CIRDI est que l'on soit en présence d'un État contractant qui accueille l'investissement et un investisseur ressortissant d'un État qui lui aussi est État contractant de la Convention[180].

En général, les accords d'investissement ne s'appliquent qu'aux investissements réalisés par des personnes ayant droit au statut d'investisseurs couverts conformément aux dispositions de ces accords. La définition du terme «investisseur» s'avère donc essentielle en vue de déterminer la

---

qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

[179]DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, " Principles of international investment law" , Oxford university press, first edition 2008, p. 249.

[180]L'article 25, 1 à 3 de la Convention de Washington prévoit qu'un investisseur peut saisir le CIRDI à propos d'un différend d'ordre juridique l'opposant à un État contractant , ainsi qu'à des collectivités publiques ou organismes dépendant de l'État.

portée d'un accord d'investissement. La définition de ce terme soulève deux questions générales: Quels types de personnes ou d'entités peut-on considérer comme investisseuses? Quels sont les critères en vertu desquels une personne est couverte par un accord? Deux types de personnes peuvent être inclus dans la définition de l'«investisseur»: les personnes physiques et les personnes morales. Il arrive que le terme «investisseur» ne soit pas utilisé, l'accord mentionnant des «ressortissants» et des «sociétés», des mots désignant les personnes physiques pour le premier et l les divers types de personnes morales pour le second.[181]

Définir l'investisseur (protégé dans un TBI) revient donc fondamentalement[182] à définir la nationalité de ce dernier. Ce lien de nationalité est un critère primordial pour déterminer la portée de la protection offerte dans un traité d'investissement.

Le statut juridique dans le cadre des différends investisseur-État découle principalement des accords commerciaux préférentiels bilatéraux et régionaux. En conséquenc, la capacité de l'investisseur à présenter une réclamation internationale dépend de savoir si la personne compte parmi celles qui bénéficient du traitement préférentiel. Dans le domaine des services et des investissements, les règles relatives à la nationalité (utile pour déterminer si l'investisseur concerné a un statut juridique fondé sur son pays d'origine) sont données par les règles d'origine plus générales inscrites dans l'accord. En effet, en termes conceptuels, le droit d'accès à l'arbitrage international, contre le pays d'accueil, n'est pas différent des autres préférences commerciales accordées par l'accord d'investissement. Les règles d'origine dans le travail d'investissement afin de garantir que l'investisseur étranger détient un lien utile avec l'un des pays signataires de l'accord, ce qui leur garantit - et pas d'autres - les préférences énoncées dans l'instrument.[183]

---

[181] En outre, certains instruments mentionnent expressément les «sociétés transnationales» ou les «entreprises multinationales». Ces termes apparaissent généralement dans des documents institutionnels directifs tels que les Directives pour les entreprises multinationales de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou le projet de code de conduite des sociétés transnationales de l'ONU. Ces termes n'étant généralement pas utilisés dans les AII. Pour un examen complet du lien entre ces deux termes, MUCHLINSKI Peter T., Multinational enterprises and the law, 2nd edition, Oxford ; New York (N.Y.) : Oxford University Press, 2007, p. 6 et 7. Pour un examen plus approfondi, CNUCED 1999, p. 45 à 48.

[182]Sous réserve de la définition des entités juridiques qualifiées d'investisseurs.

[183]Pour une discussion sur les règles d'origine dans les services et l'investissement et ses principales implications économiques, voir BEVIGLIA-ZAMPETTI Americo and SAUVE Pierre, "Rules of Origin for Services: A Review of Current Practice", in The Origin of Goods, Estevadeordal, A., et al., eds. (2006), London: Oxford University Press and CEPR, pp. 114-145; FINK Carsten; NIKOMBORIRAK Deunden, "Rules of origin in services : a case study of five ASEAN countries. Policy, Research working paper ; no. WPS 4130. Washington, DC: World Bank, 2007. http://documents.worldbank.org/curated/en/128271468028869562/Rules-of-origin-in-services-a-case-study-of-five-ASEAN-countries.

Entant donné que les disciplines d'investissement et de services traitent directement avec les sujets (l'investisseur étranger lui-même) les règles d'origine prévoient des conditions de nationalité pour les personnes physiques ainsi que les personnes morales. En ce qui concerne les personnes physiques, la plupart des AII offrent une protection aux personnes qui sont des «nationaux» de l'un des pays contractants intéressés. La pratique générale établit qu'une personne physique est un « ressortissant » d'un État selon les lois nationales de ce pays.

C'est la cas par exemple de l'ALE du Japon et le Mexique qui prévoit que le terme « national » désigne une personne physique possédant la nationalité d'une partie, en vertu de ses lois nationales.[184] En outre, certains AII étendent les avantages aux personnes physiques qui sont les résidents permanents de l'une des parties contractantes.[185]

Cependant, les différends internationaux investisseur –État, impliquent d'ordinaire, un demandeur qui est une personne morale plutôt qu'une personne physique. Les règles d'origine des personnes morales, dans le cadre des accords d'investissement, sont généralement interprétées à partir de deux dispositions qui énoncent un élément positif et un élément négatif. Ces deux éléments fonctionnent ensemble pour identifier la nationalité de l'investisseur :

• D'une part, une disposition identifie les personnes morales visées par l'accord en reliant ces personnes à l'une des parties contractantes. À cet effet, le lieu de constitution de l'organisation ou de la constitution de la personne morale est le critère le plus fréquemment utilisé pour accorder la nationalité à une société qui ne dispose que d'un lien formel avec le pays de constitution et ne s'engage dans aucune activité économique. En effet, le lieu de constitution pourrait être choisi exclusivement dans le but de profiter des avantages conventionnels réservés aux ressortissants des signataires.[186] En ce sens, la possibilité de recourir à l'arbitrage international constitue un

[184]L'accord de libre-échange Japon-Mexique , Art. 2.1(l).

[185]L'accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et Singapour, l'article 37 (d) définit l'investisseur d'une Partie comme : « une personne physique ayant la nationalité de cette Partie ou ayant le droit de résidence permanente dans cette Partie, conformément à sa législation applicable ».

[186]L'Accord de partenariat économique stratégique transpacifique (P4) conclu entre Brunei, le Chili, la Nouvelle-Zélande et Singapour, entré en vigueur en 2006, l'article 2.1 prévoit qu' « une entreprise d'une Partie désigne une entreprise constituée ou organisée en vertu de la loi d'une partie ». De même, le modèle du TBI de Danemark, Art. 1.5 (b) stipule que «[t]oute personne établie en conformité avec, et reconnu comme une personne morale par la législation de cette Partie contractante, telles que les sociétés, les associations, les institutions de financement du développement, les fondations ou entités similaires, indépendamment de savoir si leur responsabilité est limitée et de savoir si leurs activités aient un but lucratif ».

avantage majeur, pour les investisseurs étrangers ; ce qui peut conduire, dans certains cas, au phénomène de « nationalité shopping»;[187]

• D'autre part, une clause de « déni des avantages » permet d'exclure de l'accord les investisseurs étrangers qui n'ont pas de lien véritable avec le pays où ils se trouvent, bien qu'ils puissent satisfaire au critère du lieu de constitution. À cette fin, les accords de l'investissement (et de services) ont tendance à se concentrer sur la propriété ou le contrôle de l'investissement par un test substantiel de fonctionnement de l'entreprise.[188] La partie peut donc nier les avantages de l'accord - y compris l'accès à l'arbitrage international - aux investisseurs que, bien que d'être incorporés dans l'une des parties contractantes, sont détenues ou contrôlées par des investisseurs d'une non-partie, et qui n'ont pas d'activités commerciales substantielles dans la partie contractante[189].

En somme, tandis que les accords internationaux d'investissement représentent des instruments signés entre les États, et il est à ceux qui appliquent les obligations, la possibilité de demander l'exécution de ces obligations est accordée aux parties privées couvertes par l'accord. Le statut juridique de l'investisseur porteur de ces revendications résulte de l'accord lui-même, exigeant au demandeur de prouver la couverture par les disciplines de l'accord, à la fois en termes d'activités réalisées ainsi que en termes de lien utile avec les parties contractantes de l'accord concerné.

Le caractère d'extranéité de l'investissement est déterminé par la nationalité de l'investisseur. La nationalité de l'investisseur détermine ainsi de quels traités, il peut bénéficier. Si l'investisseur souhaite se fonder sur un traité bilatéral d'investissement (TBI), il doit prouver qu'il a la nationalité de l'un des deux États parties. S'il souhaite se fonder sur la Convention du CIRDI, il doit prouver qu'il a la nationalité d'un des États parties à la convention.

---

[187]Voir la décision relative à l'affaire Aguas del Tunari c. République de Bolivie, décision sur le compétence 21 octobre 2005, CIRDI, No ARB/02/3.

[188]Par exemple, l'Accord de Libre-échange entre le Singapour et l'Australie dans son chapitre 8 sur l'investissement, l'article 18, prévoit que : "sous réserve de notifications et de consultations préalables, une Partie pourra refuser d'accorder les avantages découlant du présent chapitre à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette Partie et à ses investissements si elle établit que l'entreprise est détenue ou contrôlée par des personnes d'une non-Partie et qu'elle n'exerce pas d'activités commerciales importantes sur le territoire de l'autre Partie". L'article 17 du chapitre 7 sur le commerce des services prévu sensiblement la même disposition en ce qui concerne les fournisseurs de services.

[189] Certains accords ne comprennent pas une clause de déni des avantages. Ces accords, cependant, ont tendance à inclure une exigence d'activités substantielles dans la définition des investisseurs. Tel est le cas, par exemple, dans les ALE du Japon - Singapour, ALE Singapour - la Jordanie et l'ALE Singapour - Inde. Pourtant, certains accords peuvent comporter des requis moins stricts, en se concentrant seulement sur le lieu d'immatriculation, comme l'ALE Singapour - Nouvelle-Zélande.

Afin d'identifier les personnes bénéficiant de la protection de la convention et qui se voient finalement accordées la possibilité de demander la réparation juridictionnelle, en cas de violation de ses disciplines, la grande majorité des accords d'investissement fournit la définition de ce qui doit être considéré comme «investisseur», en vertu de l'accord. Les investisseurs bénéficiaires des TBI n'y sont pas nommément désignés, a priori. Ils sont seulement identifiables ; cela signifie que les traités prévoient un critère qui permettra, au moment opportun et au cas par cas, d'identifier les investisseurs qui peuvent bénéficier de la protection du traité. Ce critère est le lien de nationalité entre un investisseur et un État signataire. En effet, les TBI ont pour vocation de protéger les nationaux d'une partie contractante qui réalisent un investissement sur le territoire d'une autre partie contractante[190].

Presque tous les accords d'investissement soulignent le critère de nationalité de l'investisseur afin de déterminer les investisseurs protégés par leurs disciplines. À cet égard, le TBI entre les Pays-Bas et le Panama déclare :

The term "investors" shall comprise with regard to either Contracting Party:

i. natural persons having the nationality of that Contracting Party;
ii. legal persons constituted under the law of that Contracting Party;
iii. legal persons not constituted under the law of that Contracting Party but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in i) or by legal persons as defined in ii).[191]

L'article 25.2 de la Convention du CIRDI requiert que l'investisseur soit un « ressortissant d'un autre État contractant », ce qui soulève la question de la nationalité de l'investisseur. Dans la mesure où leur définition diffère, il convient de distinguer le sort réservé à la nationalité des personnes physiques (A) de celui réservé à celle des personnes morales (B)

A) Les personnes physiques

S'agissant de la catégorie des personnes physiques, la question principale est celle de savoir si une personne physique est couverte par un accord. Cela est déterminé par les liens que cette personne entretient avec l'État partie à l'accord. En règle générale, il s'agit d'un lien de nationalité, mais d'autres liens comme la résidence permanente, le domicile, la résidence ou une combinaison de certains de ces critèrs, sont également utilisés. S'agissant des critères de

[190] NIKIEMA Suzy H., "Bonnes Pratiques :Définition de l'investisseur", 'Institut international du développement durable, mars 2012, disponible sur: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor_fr.pdf. p. 1.
[191] Le TBI entre les Pays-Bas et le Panama, article 1(b).

détermination de la nationalité des personnes physiques, les TBI renvoient généralement la vérification de la nationalité des investisseurs-personnes physiques au droit national de chaque État contractant. Ainsi, l'article 1.2.a du TBI Burkina –Tchad (2001) désigne par investisseur :

« Les personnes physiques qui, selon la loi des deux Parties contractantes, sont considérées comme leurs citoyens ».

La nationalité est le plus souvent utilisée pour établir un lien significatif entre les parties contractantes à l'accord d'investissement et les investisseurs visés.[192] Dans la plupart des TBI, toute personne physique ayant la nationalité d'une des parties contractantes est qualifiée d'«investisseur», et peut donc bénéficier de ses disciplines.

Certains États, comme le Canada, ou les États-Unis, étendent, la protection de leurs TBI, à leurs résidents permanents pour être en conformité avec la législation locale relative à l'immigration.

C'est le cas de l'article 1.g.i. du TBI Canada – Équateur (1996) qui prévoit que, dans le cas du Canada, un investisseur est « une personne physique qui, selon les lois canadiennes, est un citoyen ou un résident permanent du Canada ».

Certains accords étendent ainsi leur couverture au-delà des ressortissants pour couvrir des personnes physiques domiciliées sur le territoire de l'une des parties. L'association européenne de libre-échange (AELE) - Singapour accords de libre-échange (ALE) par exemple, définit les « investisseurs d'un parti », comme, entre autres, « une personne physique ayant la nationalité de ce parti ou ayant le droit de résidence permanente de ce parti en conformité avec ses lois applicables ».[193]

Peu d'accords abordent la question des personnes physiques ayant la double nationalité. La majorité des TBI, notamment ceux signés avant le début des années 2000, sont « silencieux » quant au cas des doubles nationalités. Les TBI canadiens excluent de leur champ d'application les personnes qui, étant couvertes à titre d'investisseurs de l'autre partie (le pays d'origine de l'investissement) possèdent également la nationalité du pays d'accueil.[194] D'autres accords résolvent le problème en ne considérant que l'une des nationalités de l'investisseur, généralement la nationalité la plus fréquemment utilisée par la personne, aussi identifée comme « nationalité

[192]NELSON Timothy G., " Passport, S'il Vous Plaît?: Investment Treaty Protection and the Individual Investor's Citizenship", Suffolk Transnational Law Review, Vol. 32, n° 2, 2009, pp. 451-474.
[193]Accords de libre-échange (AELE) – Singapour, article 37(d), and voir UNCTAD, scope and définition, 1999, pp.35-37.
[194]Voir le Modèle canadien 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE), article 1.

effective[195] ». Toutefois, en l'absence d'une clause spécifique sur la question, certains tribunaux arbitraux ont permis à la personne d'être couverte par l'accord si cette personne était ressortissante de l'une des parties contractantes.

La nationalité d'un individu est déterminée principalement par la loi du pays (dont la nationalité est en cause). Un certificat de nationalité, délivré par les autorités compétentes d'un État, est une preuve fondamentale de l'existence de la nationalité de l'État, elle ne constitue cependant pas nécessairement un instrument concluant.

Dans l'affaire Soufraki c. Emirates Arabes Unis[196], la demanderesse avait produit plusieurs certificats de nationalité italienne. Le tribunal concerné a conclu que l'acquisition d'une nationalité canadienne avait entraîné la perte de la nationalité italienne et que le tribunal n'avait, en conséquence, pas besoin de se prononcer sur la nationalité effective de la demanderesse. Il en a conclu que M. Soufraki ne pouvait se prévaloir de l'API Italie-Emirats Arabes Unis. De plus, la compétence du CIRDI était sans objet dès lors que le Canada ne faisait pas partie de la Convention CIRDI. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a estimé que les certificats de nationalité émis par les autorités de l'Etat concerné ne constituaient qu'une preuve prima facie de la nationalité de l'intéressé et que c'est au tribunal arbitral qu'il appartenait d'apprécier la nationalité de l'investisseur. Il a estimé par ailleurs que M. Soufraki pouvait très bien ne pas avoir eu conscience d'avoir perdu sa nationalité italienne par l'effet de la loi[197].

La Convention du CIRDI s'appuie également sur l'élément de nationalité de la personne, en tant que lien entre l'investisseur et la partie contractante. Afin d'assurer que le mécanisme relève bien des investisseurs nationaux, la convention exclut de la compétence du CIRDI des personnes physiques ayant la nationalité de l'État défendeur (article 25 (2) (a).

En signant un TBI, un État entendait-il se soumettre aussi à l'arbitrage international avec ses propres nationaux ou avec les nationaux de pays non-partie au traité ? En principe, la réponse est négative. Elle peut toutefois dépendre, à la fois, de la définition de l'investisseur protégé dans le TBI et des règles de compétence propres au tribunal arbitral constitué. C'est le cas par exemple du CIRDI ouvert aux investisseurs ayant la nationalité d'un État signataire, à condition qu'ils n'aient pas la nationalité de l'État d'accueil contre lequel la plainte est introduite (article 25.2.a

[195]Le modèle américain de TBI adopte cette solution, indiquant qu' « une personne physique qui a une double nationalité sera réputée être exclusivement un ressortissant de sa dominent et efficace nationalité", (modèle américain de traité bilatéral d'investissement de 2004, article 1).
[196]Soufraki c. Emirates Arabes Unis, (affaire CIRDI n° ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004.
[197]GAILLARD Emmanuel, « La jurisprudence du CIRDI. Volume II, 2004-2008 », Paris : A. Pedone, 2010, , p. 396.

de la Convention CIRDI). La seule exception permise par ce centre d'arbitrage concerne la situation dans laquelle un investisseur étranger a dû créer une société de droit local qu'il contrôle pour réaliser son investissement. Dans ce cas, l'article 25.2.b de la Convention CIRDI prévoit que les États peuvent expressément accepter de considérer cette société locale comme étrangère[198].

De même, si l'investisseur est « le national » à la fois d'un État contractant et d'un État non contractant, la condition de nationalité est en principe remplie. Une difficulté peut apparaître dans le cas où la nationalité de l'État non contractant est la nationalité effective alors que celle de l'État contractant ne le serait pas.

Afin de résoudre le conflit potentiel en cas de double nationalité, certains TBI insèrent désormais une clause spécifique sur la question. C'est le cas de l'article 1 du TBI États-Unis – Uruguay (2005) :

« Investisseur d'une Partie signifie (…), un national (…) d'une Partie (…) ; à condition toutefois qu'une personne physique qui est un double national sera considérée exclusivement comme le national de l'État de sa nationalité dominante et effective ».

La solution ici signifie qu'en cas de double nationalité, l'investisseur ne pourra invoquer utilement que sa nationalité effective, dans le cadre d'un arbitrage international en vertu du TBI.

La nationalité effective peut être définie comme la nationalité du pays dans lequel un individu a soit sa résidence habituelle et principale, soit le pays avec lequel, selon les circonstances, il a des liens de fait étroits comme le comportement, la langue, etc.[199] . Une vérification plus poussée de l'effectivité de la nationalité invoquée par le binational est à la fois conforme à l'esprit de la convention de Washington et aux règles classiques du droit international, vers lesquels le silence de celle-ci à se tourner[200]. Telle fut la démarche suivie dans le cadre de l'affaire Eudoro A. Olguin c/ Paraguay[201] . Le tribunal avait choisi, pour sa décision, de ne pas prendre en considération la disposition de la loi péruvienne prévoyant qu'en cas de double nationalité le domicile du binational devait être pris en considération, pour déterminer la capacité de ce dernier à exercer certains droits prévus par la législation péruvienne[202]. Le critère de la nationalité effective est utilisé en droit international général, en matière de protection diplomatique lorsque

[198]Ce qu'ils font généralement dans leur TBI par le biais du critère du contrôle et uniquement pour les sociétés.
[199]Voir, Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité, article 5.
[200]COMBACAU Jean et SUR Serge , « Droit international public », 4e éd., Paris, Montchrestien, 1999, pp. 324 et s.
[201]Eudoro A. Olguin c/ Paraguay, (affaire CIRDI n° ARB/98/5), décision sur la compétence du 8 août 2000.
[202]Ibid., sentence du 26 juillet 2001, paras. 60 et 62.

l'individu qui bénéficie de la protection diplomatique de son État a également la nationalité de l'État contre lequel la plainte est introduite[203]. Les traités applicables ainsi que la pratique arbitrale sur la protection des investisseurs ont développé, d'une manière distincte à plusieurs égards, des principes régissant la protection diplomatique.

Pour tous les cas relevant de sa compétence, le CIRDI est tenu de donner effet à la nationalité octroyée par un État (du moment qu'elle l'a été dune manière non contraire au droit international), indépendamment de son affectivité. C'est la solution clairement adoptée par la jurisprudence des tribunaux constitués dans le cadre du CIRDI, qui, prenant acte du fait que le droit international général n'a pas intégré la condition d'effectivité (quand une seule nationalité est en jeu ou quand plusieurs le sont à l'exclusion de l'Etat défendeur) en déduisent que cette solution doit également prévaloir dans le contexte particulier du contentieux des investissements[204].

B) Les personnes morales

La compétence ratione personae implique davantage de complications lorsque le litige est lancé, comme cela est habituellement le cas, par des personnes morales plutôt que par des individus. En ce qui concerne les personnes morales, le principe de base posé est le même : leur nationalité s'apprécie par rapport à la loi de l'Etat qui la leur a conférée[205]. Les Etats prennent soin de définir, en effet, avec précision, dans les conventions qu'ils concluent ce qu'il faut entendre par nationalité de la personne morale aux fins de ces traités[206]. Certains Etats procèdent de façon extensive, utilisant tous les critères pour ouvrir le plus largement la protection offerte par le traité.

Les paramètres pour déterminer les entités juridiques à même de porter un différend sont énoncés dans la définition de l'investisseur du TBI concerné ou d'un accord commercial préférentiel. Quand cela concerne les personnes morales, la définition d'investisseur comporte deux éléments pertinents : le type d'entité concernée (1) et sa nationalité (2).

1. Les types d'entités juridiques

[203]Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), CIJ, jugement du 18 novembre 1953; Rapports CIJ, 1955, pp. 4-65; V. aussi, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), CIJ, Jugement, 24 July 1964, Rapports CIJ, 1970, pp. 3-357.
[204]FORTEAU Mathias, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 182.
[205]Par exemple, Convention de Washington , article 25(2)(b), et Convention de Séoul , article 13. a-ii, b, c .
[206]FORTEAU Mathias, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », op. cit., p. 186.

En principe, la nationalité suppose normalement une personnalité légale. Par conséquent, les entités et groupements non constitués en société ne bénéficieront pas d'une protection juridique, même si un traité peut en disposer autrement. Quels types d'entités juridiques peuvent être considérés comme «investisseurs» selon les termes du traité ? Le texte de la Convention de Washington ne précise pas les entités correspondant au qualificatif de personnes morales. Les divergences entre les définitions et l'étendue de ce concept d'un pays à l'autre ont rendu impossible, à nouveau, un accord pour une définition unitaire[207].

La catégorie « personnes morales » peut-elle être définie de façon à inclure ou à exclure plusieurs types d'entités ? Les entités peuvent être exclues sur la base de leur forme juridique, de leur objectif ou de la propriété du capital[208]. Les différences de forme légale d'une entité peuvent être importantes pour un pays d'accueil, ce, dans diverses circonstances. La forme juridique adoptée par l'entité détermine, entre autres, quels actifs peuvent être atteints par les créanciers ou dans quelle mesure une personne morale peut être légalement poursuivie, selon ses propres mérites.

L'exclusion fondée sur l'objectif de l'investisseur peut s'appliquer aux entités qui ne fonctionnent pas dans un but lucratif. Par exemple, seule une personne morale, qu'elle relève ou non d'intérêts privés, opère sur une base commerciale, peut être admise au bénéfice des garanties prévues par la Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)[209] . Les auteurs d'accords peuvent également examiner s'il y a lieu ou non de couvrir les entités qui n'ont pas un but lucratif (établissements d'enseignement, associations caritatives, etc.). Le TBI Mexique/Singapour (2009), ainsi que de nombreux autres, couvrent les organisations sans but lucratif[210].

Les types d'activités auxquelles une entité sans but lucratif se livre peuvent produire des formes souhaitables d'investissement, telles qu'un centre de recherches ou un hôpital. De plus, les entités sans but lucratif acquièrent souvent des parts d'entreprises commerciales afin de percevoir des recettes en appui à leurs activités (caritatives ou éducatives).

Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État plutôt que d'être privée peut aussi constituer le motif pour être exclue des avantages d'une convention d'investissement.[211] Certains TBI excluent

[207]DELAUME Georges-René, « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etat », JDI, 1966, p. 33.
[208]CNUCED, Portée et Définitions, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, p. 15.
[209]Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI), article 13(a)(iii).
[210]L'article 1 du TBI Mexique/Singapour (2009), paras . 2 et 8.
[211]UNCTAD, Scope and Définition, 1999, pp. 30-32.

spécifiquement de leur portée les organismes publics chargés d'une mission de souveraineté[212]. Ainsi, un pays d'accueil peut exclure de la catégorie des investisseurs couverts certaines entités publiques telles que, des fonds souverains, ou des entités qui, du fait de limites légales en matière de responsabilité ou d'assignation en justice, sont déchargées de toute responsabilité financière, au titre des préjudices qu'elles pourraient causer. Nombre d'AII mentionnent en effet expressément les entités publiques. L'exemple le plus parlant se trouve dans l'ABI conclu par l'Arabie Saoudite qui inclut dans sa définition de l'investisseur :

« Le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite et ses institutions et autorités financières telles que l'Agence monétaire d'Arabie saoudite, les fonds publics et d'autres institutions publiques analogues existant en Arabie saoudite[213]».

En pratique, cependant, la plupart des accords d'investissement prévoient une, large couverture, aux investisseurs comme les entités juridiques. Les définitions habituelles « d'investisseur » comme personne morale englobent tous les types d'entités juridiques, indépendamment de la forme juridique adoptée, que l'entité soit ou non à but lucratif ou qu'elle relève d'une propriété privée. À cet égard, le « modèle » américain de 2004 en matière de TBI est caractéritique. Il n'introduit aucune différence quant à la forme juridique revêtue par « l'entité » - le modèle américain se réfère ici à « l'entreprise »- ou quant à sa possession ou son contrôle privé ou public[214].

Ces définitions larges couvrent aussi les succursales et les bureaux de représentation des sociétés d'États tiers qui sont situés sur le territoire de l'une des parties. Certains accords d'investissement précisent en outre que le terme «investisseur» englobe les succursales de personnes morales[215], cependant d'autres excluent expressément de leur portée ces succursales et bureaux de représentation.

En l'absence de définition conventionnelle, il y a renvoi au droit de l'Etat dont l'entité revendique la nationalité[216]. La sentence concluant à l'incompétence du CIRDI, rendue dans l'affaire Mihaly Corp. c. Sri Lanka est révélatrice à cet égard. Pour relever l'absence de

[212]CARREAU Dominique, « Investissement », Répertoire de droit International Dalloz, août 2008, para. 89.
[213]L'article 1 du TBI Malaisie/Arabie saoudite (2000), para. 3.
[214]CARREAU Dominique, « Investissement », Répertoire de droit International Dalloz, août 2008, para. 91.
[215]Par exemple, les alinéas j et t de l'article 1 du TBI Canada/Jordanie 2009 .
[216] KOVARRobert, La competence du Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements, in lnvestissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privees: La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, colloque SFDI de Dijon, 1968, Centre de Recherche sur le Droit des Marches et des Investissements Internationaux de la Faculte de Droit et des Sciences Economiques de Dijon , Paris, Pedone,1969, p. 44.

personnalité juridique de *partnership* qui aurait été créé entre la demanderesse et une société canadienne, le tribunal arbitral a implicitementfait application des législations internes qu'il venait pourtant d'écarter dans sa démarche de vérification da sa proprecompétence[217].

Ainsi, les tribunaux arbitraux vérifient au regard de ce seul ordre juridique si l'entité a pu légalement acquérir une personnalité juridique[218] et si elle la possède encore[219].

2. La nationalité de la personne morale

Le deuxième élément et certainement le plus important concerne la définition d'investisseur. Elle comporte le lien entre la personne morale et le pays partie au TBI (la règle d'origine du droit commercial) ou la « nationalité » de la personne morale, au sens du droit de l'investissement international. La question de la nationalité des personnes morales, en particulier des sociétés commerciales, a été longuement débattue, en droit international, à des fins d'attribution aux sociétés le droit de la protection diplomatique.[220]

En réalité, la nationalité des sociétés peut soulever des questions en rapport avec son utilisation abusive, en particulier dans le contexte de groupes constitués par des sociétés transnationales. Par exemple, les ressortissants d'une partie contractante à un AII peuvent enregistrer une entité, dans l'autre partie contractante, de façon à tirer partie des règles de l'AII contre leur propre pays.

Cela, sans doute, est incompatible avec l'objectif de l'AII qui est d'accorder une protection aux investisseurs étrangers d'une autre partie contractante et non à des investisseurs nationaux opérant par l'intermédiaire d'une société «écran» étrangère. De même, les investisseurs d'un pays qui n'est partie à aucun des AII conclus avec le pays d'accueil peuvent enregistrer une entité dans un pays tiers pour tirer parti de l'AII que ce dernier a conclu avec le pays d'accueil en question. On parle alors de «recherche de l'accord le plus favorable», phénomène qui soulève également

[217]Mihaly Corp. c. Sri Lanka, (affaire CIRDI n° ARB /00 /2), Sentence du 15 mars 2002, paras.19 et 22.

[218] Le droit français interdit tout recours au CIRDI aux sociétés en participation(alors qu'il le permet aux associations), de même que les droits anglo-saxons interdisent ce même recours aux *partnerships* sans personnalité juridique.

[219]Ainsi, dans l'affaire Amco Asia c. Indonésie (ARB/81/1), l'Etat indonésien avait soulevé l'incompétence ratione personae du tribunal à l'égard d'Amco Asia en raison de la dissolution de cette dernière intervenue bien avant que soit définitivement tranché le différend les opposant. L e tribunal arbitral saisi de l'affaire a répondu en ces termes à la demande indonésienne : « la loi applicable aux effets de la dissolution ne doit pas être différent de celle qui s'applique, en matière international, aux effets de la création d'une société . La dissolution d'Amco Asia est regie la loi du Delaware. Selon cette loi, Amco Asia demeure une personne morale aux fin de toute action ou procédure commencée par elle ou contre elle avant sa dissolution ou pendant les trois années qui ont suivi cette dissolution, jusqu'à ce qu'une telle action soit achevée et que la décision soit exécutée ». (Décision sur la compétence du 10 mai 1988, paras. 104 et 105).

[220]ACCONCI Pia, "Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor: Recent Trends concerning the Application of the "Genuine Link" Test", The Journal of World Investment and Trade, Vol. 5, No. 1, 2004, p. 139.

des questions quant à la méthode à retenir pour définir les investisseurs institutionnels aux fins d'un AII. Ces deux situations soulèvent la question : l'AII devrait-il autoriser un tribunal arbitral à « lever le voile institutionnel » afin d'identifier les véritables détenteurs d'une part majoritaire du capital d'une société donnée et de déterminer si leur nationalité leur donne droit au statut de parties à la réclamation présentée en vertu de l'AII en question ?

La nationalité des sociétés est un élément beaucoup plus complexe que la nationalité des individus. Les systèmes juridiques et les traités utilisent des critères variés pour déterminer si une personne morale est un ressortissant ou un investisseur d'un État donné. Il arrive que le traité adopte des définitions distinctes, de la nationalité des sociétés, pour chaque partie.

Afin de préciser les modalités de définition de la nationalité des personnes morales, la majorité des TBI prévoit un critère unique pour les États contractants, mais certains TBI utilisent un critère de nationalité distinct pour chaque État contractant[221] . Enfin, des TBI, et ceux là sont rares, ne disposent pas d'un article portant sur le critère de nationalité des personnes protégées. Dans ce cas, l'arbitrage investisseur-État n'est souvent pas prévu dans l'accord[222], de fait, cette lacune est peu problématique.

Le droit international général ne comporte que peu de règles sur l'attribution de la nationalité[223] si bien qu'il faut se reporter aux conventions internationales, lorsque celles-ci existent. Il ne s'agit pas ici uniquement de la Convention de Washington (ii), mais aussi des traités de protection des investissements (bilatéraux ou multilatéraux) (i) lorsqu'ils prévoient la compétence du CIRDI en cas de différend.

2.1. Nationalité des personnes morales dans les traités de protection des investissements : l'arbitrage fondé sur un traité

Les accords d'investissement font l'impasse sur le débat plus large au regard de la nationalité des personnes morales en précisant, dans leurs dispositions, qui sont les personnes morales protégées qui peuvent

saisir les instances d'arbitrage prévues par ces accords. S'agissant des sociétés, deux critères principaux et un critère alternatif sont utilisés au niveau des TBI : le lieu de constitution, le siège social et le contrôle.

[221] Par exemple le TBI Allemagne- Burkina (1998), article 1.4 : critère du siège social pour l'Allemagne et Incorporation pour le Burkina Faso). V. aussi TBI Allemagne –Cameroun (1962), article 8.4.
[222] Par exemple l'Accord de Coopération économique et technique entre les Pays-Bas – Côte d'Ivoire, 1965, article 3.
[223] REZEK José Francisco, Le droit international de la nationalité, R.C.A.D.I., 1986, vol. III, tome 198, (pp. 333-400), p. 341.

Ainsi, dans les traités bilatéraux conclus par la France, il est indiqué :

« Le terme de "sociétés" désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des parties contractantes […] constituées conformément à la législation de celle-ci »[224].

La norme la plus fréquente servant à déterminer la nationalité d'une personne morale est son lieu de constitution ou le lieu de l'organisation juridique. Il s'agit ainsi lieu dans lequel la société a accompli ses formalités de constitution, c'est-à-dire le lieu de l'immatriculation[225]. L'article 1.b.i du TBI Pays-Bas – Bénin (2001) définit, de même, les investisseurs protégés comme suit :

« Les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie contractante ».

L'utilisation de ce critère (pays où la société est constituée) est conforme à l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice, dans l'affaire Barcelona Traction[226]. Selon ces règles, toute forme de personne morale constituée en vertu des lois de l'une des parties contractantes bénéficie du droit des préférences de l'accord. Certains accords, comme le TBI de Japon - Corée, se réfèrent aux entités constituées ou organisées, en vertu des lois des parties, pour tenter de fournir une couverture aux personnes morales qui ne sont pas formellement établies ou constituées selon les règles nationales. Cela implique que les succursales et les bureaux de représentation peuvent opérer légalement sur le marché local, en dépit du fait quelles émergent, en droit interne, des sociétés affiliées de personnes morales étrangères pas formellement constituées localement.[227]

Le critère du lieu de constitution a l'avantage de fournir un élément objectif immédiat et aisément identifiable pour déterminer la nationalité de la personne morale mais il présente un inconvénient. Il crée effectivement un lien de rattachement superficiel voire artificiel. En effet, le phénomène de création de sociétés fictives en vue de bénéficier de régimes fiscaux, de cadres réglementaires

[224]Article 1 du TBI France-Chili du 3 nov. 1995.
[225]Le Traité sur la Charte de l'énergie offre un exemple d'accord prenant le lieu où la société est constituée comme critère de nationalité: aux termes du paragraphe 7) a) ii) de son article 1, l'«investisseur» désigne, en ce qui concerne une partie contractante, «une société ou une autre organisation constituée conformément à la législation applicable dans cette partie contractante».
[226]Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), CIJ, 1970, arrêt, 24 juillet 1964; arrêt, 5 février 1970 (C.I.J. Recueil 1970, p. 3 à 357).
[227] PARRA Antonio R., "The scope of new investment laws and international instruments", Transnational Corporations, vol. 4, no. 3, December 1995, p.32.

moins intrusifs ou même pour être couverte (ou d'éviter une telle couverture) par des accords internationaux d'investissement est courant dans le milieu des affaires internationales.[228]

Pour ces motifs, l'exigence autour du lieu de constitution est souvent complétée par une condition. Cette condition implique que l'investisseur détienne son siège, le siège social ou celui de l'administration centrale sur le territoire du pays qui « connote » l'endroit où une gestion efficace de l'entreprise est produite.[229] Le paramètre du siège social exige donc que la direction de la société soit assurée effectivement sur le territoire d'un État, pour acquérir sa nationalité.

A titre d'exemple[230] pour ce critère, l'on se refera au TBI Allemagne - Bangladesh (article 8.4.a). Cet article stipule ainsi qu'est considéré comme national de la République d'Allemagne :

« toute personne morale (…) dont le siège social se trouve sur territoire allemand (…)».

Néanmoins, le pays du siège n'a pas considéré qui sont les particuliers ou les autres entreprises qui sont propriétaires de l'entreprise, en définitives. Cela peut, parfois, conduire à des résultats embarrassants. C'est le cas de l'affaire Tokios Tokelés c. Ukraine[231]. La majorité des membres du tribunal a, ici, considéré qu'une société constituée en Lituanie mais détenue et contrôlée par des ressortissants ukrainiens était ressortissante lituanienne, aux fins du paragraphe 2) b) de l'article 25. Dans la mesure où cette disposition visait à élargir, et non à restreindre, la compétence du CIRDI, dès lors que la nationalité formelle de constitution était celle d'une autre partie contractante, le tribunal n'avait pas l'intention de «lever le voile institutionnel»[232].

Cette conclusion a été renforcée par le fait que le paragraphe 2) b) de l'article 1 du TBI définissait « l'investisseur » de Lituanie de la manière suivante: «entité établie sur le territoire de la République de Lituanie conformément à sa législation et à sa réglementation».

Le tribunal a jugé cette façon de définir (la nationalité d'une société) conforme à la pratique actuelle des TBI et aux prescriptions de l'article 25[233].

Certains tribunaux arbitraux se sont montrés réticents quant au critère du contrôle. C'est ainsi que, dans l'affaire SOABI contre Sénégal, le tribunal, après avoir invoqué le critère du siège

[228]Voir UNCTAD, scope and définition, pp.37-38, et Aguas del Tunari S.A. c. la République de Bolivie, (affaire CIRDI n° ARB/02/3), décision sur la compétence, 21 octobre 2005, paras. 71-72, 156-180.
[229]Idem. pp. 38-39.
[230]V. aussi TBI Allemagne – Burkina (1962), article 1.4.b
[231]Tokios Tokelés c. Ukraine, (affaire CIRDI n° ARB/02/18), décision statuant sur la compétence, 29 avril 2004 (20 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 205 (2005)).
[232]Ibid., par. 45 à 51.
[233]Ibid., par. 52.

social ou de l'incorporation comme critères fréquents de détermination de la nationalité d'une société, apporte les précisions qui suivent :

« Par contre, la nationalité des actionnaires, ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital, n'est pas normalement un critère pour la nationalité d'une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu pour des cas d'exception [234]».

Pour renforcer le critère du pays du siège et éviter d'accorder une protection à des sociétés « boîtes aux lettres», certains TBI disposent que, pour pouvoir être reconnue comme investisseuse d'une partie contractante, une personne morale doit exercer des «activités économiques réelles»[235] ou se livrer à des «activités commerciales[236]» sur le territoire de cette partie. De plus, dans une tentative d'assurer un lien économique plus fort et plus efficace entre l'investisseur et le pays, certains accords (les accords commerciaux préférentiels, en particulier) comportent un test sensible des opérations commerciales.

Ce test, promu par les États-Unis et le Canada au sein de leurs TBI types, est généralement inclus dans une clause de « déni des avantages ». Tandis que la nationalité est déterminée par le lieu de constitution ou de siège, la clause de déni des avantages autorise le pays d'accueil à refuser de faire bénéficier des avantages de l'accord les investissements détenus par des investisseurs de l'autre partie. Cette clause s'applique dès lors que ces derniers ne se livrent pas à des activités commerciales substantielles sur le territoire de l'autre partie ou si le pays exerçant le contrôle ultime n'entretient pas de relations économiques normales avec le pays d'accueil [237]. Cette question du contrôle des sociétés fait, en outre, l'objet d'une disposition spéciale de la Convention de Washington : l'article 25, 2, b.

De plus, quelques accords comprennent une exigence de propriété ou de contrôle garantissant ainsi que seules les sociétés qui sont détenues ou contrôlées par des ressortissants des parties ont accès aux préférences de l'accord, indépendamment de leur lieu de constitution. Le critère du contrôle est systématiquement inséré dans la quasi-totalité des TBI opérant au niveau dans le

[234]SOABI c. Sénégal (affaire CIRDI n° ARB/82/1), décision sur la compétence du1er août 1984, para. 29.
[235]Article 1 du TBI Colombie/Suisse (2006), para. 2) b).
[236]Article 1 du TBI Canada/Jordanie (2009), alinéa k.
[237]Par exemple, l'article 17. 2 du TBI Rwanda/États-Unis (2008) dispose qu': « Une partie peut refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre partie qui est une entreprise de cette dernière et aux investissements de cet investisseur si l'entreprise ne se livre pas à des activités commerciales substantielles sur le territoire de l'autre partie et si des personnes originaires d'un pays tiers ou de la partie qui refuse d'accorder les avantages ont la propriété ou le contrôle de l'entreprise».

monde. L'exemple typique est décrit par l'article 1.2 du TBI Burkina –Tchad (2001) qui définit comme société nationale d'une partie contractante :

« Les entités juridiques établies, conformément à la législation d'un *quelconque pays* qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par des nationaux d'une Partie contractante (…)»

Le critère du contrôle est utilisé de manière alternative par les TBI ; il ne s'agit pas d'un critère supplémentaire permettant d'établir la nationalité d'une société commerciale. Cela signifie qu'en dehors du critère principal de détermination de la nationalité (incorporation ou siège social), il est toujours possible pour la société d'un État tiers de revendiquer la nationalité d'un État signataire, par le biais du contrôle exercé sur elle par les ressortissants de cet État signataire.

Plusieurs TBI incluent explicitement dans la définition de l'investissement protégé « toute catégorie de bien possédé, ou contrôlé soit directement, soit indirectement par le biais d'un investisseur d'un État tiers [238]» ou encore « les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, dans le capital de sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes [239]»

En conclusion, les clauses libérales des TBI encouragent les pratiques abusives des investisseurs et mettent les États dans la posture d'offrir l'accès à l'arbitrage international à des investisseurs non envisagés. Cependant, un nombre croissant de TBI tente de mettre un frein aux pratiques abusives.[240]

2.2. Nationalité de la personne morale au regard de la Convention de Washington : l'arbitrage non fondé sur un traité

Comme elle le fait pour la personne physique, la Convention du CIRDI fournit la compétence pour toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État défendeur. C'est la notion de ressortissant d'un autre État contractant au terme de l'article 25(2) (b) de la convention. Alors que la convention de Washington ne contient pas le moindre critère permettant de déterminer la nationalité des personnes morales, le droit international comble cette lacune par la solution de principe selon laquelle la détermination de la nationalité est du ressort

[238]TBI Canada-Équateur (1996), article 1.g. .
[239]TBI Belgique – Bénin (2001), article 1.2.b.
[240]NIKIEMA Suzy H., "Bonnes Pratiques :Définition de l'investisseur", op. cit. , p. 11.

de chaque Etat[241]. Certes, la Convention elle-même ne donne pas davantage d'indications sur la nationalité des personnes morales mais les arbitres ne sont pas tenus par les qualifications nationales et peuvent apprécier par eux-mêmes la nationalité des personnes morales qui se présentent devant eux[242].

Les tribunaux arbitraux du CIRDI ont tous reconnu comme éléments principaux servant à déterminer la nationalité, les critères classiques du lieu de constitution de la personne morale[243], de la loi encadrant la société qui a été constituée ou du lieu de situation du siège social[244].

C'est ce que les arbitres ont réaffirmé au moment de l'affaire SOABI contre Sénégal :

« la Convention [de Washington] ne contient pas de définition du terme "nationalité", ce qui a, pour conséquence, de laisser à chaque État le pouvoir, de déterminer si une société, possède ou non sa nationalité […] Une" personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend", expression utilisée à l'article 25, 2, b de la Convention, est donc une personne morale qui, selon la système juridique de l'État en question, a son siège social dans l'État où elle a été créée en application de son droit des sociétés [245]» .

La convention inclu une disposition spécifique pour traiter le phénomène des investissements réalisés par des sociétés immatriculées dans l'État d'accueil. L'article 25 (2) (b) de la Convention CIRDI traite des personnes morales constituées dans l'État d'accueil mais contrôlées par les ressortissants d'un autre État. Elles peuvent être traitées comme des ressortissants étrangers sur la base d'un accord.[246] Une société peut ainsi avoir accès, comme demanderesse, au CIRDI alors même qu'elle aurait la nationalité de l'Etat défendeur, ce, « en raison du contrôle

[241]Comme l'édicte l'article 1er de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certains questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité: « Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux… ».
[242]LEBEN Charles, « Arbitrage (CIRDI) », Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international, , mars 2010, para. 33.
[243]Tokios Tokelés c. Ukraine, CIRDI, affaire no ARB/02/18, décision statuant sur la compétence, 29 avril 2004 (20 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 205 (2005)). para.42.
[244]Solution du droit français. La législation française utilise à plusieurs reprises l'expression nationalité de la société, mais cette expression n'est nulle part définie, l'article L.210-3 alinéa 1er du Code de commerce édicte que : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumis à une loi française ».
[245]SOABI contre Sénégal (affaire CIRDI n°ARB/82/1), décision sur la compétence du 1er août 1984, para. 29.
[246]La partie pertinente de l'article 25(2)(b) de la convention CIRDI dispose que : « Ressortissant d'un autre Etat contractant signifie ; (b)….toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins d'application de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison de contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

exercé sur elle par des intérêts étrangers » et à condition qu'il y ait consentement des parties concernées[247].

Les notions de « contrôle étranger » et de « consentement pour traiter une société de droit local comme ressortissant étranger en raison de cette situation » ne font l'objet d'aucune précisions, que ce soit dans la convention de Washington ou dans le cadre de ses travaux préparatoires ; elles demeurent ainsi matière à controverses[248].

Les tribunaux ont fait preuve de souplesse quant à la forme de l'accord requis : « La convention CIRDI ne spécifie pas la manière par laquelle on peut exprimer l'accord des parties quant à l'existence des conditions donnant lieu à l'exception prévue à l'article 25(2)(b) *in fine* [249]», acceptant même des accords implicites, à cet égard.

Ainsi, dans l'affaire Letco c. Liberia le tribunal, après avoir posé la question (accord exprès ou tacite), a répondu indirectement en relevant que « le comportement des parties montre que, même s'il n'y avait pas d'accord exprès, il y avait au moins un accord tacite [250]». Cependant, la société doit, en réalité, être contrôlée par des étrangers.

L'accord en vertu de l'article 25(2) (b), doit être confirmé par le contrôle étranger effectif ; l'accord seul ne suffit pas. Le contrôle devra être exercé par un ressortissant de l'État qui est partie à la Convention CIRDI. Dans l'affaire Vacuum Salt c. Ghana[251], la demanderesse a été constituée au Ghana. Bien que l'accord entre les parties contienne une clause d'arbitrage CIRDI, le Tribunal a accepté que cette clause implique un accord afin d'appréhender la demanderesse en tant que ressortissant étranger, le tribunal a conclu qu'il avait à examiner l'existence du contrôle étranger comme exigence distincte :

« L'accord des parties pour traiter la demanderesse comme un ressortissant étranger, en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers, ne suffisant pas ipso jure à justifier la compétence. La référence faite par l'article 25(2) (b) au contrôle étranger fixe nécessairement une limite objective de la convention au-delà de laquelle la compétence du CIRDI ne peut exister…. [252]».

[247]CARREAU Dominique, « Investissement », répertoire de droit international Dalloz,, août 2008, para. 94.
[248]Idem.
[249]KLockner c. Cammeron (affaire CIRDI n° ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983, para III.
[250]Letco c. Liberia (affaire CIRDI n° ARB/83/2), Sentence du 31 mars 1986, para. 1.2.3.b.
[251]Vacuum Salt c. Ghana , (affaire CIRDI n°ARB/92/1), sentence du 16 février 1994 .
[252]Ibid., para. 36.

L'examen des faits a révélé qu'il n'y avait aucun contrôle étranger. Par conséquent, le tribunal a décliné sa compétence[253].

La Convention de Washington ne fournit pas d'indications au sujet du degré de contrôle à prendre en compte. Elle prévoit cependant l'accord des parties pour tirer les conséquences de ce contrôle. Le tribunal dans l'affaire Aucoven c. Venezuela, ainsi considérait que :

« Comme les autres conditions objectives de l'article 25 de la convention CIRDI, le contrôle étranger n'est pas défini. L'article 25(2) (b) ne précise pas la nature directe, indirecte, ultime ou effective du contrôle étranger. […] L'examen des travaux préparatoires montre qu'étant donné les critiques suscitées par les tentatives de définir le contrôle étranger, les rédacteurs ont considéré que définir le contrôle étranger était possible. […] . De là, les rédacteurs ont décidé de donner aux parties, une grande latitude, pour déterminer selon, quelles circonstances une société, pourra être traitée comme ressortissante d'un autre Etat contractant en raison de son contrôle étranger [254]».

II. La compétence ratione materiae des tribunaux CIRDI et la notion d'investissement

En termes juridiques, les régimes d'investissement doivent définir leur champ d'application ratione materiae. Dans la pratique, deux approches conceptuelles ont été développées pour donner un sens juridique à ce terme[255]. Les traités bilatéraux et multilatéraux ont inclus des définitions spécifiques. La deuxième approche est basée sur l'utilisation du terme, dans le langage économique régulier et laisse l'interprétation à la pratique des États et des tribunaux[256].

Dans le cadre de l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité, la compétence ratione materiae du tribunal arbitral se rapporte à la portée de l'accord d'investissement, alors que l'arbitrage peut être limité à certains aspects de l'accord d'investissement. Il est courant, dans la pratique, d'accorder aux investisseurs un large accès à l'arbitrage pour toute question découlant de l'accord.

---

[253]Ibid., paras 35 à 55.
[254]Aucoven c. Venezuela, (affaire CIRDI n° ARB/00/5), décision sur la compétence du 27 septembre 2001, paras. 110 et 113.
[255]Le terme « investissement » peut signifier différentes choses selon les disciplines et les contextes. Ainsi, cela peut signifier les dépenses d'acquisition de biens ou d'actifs pour générer des revenus. En termes anglais "expenditure to acquire property or assets to produce revenue", BLACK Henry Campbell, "Black's law dictionary", Bryan A. Garner, editor in chief. - 8th edition, Thomson, West, United States of America, 2004, p.844.
[256]DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford ; New York : Oxford University Press, first edition, 2008, p. 61.

L'existence d'un différend d'ordre juridique au regard d'un investissement, est une exigence juridictionnelle dans l'arbitrage d'investissement. Lorsqu'une procédure est effectuée en vertu de la Convention du CIRDI, le test, est celui de vérifier s'il y a un différend d'ordre juridique découlant directement d'un investissement.

Un différend est dit d'ordre juridique lorsqu'il concerne « soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique ».[257]

C'est ainsi que, dans l'affaire CSOB contre Slovaquie, le tribunal apporte la précision suivante:

« [b]ien qu'il soit exact que les différends en matière d'investissements auxquels un État est partie comportent fréquemment une dimension politique ou impliquent des actions gouvernementales, de tels différends ne perdent pas pour autant leur nature juridique, dès lors qu'ils concernent des droits ou obligations ou les conséquences de leur violation ». [258]

Il est évidnt qu'il doit y avoir un lien étroit entre l'objet du différend et l'investissement étranger actuel. Plusieurs formulations de TBI et les accords commerciaux préférentiels vont dans ce sens. Toutefois, des variations significatives existent entre les accords.

Certains TBI appliquent le mécanisme de règlement des différends investisseur-État à toutes sortes de différends, entre un investisseur d'une partie et l'autre partie contractante. D'autres utilisent des formulations telles qu'un des différends « concernant un investissement », « par rapport à », « en liaison avec » ; ou « découlant d'un investissement ». Tout indique que les questions touchant à l'investissement étranger peuvntt être examinées au niveau de l'arbitrage international.[259]

Selon l'article 25, 1 de la Convention de Washington, le différend doit être « en relation directe » avec un investissement. L'élément de caractère direct s'applique aux litiges en rapport avec l'investissement. Il ne se rapporte pas à l'investissement en tant que tel.

[257]Le Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatives aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Doc. CIRDI/2, 18 mars 1965, para. 26.
[258]CSOB c/ Slovaquie, (affaire CIRDI n° ARB /97 /4), décision sur la compétence du 4 mai 1999, para. 61.
[259]UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Investment Rulemaking, New York and Geneva, 2007, pp.101 -104.

Le tribunal en Fedax c. Vénézuela, a souligné que la compétence peut exister même pour les investissements qui ne sont pas directs, tant que le différend découle directement de cette opération.[260]

Etablir une relation directe avec l'investissement est un procédé délicat voire difficile, comme on le constate dans diverses affaires . L'affaire CSOB c/ Slovaquie par exemple : le tribunal dans sa sentence y relève ce qui suit :

« Un investissement est fréquemment une opération complexe, composée de diverses opérations étroitement liées, dont chaque élément, pris séparément, pourrait ne pas toujours être considéré comme un investissement. De ce fait, un différend porté devant le Centre doit être considéré comme étant en relation directe avec un investissement, même lorsqu'il est fondé sur une opération qui, prise individuellement, ne peut être qualifiée d'investissement, au sens de la Convention [de Washington], dès lors que l'opération fait partie intégrale d'une opération susceptible d'être qualifiée d'investissement [261]».

Il convient de noter que le champ d'application des procédures de règlement des différends investisseur-État ne dépend pas seulement des dispositions spécifiques traitant de ce sujet, il est également relié à la formulation particulière des obligations de fond.[262]

La question de ce qui constitue un «investissement» pertinent reste donc posée. De toutes les questions relatives à l'arbitrage CIRDI, c'est celle qui a vraisemblablement suscité les interrogations les plus nombreuses. La notion d'investissement est un concept juridique clé au regard des accords d'investissement car elle détermine, en plus de l'objet principal de ses disciplines, la portée substantielle de l'accord. Pour cette raison, les TBI et les accords commerciaux préférentiels fournissent une définition de ce qui constitue un investissement par rapport à leurs disciplines.

Les outils dont l'objectif principal est de protéger l'investissement étranger s'appuient sur des définitions de l'investissement qui sont généralement larges.

Les accords de protection des investisseurs et des investissements ont toujours utilisé des définitions fondées sur les actifs. L'investissement est considéré comme un élément qui existe déjà ou qui existera, au moment où la protection deviendra nécessaire. La terminologie ancienne

[260]Fedax N.V. c. Vénézuela, (affaire CIRDI n° ARB / 96/3), décision sur la compétence du 11juillet 1997, para. 24.
[261]CSOB c/ Slovaquie, (affaire CIRDI n° ARB /97 /4), décision sur la compétence du 4 mai 1999, para. 72.
[262] UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995—2006: Trends in Investment Rulemaking, op. cit., p. 104.

qui faisait référence à des «droits acquis» ou à des «biens étrangers»[263], apporte un éclairage sur le contexte. En l'occurrence, la nature exacte des actifs considérés importe peu en tant que telle dans la mesure où la protection doit être accordée aux actifs, après leur acquisition par l'investisseur, lorsqu'ils constituent une partie de son patrimoine[264].

Tenter de définir la notion juridique d'investissement ne peut se faire *ex nihilo ;* outre la Convention de Washington, de nombreux instruments internationaux déterminants sont consacrés ou abordent partiellement à cette opération particulière que constitue un investissement[265].

A l'issue de l'analyse des approches de la notion d'investissement, retenues par ces textes, il sera alors envisageable de mieux cerner cette notion.

A) Définition, de la notion juridique d'investissement, dans les Accords de protection des investissements : des approches multiples listées dans le corpus conventionnel international

En règle générale, les Traités de protection des investissements adoptent une définition large de l'investissement. Elle se réfère à «tout type d'actif», ce qui inuit que toute valeur économique (des biens ou des droits), est couverte par l'accord. Cette définition prend en compte non seulement le capital (ou les ressources) qui a franchi les frontières en vue de la création d'une entreprise ou de l'acquisition du contrôle d'une entreprise existante mais également la majorité des autres types d'actifs de l'entreprise ou de l'investisseur. Il s'agit ici des biens et divers droits de propriété, des investissements sans participation au capital, notamment plusieurs types de prêts et d'opérations de portefeuille, ainsi que d'autres droits contractuels, notamment, voire, des droits créés par voie administrative par l'État d'accueil (autorisations, permis, etc.).

Cette définition est très souvent retenue par les TBI[266]. C'est ainsi que le TBI entre le Maroc et l'Italie, invoqué dans l'affaire Salini contre Maroc[267], dispose, en son article 1er :

---

[263]Dans le projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, 1962.
[264]CNUCED, Portée et Définitions, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, pp. 21 et 22.
[265]MANCIAUXSébastien, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI», Paris, Lites, 2004, p. 43.
[266]CNUCED, Portée et Définitions, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, p.22.
[267] Salini c/ Maroc, (affaire CIRDI n° ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001; E. GAILLARD, La jurisprudence du CIRDI, Paris, 2004, Pedone, p.631.

« Au sens du présent accord, 1) le terme "investissement" désigne toutes les catégories de biens investis après l'entrée en vigueur du présent accord par une personne physique ou morale y compris le gouvernement d'une partie contractante, dans le territoire de l'autre partie contractante conformément aux lois et règlements de ladite partie.

Le terme « investissement » comprend notamment mais pas exclusivement : a) Les biens meubles et immeubles […], b) Les actions titres et obligations […], c) Les créances capitalisées […] ainsi que les droits à toute prestation contractuelle ayant une valeur économique, d) Les droits d'auteur, marques de fabrique, brevets, procédés techniques et autres droits de propriété intellectuelle et industrielle […], e) Tout droit de nature économique conféré par la loi ou par contrat […] f) Capitaux, […] employés pour, le maintien et/ou l'accroissement, de l'investissement […] ».

Ces définitions, de nature très large, reposant sur l'actif, sont généralement suivies d'une liste indicative des biens, laquelle comprend:

• Les biens meubles et immeubles et tous autres droits de propriété tels que les hypothèques, les créances privilégiées et les gages;

• Les actions, les titres et les obligations de sociétés ou autres intérêts dans des sociétés;

• Les créances liquides ou les droits à prestations, au titre d'un contrat à valeur financière;

• Les droits de propriété intellectuelle et la survaleur;

• Les concessions commerciales conférées par la loi ou par contrat, y compris pour la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles[268].

Dans ces termes, un « investisseur » est une personne morale ou physique qui détient l'un des droits énumérés, ou des « avoirs de toute nature » qui tombent autrement sous cette définition et ne sont pas marquée ailleurs hors de la portée de l'accord.

Dans certains Accords, comme dans le chapitre 11 de l'ALENA, les biens meubles et immeubles ne sont compris que s'ils ont une finalité économique ou commerciale. Cependant, un certain nombre de créances est exclu, notamment celles découlant des contrats commerciaux de vente ou de service ainsi que l'octroi de crédit pour les opérations commerciales[269].

[268] Par exemple, l'article 1(1) de l'accord bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements conclus entre le France et l'Afrique du Sud le 11octobre 1995.
[269] Accord de libre-échange nord américain (ALENA), chapitre 11, article 1139. disponible sur (www.nafta-sec-alena.org).

En ce qui concerne les investissements réalisés par l'acquisition de parts de fonds propres dans des entreprises nationales - une forme courante de la participation étrangère au sein du marché des services -, il est à noter que les définitions de l'investissement, basées sur les actifs, ne nécessitent pas que l'investisseur obtienne une position de propriété ou de contrôle sur cet investissement afin d'entrer sous la protection de la convention. En effet, les accords d'investissement se réfèrent largement aux « actions, titres ou tout autre type de prise de participation dans une entreprise » [270] ou à des termes similaires, sans référence à des participations ou autres qualifications concernant la relation entre l'investisseur étranger et la compagnie nationale incorporée.

La définition couvre la participation au capital dans des sociétés de droit local, y compris la participation de la minorité ou à travers les filiales intermédiaires dans la chaîne de propriété de l'entreprise. En fait, toute valeur économique portée par l'investisseur, à la suite de ses activités dans le pays hôte, devrait correspondre à l'une des catégories énumérées à travers une telle définition de l'investissement, ou au cadre des termes du texte introductif de la disposition qui est « tout type d'actif »[271].

Dans certaines affaires CIRDI, les investisseurs sont dotés du statut juridique non pas parce qu'ils contrôlent l'entreprise mais parce que leurs actions constituent l'investissement dans leurs propre droit. Il est logique, par conséquent, qu'aucune affaire à ce jour n'ait pu établir une limite inférieure du niveau de participation afin de permettre de procéder à des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, sauf si une telle exigence est énoncée dans le texte du traité même [272]. En ce sens, le tribunal arbitral du CIRDI, dans l'affaire CMS gaz contre l'Argentine, n'a pas trouvé d'élément, dans le droit international, la Convention CIRDI ou l'accord concerné (TBI EU-Argentine) exige des investisseurs étrangers qu'ils détiennent une part de capitaux propres de la majorité ou qu'ils possèdent ou contrôlent l'entreprise locale pour avoir jus standi devant le tribunal.[273]

- La définition de l'investissement fondée sur l'entreprise :

[270]TBI Corée - Association européenne de libre-échange (AELE), article 1, para. 2. (c).
[271]SORNARAJAH M. , The International Law on Foreign Investment, Cambridge : Cambridge University Press, second edition 2004, PP. 220-221.
[272]UNCTAD, "Investor-State disputes arising from investment treaties: a review", UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4.
[273]*CMS Gas Transmission c. République argentine*, aff. n° ARB/01/8, décision sur la compétence du 17 juillet 2003 paras. 48, 51 and 65.

Comme indiqué précédemment, la définition large, fondée sur les actifs, englobe divers types d'intérêts des sociétés, y compris sous forme d'actions, qui peuvent être détenus directement ou indirectement. Une approche alternative apréhende l'investissement à partir d'une définition fondée sur le concept « d'entreprise ». L'Accord de libre-échange Canada- États-Unis en est un exemple. L'« investissement » se trouve très clairement défini par rapport à l'entreprise, voire assimilé à cette dernière. En effet, selon l'article 1139 de l'ALENA, l'investissement désigne généralement « une entreprise » et, de façon plus spécifique, le « titre de participation » ou « de créance » de cette dernière.

Aux termes de cet accord, l'investissement incluait la création ou l'acquisition d'une entreprise commerciale, ainsi qu'une part du capital de celle-ci permettant à l'investisseur d'en prendre le contrôle. Par ailleurs, cet accord limitait l'investissement aux entreprises qui constituaient un investissement direct, excluant de ce fait l'investissement de portefeuille.[274]

Cela dit, ces mêmes entreprises, en tant que bénéficiaires principales de l'ALENA en la matière, voient leurs « investissements » soumis à un régime international de faveur[275].

Tandis que la grande majorité des TBI disposent d'une définition de l'investissement reposant sur l'actif, un certain nombre d'accords de libre-échange avec les chapitres d'investissement ont eu recours à des définitions axées sur l'entreprise. L'Union européenne a favorisé cette approche, à travers ses différents modèles. Parmi ces modèles, on peut citer les accords EuroMed signés avec des partenaires méditerranéens et d'autres accords d'association et de partenariat économique. L'accord d'association avec le Chili, par exemple, a nommé son chapitre «établissement», plutôt qu' « investissement» et définit l'établissement ainsi:

i) la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale, ou

ii) la création ou le maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation,

sur le territoire d'une partie en vue de l'exercice d'une activité économique.[276]

Enfin, à la différence d'autres types d'investissement, une «entreprise» possède la personnalité morale: il est fréquent que les accords retenant l'approche fondée sur l'entreprise autorisent expressément un investisseur étranger à engager des recours, non seulement en son nom propre,

[274] CNUCED, Portée et Définitions, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, 2011, p. 22.
[275] CARREAU Dominique, « Investissement », répertoire de droit international Dalloz, août 2008, n°52.
[276] L'accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, 2002, article 131.d.

mais aussi au nom de son entreprise. Cette situation peut avoir des incidences sur le montant des indemnités qui peuvant être versées au titre des dommages subis.

B) La définition de l'investissement dans la convention CIRDI

L'existence d'un investissement est la pierre angulaire de la compétence du CIRDI. Pourtant, la Convention du CIRDI ne propose aucune définition pour le terme «investissement». Néanmoins, il est question d'une exigence selon laquelle un investissement revêt un caractère objectif et ne peut être remplacé par accord des parties[277].

Les administrateurs de la Banque mondiale ont délibérément évité d'insérer une définition de l'«investissement» dans le paragraphe 1) de l'article 25 de la Convention du CIRDI. Cela tient, en partie, au fait que, les membres se sont trouvés, dans l'impossibilité de s'entendre, sur le sens exact du terme[278]. De même, cette approche a été retenue pour permettre à la Convention de prendre en compte tant les types classiques d'investissement (sous la forme d'un apport de capitaux) que les nouveaux types, notamment les contrats de services et les transferts de technologie[279].

Rares sont les tribunaux du CIRDI à s'être prononcés sur la nature de l'opération économique à l'origine du différend qui leur était soumis[280]. D'après l'article 25 de la Convention de Washington , les tribunaux arbitraux ont toutefois élaboré une jurisprudence conséquente sur le sens à donner au mot « investissement » et ont ainsi adopté une liste de descripteurs qu'ils estiment caractéristiques en matière d'investissement[281].

Le tribunal énonçait quatre conditions nécessaires pour qu'on se trouve en présence d'un investissement : les quatre critères de Salini. Ainsi un investissement suppose non seulement « des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération », mais il doit également contribuer « au développement économique de l'État

[277]DOLZER Rudolf and SCHREUERChristoph, " principles of international investment law" , Oxford university press, first edition 2008, p. 61.
[278]SCHREUER Christoph H., MALINTOPPI Loretta, REINISCHAufust, SINCLAIRAnthony (eds.),The ICSID Convention : a commentary : a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, second edition, 2009, pp. 114 à 117.
[279]DELAUME Georges R., "ICSID Arbitration and the Courts", The American Journal of International Law, Vol. 77, No. 4, Oct., 1983, p. 795.
[280]MANCIAUX Sébastien, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI », Paris : Litec, 2004 p. 63.
[281]LEBEN Charles, « Arbitrage (CIRDI) », Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international,, mars 2010, para. 61.

d'accueil de l'investissement » et ceci sur le fondement du Préambule de la Convention de Washington qui invoque « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique [282]».

Bien qu'à première vue, le paramètre de la durée, avec l'exigence que l'investissement apporte une contribution au développement économique du pays d'accueil, peut suggérer que cette approche concerne plus la définition stricte de l'investissement que l'établissement d'une « entreprise », la pratique arbitrale a constaté que presque tous les projets en cours d'examen ont rempli ces exigences. En effet, un large éventail d'activités a été considéré comme constituant des « investissements », y compris la construction d'infrastructures tels que les barrages, les routes et les autoroutes, le fonctionnement des hôtels, l'acquisition de billets à ordre, les prêts bancaires, le dragage des canaux, les services d'inspection, et différents types de contrats de concession et publics.[283]

L'examen, même partiel, de la jurisprudence CIRDI, depuis une dizaine d'années, révèle qu'elle reste divisée sur ce sujet.

La décision du CIRDI du 23 juillet 2001 (Salini c/ Maroc) a eu une influence toute particulière à cet égard même si elle s'est inspirée, en partie, de décisions antérieures[284].

Dans de nombreux cas, les arbitres ont pris en compte les quatre critères de Salini et ont accepté ou décliné leur compétence, à mesure qu'ils jugeaient que ces critères étaient présents ou non.[285]

Les cas où la compétence a été rejetée sur la base du fait que les opérations concernées ne constituent pas un investissement sont, en effet, exceptionnels. Ils se rapportent aux dépenses effectuées en vue d'un éventuel contrat public, et la revendication d'une garantie bancaire.[286]

Nous noterons, pour terminer que, dans la sentence Mihaly International Corporation contre Sri Lanka, les arbitres ont refusé de qualifier d'investissements les dépenses précontractuelles faites par une entreprise, en vue de la conclusion d'un contrat qui*, en fin,* ne sera pas signé[287].

---

[282]Salini c/ Maroc, (affaire CIRDI n° ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, para. 52.
[283]DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford ; New York : Oxford University Press, first edition, 2008, p. 69.
[284]Fedax contre Venezuela (aff. CIRDI n° ARB/96/3) , decision sur la competence du 11 juill. 1997 ; CSOB c/ Slovaquie (aff. no ARB/97/4) ,décision sur la compétence du 24 mai 1999.
[285]Patrick Mitchell contre Congo (DCAH 1er nov. 2006, aff. no ARB/99/7, la création d'un cabinet d'avocats) ; Saipem Spa contre Bengladesh (DC 21 mars 2007, aff. no ARB/05/07, construction d'un *pipeline*) ; Malaysian Historical Salvors et *alii* contre Malaisie (DC 17 mai 2007, aff. no ARB/05/10, contrat de récupération d'épaves) ; Noble Energy Inc et *alii* contre Ecuador et Consejo Nacional de Electricidad (DC 5 mars 2008, aff. no ARB/05/12, construction et exploitation d'une centrale électrique).
[286]Joy Minning c. Egypt, (affaire CIRDI n°ARB/03/11), décision sur la compétence du 6 aout 2004, paras. 44-63.

De manière générale, la méthode d'appréciation par les tribunaux de l'existence d'un investissement, au sens de la Convention CIRDI, n'est pas stabilisée. Les énoncés des tribunaux CIRDI considérant l'existence d'une notion d'investissement, au sens de la convention, sont partagés entre deux approches[288]. La première démarche pose une définition de l'investissement qui comprend des éléments à réunir cumulativement, de sorte que l'absence de l'un d'entre eux disqualifie l'opération[289]. La seconde approche part de l'idée qu'un investissement s'apprécie au regard de quelques caractéristiques variables à apprécier *in concreto* ; l'appréciation d'ensemble faisant que l'on peut parvenir à qualifier une opération d'investissement même en l'absence d'une caractéristique[290].

III. Le consentement à l'arbitrage

Le consentement des parties à l'arbitrage, en matière d'investissement, soulève des problèmes spécifiques qui concernent tous le consentement de l'Etat[291] : a-t-il été réellement exprimé? L'a-t-il été valablement? Quel en est l'objet exact ? Ces problèmes revêtent des aspects différents selon l'instrument dans lequel le consentement est configuré.

Comme toute forme d'arbitrage, l'arbitrage d'investissement est systématiquement basé sur un accord. Le consentement à l'arbitrage par l'État d'accueil et par l'investisseur est une condition indispensable à la compétence d'un tribunal. Il constitue également un élément clé dans l'établissement des limites de la procédure arbitrale car celle-ci définit les questions qui peuvent être soumises à un examen arbitral. La participation aux traités joue un rôle important pour la compétence des tribunaux mais ne peut par elle-même établir leur compétence. Les deux parties doivent avoir exprimé leur consentement.

---

[287]Mihaly International Corporation contre Sri Lanka, (affaire CIRDI n° ARB/00/2), Sentence du 15 mars 2002, paras. 50 et s.

[288]GAILLARD Emmanuel, « Reconnaitre ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI », in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, En hommage aux Professeurs Dominigue Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, pp. 21 et s.

[289]Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili (affaire CIRDI n° ARB/98/2), sentence arbitrale du 8mai 2008, para. 232.

[290]En ce sens, Československa obchodní banka, A.S. c. République slovaque (Affaire CIRDI n° ARB/97/4), décision du Tribunal sur la compétence du 24 mai 1999, para. 90. En faveure de cette approche FADLALLAHIbrahim, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI? », in *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution : liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris : International Chamber of Commerce (ICC), 2005, p. 267.

[291]MAYER Pierre et SILVAAna Carolina Simões e, « Le consentement à l'arbitrage », in Charles Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 681.

Le texte de la Convention de Washington repose sur l'idée que le consentement des parties crée la compétence qui agit comme principe directeur de la mise en place et le fonctionnement des tribunaux d'investissement CIRDI.[292]

La participation à la Convention de Washington signale la volonté du pays à faire un usage éventuel de ce mécanisme mais il ne remplit pas les conditions pour exprimer son consentement écrit à la compétence arbitrale.[293] De ce point de vue, aucune différence n'existe entre le CIRDI et l'arbitrage ad hoc, comme chaque État contractant demeure libre d'accorder ou de refuser son consentement pour apporter toute question dans l'arbitrage international, ou de définir des conditions pour son consentement.

Le consentement à l'arbitrage peut être exprimé dans un instrument unique ou dans un acte unique. Cette forme, d'expression directe du consentement, se matérialise traditionnellement par le biais d'une clause compromissoire contenue une convention d'investissement, appelé aussi « contrat d'Etat[294] » entre l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger.

Outre la clause compromissoire et le compromis, les accords directs entre les parties peuventse matérialiser l'autorisation par l'Etat d'accueil à l'investisseur de s'implanter sur le territoire de cet Etat. Le tribunal a autorisé cette forme d'accord[295].

Cette pratique va être acceptée par le Centre et celui-ci va publier des clauses types afin de faciliter la rédaction des TBI, pour les États contractants à la Convention de Washington ou pour les pays qui souhaitent se prévaloir du Mécanisme supplémentaire.[296]

L'objet du consentement est déterminé par la rédaction de l'instrument qui exprime la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage[297]. C'est à partir de cet écrit qu'il sera possible d'établir les sortes de litiges qui seront soumis à l'arbitrage, le genre de conditions pour avoir accès à l'arbitrage et les types d'arbitrage qui peuvent être initiés par les parties. Le consentement de

[292]SCHREUER Christoph, "Consent to Arbitration", in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, p. 831.
[293]Le Préambule de la convention de Washington est très clair à cet égard : « Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier ».
[294]KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité - entre intérêts privés et intérêt public », In: Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international, 2004, n° 32, p. 9-15.
[295]Amco Asia c. Indnésie (affaire CIRDI n° ARB/81/1) décision sur la compétence du 25 septembre 1983, para. 14(ii).
[296]Voir ICSID Model Clauses: Doc. ICSID/5/Rev. 2 February 1, 1993, in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 8, Issue 1, 1 March 1993, pp. 134–151,https://doi.org/10.1093/icsidreview/8.1.134.
[297]MAYER Pierre et SILVA Ana Carolina Simões e, « Le consentement à l'arbitrage», op.,cit., p. 704.

l'État peut être donné d'une manière générale, pour tous les litiges qui pourraient survenir concernant un sujet précis. Dans ce cas, l'expression de l'état du consentement fonctionne comme une offre ouverte du consentement à des investisseurs étrangers. La convention d'arbitrage est purement perfectionnée lorsqu'un investisseur, en particulier, accepte cette offre d'arbitrage international.

La « rencontre » des deux volontés, celle de l'État qui accepte la compétence du CIRDI dans sa loi ou dans un traité et celle de l'investisseur, a lieu lorsque celui-ci saisit le Centre d'une requête d'arbitrage, acceptant ainsi et du même coup la compétence du Centre.[298]

Dans la pratique, l'acceptation de l'offre d'arbitrage prend la forme de l'ouverture de la procédure d'arbitrage à proprement parler.[299] Cette offre, à la juridiction arbitrale peut être trouvée dans les législations nationales relatives à l'investissement étranger, ou, plus communément, consacréé en tant que clause d'arbitrage dans les TBI, ou les chapitres sur l'investissement des accords commerciaux préférentiels.

La possibilité d'exprimer le consentement, de façon décalée, était, expressément, prévue au paragraphe 24 du Rapport des administrateurs :

« […] un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit ».

Après avoir envisagé les formes possibles de consentement entraînant des conséquences diverses sur la nature du consentement, il y a lieu maintenant d'etudier les restrictions qu'un Etat ou une partie à la convention peuvent apporter à la portée de ce consentement.

A) Les restrictions substantielles

La plupart des accords d'investissement disposent de clauses de règlement des différends larges qui permettent d'apporter à l'arbitrage, essentiellement, toutes les questions couvertes par l'accord. Le TBI entre la Finlande et le Nicaragua, par exemple, fournit un exemple de consentement général exprès à l'arbitrage : chaque partie contractante donne ici son consentement

[298]LEBEN Charles, « Arbitrage (CIRDI) », Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international, mars 2010, para. 13.
[299]*Tradex c. Albania*, (affaire CIRDI n° ARB/94/2) décision sur la compétence du 24 décembre 1996, p. 186-187.

inconditionnel à la soumission d'un différend entre elle et un investisseur de l'autre partie contractante à l'arbitrage.

La portée du consentement à l'arbitrage, offert dans les traités, prend des formes variées. Outre ces clauses restreignant de manière automatique la portée du consentement de l'État en ce qu'elles encadrent la procédure d'arbitrage, l'État peut lui-même apporter ses propres restrictions. Toutefois, un certain nombre d'accords d'investissement limite la portée du consentement à l'arbitrage, sur certaines questions ou à certaines conditions.

Avant tout, de nombreux TBI dans leur clause de consentement contiennent une phrase comme « tous les différends en matière d'investissement » ou « tout litige relatif à un investissement ». Ces dispositions ne limitent pas la compétence d'un tribunal à la revendication découlant des normes de fond des TBI. Les clauses de consentement, peuvent également inclure, les différends qui surgissent d'un contrat dans le cadre de l'investissement[300].

L'article 8 du TBI, entre l'Italie et le Maroc, offre une option de compétence du CIRDI relativement à « Tous les différends ou divergences...concernant un investissement ».

Le tribunal de Salini c. Le Maroc a noté que les termes de cette disposition sont très généraux et comprennent non seulement une réclamation pour violation du TBI mais également une demande fondée sur le contrat : « l'article 8 oblige l'État à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'accord bilatéral et de tout manquement à un contrat qui le lierait directement[301] ».

En revanche, L'article 9 de TBI, applicable entre la Suisse et le Pakistan, vise « les différends relatifs à des investissements ». Le tribunal de SGS c. Pakistan a estimé que la phrase était décrivait simplement la matière des différends, sans lien au fondement juridique ou à la base légale de ces réclamations. Le tribunal a précisé que : « en d'autres termes, de cette seule description, sans plus, il nous semble qu'il ne peut être nécessairement déduit que les parties contractantes ont voulu que l'article 9 du TBI couvre à la fois les réclamations fondées sur le TBI et les réclamations purement contractuelles[302] ».

[300]DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford; NewYork: Oxford University Press, first edition, 2008, p. 260.
[301]Salini c/ Maroc,(affaire CIRDI n°ARB/00/4) décision sur la compétence du 23 juillet 2001, para. 61.
[302]SGS c. Pakistan, (affaire CIRDI n° ARB/01/13) décision sur la compétence du 6 aout 2003, para. 161.

L'objet de certaines expressions de consentement à l'arbitrage est très restreint. L'exemple typique de la clause en question porte sur les expressions de consentements qui sont limités à des litiges relatifs à des expropriations[303] ou au montant de l'indemnité d'expropriation[304].

Le consentement peut être offert au regard de certaines questions importantes de l'accord. Tel est le cas, par exemple, des accords d'investissement conclus par la Chine jusqu'à l'an 2000, ce qui a limité le consentement à l'arbitrage des questions d'évaluation de l'expropriation seulement[305]. De même, le TBI entre la Bulgarie et le Danemark, en 1993, ne donne son consentement à l'arbitrage que pour les litiges découlant de ses dispositions relatives à l'expropriation, à l'indemnisation et au transfert de fonds[306].

En vertu de ces dispositions, un investisseur étranger peut engager une procédure d'arbitrage concernant, uniquement les questions, qui ont été consenties par l'État d'accueil, au préalable. Il s'agit par exemple de controverses relatives au montant de l'indemnité d'expropriation, ou de savoir si une expropriation a effectivement eu lieu et la valeur de la compensation. Tous les autres litiges portant sur les disciplines restantes de l'accord, telles que le traitement national ou le traitement juste et équitable, nécessitent un accord d'arbitrage spécifique entre les autorités du pays hôte et l'investisseur étranger.

L'Etat peut restreindre la portée de son engagement en excluant certains litiges ou en listant les questions susceptibles d'être soumises à la compétence du CIRDI. L'Etat peut aussi, au travers de sa législation, restreindre les sujets à soumettre au CIRDI.

Dans l'affaire *SPP v. Egypt*[307], l'Egypte estimait que le CIRDI n'était pas compétent car il s'agissait d'une inexécution contractuelle or la loi relative à l'investissement prévoyait, qu'en matière contractuelle, seules les juridictions internes étaient compétentes[308].

Les restrictions substantielles peuvent également se rapporter à un certain type d'investissement ou à la phase de l'investissement. Dans le cas du TBI de l'AELE-Corée, le consentement préalable des parties ne s'applique qu'aux litiges initiés par des investisseurs étrangers qui ont déjà une position d'investissement, dans le pays d'accueil, mais pas à ceux impliquant des

[303]Saipem S.p.A. c. Bangladesh, (affaire CIRDI n° ARB/05/07), sentence du 30 juin 2009, paras. 120-132.
[304]*Telenor* Mobile Communications AS *c*. République de Hongrie, (affaire CIRDI n° ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006, paras. 18(2), 25, 57.
[305]TBI entre le Chine et le Singapour, article 13.3.
[306]TBI Bulgarie- Danemark, article 9(3).
[307]*SPP c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/84/3), décision sur la compétence du 27 novembre 1985.
[308]SCHREUER Christoph H., *The ICSID Convention : A commentary* Second edition, Cambridge University Press (2009).

investisseurs qui cherchent à faire un investissement - de manière à prévenir les différends concernant la phase de pré-établissement de l'investissement.

En outre, un certain nombre d'accords a restreint le consentement à l'arbitrage, en matière d'investissements, dans certains secteurs. Plusieurs TBI et accords commerciaux préférentiels récents ont, en particulier, restreint l'accès à l'arbitrage international des investisseurs, dans le secteur des services financiers, ce secteur étant sensible aux préoccupations réglementaires). Pour les réclamations concernant ce secteur, certains accords permettent aux investisseurs de contester des mesures gouvernementales uniquement sur la base des dispositions de protection des investissements comme l'expropriation et l'indemnisation et le transfert de fonds. Ces accords ne permettent pas de contester sur les disciplines relatives au traitement national ou à l'accès au marché. D'autres accords, nécessitent l'autorisation d'un comité (composé de représentants des parties au TBI ou aux accords commerciaux préférentiels) pour procéder à des arbitrages d'investisseur-État sur les services financiers.

B) Les restrictions procédurales

La possibilité offerte à l'investisseur de recourir à l'arbitrage par l'État d'accueil, même si ce n'est pas exclusivement en termes de fond, peut être soumise à certaines conditions procédurales. En pratique, ces conditions concernent les différentes étapes de la procédure que les parties pourraient être tentées d'enfreindre ou de contourner. À ce stade, l'on peut distinguer les différentes restrictions.

Tout d'abord, un certain nombre de TBI prévoit des périodes d'attente de 3 à 10 mois avant que la requête d'arbitrage ne puisse être déposée. L'objectif, souvent clairement annoncé, consiste à donner aux parties au différend la possibilité de parvenir à un accord à l'amiable.[309]

Ainsi, l'article 7 du modèle français de traité bilatéral d'investissement prévoit que:

« Si ce différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des Parties au différend, il est soumis, à la demande de l'investisseur, soit aux tribunaux de la Partie contractante considérée, soit à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ».

Le CIRDI a élaboré des clauses types afin de consigner cette période précontentieuse de six mois[310].

[309]SCHREUER Christoph H., « Travelling the BIT Route Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork Sin the Road», Journal of World Investment and Trade, Vol. 5: 2, 2004, p. 232.

Certains TBI prévoient que, avant qu'un investisseur ne puisse porter le différend devant un tribunal international, il doit chercher une résolution aupres des tribunaux nationaux de l'État d'accueil, pendant une période donnée, généralement de 18 mois. L'investisseur peut procéder à l'arbitrage international uniquement si les procédures de droit interne n'influent pas sur la résolution du litige, durant cette période lorsque le litige persiste après la décision des juridictions internes ou si les différends persistent après la décision interne.[311]

Le tribunal CIRDI a précisé, dans l'affaire Maffezini c. Espagne, que cette clause ne prévoyait pas l'épuisement des voies de recours interne[312].

Une autre appelleation des tribunaux nationaux par les TBI est la clause « fork in the road » prévue à l'article 26 de la Convention de Washington[313]. Cette clause oblige l'investisseur étranger à choisir entre déposer la demande devant le système judiciaire national ou recourir à l'arbitrage international. Dès que l'investisseur a fait son choix, ce choix est exclusif et doit être accepté par les juridictions étatiques si l'une des parties les saisit également.

Les Clauses modèles élaborées par le CIRDI prévoient une rédaction type :

« Avant qu´une partie n´engage une procédure d´arbitrage aux termes de la Convention, cette partie doit avoir pris toutes les mesures nécessaires pour épuiser les recours [suivants] [administratifs] [et] [judiciaires] prévus par la loi de l´Etat d´accueil pour le litige en cause [liste des recours nécessaires], à moins que la partie adverse n´ait renoncé par écrit à faire valoir cette exigence.[314] »

À l'inverse, un certain nombre de TBI exige l'épuisement des voies de recours internes avant de recourir à l'arbitrage international. Néanmoins, les clauses de ce genre sont rares et se retrouvent principalement dans les anciens TBI. L'investisseur a le droit d'engager des procédures internationales uniquement lorsque le système juridique interne ne parvient pas à régler le différend, dans le délai imparti. Le TBI d'Argentine – Corée, de 1994, fait valoir que le différend peut être soumis à l'arbitrage international :

---

[310] AMERASINGHE Chittharanjan Felix, "How to Use the International Centre for Settlement of Investment Disputes by Reference to its Model Clauses", The Indian Journal of International Law, Vol. 13, No. 4, 1973, pp 530-549.

[311] DOLZER Rudolf, SCHREUER Christoph, " principles of international investment law" , Oxford university press, first edition 2008, p. 266.

[312] Maffezini c. le Royaume d'Espagne, (affaire CIRDI n° ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, para. 28.

[313] L'article 26 de la Convention précise que « [c]omme condition à son consentement à l'arbitrage […] un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

[314] Disponible en ligne : http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-fra/14.htm#VIb

"if one of the parties so requests, where, after a period of eighteen (18) months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision, or where the final decision has been made but the parties are still in dispute; (b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed[315]."

Dans certaines affaires, les tribunaux ont exigé la preuve de la tentative d'obtenir réparation devant les tribunaux nationaux, non pas comme une question de compétence et de recevabilité, mais comme élément de la preuve que la norme pertinente de droit international avait en effet été violée.

Le tribunal, dans l'affaire Waste Management, a décrit ce phénomène, dans ces termes :

« Dans ce contexte, la notion d'épuisement des recours internes est incorporée dans la norme de fond et est non seulement une condition procédurale à une réclamation internationale[316] ».

La compétence des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI, est plus complexe à établir que celle des autres institutions d'arbitrage. En plus du nécessaire consentement à l'arbitrage, de la prise en compte d'éventuels incidents de procédure - telle l'exception de litispendance - les tribunaux arbitraux CIRDI voient leur compétence d'attribution limitée par la convention de Washington.[317]

La mise en œuvre des accords de l'OMC relatifs aux investissements conduit à la mise en concurrence entre l'opportunité pour un investisseur privé de porter le litige devant l'institution arbitral du CIRDI(ou autre) et l'opportunité pour l'Etat d'origine de l'investisseur de faire état d'un dommage, d'une violation d'une obligation ou de la réduction par l'Etat d'accueil des avantages résultant des accords de l'OMC devant l'ORD.

Il y a litispendance lorsqu' un procès,identique à celui dont une juridiction est saisie, est porté devant une seconde juridiction. La question de la litispendance en ces deux procédures (OMC, CIRDI) s'impose dès lorsque l'Etat d'origine de l'investissement agit en parallèle de son ressortissant, sur les mêmes fondements. Ces fondements sont constitués par la mise en cause d'une mesure de l'Etat d'accueil et pas seulement par une violation des stipulations du contrat d'investissement.

[315]TBI entre l'Argentine et Corée du 1994 , article 8.3.
[316]Waste Management, Inc. c. Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 Avril 2004, para. 97.
[317]MANCIAUX Sébastien, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI », Paris : Litec, 2004, p. 33.

Titre 2. Les recours et l'exécution dans les différends en matière de commerce international et d'investissement : les mesures correctives et la mise en œuvre des sentences arbitrales

Il va maintenant falloir définiroù se situe l'interface entre les procédures de règlement des différends d'investisseur à État et d'État à État. Selon la forme définitive que revêtira le texte, le règlement des différends, dans le cadre des deux procédures risque de porter, dans nombre de cas, voire dans tous les cas, sur des questions identiques.

Si les droits de la partie plaignante ont été revendiqués par le juge, quels sont les moyens disponibles pour redresser les griefs illégaux que la partie plaignante a subis ?

La réponse à cette question fondamentale réside dans les voies de recours disponibles, en vertu du système de règlement des différends concerné. Force obligatoire et caractère définitif des sentences arbitrales sont deux grands principes garants de l'efficacité de l'arbitrage d'investissement ainsi que de l'arbitrage commercial. Ils se heurtent néanmoinsfréquemment à la quête de la « vérité juridique » par la partie perdante, au moyen de l'exercice de voies de recours contre la sentence[318].

Si le système offre des recours inadaptés ou dénués de sens, le plaignant peut se détourner du tribunal avec une simple victoire Pyrrhique : une décision en sa faveur pour faire valoir ses droits mais aucune réparation pertinente quant à ses intérêts qui ont subi des « dommages ». En fin de compte, les voies de recours offertes par le système de règlement des différends, ainsi que les moyens d'exécution, déterminent si le différend, quoique résolu en termes de processus judiciaire, peut être considéré comme un succès plein et entier . On peut se demander si un investisseur doit ne recourir qu'à un mécanisme à l'exclusion de l'autre ou s'il doit pouvoir recourir aux deux procédures concurremment ou séquentiellement. Certaines conventions d'arbitrage, comme la Convention du CIRDI, imposent à un investisseur de renoncer à obtenir des mesures correctives d'État à État s'il invoque les procédures du CIRDI.

Chapitre 1. Les recours juridiques dans les contentieux économiques internationaux

Il a été constaté que les investisseurs étrangers dans le domaine des services sont couverts, en leur qualité d'investisseurs étrangers, par les TBI et les chapitres sur investissement d'un certain

[318] ACHTOUK-SPIVAK Laurie, « Les voies de recours contre les sentences en matière d'investissement », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 885.

nombre d'accords commerciaux préférentiels modernes. En outre, comme présences commerciales, les investisseurs sont couverts par les disciplines du commerce (et d'investissement) de l'AGCS. Ces deux systèmes offrent des mécanismes de règlement des différends auxquels l'investisseur peut recourir, soit seul, soit conjointement avec le gouvernement d'un membre de l'OMC, dans le but de contester les mesuresprises dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

L'arbitrage, de par sa spécificité, est traditionnellement considéré comme le forum naturel, sinon le plus avantageux, pour les investisseurs étrangers. La question est alors de savoir s'il existe des incitations pour un investisseur étranger de recourir en priorité au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, malgré l'absence de statut juridique propre, et la nécessité de se tourner vers les autorités gouvernementales, pour présenter la réclamation.

On peut trouver un certain nombre d'éléments importants en comparant les deux systèmes si différents que sont l'arbitrage investisseur-État et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC (État - État). Les raisons de la sélection du forum approprié peuvent varier en fonction de l'efficacité de temps et de coûts de la procédure, aux disciplines internationales particulières que peut donner un fondement juridique à la réclamation [319]. Les implications politiques d'une revendication dans l'un ou l'autre forum peuvent également être pertinentes. Pour un différend à l'OMC, comme on le voit ci-dessus, l'investisseur plaignant, doit compter sur le soutien actif de son gouvernement, pour lancer le différend, qui n'est pas toujours possible ou facilement accessible.

L'élément particulièrement important de cette décision réside dans les recours (remèdes) prévus par le forum choisi. Les voies de recours juridiques concernent l'issue juridique du différend qui se reflète sur les droits et obligations des parties découlant d'une décision définitive du tribunal choisi. En d'autres termes, les remèdes répondent à : la question : Que gagne la demanderesse si

[319]En effet, tandis que les accords internationaux d'investissement ainsi que l'AGCS fournissent des disciplines relatives au traitement national, la manière de la réduction de ces dispositions varie dans les différents accords, qui peuvent avoir des implications juridiques importantes, rendant un accord, une base juridique plus appropriée que l'autre pour une même revendication particulière. En outre, l'AGCS et l'AII ont tous les deux des disciplines sur les aspects pas abordés directement dans l'autre. L'AGCS prévoit des disciplines sur "l'accès au marché" et "les engagements supplémentaires" - ces dernier, particulièrement pertinente dans des secteurs tels que les télécommunications. Les accords internationaux d'investissement comprennent des dispositions relatives à l'expropriation, non compris au niveau multilatéral. Pour une comparaison des dispositions de fond de l'investissement dans l'AGCSet AII, voir CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde La montée en puissance du secteur des services – Vue d'ensemble, UNCTAD/WIR/2004 (Overview), Nations Unies, New York et Genève, 2004.

elle obtient gain de cause ? Les droits et obligations découlent de la décision finale dans le cas de déterminer si le différend, même si gagné, peut être considéré comme un succès sur toute la ligne.

Quand un fait international illicite a été commis, une nouvelle relation juridique émerge entre les Etats concernés, l'obligation de réparer en particulier. La responsabilité de l'État est engagée dès lors que l'ordre juridique international est violé ; Lesconséquences nouvelles de cette violation mettent l'accent sur l'obligation de respecter la règle qui a été transgressée ; que ce respect soit mesuré par rapport au présent (maintien du devoir d'exécuter l'obligation et cessation de sa violation) ou envisagé au futur (assurances et garanties de non-répétition)[320].

En principe, la commission d'un fait internationalement illicite implique essentiellement une obligation de réparer, sous forme de restitution, d'indemnisation et/ou de satisfaction[321]. Le remède préféré, en litige international, est celui de la restitution pour laquelle l'État défendeur doit chercher à rétablir le *statu quo ante*(la situation qui prévalait) avant la survenance de l'acte illicite. Ce principe a été énoncé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire Usine de Chorzow. Il est ici noté que [322] :

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pourles pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international ».

La primauté de la restitution, ainsi que sa limitation, est confirmée par le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Ces articles prévoient qu'un « Etat responsable du fait

[320]BARTHE-GAY Clarisse, « Réflexions sur la satisfaction en droit international », in: Annuaire français de droit international, volume 49, 2003 (pp. 105-128), p. 106.
[321]AUST Anthony, Handbook of International Law,Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2005, pp. 417-428.
[322]Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Demande en indemnité) (Fond), Cour Permanent De Justice Internationale, Recueil des arrêts, publications de la Cour Permanent De Justice Internationale, Serie A - NO I7, septembre 1928, p.47

internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution[323]».

La restitution, cependant, pose un certain nombre de défis : il peut exiger l'abrogation des lois légalement adoptées par les parlements et acceptéés comme constitutionnelles par les plus hauts tribunaux du pays. Pour une véritable restitution, il peut exiger la restauration ou la réparation des biens ou des valeurs économiques qui ne peuvent être facilement restaurés. Pour les tribunaux internationaux, il est généralement difficile d'essayer de forcer un État à procéder à une disposition spécifique d'un traité car ils ne disposent pas des moyens pour faire respecter un tel mandat ; Il y a, de plus, une réticence de longue date entre les juridictions nationales les plus hautes pour forcer les gouvernements nationaux d'exécuter des obligations contractuelles[324].

Compte tenu des inconvénients du remède de la restitution, il n'est pas suprenant qu'il soit rarement utilisé dans la pratique arbitrale internationale. Cela vaut pour l'arbitrage commercial international autant que pour les arbitrages internationaux impliquant des États. Les différends arbitraux internationaux Etat-État ont, au contraire, « appuyé » sur l'indemnisation des dommages sous la forme d'un paiement pécuniaire qui est devenu le remède *norme de facto* dans le droit international[325].

Il reste donc la question des remèdes qu'offrent les systèmes de règlement des différends de l'OMC et l'arbitrage d'investissement aux investisseurs étrangers pour redresser leurs griefs, et s'ils représentent des réparations appropriées pour les droits et obligations énoncés dans les accords internationaux concernés.

- Les dispositions du règlement des différends (d'investisseur à État) doivent-elles simplement viser à amener les parties à convenir entre elles du régime applicable et à leur laisser le soin de déterminer les mesures correctives envisageables, dans le cadre de ce régime ? Ou encore, les instances arbitrales doivent-elles, n'être habilitées qu'à accorder des indemnisations ou à ordonner la restitution des biens dans certains cas ?

- Dans le cadre de l'OMC, quels types de mesures correctives une instance arbitrale peut décider de retenir ? Outre ses résolutions habituelles sur la légalité de la mesure en question, le tribunal

[323]Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, article 36.1.
[324] KUYPER Pieter Jan, Remedies and Retaliation in the WTO: Are They Likely to Be Effective? The State Perspective and the Company Perspective, American Society of International Law Proceedings,Vol. 91, 1997, (pp. 282-288), p. 282.
[325] HOBÉR Kaj, "remedies in investment disputes", in Andrea Bjorklund, Ian A. Laird and Sergey Ripinsky (eds), Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law, The British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 9.

doit-il formuler des recommandations sur les types de mesures à appliquer pour assurer le règlement du différend ?

- Une question est connexe : les procédures de règlement des différends d'investisseur à État ou d'État à État doivent-elles s'exclure mutuellement ? S'il s'agit d'ouvrir un large éventail de mesures correctives aux investisseurs, les mesures correctives concurrentes locales, arbitrales ou diplomatiques sont-elles nécessairement néfastes ? Peut-on invoquer des raisons suffisamment solides pour ne pas reconnaître aux investisseurs le droit d'obtenir de telles mesures correctives ?

L'arbitrage investisseur-État et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC offrent deux approches différentes au regard des recours (remèdes) pour les différends internationaux. Si l'arbitrage se concentre sur la réparation des conséquences de l'absence de non-conformité avec les obligations internationales de l'État, le règlement des différends de l'OMC s'attache lui à la mise en conformité avec les obligations multilatérales des membres de l'OMC.

Pour examiner la manière dont se joue cet affrontement dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, la *summa divisio* arbitrage CIRDI/ mécanisme règlement des différends de l'OMC reste la plus pertinente. Alors que le premier mécanisme repose presque exclusivement sur la restauration des dommages pécuniaires (I), le second adopte la restitution comme son principal et unique remède (II).

I. Les remèdes prévus par l'arbitrage investisseurs-État

Un mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat confère aux investisseurs étrangers des droits assis sur le traité de prendre l'initiative pour obtenir la réparation de dommages résultant du non-respect, par des pays d'accueil, des obligations touchant à l'investissement.

La portée et la nature des mesures correctives (remèdes) dans le cadre des procédures d'investisseur-Etat ainsi que leur mise en œuvre sont très variables. Certaines conventions bilatérales prévoient un éventail limité de mesures correctives, sous forme d'indemnisations ou de restitution de biens. D'autres accords, reprenant les règles du CIRDI, ne prescrivent pas les mesures correctives disponibles, mais prévoient des mesures correctives conformes aux règles de droit acceptées par les parties au différend. La compensation monétaire est le principal remède que les investisseurs réclament et que les arbitres rattachent, le cas échéant, à l'engagement de la responsabilité de l'Etat d'accueil de l'investissement (A). En revanche, les remèdes non pécuniaires sont, en l'état actuel de la jurisprudence, relégués à un rôle accessoire (B).

A) Restitution matérielle : une compensation monétaire (l'indemnisation comme mode privilégié de réparation du dommage dans le différend de l'investissement)

Les recours dans les procédures d'arbitrage investisseur- État suivent le principe général reconnu par le droit coutumier international sur la responsabilité de l'État : les États doivent réparer les dommages économiques subis par l'autre partie, en raison de violations du droit international. Dès lors que les arbitres estiment que la responsabilité internationale de l'État est engagée, la question de la réparation est traitée au regard des règles coutumières du droit international général, telles qu'elles ont été codifiées par la CDI[326]. L'indemnisation, au sens de l'article 36 du projet final de la CDI, est le fondement juridique le plus adapté pour justifier l'octroi des espèces sollicitées par l'investisseur. Cette indemnisation est, dès lors, omniprésente dans le développement des sentences arbitrales consacréés à, l'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement, et à la mise en œuvre de l'obligation de réparation intégrale du dommage pesant sur ce dernier[327].

Le principe a été énoncé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'Usine de Chorzów précédemment mentionnée [328] . Il est admis comme un principe autorisé et généralement appliqué dans l'arbitrage investisseur-État[329].

En la matière, les principes posés par la CPJI dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, et repris par la CDI ont une valeur de référence dont les arbitres ne jugent pas utile de se départir[330]. Alors que la *restitutio in integrum* est censée constituer le mode premier de réparation – la sentence Biwater rappelle d'ailleurs la priorité donnée par la CDI à la restitution et l'intervention subsidiaire de

[326]Par ex. CIRDI, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie, aff. n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, paras. 773 et s.

[327] RAUX Mathieu, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 468.

[328] « Le principe essentiel, qui découle de la notion d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale , notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (Usine de Chorzów, arrêt précité, p. 47) .

[329]Voir, par exemple, CME Czech Republic B.V. c. République tchèque, CNUDCI, sentence finale, 14 mars 2003. Disponible sur http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf, et CMS Transmission Company gaz c. République argentine, (affaire CIRDI n ° ARB / 01/8), sentence du 12 mai 2005.

[330] LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », chronique in Annuaire français de droit international, 2008, (pp. 467-512), p. 496.

l'indemnisation[331] –, le contentieux arbitral est pauvre en affaires dans lesquelles conséquences du fait internationalement illicite consistent en la remise des choses en l'état[332].

La restitution constitue, en ce sens, une norme pour évaluer la compensation monétaire, pour évaluer le quantum de la réparation plutôt que celui de la forme de la réparation elle-même[333].

Dans cette approche, la demanderesse peut demander soit un paiement monétaire soit la restitution des biens perdus si tel est le cas. Cette solution est expressément prévue dans certaines conventions d'investissement(cf. le chapitre XI de l'ALENA) qui prévoit, en son article 1135, que:

« Lorsqu'un Tribunal accorde un redressement final à l'encontre d'une partie, il pourra uniquement accorder:

a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable; ou

b) la restitution de biens, dans lequel cas l'ordonnance de redressement disposera que la partie contestante peut verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution. »

L'ALENA limite les réparations, dans le cadre de la procédure d'investisseur-Etat, à des indemnisations et à des intérêts cumulés ou à la restitution des biens.

Cependant, la dernière option s'applique qu'à un nombre limité de cas que sont ceux où la propriété de l'investisseur étranger a été expropriée illégalement dans son intégralité avec une restitution encore possible. Si la violation n'entraîne pas la saisie des biens, comme la violation des obligations de traitement, l'investisseur étranger est empêché de demander tout autre mesure qu'un paiement monétaire.

La disposition prévoit que, même si un tribunal peut décider « la restitution des biens », ces décisions « doivent prévoir que les parties au différend peuvent payer un dédommagement monétaire et tout intérêt applicable, en remplacement de la restitution ». On peut citer à cet égard, l'ALENA. De même on peut citer les modèles d'accord de protection des investissements canadien et américain comme exemples de traités comprenant des dispositions limitant la liberté

[331] Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie, (affaire CIRDI n° ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008, para. 774.
[332] ENDICOTT Martin, « Remedies in Investor-State Arbitration : Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards », in Ph. KAHN/Th. WÄLDE (dir), Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 517-552.
[333] HOBÉR Kaj, "remedies in investment disputes", in Andrea Bjorklund, Ian A. Laird and Sergey Ripinsky (eds), Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law, The British Institute of International and Comparative Law, 2009, p.9.

de l'investisseur et le pouvoir des arbitres quant aux remèdes pouvant être réclamés ou octroyés, en cas de manquement à leurs dispositions[334]. Cela laisse supposer que les tribunaux arbitraux de l'ALENA ne sont pas autorisés à ordonner au gouvernement de l'Etat de changer ses lois, ses règlements ou sa politique, ce que les organes de l'OMC peuvent faire. Ces cas ne peuvent pas servir de précédent fiable pour l'ensemble des arbitrages commerciaux dan la mesure où ce qui est recherché n'est pas un avis juridique mais une sentence susceptible d'exécution[335].

En 2008, la requête des investisseurs dans l'affaire Micula c. Roumanie comportait une demande de restitution juridique : la remise en l'état du cadre légal antérieur à l'adoption d'une ordonnance gouvernementale d'urgence. Le tribunal n'a estimé cette demande incompatible ni avec la convention de Washington ni avec le TBI sur lequel reposait sa compétence[336]. En l'espèce, la décision sur la compétence et la recevabilité a admis que le tribunal avait compétence pour décider de mesures de restitution[337].

De l'examen du dispositif des sentences arbitrales rendues en matière d'investissement et contenant une obligation de réparation, il ressort que les tribunaux arbitraux ont condamné l'Etat à des obligations autres que pécuniaires dans très peu cas seulement [338]. Dans l'affaire ATA Construction c. Jordanie,[339] par exemple, le tribunal a ordonné que les procédures en cours devant les juridictions internes jordaniennes soient arrêtées et que le demandeur soit autorisé à recourir à l'arbitrage. Par contre, dans l'affaire Charles Arif c. Moldavie,[340] le tribunal a laissé le choix au demandeur entre la restitution et le paiement d'une compensation pécuniaireou le paiement d'une compensation pécuniaire seule.

Il convient de noter, et cela est fréquent, que la réparation demandée et accordée dans le nombre croissant d'arbitrages investisseurs-Etat confirme que la compensation monétaire, plutôt que la restitution, est le principal remède dans le cadre de l'arbitrage international. Dans ce contexte, la compensation rerpésente donc la voie privilégiée par les arbitres transnationaux, au regard du

[334]RAUX Mathieu, « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement », op. cit., p. 490.
[335] REDFERN Alan et HUNTER Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 360.
[336]Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie, (affaire CIRDI n° ARB/05/20), décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, para. 168.
[337]Ibid. paras. 158 et s.
[338]ACHTOUK-SPIVAK Laurie et BEN MANSOURAffef, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement », in Charles Leben (dir.), Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 1006.
[339]ATA Construction c. Jordanie, affaire CIRDI n° ARB/08/2, sentences du 18 mai 2010.
[340]Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013.

contentieux relatif à l'investissement. L'arrêt Usine de Chorzów dont les critères servent de référence au calcul du montant de la compensation semble n'avoir pas pris une ride[341].

Depuis un certain nombre de TBI et chapitres sur l'investissement conclus par les Etats-Unis et le Canada ont répliqué cette disposition, il est entendu que les tribunaux d'investissement établis en vertu de leurs disciplines n'ont pas la possibilité d'accorder des réparations autres que des dommages pécuniaires oula restitution des biens[342].

Parmi les autres instruments d'investissement, un certain nombre ne dispose pas d'une telle disposition sur la nature des mesures correctives prévues dans les procédures entre investisseurs et États. Ainsi, la Convention du CIRDI ne dispose pas de disposition énonçant les catégories possibles de remèdes disponibles sous son périmètre. Elle reconnaît néanmoins la nature monétaire des recours en affirmant que les parties contractantes reconnaissent les sentences rendues en vertu de ses règles, et « respectent l'obligation pécuniaire infligée par cette sentence [343] ». Dans cette disposition, il n'est pas nécessaire que le remède prenne la forme d'une compensation monétaire et l'historique de la rédaction de la convention indique qu'un tribunal du CIRDI a le pouvoir d'ordonner des mesures de réparation autres que le paiement d'une somme d'argent. On citera ainsi le renouvellement d'une licence d'exploitation, le retrait d'un acte administratif ou la restitution d'un bien. Toutefois, excepté pour une affaire, les tribunaux d'arbitrage du CIRDI se sont régulièrement appuyés sur les remèdes pécuniaires[344].

Le régime d'arbitrage applicable à des arbitrages d'investisseur- Etat de la CNUDCI, fréquemment utilisé par les tribunaux arbitraux non-institutionnels (ad hoc), prévoit que le demandeur peut inclure dans sa requête « le redressement ou l'arbitrage demandée[345]». La portée de cette disposition, qui permet au demandeur de solliciter tout type de recours, est large. Elle reflète l'idée que les règles de la CNUDCI ont été conçues pour régir non seulement les différends d'investisseur-État mais également le litige commercial international, en général, qui offre en principe un éventail de solutions plus grand que les arbitrages mixtes, d'investisseurs-Etat. En ce qui concerne l'arbitrage d'investisseur-État, cependant, la pratique,en vertu des règles

[341]SABAHI Borzu, « The Calculation of Damages in International Investment Law », in Ph. KAHN/Th. WÄLDE (dir), Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 553-595 ; (cité in LATTY Franck, Arbitrage transnational et droit international général (2008), Annuaire Français de Droit International, 2008, 54, (pp. 467-512), p. 499).
[342]Par exemple, l'article 34 du TBI États-Unis - Uruguay; l'article 10.25 de l'accord de libre-échange Maroc - Etats-Unis ; et l'article XII.9 du TBI Canada - Costa Rica.
[343]Convention du CIRDI, art. 54 (1).
[344]SCHREUER Christoph, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", Arbitration International, vol. 20, n°4, 2004, pp. 325-326.
[345]Règlement de la CNUDCI, art. 18.2 (d).

arbitrage de la CNUDCI, consiste à la réparation des dommages subis par le demandeur au moyen d'une compensation monétaire, comme c'est le cas dans les procédures du CIRDI.

Les tribunaux arbitraux jouissent en la matière, comme pour l'évaluation des dommages et intérêts en tant que telle, d'un très large pouvoir d'appréciation. De manière générale, la détermination de l'indemnisation (choix de la méthode, détermination du montant, etc.) laisse une marge de manœuvre importante aux arbitres qui auront tendance à s'orienter vers la solution leur paraissant la moins inéquitable. Néanmoins, la frontière entre l'équitable et l'arbitraire devient parfois ténue comme le montre la question du calcul de l'indemnisation des dommages moraux. Lorsque les arbitres sont confrontés à une demande d'indemnisation au titre du préjudice moral, leur approche de ces dossiers reste restrictive et demeure soumise à l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Ce pouvoir est souverain lorsqu'il s'agit, de préciser les conditions permettant d'obtenir l'indemnisation du préjudice moral, et d'évaluer si celles-ci sont effectivement réunies dans l'espèce qu'ils sont chargés d'instruire[346]. Si le droit international général admet le caractère indemnisable de tels préjudices, il ne fournit guère d'indication, et pour cause, sur leurs critères d'évaluation[347].

Dans des affaires concernant l'expropriation, une indemnisation intégrale doit comprendre les profits futurs perdus en raison de l'expropriation, en plus des dommages réels encourus. Cependant, certains tribunaux arbitraux ont rejeté la possibilité d'inclure ces profits dans le calcul de l'indemnité, dans les cas où l'investissement, pas encore opérationnel, n'a pas été effectif.

En parvenant à cette conclusion, le tribunal de l'affaire Metalclad c. Mexique a considéré que « les profits futurs du bien étaient tellement dépendants d'un traitement préférentiel de la part du gouvernement qui n'avait pas encore été obtenu que toute estimation à ce sujet aurait été entièrement spéculative[348] ». Dans les affaires impliquant d'autres types de violations, y compris celles portant sur les obligations de traitement, le calcul de profits perdus entraîne des difficultés encore plus importantes.

Les remèdes prévus dans l'arbitrage investisseur-État se concentrent ainsi sur l'élimination des conséquences de la violation des obligations internationales, plutôt qu'elles ne traitent les causes du préjudice. De par sa nature, une compensation monétaire est un remède purement rétrospectif

[346]RAUX Mathieu, Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, op. cit. , p. 473.
[347]LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », chronique in Annuaire français de droit international, 2008, p. 501.
[348]Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 97/1), sentence du 30 août 2000,pars. 121-122.

car il s'agit de tenter de mettre le demandeur dans la situation matérielle qui était la sienne avant qu'il ne subisse les actes illicites ; les pertes financières sont ainsi éliminées.

Les tribunaux arbitraux ne peuvent traiter la cause des dommages qui est le comportement internationalement illicite de l'État. Cette restitution matérielle n'apporte pas une solution prospective ; les tribunaux arbitraux ne possèdent pas le pouvoir d'ordonner à l'État d'ajuster son comportement à ses obligations internationales. Par conséquent, l'investisseur ne voit pas de remède à la situation actuelle, comme l'État n'a pas à supprimer les mesures internationalement illicites. L'on a dit, à cet égard que « l'objectif principal de l'arbitrage investisseur-État n'est pas une question de principe, mais une question d'argent[349]».

B) Autres remèdes accessoires, dans le cadre du différend de l'investissement (les remèdes non pécuniaires)

La capacité des tribunaux à octroyer des remèdes non pécuniaires est ancrée dans le droit international général ainsi que dans la pratique de ces institutions[350]. Le projet d'articles de la CDI contient plusieurs dispositions selon lesquelles des obligations non pécuniaires peuvent être imposées à l'Etat ayant violé ses engagements internationaux.

Le fait que les tribunaux du CIRDI aient accordé à l'investisseur une réparation pécuniaire plutôt que d'émettre une injonction de *specific performance* ne repose sur aucune restriction fondamentale de leur pouvoir. Les investisseurs semblent plutôt avoir systématiquement tendance à encadrer leurs revendications en termes de dommages-intérêts[351].

L'affaire Antoine Goetz c. Burundi constitue ici une exception. À ce jour, un seul arbitrage d'investissement a tenté de fournir une solution prospective pour les différends, expérimentant d'autres recours que l'indemnisation pécuniaire. Dans Goetz c. Burundi, la sentence arbitrale a obligé le gouvernement défendeur à rétablir la situation juridique qui avait causé la plainte - et qui était jugée équivalante à l'expropriation – prévoyant, ainsi, un recours pour le demandeur qui peut être assimilé à la restitution juridique.

---

[349]KOZAWA Sumio, "Depoliticization of International Dispute Settlement: A Comparison of the Dispute Settlement Provisions of the WTO and the Energy Charter Treaty", *Journal of World Investment*, vol. 3, no. 5, 2002, p.821.

[350]Voir, à cet égard, les commentaires des articles 35 (pp. 256-262) et 37 (pp. 284-289) du projet de la CDI.

[351]Dans Tecmed c. Le Mexique, une affaire jugée au titre du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, le demandeur a cherché principalement des dommages pécuniaires. Secondairement, il a demandé la restitution en nature dans le même temps, la considérant comme "absolument impossible". En tenant compte du fait que le demandeur a cherché principalement des dommages-intérêts, le tribunal n'a pas examiné la recevabilité ou l'irrecevabilité de la restitution en nature. Voir Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. le Mexique, (affaire CIRDI n°ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, para. 183.

L'affaire concernait une société belge incorporée au Burundi et impliquée dans la production et la commercialisation de métaux précieux, firme détenue par six investisseurs belges. La société a obtenu un « certificat de zone franche », par le Burundi en 1993, ouvrant droit à certains avantages fiscaux et douaniers. Le Burundi a retiré le certificat au motif que le régime d'entreprise franche n'est plus appliqué aux sociétés impliquées dans l'extraction et la vente du minerai. Les investisseurs ont lancé la procédure du CIRDI en vertu de TBI entre la Belgique, le Luxembourg et le Burundi de 1989. Dans leur requête, les requérants demandaient l'annulation de la décision portant retrait du certificat d'entreprise franche et, à titre subsidiaire, la condamnation de la République du Burundi à des dommages-intérêts[352].

Lors de la procédure d'arbitrage, les parties ont entamé des négociations pour parvenir à un règlement à l'amiable. Conscient de ces négociations parallèles, le tribunal a décidé de ne pas rendre une sentence mais d'émettre une « décision sur la responsabilité », dans laquelle il a conclu que le retrait du certificat d'entreprise franche constituait une mesure équivalant à une expropriation, définie dans le TBI comme une « mesure privative ou restrictive de propriété[353] ».

Toutefois, le tribunal a constaté que la privation elle-même n'a pas entraîné d'acte internationalement illicite puisque de telles mesures pourraient encore être compatibles avec le TBI si une compensation adéquate et effective avait été opérée[354]. Le tribunal a donc décidéde donner au gouvernement défendeur le choix entre le versement d'une indemnisation adéquate et effective aux investisseurs concernés ou le rétablissement d'un nouveau certificat d'entreprise franche [355] . Le défaut d'agir vers une de ces orientations déclencherait la responsabilité internationale du Burundi. En particulier, le tribunal a déclaré que :

« Il incombe à la République du Burundi, en vue d'établir la licéité internationale de la décision litigieuse de retrait de l'agrément, d'accorder aux requérants l'indemnité adéquate et effective prévue à l'article 4 de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements, à moins qu'elle ne préfère leur restituer le bénéfice du régime de la zone franche. Le choix relève de la décision souveraine du Gouvernement burundais. Faute de prendre dans un délai raisonnable aucune de ces deux mesures, la République du Burundi commettrait un acte internationalement illicite dont il appartiendrait au Tribunal de tirer les conséquences appropriées. »[356]

[352]Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi (affaire n° ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, para. 58.
[353]Ibid. paras. 129 et 130.
[354]Ibid., para. 130.
[355]Ibid., para. 135.
[356]Ibid., para. 133.

A la suite de cette décision, les parties sont parvenues à un accord de règlement par lequel le Burundi a accepté de rembourser la société contrôlée par les Belges, les taxes et les droits de douane qu'elle a dû verser et de créer un nouveau régime de zone franche.

En dépit de cette expérience apparemment réussie (recours non pécuniaires), Schreuer préviens sur l'extraction des décisions définitives de l'affaire Goetz, « son autorité étant limitée par deux particularités liées à cette affaire. En premier lieu, aucune des deux solutions proposées par un tribunal, dans sa décision provisoire sur la responsabilité, ne représentait une solution à l'acte illégal[357] ». Le tribunal a proposé au Burundi deux façons d'éviter la responsabilité en premier lieu. Faute de prendre dans un délai raisonnable aucune de ces deux mesures, la République du Burundi commettrait un acte internationalement illicite dont il appartiendrait au tribunal de tirer les conséquences appropriées[358] ». Le tribunal n'a pas précisé, si ces conséquences auraient constitué une injonction pour restaurer le certificat de la zone franche, fournissant ainsi une restitution légale, ou simplement pour compenser les dommages subis par le demandeur en termes pécuniaires. L'indemnité proposée par le tribunal ne concernait pas des dommages pour une expropriation illégale mais elle représentait une compensation pour rendre l'expropriation licite. D'autre part, la création du nouveau régime des zones franches, bien que prescrit dans la sentence, a été basée sur un accord entre les parties. Par conséquent, il est peu probable que cela puisse être cité comme un exemple de solutions non-pécuniaires accordées par un tribunal de l'investissement[359].

Enfin, malgré le fait que le tribunal, dans cette affaire, intervienne comme une sorte de médiateur, sa décision fait aujourd'hui figure de précédent de référence. Cette réference sert en effet à justifier le fait que les arbitres disposent effectivement du pouvoir d'octroyer des remèdes non pécuniaires, au titre de la restitution qui a encore été accordée dans au moins trois autres litiges ayant à ce jour donné lieu à une sentence finale[360].

Le pouvoir d'injonction d'un tribunal arbitral a été abordé dans l'affaire Enron c. Argentine[361]. Ce pouvoir n'existe pas selon l'Argentine, qui soutient que la Convention de Washington et le TBI n'accordent pas un tel droit. Le tribunal pourrait donc uniquement émettre une déclaration de

[357]SCHREUER Christoph, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", op. cit., p. 330.
[358]Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi (affaire n° ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, para. 133.
[359]SCHREUER Christoph, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", op. cit., p. 330.
[360]RAUX Mathieu, Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, op. cit., p. 496.
[361]L'arbitrage a été basée sur le TBI Argentine- Etats-Unis. tel traité ne comporte pas une disposition semblable à l'article 1135 de l'ALENA.

principe au sujet des mesures fiscales ou ordonner le paiement de dommages et intérêts. Les demandeurs s'accordent à dire, a contrario, que les arbitres peuvent effectuer non seulement une déclaration eu égard aux mesures fiscales, mais qu'ils possèdent aussi un pouvoir d'injonction[362].

Le Tribunal a renvoyé à l'arbitrage du Rainbow Warrior entre la France et la Nouvelle-Zélande, en observant que :

"The authority to issue an order for the cessation or discontinuance of a wrongful act or omission results from the inherent powers of a competent tribunal which is confronted with the continuous breach of an international obligation which is in force and continues to be in force. The delivery of such an order requires, therefore, two essential conditions intimately linked, namely that the wrongful act has a continuing character and that the violated rule is still in force at the time in which the order is issued[363]".

La décision prise par le tribunal est donc conforme aux décisions antérieures[364]. Les arbitres possèdent un pouvoir d'injonction pour ordonner l'arrêt de mesures entraînant une violation du droit international ou une violation des obligations que l'État a contractées. Les arbitres ont donc compétence pour juger de ces demandes ; le type de mesures qu'ils peuvent prendre sera déterminé, ultérieurement, au fond[365].

Suite à cette admission de compétence, le tribunal a rendu une sentence définitive le 22 mai 2007. D'après cette sentence, aucun autre remède que le paiement de la compensation n'a été nécessaire. En effet, la réclamation formulée à l'Argentine d'annuler les mesures fiscales contestées n'a pas été discutée dans la sentence finale.

Le pouvoir d'un tribunal du CIRDI s'étend clairement à l'ordonnancer d'exécution spécifique (specific performance). D'après les travaux préparatoires à la convention du CIRDI ainsi que la pratique judiciaire internationale, la capacité d'émission de telles injonctions, constitue un pouvoir inhérent à la compétence d'un tribunal. Ces injonctions visent surtout à rendre effectives l'obligation de cessation de l'illicité ou de restitution matérielle ou juridique des biens et droits de l'investisseur.

---

[362]Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, CIRDI Affaire No ARB / 01/3, sentence du 22 mai 2007, para. 76.
[363]L'affaire du Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande c. France), sentence arbitrale du 30 avril 1990, cité dans ibid., para. 79.
[364]Ibid., para. 78.
[365]Ibid., para. 81

Plusieurs tribunaux arbitraux ont d'ailleurs eu l'occasion de confirmer que ce pouvoir figurait parmi les outils dont ils disposent dans le cadre des différends contre l'Etat d'accueil. Ainsi, alors que, l'affaire Enron souligne clairement la capacité inhérente des tribunaux du CIRDI à ordonner de la performance spécifique ou des injonctions contre l'État défendeur, les remèdes restrictifs (paiement d'indemnisation pécuniaire) demeurent jusqu'à présent, principalement le seul recours existant en vertu de l'arbitrage d'investissement. Cette obligation imposée par une sentence exprimée, non pas en termes monétaires, mais en termes d'obligation d'accomplir un acte particulier ou de s'abstenir d'un comportement déterminé, est également obligatoire. Elle donne lieu à l'effet de la *res judicata*[366].

Les recours prévus à l'arbitrage investisseur-État se concentrent ainsi sur la neutralisation des conséquences de la violation des obligations internationales, en réparant les dommages financiers subis par l'investisseur. Le demandeur se retrouve ainsi dans la situation économique antérieure comme si la violation n'aurait pas eu lieu. De plus, les investisseurs peuvent formuler leurs prétentions en termes non pécuniaires, sous réserve toutefois que l'Etat d'accueil accepte que la sentence arbitrale produise de tels effets et que l'investisseur soit dans la situation lui permettant de poursuivre ses activités sur son territoire.

II. Les recours spécifiques en droit de l'OMC : le retrait des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC

En tant que « régime autosuffisant »[367], le droit de l'OMC est un sous-système ; sa vocation est « d'éviter autant que faire se peut l'application des sanctions juridiques prévues en dernier recours dans le cas de violations des règles, des agissements frauduleux, en particulier l'application de contre-mesures généralement à la disposition de la partielésée »[368].

Il est donc essentiel, dans le cadre du processus de règlement des différends, de prévoir des mesures correctives convenables et applicables. Les procédures de règlement des différends de l'OMC proposent une approche différente au regard des solutions. L'accent est mis sur garantir le respect, par les membres de l'OMC, de leurs obligations multilatérales, plutôt que sur prévoir

[366]SCHREUER Christoph, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", op. cit., p. 331.
[367]MARCEAU Gabrielle, Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme, in European Journal of International Law, vol. 13, n°14, septembre 2002, p. 760. Disponible sur : http://www.rongead.org/IMG/pdf/OMCetdroitsdelhomme.pdf.
[368]SIMMA Bruno, "Self-Contained Regimes", Netherlands Yearbook of International Law (The Hague), vol. XVI, 1985, p. 111.

la réparation des dommages causés par les violations. Ainsi, l'objectif primordial de l'Etat requérant va consister à assurer l'amendement ou l'abrogation d'une mesure dont un tribunal a décidé qu'elle contrevenait à une obligation en matière d'investissement. La réalisation de cet objectif est garantie par un appareil juridictionnel permettant d'imputer un comportement illicite allégué à un membre et qui est un mécanisme classique de responsabilité.

Dans certains cas, une sentence arbitrale peut tout à fait suffire pour apporter des mesures correctives efficaces, en réponse à une plainte, en commandant à un Etat d'accueil : de modifier une mesure non conforme à l'accord, de revenir sur une initiative administrative ou de payer des dommages. L'obligation de mise en conformité, ainsi que les moyens prévus par le Mémorandum d'accord, pour inciter à son exécution, impliquent donc un contenu prospectif de principe (A). Il existe toutefois une exception notable à cette règle, celle du remboursement des subventions prohibées, qui a occasionné de nombreuses difficultés (B).

A) La restitution juridique, nature du recours: une responsabilité

En tant que conséquence d'un comportement non conforme aux règles du système, la responsabilité est le « moyen par lequel l'ordre juridique international assure son intégrité normative[369] ». Le système de l'OMC vise à protéger les disciplines communes envers lesquelles les membres sont engagés, et, puisqu'elles sont soumises à ces disciplines, les concessions négociées[370]. Le Mémorandum d'accord énonce l'objectif principal du système juridique de l'OMC et souligne les recours disponibles pour y parvenir.

L'article 3.7 stipule ainsi que « Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends », et que, à cette fin, « le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés ».

La disposition prévoit un système de préférence pour une solution mutuellement acceptable par les parties et compatible avec les accords visés[371]. En l'absence de solution mutuellement convenue, le remède offert par cette disposition est d'obtenir le retrait des mesures incompatibles. En conséquence, l'art. 19 du Mémorandum d'accord prévoit que « Dans les cas où un groupe

[369] VILLALPANDO Santiago, ABI-SAAB Georges, « L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États », Genève : Graduate Institute Publications, 2014, p.229. VILLALPANDO Santiago, « L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats », Paris : Presses universitaires de France, 2005, p. 229.

[370] Andrea Hamann, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», Leiden ; Boston, Brill : Nijhoff, 2014 , p. 334.

[371] Rapport du Groupe spécial CE — Bananes III (Article 21.5- Équateur II), WT/DS27/RW2/ECU, para. 7.118.

spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord [372] ».

Lorsque le retrait immédiat de la mesure incompatible est irréalisable, les parties au différend peuvent recourir à l'octroi d'une compensation. Si cette solution échoue également, le dernier recours que le Mémorandum d'accord ouvre au membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application des concessions ou l'exécution d'autres obligations, au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise[373].

Dans le domaine du droit international public, « la cessation et la non-répétition » sont généralement considérées comme le remède principal d'un acte internationalement illicite[374]. Cette forme de recours, existe aussi, dans le cadre du système de l'OMC; c'est le retrait de la mesure en cause pour se conformer aux règles de l'OMC.

La détermination de la violation et la recommandation de la conformité, combinées, peuvent être déclarées pour signifier le retrait de la mesure mise en question. À cet égard, la cessation présente une double fonction dans le système de l'OMC. En premier lieu, l'arrêt de la mesure en cause résout le différend ainsi qu'il remédie à la situation dans laquelle une partie plaignante a souffert. En deuxieme lieu, en apportant la mesure en cause à la cohérence avec le droit de l'OMC, il contribue finalement à la réalisation de l'objectif et au but que l'OMC poursuit (libéralisation du commerce et du développement durable[375]).

La compensation est la forme la plus libérale de recours qui vise à atteindre une compensation mutuellement acceptable. La compensation, en tant que forme de remède, désigne habituellement une notion pécuniaire qui est proche de dommages et intérêts[376].

---

[372]Le groupe spécial a précisé qu' : « un groupe spécial doit recommander de mettre en conformité une mesure qu'il a jugée incompatible si cette mesure est toujours en vigueur ». Rapport du Groupe spécial Chili — Système de fourchettes de prix, WT/DS207/R, para. 7.112

[373]Mémorandum d'accord, article 3.7.

[374]L'article 30 du projet des articles de la CDI sur la responsabilité des États "Cessation et non-répétition" prévoit que « L'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation: a) D'y mettre fin si ce fait continue;
b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent ».

[375]Sungjoon Cho, The Nature of Remedies in International Trade Law. University of Pittsburgh Law Review, Vol. 65, No. 4, 2004, p. 772. Disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=992846

[376]L'article 36 du projet des articles de la CDI sur la responsabilité des États « Indemnisation » :1. L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Cependant, dans le domaine de l'OMC, la compensation est très différente de la conception traditionnelle de l'indemnisation. Contrairement au droit de la responsabilité de l'État qui se réfère généralement à un paiement d'indemnité pour réparer les dommages causés par un acte internationalement illicite, au sein de l'OMC cette compensation ne prend pas la forme d'un versement d'argent. Dans ce derneir cas, en effet le défendeur est censé offrir un avantage, comme par exemple une réduction tarifaire équivalent à l'avantage qu'il a annulé ou compromis en appliquant sa mesure. Cette solution est validée lorsque le membre défendeur fournit une compensation au membre plaignant sous la forme de mesures de libéralisation du commerce par rapport à un volume de commerce comparable à ce qui a été affecté par les mesures incompatibles avec l'OMC[377].

En droit de l'OMC, il existe deux types de compensations, comme remèdes au règlement des différends. Ces deux solutions sont : l'indemnisation comme mesure provisoire suite à des plaintes de violation, et comme remède définitif pour les plaintes en situation de non-violation[378]. Le plaignant ne peut demander une compensation à l'engagement de l'acte illicite. Seul l'échec à se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD peut donner lieu à la question de la compensation.

Toutefois, la possibilité d'un paiement monétaire n'est pas exclue, et aucun élément du cadre actuel de l'OMC n'empêche ses membres d'être d'accord sur une compensation qui implique un paiement monétaire[379].

Dans le contexte des plaintes en situation de non-violation, la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend[380]. Ce n'est que dans ce cas que la compensation acquiert une certain automaticité et s'apparente véritablement à une compensation puisque les compensations négociées remplissent plus manifestement une fonction d'indemnisation[381].

---

[377] World Trade Organization, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System : A WTO Secretariat Publication, Cambridge, UK ; New York : Cambridge Univeristy Press, 2004, p. 80.
[378]SHADIKHODJAEVSherzod, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement System", Kluwer Law International, 2009, p. 22.
[379]YANG Pei-Kan, "Some Thoughts on a Feasible Operation of Monetary Compensation as an Alternative to Current Remedies in the WTO Dispute Settlement", Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 3, No. 2, 2008, p. 429. Disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1308454.
[380]Mémorandum d'accord, article 26.1 (d).
[381]HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», op. cit. , p. 365.

Ainsi, le Mémorandum d'accord distingue trois caractéristiques de la compensation comme remède temporaire / définitif, volontaire et mutuellement acceptable[382]. Si le membre perdant ne met pas sa mesure en conformité avec ses obligations, dans le cadre de l'OMC, dans le délai raisonnable, le plaignant ayant eu gain de cause est habilité à recourir à des mesures temporaires, à savoir la compensation ou la suspension d'obligations dans le cadre de l'OMC. Aucune de ces mesures temporaires n'est préférable à la mise en œuvre intégrale des recommandations et décisions (articles 3:7 et 22:1 du Mémorandum d'accord). En outre, la compensation, même dans sa forme prospective, n'est pas un remède définitif qui peut être imposé au défendeur ; c'est une solution provisoire négociée entre les parties. Il est du devoir du défendeur d'entamer des négociations, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable, conformément aux accords de l'OMC, à la demande du demandeur. Si aucune compensation satisfaisante n'a été établie, l'article 22.2 permet au plaignant de demander à l'ORD l'autorisation d'imposer des sanctions commerciales contre le défendeur qui n'a pas procédé à la mise en œuvre. Techniquement, cela porte le nom de « suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés ».

Une lecture plus systémique du Mémorandum d'accord permet de déterminer plus clairementle sens que porte la « réparation » dans le droit de l'OMC : compensation et suspension de concessions ne sont pas conçues de manière à endosser une fonction préparatoire[383]. Dans cette perspective, le Mémorandum d'accord semble introduire la compensation davantage comme une alternative convenue à des représailles que comme une solution définitive au différend. Cela est confirmé par le fait que l'accord précise que la compensation et la suspension de concessions sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru, dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable.[384]

La compensation et la suspension de concessions, en d'autres termes, sont les moyens qui induisent une éventuelle conformité avec le contrat de l'OMC. En fait, leur fonction est tout à fait comparable à celle des contre-mesures dans le projet des articles de la CDI sur la responsabilité

[382]Mémorandum d'accord, articles 3.7, 22.1-22.2 et 26.1 (d).
[383]HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», op. cit. , p. 363.
[384]Mémorandum d'accord, article 22.1.

des États. Ces moyens constituent une conséquence procédurale d'illégalité visant à fournir l'incitation pour les auteurs de l'acte illicite de se conformer à leurs obligations internationales[385].

L'objectif prioritaire du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, en cas de constatation de non-conformité, est donc le retrait de la mesure non conforme aux accords de l'OMC. Il est clair, en conséquence, que la mesure non conforme doit être mise en situation de conformité avec des dispositions conventionnelles déterminées, soit en retirantcomplètement cette mesure soit en la modifiant (en retranchant ou en corrigeant la partie constitutive de l'infraction de la mesure en cause).

Lorsque la mesure non conforme est une loi, il faut généralement une loi portant abrogation ou modification. Lorsque la mesure en cause est un règlement administratif, une nouvelle loi peut, être, ou ne pas être nécessaire, mais, un règlement portant abrogation, ou modification, est généralement requis[386]. Dans d'autres situations, où une mesure est jugée incompatible avec un accord visé, en raison de la façon dont cette mesure est mise en oeuvre, le respect de la recommandation peut se faire en modifiant l'application de la mesure, sans nécessairement modifier le texte de la mesure elle-même[387] .

Le retrait des mesures non-conformes doit se produire immédiatement après l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'organe d'appel de l'OMC. S'il s'avère impossible pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce Membre disposera d'un délai raisonnable pour réagir [388]. Cette période ne doit pas dépasser 15 mois, à compter de la date d'adoption des rapports. Toutefois, ce délai peut, en fonction des circonstances, êtreplus court ou plus long. Il doit aussicorrespondre à la durée la plus courte possible, dans le système juridique de l'organe à mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD[389].

Dans ces conditions, le Mémorandum d'accord prévoit que la réparation, prévue en vertu des procédures de règlement des différends de l'OMC, consiste en la suppression de la mesure

[385]MAVROIDIS Petros C., "Remedies in the WTO Legal System: between a Rock and a Hard Place", European Journal of International Law, vol.11, n°4, 2000, p. 800.
[386]Décision de l'arbitre, Argentine — Peaux et cuirs (Article 21.3 (c)), WT/DS155/10, para. 40. Ainsi rapport de l'organe d'appel, États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (Article 21.5- Argentine), WT/DS268/AB/RW, para. 173.
[387]Rapport du groupe spécial États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Article 21.5 - Antigua et Barbuda), WT/DS285/RW, para. 6.21
[388]Article 21.3 du Mémorandum d'accord. Aussi, la décision de l'arbitre, Canada — Brevets pour les produits pharmaceutiques (Article 21.3(c)) , WT/DS114/13, para. 45.
[389]Article 21.3 du Mémorandum d'accord. Aussi, la décision de l'arbitre, CE — Hormones (Article 21.3(c)) , WT/DS26/15 , WT/DS48/13, para. 26.

incompatible, de manière à assurer que les droits du plaignant accumulés au titre des accords de l'OMC sont maintenus.

Ce remède, par opposition à l'indemnisation pour les dommages prévus par les procédures investisseur-État, est clairement prospectif. L'obligation d'éliminer les mesures incompatibles ne se pose pas tant que le temps accordé à la défenderesse pour mettre en œuvre les recommandations et décisions (le « délai raisonnable », conformément à l'article 21.3), ne s'est pas écoulé.

À cet égard, le Groupe spécial de l'affaire États-Unis - Article 129 (c) (1) URAA, a fait valoir que:

« Rien dans l'article 21:3 ne laisse entendre que les Membres sont tenus, pendant le délai raisonnable, de suspendre l'application de la mesure constitutive de la violation, et encore moins d'accorder une réparation pour les conséquences antérieures. *[...]* Lorsqu'il a été demandé à des groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de formuler des recommandations concernant une réparation rétroactive, ceux-ci ont rejeté les demandes, reconnaissant qu'un Membre était tenu au titre du Mémorandum d'accord d'accorder une réparation prospective en retirant la mesure incompatible avec un Accord de l'OMC ou en la rendant conforme à l'Accord à la fin du délai raisonnable[390] ».

Pendant cette période, il est nécessaire qu'un membre prenne les mesures nécessaires pour la mise en œuvre totale mais ce membre ne doit pas démontrer la conformité totale jusqu'à l'expiration de cette période[391]. En d'autres termes, indépendamment de la question de savoir si un Membre est en mesure ou non d'achever la mise en œuvre, dans les moindres délais, il doit à tout le moins l'entreprendre rapidement et franchir des étapes concrètes en vue de cette mise en œuvre[392].

Ce recours vise à rétablir la situation juridique qui existait avant que les mesures incompatibles aient été introduites par la cessation du fait illicite en tant qu'obligation principale. Le Groupe spécial, dans l'affaire États-Unis - Certains produits en provenance des CE, a déclaré, à cet égard, que « les mesures correctives rétroactives ne font pas partie de la pratique bien établie

[390]Rapport du groupe spécial États-Unis - Article 129 (c) (1), URAA, WT/DS221/R, paras. 3.90 et 3.93.
[391]Rapport du group spécial, États-Unis — Réduction à zéro (Japon)(Article 21.5), WT/DS322/RW, para. 7.148.
[392]Décision de l'arbitre, Chili — Système de fourchettes de prix(Article 21.3(c)), WT/DS207/13, para. 43.

du GATT/de l'OMC suivant laquelle les mesures correctives ont généralement un caractère prospectif[393] ».

De même, le groupe spécial, dans l'affaire Bananes III, a observé que :

« Nous ne voulons pas dire que les Communautés européennes ont l'obligation de remédier à une discrimination antérieure. L'article 3.7 du Mémorandum d'accord dispose que "… le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés". Ce principe exige le respect ex nunc des recommandations et décisions de l'ORDà l'expiration du délai raisonnable prévu à cet effet. Si nous devions décider que l'attribution de certificats aux fournisseurs de services originaires de pays tiers devait être "corrigée" pour les années allant de 1994 à 1996, nous créerions un effet rétroactif des moyens de recours ex tunc. Toutefois, selon nous, ce que les CE sont tenues de faire, c'est de mettre fin au mode discriminatoire d'attribution de certificats ayant un effet prospectif à compter du début de l'année 1999 [394]».

Ce recours, dans le contexte des différends concernant une présence commerciale, implique que l'Etat concerné est requis de retirer les mesures qui affectent négativement l'investisseur étranger, dans le domaine des services. Lorsque la violation des disciplines de l'accord concerne le traitement national, l'investisseur étranger bénéficie du retrait de la réglementation discriminatoire et il est soumis aux mêmes conditions de concurrence que les fournisseurs de services nationaux.

Etant de nature prospective, ce recours répond aux besoins des investisseurs étrangers qui ont l'intention de poursuivre leurs activités commerciales dans le pays hôte, en concurrence équitable avec les fournisseurs de services nationaux. Cela peut être le cas, par exemple, dans le secteur des services avec des coûts importants d'entrée comme les télécommunications, certains services de distribution, les transports ou les services de construction. Ceux qui investissent dans ces secteurs, où les coûts irrécupérables sont élevés, peuvent plus bénéficier de la suppression des mesures discriminatoires. Cela peut leur permettre de meilleurs gains, à moyen et à long terme que les gains économiques potentiels à la suite d'un différend investisseur-État.

[393]Rapport du groupe special, États-Unis — Certains produits en provenance des CE WT/DS165/R, para. 6.106
[394]Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III, (Article 21.5 - Équateur), WT/DS27/RW/ECU, para. 6.105.

En d'autres termes, les recours (remèdes) offerts par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC sont de nature prospective et visent à supprimer, *ex nunc*, les mesures non-conformes aux accords de l'OMC. Lorsque la violation des disciplines de l'AGCS concerne, par exemple, le traitement national, l'investisseur étranger bénéficie du retrait de la réglementation discriminatoire et des conditions de concurrence égales à celles des fournisseurs de services nationaux. Cependant, le système ne semble pas offrir de solution pour l'investisseur, ni pour le membre de l'OMC épousant sa demande, pour la période de temps pendant laquelle les mesures étaient en vigueur.

B) La restitution matérielle (remboursement de la « portion prospective ») : Australie — Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles

Le bon fonctionnement de l'OMC repose sur l'équilibre des concessions négociées par ses membres, qui impliquent le respect des disciplines communes. Partant de postulat, il ne peut exister de réparation matérielle du dommage causé au plaignant initial du fait de la mesure incompatible. L'obligation de mise en conformité, n'est qu'une forme de « réparation » juridique et peut alors n'avoir qu'un effet *ex nunc*[395].

Tandis que le principe directeur est celui de la restitution juridique prospective, la question des recours réparateurs, dans la forme de la restitution matérielle, ne constitue pas une thématique inexploréeau regard de l'OMC. En effet, l'adoption de mesures qui viseraient à rétablir la situation d'origine, dans un sens matériel, a été demandée dans le cadre d'une affaire concernant le paiement de contributions financières comme subvention illégale. Une décision du groupe spécial de mise en conformité, dans l'affaire Australie - Cuir pour automobiles II, a causé une réelle controverse à l'OMC car il a reconnu explicitement l'existence et l'effet rétroactif de la restitution dans le système de l'OMC.

Cette affaire concerne certaines aides accordées par le gouvernement australien à Howe, le seul producteur et exportateur de cuir pour automobiles dédié à cette activité en Australie.

Le programme d'aide a assuré des prêts préférentiels du gouvernement de 25 millions de dollars à des conditions non commerciales et des subventions directes d'environ 30 millions de dollars australiens. Le tribunal a conclu que « les versements au titre du contrat de don sont des

[395]HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», op. cit. , p. 357.

subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC qui sont subordonnées aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de cet accord[396] ».

Ayant conclu que le don était incompatible avec les accords de l'OMC, le groupe spécial avait interprété les recours prévus pour cette situation en vertu de l'Accord SMC. L'article 4.7 de l'Accord SMC sur les subventions spécifiques, équivalant de l'article 19.1 du Mémorandum d'accord, dispose que :

« S'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard. A cet égard, le groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure doit être retirée ».

En interprétant cette disposition, le groupe spécial a effectué une analyse textuelle, et a conclu que le sens ordinaire de « retirer la subvention » peut englober le fait d' « enlever » ou de « supprimer » la contribution financière dont il a été constaté qu'elle donnait lieu à une subvention prohibée[397]. Après avoir constaté que les parties ont déployé des efforts pour faire valoir que le remboursement de la « portion prospective » de subventions prohibées versées dans le passé est une mesure corrective ayant uniquement un effet prospectif, le groupe spécial est arrivé à la conclusion que le « retirer de la subvention » peut dûment être interprété comme englobant le remboursement de toute portion d'une subvention prohibée ; « l'effet rétroactif » existe[398].

Le retrait de la subvention nécessite donc son remboursement par ses bénéficiaires. En outre, le Groupe spécial a souligné la nature *lex specialis* de l'article 4.7 de l'Accord SMC en déclarant que :

« Nous ne pensons pas que l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, même à la lumière de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, exige que la mesure corrective spécifique prévue à l'article 4.7 de l'Accord SMC se limite à une action purement prospective. Si l'article 4.7 de l'Accord SMC était interprété de manière à permettre exclusivement une mesure "prospective", la recommandation visant à "retirer la subvention" énoncée à l'article 4.7 ne pourrait être distinguée

[396]Rapport du groupe spécial, Australie — Cuir pour automobiles II ,WT/DS126/R, paras. 2.1- 2.5, 10.1.
[397]Rapport du groupe spécial, Australie — Cuir pour automobiles II(Article 21.5 - ÉTATS-UNIS), WT/DS126/RW, para. 6.27.
[398]Ibid., para. 6.22.

de la recommandation visant à "rendre la mesure conforme" énoncée à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, ce qui rendrait l'article 4.7 redondant[399] ».

En conséquence, bien que la question reste posée (une mesure corrective rétrospective peut elle ou non être autorisée au titre de l'article 19.1 du Mémorandum d'accord ?) le groupe spécial a conclu que le recours prévu par l'article 4.7 de l'Accord SMC ne selimite pas à une action purement prospective, mais il peut englober le remboursement des subventions prohibées[400]. Le raisonnement qui sous tend ce constat était qu'une interprétation de l'expression « retirer la subvention » selon laquelle le remboursement ne pourrait être pris en compte soulèverait de graves questions. Ces questions remettraient en cause l'efficacité de la mesure corrective dans les affaires concernant, des subventions prohibées versées de façon ponctuelle par le passé, et qui peuvent être conservées, sans que cela soit subordonné aux résultats à l'exportation future[401].

Le groupe spécial a également conclu que, dans cette affaire, « rien qui nous permette de conclure qu'un remboursement inférieur au montant intégral suffirait à satisfaire à l'obligation de "retirer la subvention" dans un cas où le remboursement est nécessaire », et que « le remboursement requis ne comprend aucun élément correspondant aux intérêts »[402].

De toutes façons, il est évident que cette décision n'a pas été examinée par l'organe d'appel de sorte que la question de la légitimité des conclusions du groupe spécial à propos de mesures correctives rétroactives reste posée. Dans le cadre de la réunion de l'ORD où le rapport a été adopté, un certain nombre de membres de l'OMC ont exprimé une grande préoccupation voire leur consternation quant aux implications systémiques d'une telle décision juridique jugée mauvaise. Un seul membre (Hong Kong, Chine)s'est dit satisfait de la constatation du Groupe spécial sur les mesures correctives rétroactives[403]. En dépit de la critique sévère et sans précédent, la décision a le potentiel pour devenir un précédent et marquerles affaires à venir, dans un contexte identique ou similaire. Toutefois, puisque le groupe spécial a ici traité de subvention non-récurrente, ses conclusions ne devraient pas être suivies par de futurs groupes spéciaux à

[399]para. 6.31.
[400]Ibid., para. 6.42.
[401]para. 6.35.
[402]paras. 6.43- 6.49.
[403]Voir Dispute Settlement Body ,"Minutes of Meeting - Held in the Centre William Rappard on 11 February 2000", WT / DSB / M / 75 (7 mars 2000), pp.5-9.

l'égard de subventions récurrentes. La révision ou la résiliation des programmes de subventions récurrentes peut sans doute constituer une mesure de mise en œuvre suffisante[404].

Dans ce contexte, la question sur les remèdes rétrospectifs à l'OMC semble déroger à la pratique générale du GATT / OMC et se présenter « contre » les esprits généraux de l'appartenance à l'OMC.

Bien que l'Organe d'appel ne se soit jamais prononcé sur la question des recours rétrospectifs, la jurisprudence de l'OMC et le soutien de la pratique antérieure, l'opinion dominante est que le système ne prévoit que des mesures correctives prospectives. En attendant que l'affaire soit traitée par l'organe d'appel ou qu'une décision émerge des membres de l'OMC, il semble que les mesures correctives rétroactives, comme celles introduites dans l'affaire Australie - Cuir pour automobiles II, seront cantonnées à des bizarreries, dans le cadre de l'OMC[405]. L'idée d'une réparation autre que juridique est étrangère au mécanisme qui ne vise à voir corrigées les irrégularités qu'avec effet prospectif.

C) Suggestions pour la mise en œuvre : pouvoir de suggestion conféré par le Mémorandum d'accord

La principale indication que donne le Mémorandum d'accord est formulée à l'article 19.1. Selon cet article, en cas de constat d'une incompatibilité entre la mesure contestée et un accord visé, le groupe spécial ou l'organe d'appel recommandera que son auteur « la rende conforme audit accord ». A cela s'ajoute, également en vertu de l'article 19, le pouvoir de l'organe de jugement de suggérer au défendeur « des façons de mettre en œuvre ces recommandations ». Les suggestions formulées ne sont pas obligatoires, elles ne participent donc pas de l'obligation de mise en conformité[406].

L'existence d'un tel pouvoir de suggestion est elle-même notable en comparaison avec d'autres juridictions internationales. Non autorisées à se prononcer sur les modalités d'exécution d'un jugement, ces dernières sont traditionnellement attentives à ne pas dépasser la limite entre leur compétence pour trancher le différend et ce qui relève déjà de l'exécution[407].

---

[404]SHADIKHODJAEV Sherzod, "Retaliation in the WTO Dispute Settlement System", Kluwer Law International, 2009, p. 19.
[405]GOH Gavin et ZIEGLERAndreas R., Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather, Journal of International Economic Law Volume 6, Issue 3, 2003(pp. 545-564), p. 564.
[406] HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», Leiden ; Boston, Brill : Nijhoff, 2014 , p. 356.
[407]Ibid., p. 375.

Dans les cas où un groupe spécial ou l'organe d'appel conclut qu'une mesure est incompatible avec un accord visé et qu'il a recommandé qu'il soit mis en conformité, il pourra suggérer au Membre concerné les modes opératoires pour mettre en œuvre ces recommandations[408]. Les groupes spéciaux ont le pouvoir discrétionnaire ("pourr[ont]") de suggérer à un Membre des façons de mettre en œuvre la recommandation pertinente. Toutefois, un groupe spécial n'est pas tenu de faire une suggestion s'il ne la juge pas appropriéé[409].

Il y a donc une différence entre les deux types d'indications qui peuvent être fournies par les organes juridictionnels de l'OMC. Tandis que l'obligation de retirer les mesures incompatibles incarne la restitution juridique comme le remède préférentiel offert par le système de règlement des différends de l'OMC, le pouvoir de suggestion est discrétionnaire, la suggestion n'ayant pas de valeur contraignante. La question de savoir si le juge va émettre une suggestion ou non reste une possibilité offerte aux groupes spéciaux et à l'organe d'appel qu'ils peuvent ou ne peuvent pas exercer en fonction des circonstances inhérentes à chaque affaire. En ce sens, le Groupe spécial, dans Mexique - Mesures fiscales, concernant les boissons sans alcool a fait savoir que :

« S'il est vrai que l'article 19:1 autorise les groupes spéciaux (et l'Organe d'appel) à suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre les recommandations appropriées, cette disposition confirme également la conclusion antérieure du Groupe spécial selon laquelle les groupes spéciaux (et l'Organe d'appel) ont l'obligation juridique, une fois qu'ils ont conclu qu'une mesure était incompatible avec un accord visé, de recommander que le Membre concerné rende la mesure conforme audit accord »[410].

Les rares affaires pour lesquelles une suggestion a été formulée ont révélé trois types de situations dans lesquelles les organes de jugement exercent ce pouvoir[411]. On peut donc identifier trois catégories de suggestion : celles demandées par l'une des partie, celles que le juge émet spontanément celles imposées par le droit de l'OMC et qui sont prescrites dans le Mémorandum d'accord.

Tandis que les suggestions formulées portent généralement sur la façon d'améliorer la mise en œuvre de l'obligation de mise en conformité et confirment son contenu prospectif, rien n'empêche un groupe spécial ou l'organe d'appel de recourir au mécanisme (suggérer l'adoption de mesures à

[408]Article 19.1. Mémorandum d'accord .
[409]Rapport du groupe spécial États-Unis — Bois de construction V, WT/DS264/R, para. 8.6.
[410]Rapport du groupe spécial Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool, WT/DS308/R, para. 8.230.
[411]HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», op. cit. , p. 379.

effet rétroactif). En effet, puisque les organes de jugement de l'OMC sont libres de suggérer au Membre concerné des façons appropriées de mettre en œuvre la décision[412], rien ne les empêche d'indiquer les mesures qui visent à réparer le préjudice économique causé alors que les mesures non-conformes étaient en vigueur.

Puisque l'obligation de mise en conformité est une obligation de résultat déterminé, cela laisse au défendeur une marge de manœuvre importante quant au choix du moyen d'exécution. Les groupes spéciaux sont réticents à l'idee d'user de leur pouvoir de suggestion ; leurs suggestions toutefois ne seraient toutefois pas contraignantes. De plus, elles ne sont pas, en elles-mêmes, l'objet de l'examen opéré par un groupe spécial de mise en conformité[413]. Divers moyens de mise en œuvre étaient possibles et le choix appartenait, en principe, au Membre qui mettait en œuvre, dans la mesure où ces moyens assurent la cohérence des mesures concernées avec les accords de l'OMC[414]. Ainsi, le juge a précisé que « L'exécution de cette obligation doit se faire avec le moins d'ingérence possible. Il faut laisser aux Membres le maximum d'autonomie pour assurer la conformité et, s'il y a plus d'un moyen licite d'y parvenir, ils devraient avoir la faculté de choisir celui qui leur convient le mieux[415] ».

III. Comparaison et estimation des remèdes prévus par l'arbitrage d'investissement et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC

Les recours sont bienveillants dans la mesure où ils fournissent une solution efficace à la demande qui donne naissance au différend. La valeur des remèdes est donc intrinsèquement liée au grief subi par le plaignant, et l'évaluer est mal aisé. Comme tout outil, leur utilité dépend du problème qui doit être résolu. Comment l'approche des remèdes de l'OMC peut elle être comparée avec la pratique des tribunaux arbitraux internationaux, en matière d'investissement? Les différences sont de nature conceptuelle et pratique. En principe, les tribunaux internationaux ont, comme les tribunaux nationaux, un large éventail de recours qui peut être utilisé en conformité avec l'intérêt du demandeur et de la nature de l'acte illicite commis par le défendeur. L'accent de l'OMC mis sur la justice distributive fournit des remèdes distinctifs, exclusivement non-pécuniaires et, finalement, l'approche est davantage axée sur les parties.

[412]Rapport du groupe spécial États-Unis — Tôles en acier, WT/DS206/R, para. 8.8.
[413]Rapport de l'organe d'appel CE — Bananes III (Article 21.5- Équateur II), WT/DS27/AB/RW2/ECU, paras. 321-322.
[414]Rapport de l'organe d'appel États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (Article 21.5 - Argentine), WT/DS268/AB/RW, para. 184.
[415]Rapport du groupe spécial États-Unis — Article 301, Loi sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, para. 7.102.

Comme nous l'avons vu précédemment, en tirant parti de leurs différentes origines et de leurs traditions, les cadres internationaux de règlement des différends sont actuellement dotés d'un type particulier de recours, et dispose de peu d'espace pour explorer d'autres solutions juridiques.

Premièrement, le cadre conceptuel pour les recours, dans les deux systèmes, est fondamentalement différent. L'arbitrage investisseur-État est probablement plus proche du modèle de l'OMC que l'arbitrage commercial international, en ce que les entités étatiques et les obligations découlant des traités sont impliquées. Le modèle est toutefois explicitement celui de la justice corrective, visant à solutionner les litiges individuels et les dommages concrets. Les tribunaux arbitraux ne sont pas chargés de réaliser une forme de justice distributive. A cet égard, d'un point de vue systématique, la vocation du contentieux de l'investissement diffère de celle du règlement des différends sous l'égide de l'OMC. Celui-ci, en effet, a une dimenssion exclusivement prospective, en ce qu'il ne peut aboutir qu'à une obligation de remise en conformité, pour l'avenir, du droit ou des pratiques du membre défaillant. L'autre contentieux a une vocation principalement rétroactive, consistant à remédier aux effets préjudiciables d'une action ou d'une omission de l'Etat d'accueil[416]. Les recours en vertu de l'arbitrage investisseur-État mettent accent sur la compensation monétaire des dommages subis par l'investisseur, fournissant ainsi une réparation rétrospective. Les remèdes prospectifs, sous la forme d'une injonction au gouvernement de fournir de restitution juridique et de renoncer au comportement illégal, semblent tomber au-delà des instruments juridiques disponibles sous l'arbitrage d'investissement. En effet, certains accords d'investissement sont en rupture avec cette solution du système d'arbitrage investisseur-État.

Le recours en réparation des dommages, comme le prévoit l'arbitrage investisseur-État, peut donc être adapté en particulier aux situations dans lesquelles l'investisseur est empêché de poursuivre ses activités dans le pays hôte. Cette situation se produit généralement dans le cadre de plaintes pour expropriation. Toutefois, lorsque le préjudice découle de violations des obligations de traitement - comme au traitement national - l'investisseur étranger ne peut recevoir de compensation que pour les dommages économiques que le règlement discriminatoire a provoqués ; les mauvais traitements subis dans le cadre réglementaire du pays hôte peuvent eux persister. L'État ne voit aucune obligation de retirer les mesures et d'assurer à l'investisseur l'égalité des conditions de concurrence avec les opérateurs nationaux. En outre, les différends

[416]RAUX Mathieu, Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, op. cit., p. 467.

investisseurs-État créent de grandes tensions politiques entre l'investisseur étranger et les autorités nationales. Cela conduit bien souvent à des cas dans lesquels l'investisseur est confronté à deux possibilités. Soit il choisit d'accepter les mesures contestées soit il opte pour poursuivre la demande internationale, ce qui peut conduire à exacerber le conflit avec le gouvernement national à un point où l'opération d'activité dans le pays hôte ne peut plus être réalisable.

En conséquence, si l'intérêt de l'investisseur étranger est de poursuivre ses activités en conformité avec les obligations internationales de l'État hôte, l'arbitrage investisseur-État ne fournit pas ici un remède pleinement satisfaisant.

Considérant que l'objectif du système de l'OMC est de libéraliser les échanges commerciaux et de parvenir ainsi à l'efficacité et à des gains socioéconomiques systémiques, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a, au contraire, développé un système entièrement basé sur une solution prospective, avec l'intention sous-jacente de maintenir l'équilibre des droits et obligations qui sont négociées et convenues par les membres de l'OMC[417], le Mémorandum d'accord consacre la restitution juridique comme principal remède.

Les membres de l'OMC sont donc tenus de prendre des mesures poafin d'abroger ou de modifier les mesures incompatibles, d'une façon qui respecte le cadre de l'OMC. Aucune réparation n'est toutefois prévue pour les dommages que l'introduction et le maintien de ces mesures non-conformes peuvent avoir infligé aux investisseurs ou exportateurs de la partie plaignante.

En résumé, et en écho à un commentateur, « le régime d'investissement traditionnel est une question d'équité fondée sur les règles coutumières du traitement des étrangers, et non pas l'efficacité. Il est au sujet de la protection, pas de la libéralisation, et concernant les droits individuels, pas des échanges d'opportunités de marché d'État à État »[418].

En plus de fournir exclusivement une réparation non-pécuniaire (par opposition à des dommages-intérêts), les groupes spéciaux de l'OMC diffèrent également des tribunaux arbitraux en ce qu'ils fournissent des formes uniques d'allègement non-pécuniaire. Les recours disponibles dans le règlement des différends de l'OMC manquent analogues claires dans la pratique arbitrale[419].

---

[417]GRANÉ Patricio, "Remedies Under WTO Law", Journal of International Economic Law Volume 4, Issue 4, p. 759.

[418]DIMASCIO Nicholas and PAUWELYN Joost, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?", American Journal of International Law, 2008, vol. 102, n° 1, p. 56.

[419]ALLEN Brooks E., "The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners", in Michael E. Schneider and Joachim Knoll (eds.), Performance as a Remedy: Non-monetary Relief in International Arbitration, New York, NY : Juris, 2011, p. 296.

En outre, alors qu'un tribunal arbitral accordant l'exécution intégrale est généralement dans le devoir de préciser le mode d'exécution dans son ordre, un groupe spécial de l'OMC ne peut offrir qu'une recommandation générique de conformité. Le Mémorandum d'accord permet au membre en question de décider, en première instance, comment il procèdera pour atteindre la conformité. Un groupe spécial peut "suggérer" les moyens par lesquels la conformité peut être atteinte ; une telle suggestion est non contraignante.

En conséquence, une recommandation de la conformité ressemble, dans une certaine mesure, davantage à l'ordre de jugement déclaratoire[420]. Alors que « la responsabilité au sens traditionnel est un mécanisme de création, à la charge d'un Etat qui n'a pas pu ou pas voulu s'acquitter de son obligation principale, d'une obligation subsidiaire[421] », qui est l'obligation de réparation, recommandation de la conformité affirme au contraire simplement qu'une infraction a été commise et précise l'existence d'une obligation de se conformer à la disposition d'un traité. Le mécanisme de responsabilité , au sein du contentieux de l'OMC, s'achève donc par la déclaration de la situation juridique qu'a permis d'établir le contrôle de licité, et elle n'emporte comme conséquence que celle découlant de la constatation d'illicéité.

En outre, tandis que l'efficacité de chaque remède peut être déterminée, uniquement, de manière adéquate, au cas par cas, évaluant les circonstances particulières de chaque cas, certains faits stylisés peuvent plus généralement être esquissés. De manière générale, il est également possible de proposer le type de remède pouvant être le plus approprié pour résoudre une plainte fondée sur les obligations, telles que la nation la plus favorisée, le traitement national, l'expropriation et, etc., qui sont violés. Plusieurs éléments, tels que le type de mesures restrictives rencontrées, le type d'investissement, ses conditions physiques et le rabotage de stratégie de l'investisseur, jouent un rôle important dans cette évaluation.

L'investisseur peut intenter une action en fonction de diverses causes d'action, comme par exemple l'expropriation, la violation du traitement juste et équitable ou du traitement national. Une question pertinente pose, dans ce contexte, celle de savoir si la cause d'action devait avoir un effet sur l'évaluation du dommage. En d'autres termes, la mesure de dommages-intérêts est-elle la même dans une affaire impliquant l'expropriation et dans une affaire impliquant uneviolation de l'obligation de fournir un traitement juste et équitable ?

[420]Idem.
[421]COMBACAU Jean, intervention in Société Francaise pour le Droit International (SFDI), La responsabilité dans le système international, Colloque du Mans. Pedone, Paris, 1991, p. 308.

En droit international des investissements, la conduite du gouvernement qui a causé un préjudice économique pour les investisseurs étrangers et / ou leurs investissements peut être licite ou illicite[422]. La catégorie licite est limitée à une expropriation licite (à des fins publiques et non-discriminatoires et accompagnée du paiement de juste valeur de marché). La catégorie illicite englobe certaines violations de la protection des traités d'investissement concernant le traitement injuste et inéquitable et l'expropriation illicite ainsi que les violations des règles du droit international coutumier telles que le déni de justice.

L'évaluation de l'indemnisation devant être octroyée à l'investisseur, au titre de la réparation du dommage, est une opération particulièrement complexe. Il n'y a aucune ligne directrice à ce sujet dans les TBI ou dans les traités multilatéraux d'investissement. La jurisprudence courante d'arbitrage d'investissement, sur cette question, n'est pas exhaustive et ne fournit aucune norme objective à cette fin. Cela est dû en partie au fait que, dans certains cas, les tribunaux ont constaté plusieurs violations d'un traité associant la cause familière de réparation – l'expropriation (A) - avec d'autres causes comme la violation de l'obligation de fournir un traitement juste et équitable (B). Dans de tels cas de figures, les tribunaux ont fondé leurs sentences sur la base des dommages-intérêts dûs en cas d'expropriation. Les affaires Tecmed c. États-Unis du Mexique et CME contre la République Tchèque illustrent cela.

A) L'influence de la nature de la mesure expropriatrice dans la détermination du montant de l'indemnisation

Classiquement, le montant de l'indemnisation dépendait de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation. Une expropriation licite ne donnait lieu à indemnisation que sur la base du *damnum emergens* et une expropriation illicite donnait lieu à indemnisation sur la base à la fois du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*[423]. En vertu de principe de la réparation, découlant de l'article 31 du projet de la CDI et du *dictum* de la CPJI ,dans l'affaire de l'*Usine de Chorzow*, les arbitres sont censés reconstituer le cours des événements sur la base de ce qui est appelé le test du *but for scenario*, ou de la méthode différentielle. Il s'agit ici de déterminer quelle aurait été la situation financière et patrimoniale de l'investisseur si l'Etat d'accueil n'avait pas commis le fait illicite et d'évaluer le montant des dommages et intérêts permettant le rétablissement du

[422]SABAHI Borzu, Compensation and restitution in investor-state arbitration: principles and practice, Oxford ; New York : Oxford university press, 2011, p. 95.
[423]FRAPPIER Mathilde, « l'expropriation indirecte en droit international des investissements », Le petit Juriste, n° 16, Janvier 2011,(pp.1-39), p. 32.

statu quo ante du point du vue comptable[424]. Lorsque l'arbitre est confronté à de tels cas, il doit évaluer les conditions physiques de l'investissement qui a été soumis à la mesure internationalement illicite. Quand l'actif ne peut pas être matériellement restitué au propriétaire d'origine car il a été détruit ou gravement diminué de la valeur, il semble que le seul recours possible soit celui de la restitution matérielle.

Ces situations sont généralement associées à des prises de propriété, sous la forme d'expropriations directes. Ce serait le cas, par exemple, de l'affaire Wena Hôtel ou AMT c. Zaïre[425]. La propriété a été, dans cette affaire, expropriée et utilisée abusivement. Ilest évident qu'aucun autre recoursque la compensation monétaire offerte par l'arbitrage d'investissement ne présenterait d'intérêt pour l'investisseur offensé.

Selon la jurisprudence récente, l'indemnité payable pour les deux catégories d'actes peut être différente selon la catégorie. En 2006, le tribunal de ADC c. Hongrie a jugé que l'expropriation licite et illicite devrait susciter un traitement distinct. Le différend ADC est né de l'annulation des contrats de gestion de l'aéroport avec une filiale locale de ADC et du fait que l'ADC a réclamé l'expropriation de ses investissements sans compensation. Ce tribunal a jugé qu'en cas d'expropriation licite, l'indemnité est calculée conformément aux dispositions du traité d'investissement applicable. Cela nécessitede fournir à l'investisseur lésé la juste valeur marchande de l'investissement immédiatement avant l'expropriation Tandis que l'expropriation illicite n'est pas soumise aux dispositions d'indemnisation dans les traités d'investissement, comme on le présume généralement avant ; elle est soumise au droit international coutumier (affaire de l'usine de Chorzow)[426].

Le tribunal se tourna vers la norme de l'usine Chorzow au titre de la «réparation intégrale» en cas de violation du droit international. Il a déclaré que l'espèce était unique en ce que la valeur de l'investissement avait considérablement augmenté depuis l'expropriation(les propriétés les plus expropriées ont diminué en valeur). Du fait de cette caractéristique, le tribunal a jugé que la

[424]RAUX Mathieu, Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, op. cit., p. 474.
[425]Voir Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Egypte, affaire CIRDI n ° ARB / 98/4, sentence du 5 février 2002, paras. 17-62, et American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre, affaire CIRDI n ° ARB / 93 / 1, sentence du 21 février 1997, paras. 6.06-6.15.
[426]ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ld C/Hongrie, (affaire CIRDI n° ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006.

date appropriée pour l'évaluation, en vue de répondre à la norme de la réparation intégrale, n'était non pas la date de l'expropriation mais la date de la sentence[427].

Les cas d'expropriation, toutefois, n'entraînent pas tous la destruction matérielle des biens et n' exigeraient pas forcément la restitution matérielle. Un certain nombre de cas d'expropriation, sous l'arbitrage d'investissement, concernent le transfert de l'investissement étranger pour les entreprises nationales, en particulier lorsque de tels investissements étrangers concernent le fonctionnement des contrats de concession (par exemple ADC c. Hongrie ; CME c. République tchèque). Dans ces situations, la propriété de l'investisseur peut en effet se trouver dans des conditions parfaites même si elle est exploitée par des tiers, ou peutrester sous le contrôle de l'investisseur (CME c. République Tchèque).

Le remède, le plus adapté à ces situations, peut ne pas être nécessairement la compensation matérielle au titre des dommages. L'investisseur peut en effet considérer qu'il serait dans une position plus avantageuse à long terme si le contrat pouvait être rétabli. De toute évidence, cela dépendra des circonstances particulières de l'affaire, y compris du temps écoulé entre la prise et la restitution et des conditions de la relation entre l'investisseur et le gouvernement hôte. Dans cette perspective, tandis qu'une compensation rétroactive semble la solution normale pour les cas impliquant l'expropriation, une restitution juridique prospective peut être préférable dans certains cas identifiés, notamment dans les cas d'expropriations indirectes.

B) L'influence des normes conventionnelles de traitement

La majorité des affaires entre investisseurs et États a été décidée sur la base des disciplines conventionnelles relatives aux normes absolues de traitement, en particulier celles en reconnaissant l'obligation de traitement juste et équitable. En raison des différentes formulations, l'interprétation appropriée de la norme du traitement juste et équitable dépend du texte spécifique d'un traité, de son cadre, de son objet et de son but, ainsi que de l'historique des négociations ou d'autres indications relatives à l'intention des parties. Étant donné le large champ d'application de ces normes et de la nature différente des mesures, il semble difficile de lier cette disposition à un remède spécifique. L'analyse des opinions des tribunaux arbitraux qui ont tenté d'interpréter et d'appliquer la norme du « traitement juste et équitable » a fait ressortir un certain nombre d'éléments qui, cependant, peuvent « aider » à discriminer parmi quelques situations différentes. Sur le plan des principes, lorsque l'Etat d'accueil de l'investissement s'est rendu coupable d'une

[427]Ibid. para. 497.

expropriation illicite, il n'est pas totalement exclu, d'une part, que celle-ci ne soit que partielle[428] ni, d'autre part, que la violation d'une autre disposition du traité invoqué (traitement juste et équitable ou protection et sécurité pleine et entière) soit à l'origine de la perte ou de la destruction totale de l'investissement du demandeur ou de sa valeur. Dans ces hypothèses, c'est en règle générale sur la notion de « juste valeur marchande » que les arbitres étalonnent leurs calculs.

Généralement, on observe que les violations des obligations de traitement ont été identifiées dans un certain nombre de cas, non sur la base d'un seul acte gouvernemental, mais plutôt comme le résultat d'une détérioration de la relation continue entre l'investisseur étranger et les autorités nationales. Tel était le cas, entre autres, dans le cadre des affaires Tecmed, et Pope and Talbot dans l'ALENA.[429]

Les tribunaux de l'ALENA (chapitre 11), comme dans l'affaire SD Myers c. Canada[430], ont remarqué que dans les traités d'investissement il manquait une disposition concernant le calcul de l'indemnité, en cas de violation de la protection autre que l'expropriation, comme le traitement juste et équitable et le traitement national. Le tribunal du SD Myers a reconnu que ce manque devait être rempli par le tribunal arbitral. Ainsi, il s'est appuyé sur le cas de l'usine de Chorzow pour faire autorité sur le principe général de la réparation.

Par la suite, d'autres tribunaux ont suivi l'approche de SD Myers[431]. La grande majorité des tribunaux a choisi la juste valeur marchande comme fondement dominant de la valeur, particulièrement dans les cas de destruction totale d'une entreprise rentable. D'autres ont choisi d'accorder la valeur des investissements effectivement réalisés. Dans tous les cas, l'application des normes de « la juste valeur marchande » et de « la réparation intégrale » implique un élément significatif de discrétion arbitrale[432].

---

[428]KRIEBAUM Ursula, " Partial expropriation", The Journal of World Investment and Trade, vol. 8, no. 1, 2007, pp. 69–84.

[429] Par exemple, Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis du Mexique, Affaire n° ARB(AF)/00/2, Sentence du 29 mai 2003, paras. 165-166; Pope& Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11), Sentence sur le fond du 10 avril 2001, para. 181.

[430]S.D. Myers Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11) Sentence partielle du 13 novembre 2000, para. 249.

[431]Voir, par exemple, MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. le Chili, (affaire CIRDI n° ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, para. 238; Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique (2002), affaire CIRDI n°ARB(AF)/99/1,; IIC 157 (2002); (2003) 18 ICSID Rev- FILJ 488; (2003) 42 ILM 625 (16 december 2002), para. 195; CMS Transmission Company gaz c. République argentine, (affaire CIRDI n ° ARB / 01/8), sentence du 12 mai 2005, para. 409; Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, CIRDI Affaire n° ARB / 01/3, sentence du 22 mai 2007, para. 360.

[432]DESIERTO Diane, "Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Décisions", présenté lors de la 3ème conférence mondiale biennale de la Society of International

La jurisprudence de l'arbitrage d'investissement impliquant les mesures prises par l'Argentine, lors de la crise financière 2001/2002, démontre une certaine souplesse révélatrice quant au processus de détermination de l'indemnisation des «dommages» pour les violations des normes conventionnelles (traitement juste et équitable, traitement national, non-discrimination, entre autres). Parmi les sentences arbitrales qui ont tenu l'Argentine internationalement responsable pour les mesures qu'elle a mises en œuvre lors de la crise financière 2001-2002, les sentences dans El Paso, LG & E, Impregilo, Sempra, Azurix, Enron, CMS, BG Group, Suez and Total ont eu un impact particulier. Elles ont, en effet, estimé que l'Argentine a violé la norme de TJE dans les TBI respectifs, en cause dans chaque cas. Elles ont aussi déterminé l'indemnité due par l'Argentine, en vertu de la loi générale de la responsabilité internationale. Les mêmes sentences ont rejeté les réclamations contre l'Argentine pour une prétendue violation des dispositions d'expropriation directe ou indirecte dans un traité d'investissement, dispositions qui contenaient habituellement une clause explicite sur une indemnisation rapide, adéquate et effective.

Il va de soi que les violations de la norme de traitement se posent également des actes simples, en particulier quand ils concernent des mesures discriminatoires ou déraisonnables. En fonction de l'intérêt de l'investisseur, ces situations peuvent aussi être servies plus effcicacement par des remèdes prospectifs que par une réparation rétroactive.

C'est particulièrement le cas pour les mesures qui mettent l'investisseur dans une situation désavantageuse par rapport à ses concurrents nationaux. Dans cette situation, la réparation monétaire peut accroître les tensions avec les autorités nationales ce qui peut entraîner l'aggravement de la discrimination plutôt que de l'enlever . En conséquence, si il est dans l'intérêt de l'investisseur étranger de poursuivre ses activités commerciales dans l'État d'accueil, la compensation rétroactive ne semble pas offrir une solution idéale. À la place, les remèdes prospectifs offrent à l'investisseur la possibilité de demander la suppression des mesures discriminatoires et de rétablir les conditions d'une concurrence égale avec les investisseurs nationaux. Dans cette perspective, les remèdes prospectifs semblent particulièrement adaptés aux cas de taxation discriminatoire, comme par exemple dans les affaires OEPC c. L'Equateur[433] ou

Economic Law (SIEL), juillet 2012, p. 46. En ligne sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=2101795. / http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2101795.

[433] Affaire Occidental Exploration and Production Company c/ Republique équatorienne, Cour internationale d'arbitrage de Londres (LCIA), Affaire n° UN3467, sentence finale du 1er juin 2004, 138 I.L.R.

Feldman c. Mexique[434]. Dans cette affaire, l'investisseur est en effet intéressé par la poursuite des investissements dans le pays concerné. Au contraire, l'investisseur doit considérer que les pertes subies l'emportent sur les avantages éventuels qui pourraient découler de l'investissement, la possibilité de demander la réparation monétaire rétroactive peut s'avérer davantage appropriée.

Chapitre 2. Le système d'exécution et de mettre en œuvre des décisions au sein des instances économiques internationales

Si le défendeur ne se conforme pas à la décision, la procédure judiciaire se poursuit dans sa dernière phase : celle de l'exécution de la décision. En définitive, l''efficacité du mécanisme de règlement des différends dépend si la décision prise peut être exécutée contre la partie perdante. L'exécution ne signifie pas nécessairement, qu'il doit y avoir une action en justice, avant que la décision soit respectée. Au contraire, la plupart des sentences arbitrales sont respectées dans un grand nombre de cas, probablement en raison principalement du fait que des mesures internationales efficaces sont généralement disponibles à la partie gagnante[435].

Par contre, l'exécution suppose que la demande a été couronnée de succès et que le comportement du gouvernement défendeur s'est avéré être en violation avec les traités internationaux pertinents. L'exécution suppose également que le défendeur a omis de se conformer rapidement et adéquatement à la décision internationale et à ses obligations qui en découlent (les remèdes juridiques), et que le tribunal s'est doté des moyens légaux pour forcer le défendeur à les respecter. L'obligation de mise en œuvre est une obligation générique dont le continu est variable en fonction du type de litiges, des questions posées au juge ou à l'arbitre[436]. Cette obligation peut correspondre à une obligation de faire (celle de payer une somme déterminée à l'autre partie, celle de retirer des mesures gouvernementales constatées comme non-conformes...) ou une obligation d'abstention.

Les juridictions internationales ont, dans leur grande majorité, refusé de déterminer les modalités de réalisation de leurs décisions, laissant à l'Etat en cause une marge d'appréciation dans la détermination des moyens de se conformer à leurs obligations découlant de la décision ou de la

[434] Affaire Feldman c/ Mexique (Arbitrage CIRDI (No. ARB(AF)/99/1), sentence sur la compétence du 6 décembre 2000.
[435] NMEHIELLE Vincent O. Orlu, "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)," Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 7: Iss. 1, Article 4, 2001, pp. 21-47. p.29.
[436] BEN MANSOUR Affef, « La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales », Bruxelles, Larcier, 2011, p. 172.

sentence internationale. Si un système juridique ne prévoit pas une solution pour surmonter la volonté de la partie défenderesse de se conformer aux décisions, la mise en œuvre de ses décisions juridictionnelles sera laissée entièrement à la volonté de défendeur. L'importance d'un tel système en deviendrait minimisée.

Faut-il prévoir des dispositions spécifiques sur la mise en œuvre des décisions et sentences arbitrales ? Si une partie accusée ne veut pas ou ne peut pas modifier ou abroger une mesure non conforme, quelles sont les mesures éventuellement envisageables pour faireappliquer la décision des juridictions internationales ? Un système de compensation ou de rétorsions contrôlées par la suspension des avantages équivalents dans le domaine de l'investissement, conviendrait-il en pareil cas ?

Les systèmes de règlement des différends qui existent actuellement dans le cadre du droit international économique diffèrent à l'excès par leurs approches des mécanismes d'exécution. L'arbitrage relatif aux investissements, conformément à son origine comme procédure juridictionnelle consensuelle pour les parties privées, manque de procédure d'exécution propre et repose sur la capacité d'exécution des tribunaux nationaux (I). Au contraire, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, comme forum des États, seulement, a été doté par ses membres d'une procédure d'exécution basée sur la possibilité d'imposer des sanctions commerciales contre la partie non-conforme (II).

I. L'exécution dans l'arbitrage investisseur-État : l'absence de procédure d'exécution autonome et la capacité d'exécution sous l'égide des tribunaux nationaux

L'obligation de se conformer aux sentences arbitrales est inhérente à ce mode de règlement des différends [437]. Tous les instruments, sur le fondement desquels les tribunaux arbitraux d'investissement sont constitués[438], comportent une disposition relative à cette obligation qui est immédiate et inconditionnelle[439]. En principe, la sentence devrait être spontanément exécutée par les parties. Mais, si l'une des parties s'y refuse, la décision arbitrale, ayant l'autorité de la chose jugée (mais pas la force exécutoire), devra faire l'objet d'une procédure d'exequatur (voire une procédure d'exécution forcée par la partie qui succombe). Cette dernière implique en premier lieu que la sentence soit reconnue dans un pays qui pourra prêter le concours de sa force publique à l'exécution ; elle implique ensuite que soient identifiés sur le territoire de cet État des actifs saisissables[440].

Dans la Convention de Washington, les Etats contractants s'engagent à reconnaître une sentence CIRDI au même titre qu'un jugement local[441]. A cet égard, les sentences CIRDI jouissent d'un régime spécifique, qui ne bénéficie ni aux sentences commerciales, ni aux sentences d'investissement rendues à l'issue d'une procédure autre que CIRDI (sentences ad hoc, CNUDCI, CCI, ou SCC). Elles échappent donc à la nécessité d'un exequatur au sens de la Convention de New York et font directement l'objet d'une procédure d'exécution forcée.

Autant que l'arbitrage d'investissement est une option attrayante pour les investisseurs, car ils bénéficient d'un accès direct à des procédures internationales de règlement des différends, il est décevant dans les dernières étapes de la procédure, quand il vient au mécanisme d'exécution. Tant que l'arbitrage est par essence, une juridiction privée consensuelle, les tribunaux arbitraux manquent de pouvoir des tribunaux nationaux pour faire respecter leurs décisions. Les recours prévus par l'arbitrage investisseur-État ne sont pas sauvegardés par la juridiction internationale en

[437]BEN MANSOUR Affef, « La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales », Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 41-42.
[438]Par exemple, l'article 53 de la Convention de Washington ; l'article 1136(2) de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA); l'article 34.4 du modèle américain de TBI (2012), l'article 45.1 du modèle canadien (2004) ; l'article 10.5 du modèle français (2006) ; l'article 34.2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010).
[439]BEN MANSOUR Affef, « La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales », op. cit., pp. 93-99.
[440]DERAINS Bertrand, HAUTOT Isabelle, VAN LEUWEENMélanie, « L'exécution des sentences arbitrales », in Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement? Journée d'études Conventions du 27 mars 2013, Dossier d'orientation, pp. 39-48, en ligne : http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf , p. 41.
[441]Art. 54 (1) Convention CIRDI.

ce qui concerne l'exécution des sentences arbitrales. Les sentences rendues dans l'arbitrage international doivent être exécutées à travers le système juridictionnel interne du pays contre lequel l'exécution est demandée. Ensuite, les investisseurs étrangers doivent finalement faire face aux tribunaux nationaux qu'ils ont d'abord tenté d'éviter par l'arbitrage international. Dans cette perspective, le système de règlement des différends offert par l'arbitrage relatif aux investissements n'est pas entièrement autonome, comme les lois et les tribunaux nationaux trouvent leur chemin dans le système lors de la phase d'exécution du différend.

Comme dans le cadre de la Convention de New-York de 1958, les processus menant à l'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention CIRDI, sont appelés reconnaissance et exécution[442]. La Convention du CIRDI, cependant, va plus loin en faisant l'exécution d'un aspect distinct de la mise en vigueur[443]. Un avantage du CIRDI par rapport à la Convention de New York est le système autonome du CIRDI: les sentences ne peuvent pas être contestées devant les tribunaux nationaux et doivent être renvoyées au CIRDI. En vertu de la Convention de New York, un tribunal national peut refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale étrangère s'il détermine que la sentence est contraire à l'ordre public du pays.

Alors que les instruments internationaux prévoient seulement un nombre limité de motifs importants pour que les tribunaux nationaux refusent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales(cadre de la Convention de New-York) ou qu'aucun motif ne soit requis (cadre de la Convention du CIRDI), les lois nationales continuent de gouverner entièrement les procédures d'exécution de la sentence. Elles indiquent la manière dont le paiement par l'État pour le demandeur doit avoir lieu. Dans certains cas, cela peut constituer un obstacle pour la satisfaction des intérêts du demandeur.

L'exécution de la sentence peut être recherchée dans les juridictions internes du gouvernement défendeur, dès lors que le gouvernement disposera d'actifs. Toutefois, le demandeur peut être impacté par l'indépendance des tribunaux nationaux ou leur réticence à faire exécuter une sentence arbitrale contre leur propre pays. Dans ce cas, toute juridiction au sein de laquelle le défendeur a des biens saisissables constituerait, en principe, l'espace approprié pour demander l'exécution de la sentence.

Aujourd'hui, il est largement admis que, dans la plupart des cas, les sentences arbitrales sont volontairement exécutées par les parties. Les raisons sont multiples, les hommes d'affaires ne

[442]Voir articles. IV de la Convention de New-York et 54 (1) et (2) de la Convention du CIRDI.
[443]Art. 54 (3) de la Convention du CIRDI.

veulent pas risquer leur réputation en refusant de se conformer à la décision d'un tribunal arbitral qu'ils ont volontairement convenu[444]. Cependant, si le gouvernement défendeur ne parvient pas à se conformer à la sentence arbitrale et exécuter le paiement, le demandeur peut tenter d'exécuter la sentence devant le tribunal d'un pays où le défendeur est soupçonné d'avoir des actifs accessibles. A ce stade, l'exécution d'un tribunal arbitral international est comparable à la reconnaissance et l'exécution des décisions par des tribunaux étrangers. Avant d'obtenir l'exécution forcée d'une sentence arbitrale [445] en matière d'investissement, sa reconnaissance par les juridictions internes constitue une étape incontournable.

Le droit interne fait son apparition dans l'arbitrage international au stade de la reconnaissance de la sentence arbitrale qui doit être présenté et «reconnu» (c.à.d. approuvé) par les juridictions internes. Toutefois, un examen juridique complet de la sentence arbitrale, à la lumière du cadre juridique du territoire d'exécution, serait contraire à l'objectif de l'arbitrage international, en premier lieu. À cette fin, deux conventions internationales tentent de réduire les difficultés dans l'exécution des sentences arbitrales internationales.

Lorsqu'une partie cherche à faire reconnaître et exécuter une sentence arbitrale d'investissement hors CIRDI, le régime applicable sera celui en vigueur dans l'Etat où la procédure a été initiée. Si, en principe, il ya autant de régimes que d'Etats concernés par ces procédures : la convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New-York sous l'égide du Conseil économique et social des Nations Unies en 1958, sera en pratique le plus souvent applicable [446] . Cette convention était destinée, à couvrir l'arbitrage commercial privé. L'arrivée imprévue des arbitrages d'investissement a étendu la portée de la Convention de New-York pour couvrir l'exécution des sentences arbitrales contre les États aussi.

La Convention du CIRDI prévoit également un examen limité par les autorités judiciaires nationales dans le cadre du procesus de reconnaissance des sentences arbitrales émises en vertu de ses disciplines. Tandis que les procédures prévues pour la reconnaissance et l'exécution en vertu de la Convention CIRDI et New York sont, dans une large mesure, les mêmes, quelques distinctions importantes entre ces cadres doivent être évoquées. Les sentences arbitrales qui ne

[444]UNCTAD, "International Commercial Arbitration. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", UNCTAD Course on Dispute Settlement, United Nations, New York and Geneva, 2003 (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37), p. 4. disponible sur (www.unctad.org).
[445]KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, RIGOZZI Antonio, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd., Berne (Weblaw) 2010, p. 353.
[446]ACHTOUK-SPIVAK Laurie et BEN MANSOUR Affef, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement », op. cit., p.1014.

sont pas couvertes par la convention (New York ou la Convention CIRDI), doivent être reconnues et exécutées à travers des procédures concernant l'exécution établies par les lois locales.[447]

Il existe, donc, deux principaux régimes de reconnaissance et d'exécution dans le droit international de l'investissement : la Convention du CIRDI et la Convention de New-York. Cette section examine les motifs de refus d'exécuter une sentence arbitrale en vertu de la Convention du CIRDI et de la Convention de New-York. Elle identifie ainsi l'immunité souveraine en tant que problème de l'exécution en matière de droit des investissements.

A) La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ad-hoc (régime applicable hors CIRDI): Convention de New-York de 1958

La convention s'applique aux sentences arbitrales étrangères, qui sont définies comme « des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées », ainsi que celles qui ne sont « pas considérées comme sentences nationales » dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandée[448]. Alors que le texte de la Convention ne requiert pas nécessairement que la sentence soit émise sur le territoire de l'un de ses signataires, certains pays appliquent ses disciplines uniquement aux sentences rendues dans les pays qui y adhèrent[449]. Ainsi l'article I(3) permet aux Etats parties à la convention de limiter au moyen d'une réserve le champ d'application sur le fondement de la réciprocité, c'est-à-dire aux sentences rendues dans des Etats également parties à la convention, et aux « différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale ».

De plus, chacun des Etats contractants s'engage à faire exécuter, conformément à ses propres règles de procédure, les sentences qui relèvent de la Convention. L'Etat concerné ne doit pas imposer aux sentences étrangères des conditions « sensiblement plus rigoureuses », ni des « frais de justice sensiblement plus élevés » que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales[450]. Ainsi, les sentences visées par la Convention de

[447]DIMSEY Mariel,"The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Practical Solutions", in Schwenzer (ed.), International Commerce and Arbitration (vol. I), Eleven International Publishing, 2008, p. 165.
[448]Convention de New-York 1958, article I (1).
[449]FOSTER George K., Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform', Arizona Journal of International and Comparative Law , Vol. 25, No. 3, 2008, p. 691.
[450]Art. III de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958.

New York pourront se voir déclarées exécutoires dans n'importe lequel Etat lié par la Convention.

La Convention comporte une simplification quant aux pièces que doit fournir la partie demanderesse, à l'appui de sa demande d'exécution.Elle devra simplement communiquer à la juridiction compétente la sentence et la convention d'arbitrage dont elle découle. Cette dernière, dans le cas de l'arbitrage d'investissement, sera le traité d'investissement qui a donné naissance au différend[451]. Si les originaux ne sont pas disponibles, il suffit de fournir des copies certifiées conformes.

En principe, selon le régime de la Convention de New York, lorsqu'une personne fournit le texte d'une sentence arbitrale et celui de la convention arbitrale sur laquelle est fondée cette décision, l'on présume que la sentence est régulière et définitive. En dehors de ces cas, il appartient au défendeur de prouver que, pour une raison ou pour une autre, l'exequatur ne doit pas être accordé.

Le principal objectif de la convention est de faciliter l'exécution de la sentence arbitrale pour laquelle il est établi un nombre limité de motifs empêchant la reconnaissance de la sentence. Ces motifs ne portent pas sur le fond de différend fondamental [452] . L'Article V de la convention prévoit qu'un tribunal dans un pays signataire peut refuser de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale si le tribunal constate l'un des sept motifs spécifiés dont cinq concernent des défauts essentiellement de procédure. Il s'agit de : a) la convention d'arbitrage n'est pas valable; b) la partie perdante a été incapable de faire valoir ses moyens (violation d'une procédure régulière); c) la sentence a abordé des questions n'entrant pas dans le champ de l'arbitrage (excès de l'autorité de l'arbitre); d) la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pasété conforme à la convention des parties, ou à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; e) la sentence n'est pas encore obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue[453].

Aux causes de refus obligatoires, la Convention ajoute deux causes facultatives : le juge de l'exécution peut écarter la sentence dans le cas où, d'après son propre droit, a) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ; ou si b) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays[454]. Ces motifs concernent plus directement le fond de l'affaire et permettent d'approfondir l'examen interne de la sentence

[451]Convention de New-York 1958, article IV (1).
[452]FOSTER George K., "Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform", op. cit., p. 698.
[453]Convention de New-York 1958, article V (1).
[454]Ibid.,article V (2).

internationale. En plus du fait que ces motifs concernent des questions d'ordre public, le tribunal étatique peut les appliquer d'office et refuser l'exécution, même si la partie concernée ne les a pas invoqués pour éviter la reconnaissance.

L'exception d'ordre public est une voie commune suivie par les parties qui cherchent à entraver l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Cette exception permet aux tribunaux locaux d'examiner le fond de la sentence et de l'évaluer vis-à-vis des politiques et des principes nationaux. Ainsi ce qui était d'abord un examen des questions de procédure en un appel sur le fond de l'affaire est transformé. En cas de doute quant à la légitimité de la décision arbitrale, notamment, l'expérience montre que les tribunaux nationaux sont enclins à refuser la reconnaissance de la sentence sur la base qu'elle viole les principes de l'ordre public[455], dans les pays en développement, en particulier. À la place, la jurisprudence dans les pays développés, comme les Etats-Unis et l'Allemagne, a tendance à interpréter cette exigence de manière étroite refusant ainis rarement de reconnaître la sentence étrangère[456].

Peu de sentences d'investissement ont fait l'objet de procédures de reconnaissance et d'exécution, au titre de la convention de New York[457]. Les cours sont réticentes à se transformer en cours d'appel et refusent de voir dans l'arbitrage sur le fondement de traités d'investissement une particularité quelconque[458].

B) Reconnaissance des sentences CIRDI (régime applicable aux sentences CIRDI)

En matière d'investissement, le nombre de sentences arbitrales rendues chaque année est en croissance continue et les tribunaux arbitraux du CIRDI, dans au moins un tiers des affaires, déclarent que l'Etat défendeur a violé le traité d'investissement en cause et ordonnent à l'Etat de réparer le préjudice subi[459]. Les Etats en cause sont généralement conformés volontairement à

[455]DIMSEY Mariel, "The Resolution of International Investment Disputes", op. cit., p. 166.
[456]FOSTER George K., "Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform",op. cit., pp. 699-700.
[457]Par exemple, les décisions rendues dans le cadre d'un arbitrage d'investissement et ont fait l'objet d'une demande de reconnaissance et exécution en vertu de la convention de New York: arbitrage CNUDCI, BG Groupe Plc. c. la République argentine; arbitrage CNUDCI, Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. la République d'Equateur, CPA 2009-23 et arbitrage CNUDCI, Occidental Petroleum Corporation et Occidental Explorration and Production Company c. la Rrpublique d'Equateur, ARB/06/11, devant les tribunaux du Royyaum Uni.
[458]V. Occidental Petroleum Corporation et Occidental Explorration and Production Company c. la Rrpublique d'Equateur, ARB/06/11.
[459] Dans le cadre du CIRDI, en 2015, les tribunaux arbitraux se sont reconnus incompétents dans, en moyenne, un cas sur deux et ont rejeté les réclamations dans un cas sur trois. Secrétariat CIRDI, « Affaires du CIRDI – Statistiques »,2016,n°1,p.28.enligne:
<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(French)%20final.pdf>.

leur obligation internationale[460], que ce soit dans les arbitrages CIRDI ou non. Lorsque la partie succombant ne se conforme pas volontairement à la sentence arbitrale rendue à son encontre, s'ouvre alors la voie de l'exécution forcée. Ainsi, le système spécifique du CIRDI présuppose l'exécution spontanée de la sentence par l'Etat[461]. A défaut d'exécution d'une sentence CIRDI, un Etat est susceptible d'être attrait devant la Cour international de Justice par l'Etat d'origine de l'investisseur[462].

De plus, l'exécution d'une sentence rendue dans le cadre de la Convention du CIRDI exige la reconnaissance de la sentence avant d'être exécutée. La reconnaissance est la confirmation officielle que la sentence est authentique. Deux effets sont possibles. L'un est la confirmation de la sentence comme définitive et obligatoire. L'autre est l'étape préliminaire à l'exécution. La reconnaissance d'une sentence a pour effet, de la rendre la chose jugée, dans le pays concerné. Cela signifie que la demande sur laquelle la sentence a décidé ne doit pas faire l'objet d'une autre procédure devant un tribunal national ou un tribunal arbitraire[463].

Comme la convention de New York, la Convention de Washington vise à faciliter ces mesures en limitant la portée de l'examen des tribunaux nationaux sur les décisions des arbitres. Le cadre du CIRDI, cependant, est unique dans la mesure où il protège pratiquement les sentences contre le contrôle du juge national. L'absence de contrôle interne sur les sentences CIRDI est compensée par la création de ses propres procédures de contrôle des sentences, telles que décrites à l'article 52 de la convention. Il s'agit d'une procédure d'annulation, devant le CIRDI lui-même, qui vise à empêcher l'exécution des sentences touchées par de graves lacunes. Les motifs

---

[460] ALEXANDROV Stanimir, "Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention" Tansnational Dispute Management, 1, 2009, p. 10. En ligne sur : http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1345.

[461] Cette présupposition est détaillé dans le commentaire sous l'article 55 de la convention de Washington, in *The ICSID Convention, A Commentary*, 2nd ed., Ch. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR (eds), Cambridge, CUP, 2010, p. 1152.

[462] Selon l'article 27 de la Convention de Washington « Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatiqueou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend » et son article 64 « Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement ». À ce jour, il n'existe pas de précédent où l'État d'origine de l'investisseur aurait initié la saisie de la CIJ pour faire constater le manquement de l'État condamné au titre de ses obligations CIRDI. Par contre, on trouve quelques exemples sur des sanctions imposées par l'État d'origine de l'investisseur qui ne parvienne pas à faire exécuter la sentence CIRDI. (comme les sanctions des Etats-Unis contre l'Argentine à l'issue de la sentence dans l'affaire Azurix Corporation c. Argentine).

[463] UNCTAD, "International Commercial Arbitration. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", op. cit., p. 12.

d'annulation de la sentence du CIRDI sont: (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs[464].

A ce titre, le régime instauré par la convention CIRDI reste exceptionnel car il permet de bénéficier d'une procédureen la matière tout à fait simplifiée et il assimile les sentences du CIRDI au jugement définitif d'un tribunal dans le ressort du pays de l'exécution.

En ce sens, la convention stipule que : « Chaque Etat 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 Etat[465] ».

Cette obligation de reconnaître les sentences CIRDI s'applique à tous les pays signataires de la Convention de Washington, indépendamment du fait qu'eux ou leurs propres ressortissants étaient ou non des parties au différend. De fait, dès lors qu'un investisseur a obtenu une sentence favorable en vertu de la convention, il est assuré de sa reconnaissance immédiate devant les autorités compétents dans tous les pays parties à la convention CIRDI, y compris, le pays défendeur et son pays d'origine.

L'article 54(2) précise que la procédure dereconnaissance et ldexécution des sentences CIRDI est simple : il impose que la partie demandant la reconnaissance fournisse aux juridictions nationales une copie certifiée conforme de la sentence. Il y a lieu de noter que seules les parties à l'arbitrage sont habilitées, au titre de cet article, à initier la procédure visant à obtenir la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale dans un Etat contractant.

Contrairement à la convention de new York, la Convention du CIRDI ne reconnaît pas les motifs de refus pour reconnaître la sentence. La reconnaissance ne peut être refusée pour des raisons de droit interne. En particulier, la disposition relative à l'immunité de l'exécution de l'article 55 ne s'applique pas à l'étape de reconnaissance. En revanche, l'article 54 (3) soumet l'exécution aux modalités de la loi locale (pays où l'exécution est demandée) y compris la loi relative à l'immunité des Etats. Les tribunaux nationaux, confrontés à des demandes de reconnaissance de

[464]Convention de Washington, article 52 (1).
[465]Convention de Washington, article 54 (1).

sentences CIRDI, ont parfois éprouvé des difficultés pour faire la distinction entre la reconnaissance et l'exécution[466]. La distinction a été finalement maintenue.

En règle générale, la reconnaissance de la sentence arbitrale une fois obtenue son exécution forcée peut avoir lieu. En plus d'établir la première étape de la procédure d'exécution, la reconnaissance confirme le caractère contraignant des décisions arbitrales. La reconnaissance lui confère le statut de la chose jugée[467], et comme étape préliminaire à l'exécution, elle peut être utile, même s'il n'y a pas de perspectives immédiates d' exécution parce qu'il n'y a pas d'actifs disponibles dans l'État où la reconnaissance est demandée[468].

Le problème qui se pose avec l'exécution d'une sentence CIRDI n'a rien à voir avec sa reconnaissance ou le fait de savoir si les États contractants contestent sa force exécutoire. Les États contractants réalisent les obligations qui leur incombent en vertu de l'article 54 de la Convention du CIRDI pour reconnaître et garantir l'exécution des sentences.

Selon Delaume[469], en dépit de la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences CIRDI qui est aussi simple et efficace que possible, le titulaire d'une sentence CIRDI reconnue ne dispose que d'un titre exécutoire, plus encore si la partie perdante est l'Etat partie au différend. Alors que la sentence peut être exécutée aisément contre un investisseur ou ses actifs, la situation s'avère différente si l'exécution est demandée contre l'État partie au différend.

En somme, si le système du CIRDI présuppose l'exécution spontanée par les Etats contractants, il ne la garantit pas. Le droit des immunités d'exécution reste une compétence réservée des Etats dans ce système.

C) L'exécution et l'immunité souveraine

Le principe coutumier de l'immunité de l'Etat étranger trouve son fondement dans le respect dû aux souverainetés. L'égalité ou l'absence de hiérarchie théorique entre Etats imposerait qu'un

[466]Voir aussi Benvenuti & Bonfant c. Congo, cour d'appel de Paris, le 26 Juin 1981, 1 CIRDI Rapports368 et suiv.; 108 Journal du Droit International 365/6, 843, 845 (1981); LETCO c. Liberia, US District Court SDNY 5 Septembre 1986, 12 Décembre 1986, 2 CIRDI Rapports 383-389.

[467]SCHREUER Christoph H., "The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge, 2001), Article 54", in R. Doak Bishop, James Crawford, William Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International; 2005, p. 1520.

[468]UNCTAD, "International Commercial Arbitration. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", op. cit., p. 12.

[469]DELAUME George-René, "ICSID Arbitration", in Julian Lew (ed.), "Contemporary Problems in International Arbitration", Dordrecht; Boston : M. Nijhoff, 1987, pp. 23et 24.

Etat s'abstienne de tout acte d'autorité à l'encontre d'un autre Etat et à l'encontre des biens de cet Etat qui sont situés sur son territoire[470].

L'article 54 de la Convention, dans sa version anglaise utilise les mots «enforcement» et «execution» de manière interchangeable. Toute tentative visant à créer une distinction entre les deux concepts ne peut être maintenue à la lumière des mêmes textes authentiques français et espagnole de la Convention[471]. Les conventions de New-York et de Washington facilitent le processus de reconnaissance des sentences arbitrales internationales en limitant les motifs sur lesquels les tribunaux nationaux peuvent rejeter la sentence. En particulier, la Convention de Washington a effectivement éliminé cette capacité des tribunaux nationaux d'invoquer les règles et principes du droit interne sur la sentence, fournissant ainsi une reconnaissance automatique des sentences rendues en vertu de son cadre. Comme nous l'avons mentionné, le titulaire d'une sentence CIRDI reconnu a un titre exécutoire, en particulier si la partie perdante est un Etat partie au différend, principalement en raison de la doctrine de l'immunité d'exécution.

L'article 54 (3) de la Convention CIRDI ajoute la précision que « L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'État sur le territoire duquel on cherche à y procéder ». Cette disposition est renforcée par l'article 55 à l'effet que rien dans la Convention ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l'immunité d'exécution dudit État ou d'un État étranger. Ainsi, le régime d'exécution forcée des sentences CIRDI sur les biens de l'Etat ne déroge en rien au droit commun des immunités de l'Etat et ne bénéficie pas du régime simplifié de reconnaissance et d'exécution des sentences CIRDI. Le but de ces dispositions est que l'exécution d'une sentence arbitrale du CIRDI soit soumise à la législation interne de l'État où la sentence est demandée d'être exécutée et qu'aucune autre exception que celle prévue par le droit interne ne doit être faite en ce qui concerne le droit interne, en vertu de la Convention.

Les obstacles à l'exécution d'une sentence CIRDI, en vertu de la loi où l'exécution est demandée, en aucun cas atteinte à l'obligation de la partie à l'arbitrage du CIRDI à respecter et se conformer à la sentence en vertu de l'article 53 (1). Un État qui s'appuie avec succès sur les lois relatives à l'immunité de l'État de l'exécution sera toujours en violation de son obligation, en vertu de la

[470]DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, Droit international public, 8ème édition, Paris, LGDJ, 2009, pp. 497 et s.
[471]Pour une analyse détaillée, voir SCHREUER, Commentary, pp. 1121-1124.

Convention. La conséquence serait une reprise du droit de la protection diplomatique, conformément à l'article 27 (1)[472].

La Convention de New York, à son tour, ne prévoit pas d'indication particulière quant à l'exécution mais les lignes directrices de la convention renvoient toutes les questions relatives à l'exécution aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée[473].

En tant qu'élément central de tout système judiciaire, tous les pays disposent de procédures spéciales régissant la saisie des biens du défendeur y compris lorsque les actifs visés sont ceux du pays souverain. Certains pays, comme le Brésil et l'Argentine, fournissent même des règles spécifiques permettant aux tribunaux, à la demande du demandeur, d'enregistrer la dette dans le budget du gouvernement donc de garantir le paiement pour la période budgétaire suivante[474].

Toutefois, la réalisation de l'exécution des actifs souverains, se heurte souvent à la législation nationale, en reconnaissant le principe international de l'immunité souverain. La Convention du CIRDI, en dépit de sa tentative de construire un système juridictionnel autonome visant à faciliter le respect de ses sentences, admet qu' « aucune de ses dispositions de reconnaissance et d'exécution ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger[475] ».

Il faut alors souligner que, dans le cadre de l'arbitrage investisseur-Etat, et surtout dans celui de l'arbitrage CIRDI, l'Etat agit comme un hôte de l'investissement et noncomme un partenaire commercial. A ce titre, l'Etat renonce à faire valoir son immunité de juridiction également pour ce qui concerne ses actes *jure imperii*[476]en consentant à l'arbitrage investisseur-Etat, que ce soit par la conclusion d'une convention d'arbitrage, d'une TBI ou par l'adoption d'une offre générale d'arbitrage insérée dans un code d'investissement.Elément le plus important, selon la loi de la grande majorité des pays, une renonciation à l'immunité de juridiction, par la ratification de la Convention du CIRDI, qui ne signifie pas une renonciation à l'immunité de l'exécution[477].

---

[472]UNCTAD, "International Commercial Arbitration. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", op. cit., p. 16.
[473]Convention de New-York 1958, article III.
[474]FOSTER George K., "Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform", op. cit., p. 670.
[475]Convention CIRDI, article 55.
[476]POULAIN Bruno, « L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger » , in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 971.
[477]REED Lucy, PAULSSON Jan, BLACKABY Nigel, "Guide to ICSID Arbitration", The Hague; New York : Kluwer Law International, 2004, p. 107.

Bien que le concept de l'immunité souverainesoit largement considéré comme une question de coutume de droit international public (tous les États reconnaissant une certaine limitation de la mesure dans laquelle les autres États et leurs propriétés peuvent être soumis à la compétence ou la saisie devant les tribunaux locaux), la pratique des États, à cet égard, s'est avérée été incohérente. Les concepts de propriété varient également d'un pays à l'autre, tout comme les doctrines juridiques qui pourraient permettre à un tribunal de ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte d'une entité affiliée et traiter les actifs de l'entité comme ceux du débiteur[478].

Par exemple, en vertu du droit anglais, seuls les actifs affectés à un but commercial tombent hors la portée de l'immunité d'exécution et peuvent être saisis. Toutefois, ce principe peut être bloqué par l'ambassadeur du pays concerné en déclarant l'utilité publique de ces actifs, ce qui obligerait le demandeur à prouver le contraire. De même, les comptes bancaires de la mission diplomatique étrangère ne peuvent être saisis à moins qu'il ne soit démontré que le compte est utilisé uniquement pour le règlement de dettes commerciales.

Les tribunaux français ont jugé que la propriété commerciale d'un État peut être saisie si elle est utilisée pour l'activité sur laquelle est fondée la demande, une situation peu probable dans le cas de l'arbitrage investisseur-État.

Aux États-Unis, suite à un Acte de modification des immunités souveraines étrangères destiné à faciliter l'exécution des sentences arbitrales investisseurs-États, les comptes bancaires des États étrangers et d'autres actifs peuvent être saisis à moins qu'ils soient affectés à des fins non-commerciales[479].

Prenant compte de l'acte du développement des activités commerciales des Etats et de la nécessité de ne pas priver les partenaires commerciaux des Etats de tout recours, une distinction a été ensuite opérée entre activités souveraines de l'Etat et activités privées de cet Etat. La première catégorie conerne les activités pour lesquelles les Etats doivent toujours bénéficier de l'immunité, et la seconde celles pour lesquelles il n'est pas justifié que l'Etat puisse utilement invoquer un tel privilège[480]. En outre, lorsque la demande porte sur un organisme public doté de la personnalité juridique distincte, comme société appartenant à l'État, ses actifs pourraient

[478]Pour un examen des conditions de la saisissablité des actifs dans plusieurs juridictions, voir FOSTERGeorge K., "Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform", op. cit., pp. 670-690 ;
[479] COLLIER John et LOWE Vaughan, "The Settlement of Disputes in International Law :Institutions and Procedures", Oxford ; New York : Oxford University Press, 1999, pp. 271-272.
[480]POULAIN Bruno, « L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger », op. cit.,p.970.

généralement être saisis de la même manière que la propriété d'une société ou d'une personne privée[481].

1. Pratique jurisprudentielle

La jurisprudence découlant de sentences du CIRDI a tendance à distinguer l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Peu de sentences CIRDI semblent avoir donné lieu à des difficultés d'exécution rendant nécessaire une demande d'exequatur.

Dans la première affaire de cette nature, Benvenuti & Bonfant c. République populaire du Congo, Benvenuti a demandé au Tribunal de Grande Instance de Paris de rendre une ordonnance d'exéquatur de sa sentence CIRDI. Par une décision du 23 décembre 1980, le Président du Tribunal de grande instance a accordé l'exequatur à la sentence mais en l'assortissant d'une interdiction de prendre des mesures d'exécution ou des mesures conservatoires, sur des biens de l'État situés en France, sans avoir obtenu son autorisation préalable. Saisi d'une demande en rétractation formée par l'investisseur, le juge a alors justifié les modalités restrictives entourant son ordonnance d'exequatur par le risque d'atteinte à la souveraineté d'un État étranger que pourrait comporter une mesure d'exécution forcée[482]». La Cour d'Appel a condamné cette approche. Par un arrêt du 26 juin 1981, sur le seul fondement de l'article 54 de la Convention de Washington, la Cour a maintenu l'ordonnance d'exequatur en supprimant ses modalités restrictives. Elle a examiné le contenu de l'article 54 de la Convention de Washington et a observé qu'il mettait en place un exequatur simplifié, dans le cadre duquel le rôle du juge serait limité au contrôle de l'authenticité de la sentence. Cette précision est importante puisqu'elle contraste avec le jugement de première instance qui avait mentionné l'absence de contrariété avec l'ordre public avant d'accorder l'exequatur.

La Cour d'Appel a ensuite rappelé qu'en droit français, l'ordonnance d'exequatur « ne constitue pas un acte d'exécution, mais seulement un acte préalable à un acte d'exécution». Dès lors, la solution du juge de première instance perdait toute justification et imposait que l'ordonnance d'exequatur soit accordée sans aucune restriction[483].

---

[481]FOX Hazel, "The Law of State Immunity", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002, p. 399.
[482]Benvenuti et Bonfant c. Congo, affaire CIRDI n° ARB 77/2, TGI de Paris, jugement du 13 janvier 1981, ICSID Rep., vol. 1, 1993, p. 368, cité in Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, "Guide to ICSID Arbitration", Kluwer Law International, 2004, p. 108.
[483]Benvenuti et Bonfant c. Congo, affaire CIRDI n° ARB 77/2, décision de cour d'appel, Paris, 26 Juin 1981, ICSID Rep., vol. 1, 1993, p. 368, citéin Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, "Guide to ICSID Arbitration", Kluwer Law International, 2004, p. 108.

Une tentative a été faite en France pour faire respecter la sentence du CIRDI rendue contre le Congo contre la Banque Commerciale Congolaise (BCC) - une banque contrôlée par l'État. La tentative de faire appliquer la sentence rendue contre l'État par la saisie des biens de la BCC a échoué. La Cour de cassation, confirmant une décision de la Cour d'appel de Paris, a estimé que Benvenuti & Bonfant était le créancier de l'État du Congo, mais pas de BCC. La banque, bien que dépendant de l'État, ne pouvait être considérée comme une émanation de l'État du Congo. Le contrôle exercé par l'État ne suffit pas à le considérer comme une émanation de cet État[484].

Dans une autre affaire française SOABI c. Sénégal, la tentative d'exécution a conduit à des résultats similaires. Dans cette affaire, le demandeur, SOABI, avait obtenu à l'encontre du Sénégal une sentence CIRDI en sa faveur. Il en demanda l'exequatur en France où le Tribunal de Grande Instance de Paris le lui accorda le 14 novembre 1988. La Cour d'Appel a infirmé l'ordonnanceet refusé l'exequatur sur le fondement de l'article 1502, al. 5, ancien, du CPC, au motif qu'enseignant la Convention de Washington, le Sénégal n'avait renoncé qu'à son immunité dejuridiction et non à son immunité d'exécution laquelle est de principe en droit français, que ledemandeur à l'exequatur n'avait pas établi que l'exécution de la sentence porterait sur desbiens échappant à l'immunité d'exécution, et que l'exécution de la sentence en Franceheurterait l'ordre public international en ce qu'elle serait contraire à ce principe d'immunité[485].

La Cour de cassation a cassé sans renvoi, au motif que l'ordonnance d'exequatur de la juridiction inférieure, en soi, ne constituait pas un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État concerné. La Cour a estimé que la Convention de Washington a institué un régime autonome et simplifié de reconnaissance et d'exécution des sentences qui exclut l'application du droit commun et des voies de recours relatives à l'arbitrage commercial[486].

La distinction entre la reconnaissance et l'exécution forcée des sentences par les cours américaines a été reprise de façon similaire dans l'affaire LETCO c. Liberia, affaire qui a été portée devant la *U.S. District Court for the Southern District of New York*. Selon le juge

[484]Benvenuti et Bonfant c. La Banque commerciale Congolaise, France, Cour de cassation, le 21 Juillet 1987, 1 ICSID Reports 373, 115 Journal du Droit International 108 (1988), cité in UNCTAD,"International Centre for Settlement of Investment Disputes. Binding Force and Enforcement", *UNCTAD Course on Dispute Settlement*, 2003, p.14.
[485]SOABI c. État du Sénégal, Cour d'Appel de Paris, 5 décembre 1989, Clunet 1990, p. 141, note Emmanuel Gaillard, 117.
[486]Cour de Cassation 1ière Chambre Civile, 11 juin 1991, Clunet 1991, p. 118, note Emmanuel Gaillard.

américain, le titre exécutoire devait être infirmé puisqu'il portait en l'espèce sur des revenus fiscaux servant au fonctionnement dugouvernement du Liberia[487].

Une solution, en tous points similaire, a été prononcée le 16 avril 1987, lorsque le même investisseur a voulu obtenir un titre exécutoire dans le district de Columbia portant sur les comptes de l'ambassade. Dans ce cas de figure, l'exécution a été refusée au motif que les fonds visés servaient, au moins en majeure partie, au fonctionnement de l'ambassade du Libéria aux États-Unis et étaient donc protégés par la Convention de Viennesur les relations diplomatiques et par le droit fédéral sur les immunités[488].

Les cours anglaises ont également opéré cette distinction puisque dans l'affaire AIG Capital Partners c. le Kazakhstan, AIG a rencontré les mêmes difficultés, pour faire exécuter en Grande-Bretagne, une sentence CIRDI prononcée en sa faveur, contre le Gouvernement du Kazakhstan. AIG a cherché à exécuter la sentence à l'encontre d'un tiers détenant des fonds pour le compte de la NationalBank of Kazakhstan, la banque centrale du Kazakhstan. Citant l'article 55 de la Convention du CIRDI, la High Court a appliqué la loi anglaise sur l'immunité des États. En effet, aux termes de la loi relative aux immunités d'État de 1978 (State Immunities Act 1978, Section 14(4)), la propriété d'une banque centrale est réputée ne pas servir à des fins commerciales et à ce titre, elle ne peut faire l'objet de mesures d'exécution : ce qui a confirmé l'argument de la banque selon lequel les actifs étaient à l'abri de l'exécution.[489].

Conclusion:

Ces expériences amènent à supposer qu'un système juridique à même d'assurer le respect souverain de sentences arbitrales internationales demeure confronté à une tâche difficile et que les motifs de refusdexécution peuvent être inclus dans la Convention du CIRDI , en droit international et dans les règles nationales[490]. La convention du CIRDI, bien qu'elle ait fait beaucoup de chemin en limitant le contrôle interne des sentences arbitrales et en prévoyant un système autonome des différends relatifs à l'investissement, souffre d'un « talon d'Achille » au moment décisif de l'éxecution de la sentence contre un gouvernement peu coopératif.En ce cas, des preuves anecdotiques suggèrent que les États défendeurs dans les arbitrages d'investissement

[487]Liberian Eastern Timber Corporation v.The Government of the Republic of Liberia (U.S. District Court for the Southern District of New York, 12 December 1986 in 26 I.L.M. 695,note Delaume.
[488]Liberian Eastern Timber Corporation v.The Government of the Republic of Liberia (U.S. District Court for the District of Columbia, 16 avril 1987, 659 F.Supp. 606).
[489]BALDWIN Edward, KANTOR Mark et NOLAN Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", Journal of International Arbitration, Vol. 23, No. 1, 2006, p. 8.
[490]Ibid. p. 23.

ont respecté leurs obligations internationales en respectant des sentences finales. Cependant, dans un certain nombre d'exemples les défendeurs ont résisté de manière agressive à l'exécution par les tribunaux nationaux. Une question est ici soulevée potentiellement dangereuse pour l'avenir de l'arbitrage investisseur-État, notamment s'il constitue un système efficace de «justice». Afin que l'arbitrage d'investissement soit une composantecompéte de la justice, le respect de la volonté des décideurs d'arbitrage est un élément essentiel de ce système. La question qui doit être posée est celle de savoir s'il peut y avoir une action indépendante pour un investisseur : formuler une nouvelle demande contre le défendeur pour non-exécution de la sentence initiale. Comment la sentence deviendrait exécutoire ? Cette question demeure. S'agissant de cette même configuration dans laquelle l'exécution d'une sentence est effectivement impossible, si un investisseur épuise toutes les possibilités qui s'offrent à lui d'exécution de la sentence contre un défendeur non-conforme, ce dernier dispose t il d'une solution ?

En vertu de la Convention CIRDI, l'obligation, stipulée dans l'article 53 (1), de respecter et de se conformer à la sentence demeure.De même, les instruments de TBI, comme l'article 1136 (2) du chapitre 11 de l'ALENA, comprennent cette obligation internationale. Cependant, ce sont les obligations internationales entre les États parties aux instruments qui posent question.

Comme l'espèce d'examen a indiqué, les tribunaux nationaux qui ont été saisis de la question de l'application et de l'exécution des sentences finales ont été, en grande partie, déférents, si peu confus à certains moments. Ils pensent toujours à vérifier si les sentences internationales sont conformes à la législation nationale et tentent d'introduire des considérations relatives à la politique publique nationale. En outre, l'existence et la diversité des législations nationales relatives à l'immunité d'exécution représentent un des obstacles importants à l'exécution[491].

Même après la reconnaissance de la sentence, les tribunaux nationaux qui ont été saisis de la question de l'application et de l'exécution des sentences finales montrent beaucoup de déférence vis-à-vis des actifs d'autres États souverains soutenus par les lois sur l'immunité[492]. A partir de ces expériences, certains commentateurs suggèrent que les investisseurs devraient évaluer les instances d'exécution avec soin avant de lancer la série de procédures des sentences

[491] COLLIER John et LOWE Vaughan, "The settlement of disputes in international law : institutions and procedures", op. cit., p. 272.
[492] ALEXANDROFF Alan S. et LAIRD Ian A., "Compliance and Enforcement", in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 1186-1187.

internationales [493] . Comme l'a noté Kantor, la procédure interne s'est avérée être un moyen incertain de l'exécution des sentences internationales investisseurs- États[494].

Ce haut niveau de déférence par les tribunaux nationaux aux sentences arbitrales reste une question ouverte pour l'avenir. La situation plus detreminante encore est la difficulté à laquelle sont confrontés les demandeurs lorsque l'État défendeur refuse de satisfaire la sentence ;les demandeur ont alors été contraints d'identifier les actifs pouvant résister aux demandes d'immunité souveraine soulevées par les États répondants. Ainsi, l'application et l'exécution demeurent problématiques pour les demandeurs. Le règlement pacifique et dépolitisé des différends investisseurs-Etats implique donc encore que l'on recherche de nouvelles solutions pour rendre les régimes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales plus efficaces.

II. Le système d'exécution spécifique, en droit de l'OMC, (Pression sur l'exécution) : suivi et contrôle de la mise en conformité

L'ultime singularité du règlement des différends de l'OMC réside dans la technique de coercition de dernier recours aménagée au sein du mécanisme qui « couronne » l'architecture juridictionnelle d'encadrement de la mise en conformité [495] . Contrairement à l'arbitrage investisseur-État, l'OMC dispose d'un système de règlement des différends entièrement autonome, complètement détaché de systèmes juridiques et judiciaires nationales. Ce qui inclut des procédures visant à faire respecter la décision de l'ORD. Si l'ORD reconnait l'existence d'une violation et impose à l'Etat défendeur de se mettre en conformité avec ses obligations, et que ce dernier ne s'exécute pas, l'Etat plaignant peut être autorisé à suspendre certains de ses obligations à l'égard du défendeur. Cette suspension d'obligations prévue au Mémorandum d'accord, est généralement considérée comme la sanction du droit de l'OMC, à l'encontre des membres non-conformes[496]. En outre, le Mémorandum d'accord prévoit un mécanisme autorisant les membres de l'OMC à exercer une pression sur l'Etat défendeur pour le contraindre à se mettre en conformité.

[493]REED Lucy, PAULSSON Jan , BLACKABY Nigel, "Guide To ICSID Arbitration", Kluwer Law International, 2004, p. 108.
[494]KANTOR Mark, "The Limitations of Arbitration", The Journal of Structured Finance 2002, Vol. 8, No. 3, p. 50.
[495]HAMANNAndrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C. », op. cit. , p. 575.
[496]CULOT Henri, « Les sanctions dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce », Bruxelles : Larcier, 2014, p. 63.

A) Les sanctions de l'inexécution : suspension de concessions et d'autres obligations

Comme on l'a vu , le Mémorandum d'accord prévoit que si, au terme du délai raisonnable de mise en conformité, le défendeur n'a pas exécuté la décision de l'ORD ou s'il ne l'a pas exécutée complètement , la partie plaignante peut (mais ne doit pas [497]), exiger l'ouverture de négociations, en vue d'obtenir des compensations satisfaisantes[498]. Elle peut aussi demander l'autorisation d'introduire les sanctions commerciales. Dans cette hypothèse, l'article 22 du Mémorandum d'accord fournit la possibilité de compenser cette absence de mise en œuvre, par le recours à des mesures correctives, dans le souci de revenir à l'équilibre des concessions négociées. De telles mesures ne sont donc que la contrepartie commerciale et non financière de l'avantage qui a été annulé ou compromis et n'ont pas de caractère punitif[499].

Deux hypothèses sont alors envisagées pour remédier au défaut de mise en œuvre des recommandations : l'octroi d'une compensation volontaire et mutuellement acceptable et acceptée au profit du membre plaignant ou, à défaut, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du membre incriminé.

La compensation, cependant, ne peut être établie que sur une base consensuelle, entre les parties au différend. En outre, les compensations constituent un palliatif transitoire et amiable qui apaise les tensions et permet d'éviter les mesures contraignantes, désagréables aux Etats souverains[500]. La compensation est alors volontaire, fondée sur un accord entre les parties. Elle doit également n'être que temporaire dans l'attente du retrait définitif de la mesure incriminée car une telle compensation ne saurait remplacer l'obligation de mettre en œuvre les recommandations de l'ORD[501].

Lorsqu'aucune compensationsatisfaisante n'a été convenue, la partie plaignante peut demander l'autorisation de suspendre des concessions contre la partie défenderesse[502]. Cette demande doit être motivée et doit spécifier les concessions et obligations qui seront suspendues. La procédure d'autorisation, si elle reste dans les faits relativement formelle, n'en est pas moins doublée d'un

---

[497] BLIN Olivier, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », Journal du droit international (Clunet), n° 2, 2008, p. 447.
[498] VALLES Cherise M. et MCGIVERN Brendan P., "The right to retaliate under the WTO agreement: the "sequencing" problem", Journal of world trade, Vol. 34(2), 2000, (pp. 63-84) p. 69.
[499] BURDA Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », Revue québécoise de droit international, vol. 18, n°2, 2005, (pp. 1-37), p. 26.
[500] CULOT Henri, « Les sanctions dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce », op. cit. , p. 89.
[501] Mémorandum d'accord, à l'art. 22 (1).
[502] Mémorandum d'accord, article 22.2.

aspect symbolique fort. Elle vise, en effet, à empêcher toute tentative d'unilatéralisme de la part des membres de l'OMC. De ce fait, l'autorisation de suspendre des concessions par l'ORDest pratiquement automatique, car il est l'une des principales étapes procédurales régies par la règle du consensus négatif[503].

À l'exclusion des tierces parties et des États membres tiers à la procédure, seuls les plaignants à la procédure au fond peuvent demander la suspension de leurs obligations. Il est donc évident que pour avoir le droit de mettre en œuvre des sanctions, le plaignant doit voir ses avantages réduits[504].

La suspension de concessions ou d'autres obligations implique souvent une réduction de l'accès au marché du plaignant[505]. Le terme « concession » se réfère généralement, aux avantages commerciaux, offerts aux membres de l'OMC, généralement sous la forme, de droits de douane consolidés, ou d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS. « D'autres obligations » désigne, à la place, le cadre le plus large des dispositions contraignantes de l'OMC. Ainsi, les obligations pouvant être soit les obligations visées aux articles Ier et II du GATT (nation la plus favorisée et consolidation) donc des concessions tarifaires, soit, dans des cas particuliers, d'autres obligations résultant de l'Annexe 1 de l'accord instituant l'OMC. Dans la pratique, toute obligation découlant des Accords de l'OMC (par opposition aux accords institutionnels, à savoir le Mémorandum d'accord et l'accord de l'OMC elle-même) pourrait être suspendue comme le moyen de sanctionner la violation constatée[506].

Par rapport aux sanctions classiques consistant dans un relèvement des droits à l'importation de marchandises, à la suite d'une suspension de l'obligation de consolidation, la suspension d'obligation résultant de l'AGCS ou de l'ADPIC présente des spécificités. La suspension des obligations concerne des mesures comme le retrait des brevets visés par l'ADPIC ou l'imposition temporaireme de certaines exigences d'octroi de licences, pour les produits, les services, les commerçants ou les investisseurs du membre non-coopératif.

---

[503]Ibid. l'article 22.6. précise que : « l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande ».

[504] LESAFFREHubert, « Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale », Paris : LGDJ, 2007, p. 447.

[505]Décision des arbitres dans l'affaire États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur - Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25:3, affaire n° WT/DS160/ARB25/1, para. 2.6.

[506]Conformément à l'article 22.5 : « l'ORD n'autorisera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations si un accord visé interdit une telle suspension ».

De ce fait, la suspension des obligations, au titre de l'accord ADPIC, constitue une sanction comme les autres. Toutefois, « l'atteinte à des droits de propriété privée d'individus ou d'entreprises peut être perçue comme plus importante dans le cas de l'Accord sur les ADPIC, vu les possibilités quasiment illimitées de copier des phonogrammes ou d'utiliser d'autres droits de propriété intellectuelle. Les producteurs de marchandises et les fournisseurs de services qui sont affectés par la suspension de concessions ou d'autres obligations, dans le cadre du GATT ou de l'AGCS, peuvent cependant cesser d'exporter vers le Membre imposant cette suspension[507] ». La suspension des obligations à l'égard d'investisseurs déjà établis sur le territoire du plaignant pourrait finalement être contraire à d'autres règles, et en particulier aux traités de protection des investissements (TBI)[508].

Dans le cadre de l'OMC, les sanctions commerciales ne servent pas seulement le but d'équilibrer les droits et obligations bouleversés par le maintien des mesures incompatibles avec l'OMC. Elles servent surtout à exercer un effet coercitif dans le but de convaincre le membre concerné de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD[509]. En ce sens, les mesures de rétorsion sont conçues pour fonctionner comme de véritables mesures d'exécution, en rendant le membre non-conforme au regard des restrictions commerciales, jusqu'à ce que la décision et la recommandation de l'ORD soient pleinement mise en œuvre.

Toutefois, l'article 22 du Mémorandum ne comprend certainement pas l'idée de mesure punitive[510]. Alors que le but de ce mécanisme est d'inciter au respect de la décision de l'ORD, les sanctions commerciales, telles que prévues par le Mémorandum d'accord, ne comportent pas un élément punitif. Leur impact économique est en effet limité au niveau du préjudice économique subi par le demandeur.

La suspension d'obligations doit être équivalente à l'annulation ou à la réduction des avantages subie par le requérant[511]. Le sens d ' « équivalence » dans ce contexte a été entendu comme

[507]Décision des arbitres, CE — Bananes III (Equateur) , le recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6, WT/DS27/ARB/ECU, para. 157.
[508]ZDOUC Werner, "Cross-retaliation and Suspension under the GATS and TRIPS Agreements", *in* Chad P. Bown, Joost Pauwelyn (ed.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010 (pp.515-535) p. 532.
[509]STOLL Peter-Tobias, " Article 22 DSU", in Rüdiger Wolfrum,Peter-Tobias Stoll,Karen Kaiser (eds.), *WTO: Institutions and Dispute Settlement*, 2006, p. 527.
[510]Dans la décision des arbitres CE — Bananes III (EU) , le recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6, WT/DS27/ARB/ECU, para. 6.3 Les arbitres ont indiqué: "À notre avis, rien dans l'article 22:1 du Mémorandum d'accord, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère punitif".
[511]Mémorandum d'accord , article 22.4.

dénotant la correspondance ou l'identité entre les deux niveaux liés, qui est, entre le niveau des concessions à suspendre, d'une part, et le niveau de l'annulation ou la réduction, de l'autre[512]. Si le Membre concerné estime que les mesures proposées par le demandeur dépassent le niveau de l'annulation ou de la réduction, il serait préférable que l'ORD renvoie l'affaire à l'arbitrage[513]. Les concessions et autres obligations ne pouvant alors être suspendues pendant cette procédure, l'arbitrage impose de revenir au groupe spécial initial ou au directeur général de l'OMC, en cas d'impossibilité pour le groupe spécial originel de se réunir de nouveau pour apprécier le niveau des mesures proposées. Ce n'est que le niveau des mesures qui est examiné et non les mesures elles-mêmes[514].

Le principe d'équivalence implique que le montant des sanctions est fixé, sans égard vis-à-vis d'autre critères de gravité de violation ni à la bonne ou mauvaise foi du défendeur. Il s'agit, en réalité, d'un montant maximal. Rien n'empêche la partie plaignante de demander une suspension uniquement pour une partie de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC prises par un autre Membre[515]. En tout cas, il est clair que la suspension de concessions ou d'autres obligations qui dépasseraient le niveau de l'annulation ou de la réduction, affirmée par les arbitres, entrainerait en elle-même une violation du droit de l'OMC.

Dans la conception traditionnelle, on apprécie l'équivalence en calculant la valeur de la réduction des avantages. Il faut donc calculer la valeur des biens ou des services, qui en raison de la violation, n'ont pas été exportés du plaignant vers le pays défendeur (critère de l'effet commercial)[516].

L'affaire États-Unis — Loi de 1916 (CE) est, en ce sens, symptomatique.Ses effets sur les entreprises européennes n'ont pas pu être clairement quantifiés. Face à une demande de l'UE d'introduire des mesures essentiellement équivalentes à celles qui avaient donné lieu à l'affaire, l'arbitre a confirmé la nature quantitative de l'exigence d'équivalence en notant ceci :

« Il n'est pas possible de déterminer dans l'abstrait la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une demande "qualitativement équivalente" présentée au titre de l'article 22:2. Par contre, il est

[512]Décision des Arbitres, CE — Bananes III (EU) (article 22.6- CE), WT/DS27/ARB, para. 4.1.
[513]Mémorandum d'accord , article 22.6.
[514]*Ibid.* à l'art. 22 (7).
[515]Décision des Arbitres, CE — Bananes III (EU) (article 22.6- CE), WT/DS27/ARB, para. 24, note de bas de p. 12.
[516]Décision des Arbitres, CE — Bananes III (EU) (article 22.6- CE), WT/DS27/ARB, paras. 6.12 et 7.1.

nécessaire de déterminer comment la suspension effective résultant de cette "équivalence qualitative" serait appliquée. Plus précisément:

> • Si la suspension des obligations était appliquée de telle manière qu'elle soit égale ou inférieure au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes, alors elle serait en principe compatible avec l'article 22:4 du Mémorandum d'accord.
>
> • Si la suspension des obligations était appliquée de telle manière qu'elle dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes, alors elle serait punitive et ne serait pas compatible avec l'article 22:4 du Mémorandum d'accord[517] ».

Une telle définition, du principe d'équivalence, représente le signe d'une conception centrée sur les intérêts commerciaux. La condition d'équivalence est, donc, une restriction quantitative qui exige une évaluation de l'impact des mesures incompatibles avec l'OMC sur les intérêts économiques de la partie plaignante. Le règlement des différends de l'OMC est donc assez original, imposant aux membres de respecter leurs engagements, tout en instituant un mécanisme de « secours » de rétorsions unilatérales autorisées[518].

1. Les représailles sous les différends relatifs aux investissements à l'OMC

La condition d'équivalence entre l'impact économique des mesures incompatibles avec l'OMC et le niveau de sanction a une conséquence particulière sur les différends concernant le traitement de la présence commerciale étrangère en vertu de l'AGCS. Pour les fournisseurs de services, impliqués dans le différend, la capacité du Membre plaignant de recourir à la suspension de concessions implique l'avantage de maintenir le différend au niveau international, sans qu'il soit nécessaire de se tourner vers d'autres instances pour demander l'exécution des décisions internationales. Cependant, les procédures définies par les articles 22.3 et 22.4 peuvent également avoir des conséquences négatives, dans le cadre d'un différend impliquant des fournisseurs de services.

Les exigences imposées par l'article 22.3 et, en particulier, le principe général selon lequel la suspension de concessions doit être imposée principalement « en ce qui concerne par le (les) même(s) secteur (s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) la violation ou autre annulation ou

[517]Décision des Arbitres, États-Unis — Loi de 1916 (CE) (article 22.6- EU), WT/DS136/ARB, para. 5.21.
[518] BURDA Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », op. cit., p. 29 .

réduction d'avantages ont été constatés », peut donner lieu à des conséquences inattendues quant aux investisseurs étrangers, dans les secteurs de services, lorsque le différend concerne des modes de fourniture autres que la présence commerciale. En fin de compte, les règles de procédure établies par le Mémorandum d'accord peuvent conduire, en principe, à l'imposition de sanctions commerciales pour ce même investisseur étranger qui a contribué à élever la réclamation. Cela peut se produire si un investisseur étranger lui-même s'est établi dans l'État d'accueil, non seulement pour fournir des services sur le territoire de son État d'accueil, mais aussi - ou principalement –pour fournir des services transfrontaliers à son Etat d'origine[519].

L'autorisation de suspendre des obligations de l'AGCS n'a été accordée qu'à deux reprises, dans les affaires Bananes III et Etat-Unis-Coton upland. Les arbitres ont estimé qu'une suspension relative au secteur de l'AGCS n'ayant pas fait l'objet d'une consolidation ne peut être considérée comme possible[520]. Ce raisonnement ne parait guère fondé lorsque le raisonnement diffère en fonction du modèle de prestation envisagé[521]. Il peut être impossible du suspendre des obligations relatives au troisième mode de prestation de services (présence commerciale à l'étranger) eu égard aux répercussions d'une telle mesure sur les entreprises et sur l'attractivité du plaignant[522]. Dans tous les cas, il est nécessaire que le plaignant puisse garantir que l'équivalence est respectée.

Si les règles énoncées par l'article 22.3 sont été appliquées strictement, le demandeur devrait imposer les sanctions dans le même secteur des services où la violation a été commise. Paradoxalement, ce «secteur» serait, en fait, composé des sociétés étrangères qui, étant établies sur le territoire du demandeur, sont les « présences commerciales » du défendeur. Si un différend, en ces termes,devait avoir lieu, l'analyse faite par l'arbitre devrait tenir dûment compte des activités et des intérêts des parties privées sur lesquels les restrictions commerciales devraient être appliquées[523].

---

[519]Tel est le cas, par exemple, du différend (États-Unis — Jeux),WT/DS285/R.

[520]CE — Bananes III (Équateur) (article 22:6- CE), WT/DS27/ARB/ECU, paras. 71, 103 et suiv. L'idée est reprise par États-Unis — Coton upland (article 22:6-États-Unis I), WT/DS267/ARB/1, para. 5.72 et par États-Unis — Coton upland (article 22:6-États-Unis II), WT/DS267/ARB/2, para. 5.72.

[521] Décision des Arbitres, CE — Bananes III (EU) (article 22.6- CE), WT/DS27/ARB, para. 118.

[522] Ibid., paras. 110 et suiv. ;Werner Zdouc, Cross-retaliation and Suspension under the GATS and TRIPS Agreements, in Chad P. Bown, Joost Pauwelyn (eds.), The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement, Cambridge University Press, 2010, pp. 531- 532.

[523]Cela pourrait se faire, par exemple, selon l'analyse de «l'efficacité» du secteur sélectionné pour la suspension de concessions. En ce qui concerne l'efficacité de la suspension de concessions dans les termes de l'article 22.3 (c), l'arbitre CE - Bananes III (Équateur) (article 22.6 - CE) a exprimé que le terme "effective" signifie par connotation "qui produit beaucoup d'effet", "qui fait forte impression", "qui produit un effet ou un résultat". Par conséquent, le sens général de ce critère habilite la partie demandant la suspension à faire en sorte que celle-ci ait une forte

Comme nous l'avons fait remarquer, rien dans l'AGCS ou du Mémorandum d'accord ne stipule qu'un membre ne peut présenter une réclamation relative au traitement d'une présence commerciale au titre des investissements réalisés par ses propres sociétés. En d'autres termes, il n' existe aucune obligation pour un membre de démontrer que l'investissement étranger concerné est « son propre » investissement étranger, et pas celui de tout autre membre. Les règles de l'AGCS ne nécessitent pas effectivement des membres qu'ils démontrent l'impact économique des mesures en vue de les contester. E De plus, il n'y a pas d'exigence que la présence commerciale affectée par ces mesures soit liée à la demanderesse. En effet, la nationalité de la présence commerciale n'est pas liée à la capacité d'un membre d'initier un différend.

La nationalité de la présence commerciale détermine ce qu'un membre a subi au titre de l'annulation ou de la réduction. En vertu des règles de l'AGCS, une présence commerciale « est de Membre de l'OMC dont les ressortissants ou sociétés possèdent ou contrôlent cette présence commerciale »[524]. Puisque le niveau de l'annulation ou de la réduction fixe le plafond de la valeur des sanctions commerciales, il en résulte que seul le pays de l'origine de la présence commerciale touché peut être autorisé à appliquer des mesures de rétorsion. Seul, en efft, le pays d'origine de l'investissement pourrait affirmer que ses avantages commerciaux ont été annulés ou compromis du fait de mesures incompatibles avec l'OMC.

En outre, conformément à l'article 22.4, le demandeur peut être autorisé à suspendre des concessions à un niveau « équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ». Comme mentionné ci-dessus, l'annulation ou la réduction des avantages commerciaux ne constituent pas une exigence de la capacité juridique. Au lieu de cela, tout membre de l'OMC peut apporter un différend,en vertu de disciplines de l'AGCS, indépendamment des effets commerciaux qu'il peut ou ne peut pas subir. Par conséquent, un Membre de l'OMC pourrait apporter un différend à l'appui de ses propres présences commerciales, ainsi que pour la présence commerciale d'autre Membres. Dans ce dernier cas, toutefois, le demandeur peut ne pas être capable de faire respecter une décision favorable. En

---

incidence et produise le résultat souhaité, c'est-à-dire qu'elle incite à la mise en conformité le Membre qui ne met pas les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec les décisions de l'ORD dans un délai raisonnable. (Décision des arbitres dans l'affaire CE – Bananes III (Equateur), Recours des CE à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB/ECU, para. 72.). Selon ce concept, l'imposition de sanctions commerciales sur les présences commerciales étrangères dont l'intérêt principal se trouve sur la fourniture de services au son pays d'origine par le commerce transfrontalier - face aux restrictions commerciales maintenues par le défendeur - ne ferait pas un impact sur le Membre défendeur capable d'induire la conformité.

[524]L'AGCS, article XXVIII.

vertu des règles d'origine de l'AGCS, les investisseurs concernés ne seraient pas « des fournisseurs de services » du Membre introduisant le différend. Il il en résulte que le niveau de l'annulation ou de la réduction subi par le demandeur sera égal à zéro. Cela implique que si la nationalité de la présence commerciale n'est pas pertinente, comme condition préalable à porter le différend, le lien de nationalité entre le Membre plaignant et les présences commerciales concernées est essentiel pour l'exécution d'une décision favorable.

Les investisseurs étrangers peuvent ainsi recourir à tout membre afin de déposer une réclamation à leur profit et finalement attendent du défendeur qu'il élimine, de manière prospective, les mesures qui l'ont affecté. Les limites de ce systême de « membres shopping », cependant, sont celles de la phase d'exécution du différend : le membre, qui n'est pas du pays d'origine réel de cet investisseur, ne serait pas en droit d'adopter des sanctions commerciales contre les autres membres.

Par conséquent, alors que les règles de l'OMCstatut juridique permettent à tout membre, y compris à ceux qui n'ont aucun rapport avec l'investisseur concerné, d'apporter la réclamation et de demander le retrait des mesures incompatibles, seul le pays d'origine de l'investisseur serait autorisé à exercer des sanctions. Dans ce sens, alors que l'OMC accueille tout membre qui souhaite exiger le respect des règles de l'OMC par les autres membres, il ne permet pas aux membres effectivement affectés d' adopter des sanctions commerciales, limitant ainsi le nombre de pays qui contribuent à perturber le système commercial multilatéral par l'adoption de mesures plus restrictives pour le commerce.

En résumé, les recours dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC offrent, une alternative intéressante aux investisseurs étrangers. Plus particulièrement, l'obligation de retirer les mesures incompatibles génère des gains spéciaux aux investisseurs qui souhaitent poursuivre l'exploitation de leur présence commerciale dans l'Etat d'accueil. En outre, le mécanisme d'exécution prévu par le Mémorandum d'accord fournit un avantage supplémentaire pour les parties privées car ils n'ont pas besoin de recourir à d'autres instances pour assurer la conformité avec les recommandations et les règles de l'OMC. Toutefois, les modalités de suspension des concessions établies par le Mémorandum d'accord ne prennent pas correctement en compte les caractéristiques particulières des litiges portant sur les disciplines de l'AGCS, ce qui peut finalement induire des conséquences négatives pour les investisseurs, dans les services impliqués dans les différends de l'OMC.

B) La surveillance de la mise en œuvre par L'ORD : une surveillance continue sur le différend

De nombreux éléments de l'article 21 du Mémorandum d'accord intitulé « Surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions » confirment que la mise en œuvre des recommandations des groupes spéciaux et de l'organe d'appel est un problème systémique et que tout Membre est directement concerné et intéressé par le processus de mise en œuvre engagé par un autre Membre. Le Mémorandum d'accord établit que l'ORD mettra sous surveillance la mise en œuvre des recommandations ou décisions adoptées. Cette procédure consiste à suivre le processus de mise en œuvre qui sera inscrit à l'ordre du jour de la réunion de l'ORD, après une période de six mois suivant la date à laquelle le délai raisonnable prévu aura été fixé, et restera inscrit à l'ordre du jour des réunions de l'ORD jusqu'à ce que cela soit résolu[525].

Pour qu'il y ait une surveillance effective, la mise en œuvre reste inscrite à l'ordre du jour des réunions de l'ORD tant que la question n'est pas résolue. Le Membre qui met en œuvre des recommandations est également tenu de rendre compte périodiquement à l'ORD et de présenter des rapports de situation indiquant où en est la mise en œuvre[526]. L'obligation de déposer ce rapport maintient une certain pression sur l'Etat défendeur, même s'il ne s'exécute pas toujours[527]. Le processus de surveillance est encore élargi par la capacité de « tout membre » de soulever la question à la réunion de l'ORD. Ainsi, ce ne sont pas seulement les parties au différend qui peuvent être impliquées dans le processus de mise en œuvre.

La surveillance collective du processus de mise en œuvre renforce la transparence de la procédure de règlement des différends et veille à ce que l'ensemble des membres de l'OMC soit informé et tenu au courant des mesures prises par le défendeur de se conformer aux

[525] Selon l'article 21:6 du Mémorandum d'accord: « L'ORD tiendra sous surveillance la mise en œuvre des recommandations ou décisions adoptées. La question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions pourra être soulevée à l'ORD par tout Membre à tout moment après leur adoption. À moins que l'ORD n'en décide autrement, la question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions sera inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'ORD après une période de six mois suivant la date à laquelle le délai raisonnable prévu au paragraphe 3 aura été fixée et restera inscrite à l'ordre du jour des réunions de l'ORD jusqu'à ce qu'elle soit résolue. Dix jours au moins avant chacune de ces réunions, le Membre concerné présentera à l'ORD un rapport de situation écrit indiquant où en est la mise en œuvre des recommandations oudécisions ».

[526] Rapport du Groupe spécial États-Unis — Certains produits en provenance des CE, WT/DS165/R, para. 6.94.

[527] EHRING Lothar, The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations, in Chad P. Bown et Joost Pauwelyn (eds.), The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, Cambridge University Press, 2010, p. 256.

recommandations et décisions de l'ORD[528]. En outre, cette mesure d'exécution « soft » ajoute une composante de la pression des pairs comme une incitation à éliminer les mesures non-conformes. Cet élément politique est renforcé par le fait que tout membre de l'OMC, et pas seulement ceux effectivement impliqués dans le litige concerné peut, soulever le problème lors des réunions de l'ORD et se renseigner sur le processus de mise en œuvre[529].

La procédure instituée par l'OMC est donc originale en ce qu'elle prévoit non seulement les moyens de résoudre les différends mais également d'appliquer les recommandations. L'ORD apparaît alors comme l'organe central de cette procédure.

III. Évaluation et comparaison des mécanismes d'exécution, dans l'arbitrage d'investissement, et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC

L'arbitrage entre l'investisseur et l'État relève d'une invention inédite du droit international des investissements car il permet aux particuliers d'intenter des poursuites contre un Etat souverain. En règle générale, les sentences arbitrales sur les différends investisseur-État peuvent être appliquées par les tribunaux locaux, dans le cadre de la législation d'exécution adoptée en vertu des conventions internationales d'arbitrage. En réalité, comme dans le cadre de l'ALENA, la non-exécution d'une sentence arbitrale par un État d'accueil peut donner lieu à une procédure de règlement du différend d'État à État en vertu du traité.

Les conventions bilatérales sur l'investissement ne prévoient pas de procédure spécifique de mise en œuvre des sentences arbitrales dans le domaine de l'investissement. Chaque fois que cela est possible, la solution d'un différend réside dans la non-application ou le retrait d'une mesure non conforme, faute de quoi une compensation doit être accordée. En dernière analyse, la suspension « d'avantages d'effet équivalent » de la part de la partie lésée est admise dans l'attente d'une solution satisfaisante au différend[530]. Ce sont les mêmes mesures correctives qui sont envisagées par les dispositions de règlement des différends dans le cadre de l'AGCS, une fois que le rapport d'un Groupe spécial a été adopté par l'Organe de règlement des différends.

---

[528]STEINMANN Arthur, "Article 21 DSU", in Rüdiger Wolfrum,Peter-Tobias Stoll,Karen Kaiser (eds.), WTO - Institutions and Dispute Settlement, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2006, p. 519.

[529] PAUWELYN Joost H. B., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach", *The American Journal of International*, Law Vol. 94, 2000, p. 337.

[530]OCDE, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), le règlement des différends: (Note du Président), DAFFE/MAI(95)9, 4 décembre 1995, http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng959f.pdf.

Tandis que les mécanismes d'exécution présentés par l'arbitrage d'investissement et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC sont radicalement différents dans la nature et les effets, ils ont en commun une caractéristique importante: ce sont deux deux moyens d'exécution rarement utilisés.

Jusqu'à présent, le CIRDI n'était pas un forum largement utilisé en vue de la résolution des différends. En conséquence, les procédures d'exécution dans les juridictions nationales en ce qui concerne les sentences CIRDI sont peu nombreuses. Les quatre seules affaires impliquant des décisions quant à l'exécution judiciaire des sentences CIRDI contre la partie perdante[531] sont clairement identifiées. De même, sur un total de plus de 400 affaires de l'OMC, traitées jusqu'en 2010, dix-neuf affaires ont été tranchées autant que l'arbitrage de l'article 22.6 du Mémorandum d'accord et l'organe de règlement des différends n'a autorisé la suspension de concessions que dans trois cas. Tandis que le système en général fonctionne bien en termes quantitatifs, il a certaines lacunes qualitatives qui relèvent de la mise en œuvre et de l'exécution des décisions de l'ORD. Dans ce contexte, il apparaît que les différends, dans le droit international économique en général, que ce soit Etat-Etat ou investisseur-État, ont tendance à être résolus soit par un accord entre les parties soit par une conformité volontaire du défendeur.

Toutefois, si le différend a finalement débouché sur le mécanisme d'exécution : constitue t il une méthode plus fiable que l'autre ? En prenant en compte le nombre limité d'affaires ayant atteint ce stade, il apparaît que les sanctions commerciales imposées dans le cadre de l'OMC ont eu plus de succès dans la mise en conformité avec les décisions que le mécanisme de reconnaissance et d'exécution suivant les Conventions de New-York et de Washington. Dans l'arbitrage international, comme indiqué précédemment, trois des quatre affaires, dans lesquelles l'exécution nationale d'une sentence internationale a été demandée, ont été infructueuses. En revanche, toutes les affaires de l'OMC dans lesquelles la suspension des concessions a été autorisée semblent avoir été résolues de façon satisfaisante et les mesures non-conformes aux accords de l'OMC éliminées ou progressivement et volontairement réduites et éliminées[532].

De toute évidence, les procédures de rétorsion de l'OMC présentent des lacunes importantes, en particulier lorsque le membre de représailles est un pays en développement ou d'une petite

[531]BALDWIN Edward, KANTOR Market NOLAN Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", Journal of International Arbitration, Vol. 23, No. 1, 2006, pp. 5-9.
[532]WILSON Bruce, "Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date", Journal of International Economic Law, Volume 10, Issue 2, 2007, pp. 402-403.

économie[533]. L'absence de réactions punitives fait des remèdes de l'OMC des instruments faibles, de conformité convaincante. Il semble que les recours de l'OMC soient susceptibles d'apporter à la conformité une contribution modeste. Le système semble particulièrement mal conçu, à cet effet,dans la mesure où lorsqu'ils sont combinés avec dans la pratique la plupart des membres qui ne sont pas susceptibles d'exercer des représailles et une longue période qui pourrait se dérouler avant que les représailles s'appliquent[534].

Si le recours à des mesures de rétorsions autorisées trouve, d'un point de vue théorique, une justification économique, il n'en reste pas moins que la pratique qui s'est instituée est discutable.Le droit de recourir à de telles mesures a été mal interprété par les membres quisont incités à ne pas mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. Aussi ne pouvons-nous que condamner la pratique, déformation de l'esprit originel, qui s'est progressivement instaurée entre les membres qui préfèrent aujourd'hui se complaire dans leurs violations et accepter certaines concessions, prix du non-respect du droit[535].

Cependant, l'expérience avec les décisions de l'OMC suggère que la combinaison de l'exécution par l'imposition de sanctions commerciales et la pression politique par le biais de la surveillance de l'OMC apporte une plus grande conformité avec les décisions internationales que le mécanisme de reconnaissance judiciaire et l'exécution des sentences arbitrales figurant dans l'arbitrage d'investissement. Le niveau élevé de conformité est cohérent avec la double nature juridique et diplomatique de la procédure de règlement des différends de l'OMC, cadre dans lequel tous les « joueurs » ont tendance à avoir un intérêt systémique dans le maintien d'un mécanisme fonctionnel et efficace de règlement des différends.

Les préoccupations institutionnelles démontrées par les membres de l'OMC et leur volonté de ne pas exercer une pression inutile sur le système multilatéral contrastent fortement avec la relation conflictuelle existant généralement entre les parties dans les procédures d'investisseur-État.

En effet, Les tensions entre l'investisseur privé et les autorités d'accueil contribuent à l'efficacité limitée du système d'exécution présenté dans l'arbitrage d'investissement. Dans la pratique, il

---

[533] Pour les réformes proposées dans le mécanisme d'exécution de l'OMC, voir PAUWELYN Joost H. B., "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach", 94 *American Journal of International Law* 335-347 (2000). disponible sur: http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/88.

[534] LAWRENCE Robert Z., "Crimes and Punishments?: Retaliation under the WTO", Peterson Institute, Washington (D.C.) : Institute for International Economics, 2003, p. 32.

[535] BURDA Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », op. cit., p. 30.

semble que le gouvernement refuse de se conformer à une décision arbitrale, aurait probablement trouver un moyen d'éviter le paiement forcé dans le mécanisme d'exécution existant au niveau national, en particulier à travers le bouclier fourni par le principe de l'immunité d'exécution des actifs souverains[536]. Dans cette perspective, l'utilisation de compensations financières temporaires pourrait également s'avérer efficace.

Ainsi, dans son rapport sur l'Avenir de l'OMC(relever les défis institutionnels du nouveau millénaire), le Conseil consultatif présidé par Peter Sutherland a encouragé les expériences visant à octroyer « une compensation monétaire par la partie tenue de se conformer au rapport concernant le règlement d'un différend, au lieu de mesures compensatoires en matière d'accès au marché de la partie au différend lésée et ayant obtenu gain de cause ». Il faudrait néanmoins faire « bien attention à ce que la compensation monétaire ne soit, qu'une solution de repli temporaire, en attendant le plein respect des obligations »[537] .

De plus, lorsque les tribunaux refusent de donner exécution à des sentences CIRDI une des principales raisons d'être d'un système conçu pour permettre aux personnes privées de faire valoir leurs droits devant une instance internationale cesse d'exister. Le risque est donc celui d'un retour un siècle plus tôt, à une époque où le seul moyen de protéger les droits d'une personne contre le fait illicite d'un Etat était la protection diplomatique[538].

En conclusion, il n'y a pas de réponse claire à la question de savoir comment améliorer l'efficacité des mesures de conformité et d'exécution dans le cadre du droit international des investissements et du commerce. Bien que les antécédents de conformité de l'OMC aient ététrèssatisfaisants, les problèmes liés aux représailles et à l'absence de compensation monétaire constituent des obstacles à l'amélioration de la procédure d'exécution en droit international du commerce. En ce qui concerne le droit de l'investissement, il reste beaucoup à faire afin de surmonter l'immunité souveraine qui représente le plus grand obstacle à l'exécution, dans le cadre existant.

Des efforts ont été déployés en vue de rapprocher les deux régimes : le système de la Cour internationale des investissements de l'UE qui relève à la fois du droit des investissements et du droit commercial. La Commission européenne a récemment annoncé son intention de mettre en place une Cour permanente internationale d'investissement dans le cadre du partenariat

[536]BALDWIN Edward, KANTOR Mark, NOLAN Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", op. cit., pp. 23-24.
[537]Voir (OMC), « L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire», Rapport du Comité consultatif de l'OMC, Genève, OMC, 2004, p. 65.
[538]MALINTOPPI Loretta, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI», in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 678.

transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), qui vise à remplacer tous les mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement, y compris le CIRDI. L'une des questions les plus délicates du dossier porte sur la nature de la juridiction en charge de régler les litiges d'investissement entre investisseurs et Etats. La Commission européenne a proposé la création de deux cours permanentes ; un tribunal de première instance composé de quinze juges et un tribunal d'appel composé de six juges. Les Etats-Unis, en revanche, semblent plutôt favorables à des tribunaux arbitraux nommés de manière ad hoc pour chaque nouvelle affaire. Compte tenu de la nature chaotique de la législation actuelle sur l'investissement et de son évolution « agressive » au cours des trente dernières années, la proposition de l'UE de créer une Cour internationale de l'investissement pourrait être une nouvelle manière de résoudre le problème de l'exécution. La proposition de l'UE représente un effort pour rapprocher l'arbitrage investisseur-État du règlement des différends de l'OMC en incorporant certains des aspects du droit commercial mais son efficacté reste à prouver

Conclusion de la première partie

Les règles sur le locus standi de l'OMC et dans l'arbitrage international de l'investisseur-État sont difficilement comparables. Les accords d'investissement, à la différence des accords commerciaux, accordent aux investisseurs étrangers un droit d'action directe contre les mesures de leurs gouvernements d'accueil. L'OMC, par contre, est un forum réservé aux acteurs principaux du droit international public, les États souverains, qui ont doté le système de mécanismes de plus en plus basés sur des règles, pour le règlement de leurs différends. En tant que tels, les gouvernements bénéficient de la double nature d'un système qui combine élément politique de la diplomatie économique et mécanisme de règlement des différends judiciarisé.

Le débat qu'a suscité le règlement des différends relatifs à l'investissement au sein de l'OMC fait ressortir que l'élément le plus important dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est l'absence de droits pour les « vraies parties », les opérateurs économiques, pour participer pleinement aux différends.

La capacité juridique étant un privilège réservé aux États souverains (et unions douanières), seuls leurs gouvernements ont la capacité de décider si, quand et comment les mesures prises par d'autres États doivent être interrogées devant les organes juridictionnels de l'OMC. Le

Mémorandum d'accord laisse peu de place aux individus et aux entreprises pour participer à sa procédure de règlement des différends.

La réalité, cependant, diffère du texte des accords de l'OMC et le règlement des différends est imprégné par des intérêts privés de façon significative. En premier lieu, les parties privées peuvent dire leurs points de vue et exprimer leurs intérêts directement aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel par la présentation de mémoires d'amicus curiae. En outre, il a été constaté que les parties privées sont, en effet, présentes aux différends de l'OMC en tant que demandeurs défendeurs et tiers grâce à une collaboration étroite avec leurs gouvernements. Ces partenariats public-privé pour le règlement des différends de l'OMC font partie intégrante, bien que nonofficiellement, du système.

Bien que dans les négociations internationales les gouvernements fassent preuve de réticences pour permettre une plus grande participation des parties privées dans les affaires de l'OMC, au niveau national ils recherchent activement la collaboration avec les opérateurs économiques pour faire face aux différends de l'OMC. Les grandes puissances commerciales, les États-Unis, l'UE et la Chine, ont mis en place des canaux formels pour permettre aux parties privées de participer à des différends commerciaux. D'autres pays, développés et en développement, reposent quant à eux sur des mécanismes informels qui, en tout cas, assurent une coopération étroite entre les organismes gouvernementaux et les acteurs privés impactés par les différends. De plus, la collaboration public-privé conduit souvent à la participation directe des conseillers juridiques de parties privées dans les phases de préparation, de déclenchement et de développement de la demande. Ces conseillers aident notamment à la rédaction de la soumission et sont présents lors des audiences de l'OMC.

En résumé, du point de vue d'un investisseur étranger, l'accessibilité immédiate aux procédures d'arbitrage d'investissement en fait le forum naturel de recours face aux restrictions, dans un État d'accueil. Les procédures de l'OMC semblent lourdes et moins fiables car elles impliquent une confrontation avec les responsables gouvernementaux qui ne partagent pas nécessairement les préoccupations privées au regard des mesures étrangères. Toutefois, la voie n'est pas forclose, et dans certains cas, peut même être beaucoup plus facile que prévu, tant que les gouvernements des pays développés et en développement sont tient à explorer des formes de collaboration qui, mêlant les intérêts publics et les préoccupations du public, pour accorder à leurs acteurs économiques d’une voix devant les juges de l'OMC.

Les remèdes prévus par les différentes instances sont des critères pertinents pour le choix du forum (où présenter la réclamation) car ce sont là les facteurs déterminant la satisfaction des intérêts des demandeurs. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et l'arbitrage investisseur-État offrent deux solutions radicalement différentes. Si l'arbitrage des investisseurs-État se concentre sur la réparation des dommages économiques subis en raison de mesures illégales imposées par l'État d'accueil, les procédures de l'OMC cherchent elles à assurer l'élimination des mesures incompatibles.

Toute conclusion selon laquelle le système de règlement des différends offre un recours juridique plus adaptées aux investisseurs étrangers, dans le service, serait irrémédiablement spéculative. Pour les investisseurs concernés, le paiement rétroactif de l'indemnité pécuniaire et le retrait prospectif de mesures internationalement illicites présentent tous deux des avantages. Nul doute que le meilleur scénario serait de compléter les deux remèdes ; obtenir la restitution du *statu quo ante* « en l'état où (cela était) auparavant » et la compensation pour les dommages subis dans l'intervalle.

Chacune de ces alternatives offre des éléments positifs et des côtés négatifs pour les investisseurs étrangers concernés par le domaine des services. D'une part, l'indemnisation des dommages peut être particulièrement intéressante pour les investisseurs qui ont vu leur investissement saisi par les autorités du pays d'accueil et la poursuite des activités commerciales devenue impossible. D'autre part, la garantie de retrait des mesures incompatibles avec l'OMC peut constituer une solution attrayante pour les investisseurs étrangers, dans les services, qui sont intéressés par la poursuite régulière de leur investissement dans le pays d'accueil. Pour les investisseurs étrangers dans le secteur des services, les procédures de règlement des différends de l'OMC peuvent se révéler un moyen plus efficace pour assurer un environnement concurrentiel approprié dans l'État hôte.

Puisque le droit international économique est loin de se comporter comme un tribunal « global », les investisseurs sont actuellement dans l'obligation de choisir un système de résolution des litiges et de bénéficier des remèdes qu'elle offre - ou de poursuivre la même demande indépendamment dans les deux instances. Dans la sélection des mécanismes de règlement des différends à utiliser, la nature différente des recours prévus par l'arbitrage investisseur-État et l'OMC semble être un facteur pertinent qui doit être pris en considération.

En termes généraux, il semble que la restitution matérielle offerte dans l'arbitrage d'investissement est adaptée aux cas d'expropriation dans lesquels les biens ont été détruits ou

gravement endommagés. L'indemnisation semble aussi la meilleure solution pour les cas impliquant des expropriations indirectes ou violations du traitement juste et équitable endurées dans le temps, des usures de la relation entre l'investisseur et les autorités du pays hôte, et quand la permanence (de la rentabilité) de l'investissement dans l'Etat d'accueil n'est plus souhaitable.

Au contraire, le retrait des mesures incompatibles semble convenir à des situations associées à un traitement discriminatoire ou déraisonnable, dans lesquelles l'investisseur souffre de mauvais traitements continus. Cela le met dans une situation désavantageuse vis-à-vis de ses concurrents mais sa propriété reste intacte. Si l'intérêt de l'investisseur est de poursuivre une opération de l'entreprise sur du long terme, dans le pays d'accueil, le retrait prospectif de mesures non-conformes peut être d'un certain intérêt. En outre, la demande de réparation pour l'avenir, dans un environnement diplomatique juridique comme l'OMC, présente moins de tensions avec le gouvernement hôte, favorisant la possibilité pour l'investisseur étranger de rester dans le pays d'accueil et de continuer à bénéficier des fruits de son investissement.

En conclusion, les procédures de règlement des différends de l'OMC peuvent offrir, selon les besoins des investisseurs, des motifs valables pour les investisseurs étrangers dans les services amenés alors à supporter le fardeau du caractère intergouvernemental des litiges de l'OMC, en vue d'une activité commerciale rentable à long terme, dans l'État d'accueil.

Partie 2. Droits substantiels accordés aux investisseurs étrangers en matière des services:la portée de chevauchement par rapport aux dispositions substantielles

Le droit d'ester en justice est depuis longtemps considéré comme relevant du traitement réservé, par l'Etat, aux étrangers. Il présente, de plus, une importance capitale puisqu'il permet de préserver les droits matériels[539]. Une fois acté que les investisseurs étrangers du domaine des services jouissent du pouvoir de faire entendre leur voix dans le cadre des différends internationaux – soit, par leur propre droit ou, par la représentation de leurs gouvernements respectifs - une question émerge. Elle concerne les droits substantiels qui peuvent être réclamés devant la juridiction internationale pertinente.

Les accords internationaux sur l'investissement renforcent les efforts nationaux de libéralisation et améliorent la sécurité juridique des investissements. On a vu, récemment, apparaître une « nouvelle génération » d'accords bilatéraux et régionaux sur l'investissement et se former une jurisprudence de plus en plus étoffée. Au sein de ces accords, on retrouvedes règles substantielles qui sont relatives au traitement que l'État d'accueil doit réserver à l'investissement réalisé par le ressortissant de l'autre Etat partie au traité.

Il ne fait guère de doute que les dispositions du TBI et les dispositions de l'AGCS se chevauchent, dans la mesure où elles s'appliquent toutes deux aux « mesures prises par les Membres affectant le commerce des services », au sens de l'article I: 1 de l'AGCS. Étant donné la portée des traités d'investissement qui tend à être plus large, à de multiples égards,il peut s'avérer difficile de trouver des scénarios relevant du mode 3 (présence commerciale) de l'AGCS qui ne sont pas capturés par ces traités[540].

Les règles de droit matériel, ou de fond, définies par les traités (bilatéraux et multilatéraux) et le système de procédures mis en place par la Convention de Washington et l'AGCS (mémorandum d'accord de l'OMC) sont en corrélation croissante. Un cadre de règlement des différends

[539]CREPET DAIGREMONT Claire, « Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée », », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, p. 731.

[540]SAUVÉ Pierre, "Qs and As on trade, investment and the WTO", Journal of World Trade, Vol. 31, No. 4, 1997, pp. 55-79, pp. 63-65.

performant peut être s'avérér extrêmement « faible » si les droits qui peuvent être réclamés devant lui revêtent une importance substantielle limitée ou sont d'une étendue étroite. A l'opposé, un mécanisme lourd et complexe relatif au règlement des différends peut se révéler encore attractif pour les demandeurs s'il est capable d'entendre les revendications de leurs droits les plus essentiels.

Les TBI « ont uniquement pour objet de réglementer les investissements »[541], ce qui se traduit par les dispositions qui y sont habituellement incluses. En l'occurrence, on évoque ici les dispositions relatives à l'accueil des investissements, celles portant sur le traitement des investissements,les règles visant à protéger et à garantir les investissements et les dispositions concernant le règlement des différends survenus entre l'Etat d'accueil et les investisseurs[542]. La majorité de ces dispositions prend la forme de règles claires et précises, notamment celles quiconcernent le règlement des différends. D'autres dispositions,néanmoins, se caractérisent par un flou (générales et imprécises) . Cela concerne essentiellement les situations qui mobilisent l'application d'un standard, ce, en raison de l'essence et de la fonction des standards.

Sur le plan du droit international, les standards sont davantage utilisés dans des domaines tels que le droit du commerce international. Ce droit comprend notamment la bonne foi, le délai raisonnable, la loyauté, etc. Or, l'utilisation de cette technique de standard a également été introduite en droit international public. Parmi ces standards, on compte essentiellement le « standard minimum de traitement », le « standard de traitement juste et équitable », le « standard de pleine et entière protection », le « standard de traitement national » et enfin le « standard de la nation la plus favorisée » (NPF). Ces standards relatifs se situent donc en opposition aux standards absolus de protection et de traitement : le traitement juste et équitable, le standard minimum de traitement et la pleine et entière protection . Ces standards s'appliquent sans aucune référence au traitement réservé à d'autres entités et leur contenu est déterminé indépendamment du traitement ou de la protection accordés à d'autres investissements.

En matière d'investissement international, les différentes normes sont le plus souvent établies par des traités internationaux, qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux. Ainsi, , les standards de traitement des investissements, notamment, sont la plupart du temps prévus par des conventions. Cela pourrait être avantageux, en raison d'une éventuelle harmonisation au niveau international,

[541]OMC, « Rapport annuel : Commerce et Investissement directs étrangers », 1996, P. 73
[542]Voir LEBEN Charles, « L'évolution du droit international des investissements », S.F.D.I, journée d'études ; Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre, Paris, Pedone, 1999, pp. 7- 28.

comme désavantageux compte tenu du langage souvent général et imprécis des traités. Il y a lieu de constater aujourd'hui qu'un certain nombre d'éléments justifie un rapprochement entre les dispositions relatives aux obligations en matière de non-discrimination. Ce constat devrait néanmoins être nuancé en raison de l'existence d'un nombre important de divergences entre les deux corps des règles (Premier titre). Dans les dispositions consacrées aux standards de traitement des investissements, on peut déceler les signes d'un chevauchement. Ce chevauchementest susceptible d'être accompagné de clarifications sur la question des rapports entre le standard minimum de traitement et le standard de traitement juste et équitable. Ces indications se manifestent à la fois dans des conventions à vocation universelle (l'AGCS) mais également dans des traités de protection des investissements bilatéraux et régionaux ;plus révélateur étant l'Accord de libre-échange nord-américain (Deuxième titre).

Titre 1. Le chevauchement éventuel entre les dispositions relatives aux obligations en matière de non-discrimination

L'entrée des investissements dans l'accord de Marrakech constitue une nouveauté. Les disciplines de l'OMC ne sont pas des plus adaptées aux investissements internationaux. L'investissement est conçu comme un instrument du commerce international ce, à la différence des autres accords internationaux sur l'investissement (AII).

M. Hoekman le différencie à cet égard de l'ALENA qui distingue les questions de commerce et celles de l'investissement, en consacrant un chapitre (chapitre 11) sur l'investissement [543]. Etant donné que le droit des investissements n'est pas une dérivation du droit du commerce international, il tire sa source des règles internationales relatives aux droits des étrangers. Cela peut expliquer le fait que le droit du commerce international (le droit de l'OMC) ne dit mot sur la distinction entre les règles d'admission et les règles de traitement qui caractérisent le droit des étrangers, et par conséquent le droit des investissements[544].

La distinction entre la phase préalable à l'investissement, c'est-à-dire la phase de l'établissement, et la phase d'exploitation est liée à la question de la protection et de la promotion des investissements. Cette distinction présente une garantie pour l'État d'accueil :maintenir un contrôle sur son marché, en précisant les conditions d'accès et d'exercice d'une activité déterminée dans son champ de la compétence exclusive. De plus, la portée des principes de traitement diffère considérablement selon que l'on se positionne au niveau de la phase de l'admission ou à celle de l'exploitation.

Ainsi, alors que l'AGCS n'établit aucune distinction entre l'établissement et la prestation transfrontalière, la grande majorité des TBI fonde ses disciplines sur la distinction entre la phase de traitement et la phase d'admission.

Ce titre explore les dispositions affectant l'investissement au regard des obligations existantes de l'OMC (principalement, les dispositions relatives aux investissements énoncées dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)), ainsi que dans la plupart des traités bilatéraux d'investissements. Aussi, convient-il, dans un premier temps, de mettre en lumière les parties dans les textes de ces instruments qui s'attachent à l'entrée de l'investisseur sur le marché

[543]HOEKMAN Bernard, "Towards a More Balanced and Comprehensive Services Agreement", *Preparing for the Seattle Ministerial, Institute for International Economics*, Washington DC, October 26, 1999, p. 12.
[544]VERDROSS Alfred, « Les Règles internationales concernant le traitement des étrangers », Recueil des Cours [de l'] Académie de droit international R.C.A.D.I, 1931, t. III, (pp. 323-412), pp. 339-349.

(Chapitre I) et, dans un second temps, d'examiner les dispositions consacrées au traitement de l'investissement sur le territoire de l'État d'accueil (Chapitre II).

Chapitre1. L'admission et l'établissement : droits de pré-établissement

Initialement, le droit international de l'investissement s'est développé pour proposer aux opérateurs économiques un ensemble normatif leur garantissant une protection substantielle contre les agissements des Etats sur le territoire où ils entendent mener leurs activités[545]. Les investissements, dans le marché du pays d'accueil, prennent la forme d'investissements de green-field (création d'une nouvelle personne morale consacrée à la prestation de services qui seront en compétition avec les fournisseurs de services existants) ou par le biais de fusions et acquisitions avec des entreprises existantes établies localement. L'investissement peut également être opéré par la construction d'entreprises multinationales conjointes entre les opérateurs des Etats concernés. La mise en place d'une telle entreprise prendra alors la forme d'une joint venture.

L'admission des étrangers est effectuée dans le cadre du principe de la souveraineté étatique. Cependant, les politiques qui y sont afférentes « baignent » dans un encadrement normatif international indépendant des États qui en sont à la base, ce cadre est institué par le droit international coutumier[546].

La capacité des investisseurs étrangers à entrer sur le marché du pays d'accueil est déterminée par les « droits d'entrée » énoncés dans l'accord. En particulier, le « droit d'admission » est l'expresion du droit accordé à l'investisseur d'investir sur le territoire de l'État hôte, au même titre que les nationaux de cet État ou les étrangers privilégiés par le fait d'engagements contractés par cet État hôte (clause de la NPF)[547]. « Les droits d'établissement » également appelés droits de pré établissementtraitent spécifiquement du type de présence qui peut être autorisée. Ils supposent que l'investisseur est admis à s'installer sur le territoire de l'État hôte par une présence commerciale quelconque (bureau, succursale, filiale) pour y exercer des activités, à plus ou moins long terme, sous réserve de restrictions éventuelles. Ainsi, « Les droits d'entrée » englobent à la fois les droits d'admission et d'établissement et se réfèrent plus généralement à la capacité de réaliser un investissement sans limites, sous la forme d'établissement. Du point de vue du droit

[545]DE NANTEUIL Arnaud, « Droit international de l'investissement », Paris, A.Pedone, 2014, p 279.
[546]ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in Mathieu Arès et Éric Boulanger (dir.), L'investissement et la nouvelle économie : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales, Bruxelles : Bruylant, 2012, p.116.
[547]Ibid, p. 130.

international général, ce présupposé est consacré par les instruments internationaux dédiés au droit des investissements : les États ne sont pas tenus d'admettre les investisseurs étrangers sur leur territoire[548]. La position de la doctrine est assez claire à ce sujet.

Dans ce sens Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer relèvent que «[c]ela inclut le droit pour chaque État] de déterminer les modalités d'admission et d'établissement des investisseurs étranger »[549]. De même, M. Asante écrit qu'il est « un principe bien établi du droit international que, dans l'exercice de son pouvoir souverain, un Etat a le droit de règlementer l'entrée des capitaux étrangers ou d'investissement dans son territoire. Ceci comprend le droit d'exclure l'investissement étranger ou d'imposer des conditions à l'entrée de l'investissement étranger ou l'acquisition de propriété par le capital étranger ou l'opération d'entreprises étrangères sur le territoire de l'Etat d'accueil »[550].

Il convient en effet de distinguer le droit d'admission qui régit l'entrée ou la présence, du droit d'établissement qui se rapporte à la nature de la présence autorisée. Le premier peut être temporaire ou permanent. En revanche, le droit d'établissement implique non seulement le droit d'effectuer des opérations commerciales dans le pays d'accueil mais aussi celui d'y établir une présence commerciale permanente[551].

La souveraineté de l'État est directement à l'origine du pouvoir des Etats d'admettre ou non des investissements. Lorsque les Etats le font, c'est à leurs conditions[552]. Il existe différentes façons pour y parvenir. Certains secteurs de l'économie peuvent être fermés à l'investissement privé tant national qu'étranger. Dans d'autres cas, les pays d'accueil peuvent souhaiter restreindre uniquement l'investissement étranger dans certains domaines, filtrer l'entrée de capitaux étrangers ou imposer certaines conditions aux entreprises étrangères qui visent à exercer des activités sur leur territoire. Ces mesures peuvent restreindre ou limiter la présence étrangère ou la soumettre à une autorisation voire à une obligation discrétionnaire d'enregistrement ou de

[548]Cf. article 2, alinéa 2, de la l'Assemblée des Nations Unis 3281 du 12décembre 1974. En ce sens : CARREAU D., « Investissements », *Rep. Droit internat Dalloz*, 1998, para. 90, p. 15 ; JUILLARDP., « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.* 1994, t. 250, vol. VI, para. 47. p. 44; SORNARAJAHM.,*The international law of foreign investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 83.

[549]DOLZER Rudolf et SCHREUER Christoph, "Principles of International Investment Law", New York, Oxford University Press, 2008, p. 80.

[550] ASANTE Samuel K.B., " International law and investment ", in M. Bedjaoui (dir), *International Law: achievements and prospects,* Uneco Paris, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 681.

[551] CNUCED, « Admission et établissement », Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York ; Genève : Nations Unies, 1999, pp. 13 et 14.

[552]ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », op. cit., p. 116.

déclaration[553]. Cependant, dans l'économie mondiale contemporaine, la question de politiques plus ouvertes à l'entrée et à l'établissement d'investisseurs étrangers bénéficie d'une attention accrue. Les récents instruments bilatéraux et régionaux traitent des restrictions et des exigences en matière d'admission, de diverses manières. Certains AII peuvent prévoir le droit d'établissement de façon directe et inconditionnelle. Une approche plus répandue consiste à donner un droit d'établissement sur une base non-discriminatoire en accordant le traitement national et/ou le traitement de la NPF.

La CNUCED a classé en deux groupes les différentes mesures des pays d'accueil qui ont une incidence sur l'entrée de l'IED: a) les mesures concernant l'admission et l'établissement et b) les mesures qui se rapportent à la propriété et au contrôle. Les mesures les plus fréquentes affectant les conditions d'admission et de l'établissement de sociétés étrangères comprennent[554]:

- la fermeture de certains secteurs et de certaines industries ou activités à l'IED pour des raisons économiques, stratégiques ou pour d'autres raisons d'intérêt national.

- des restrictions quantitatives quant au nombre de sociétés étrangères admises dans certains secteurs, certaines industries ou activités pour des raisons économiques, stratégiques ou pour d'autres raisons d'intérêt national.

- l'obligation pour l'établissement de faire appel à une forme juridique précise.

- l'bligation d'investir en coentreprise, soit avec l'État soit avec des investisseurs privés nationaux.

- la restriction de certaines formes d'entrée (les fusions et acquisitions, par exemple).

- l'investissement non autorisé dans certaines zones ou régions, à l'intérieur d'un pays.

- la restriction de l'accès aux appels d'offres de privatisation ou l'exigence de garanties additionnelles pour les investisseurs étrangers.

- le contrôle des changes.

- le capital minimum requis.

- les restrictions visant l'importation des biens d'équipement nécessaires à l'établissement, éventuellement combinées à des obligations d'approvisionnement local.

[553]CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 1996: L'investissement, le commerce et les instruments internationaux, New York et Genève, pp. 174-177.
[554]CNUCED, "Admission et établissement", op. cit., pp. 9 et 10.

- les obligations pour les investisseurs de constituer certaines garanties (pour les institutions financières, par exemple).

- les conditions spéciales visant les formes d'investissement autres que les mises de fonds (par exemple les accords CET, les licences d'exploitation de technologies étrangères).

- l'obtention des permis exigés par des réglementations spécifiques à telle activité ou tel secteur.
- les droits d'entrée (impôts) et les frais de constitution (impôts).

- les autres prescriptions de résultat (par exemple : teneur en produits d'origine nationale, quotas de main-d'œuvre locale, résultats à l'exportation).

En outre, dans ces deux groupes, les différentes catégories de mesures peuvent être classées sous les titres suivants : a) Contrôle de l'accès à l'économie du pays d'accueil ; entrée conditionnelle dans l'économie du pays d'accueil ; b) Contrôle de la propriété ; contrôle fondé sur la limitation des pouvoirs des actionnaires ; contrôle fondé sur l'intervention du gouvernement dans la conduite de l'investissement ; et autres types de restrictions[555].

Les États se sont traditionnellement réservé des droits absolus, reconnus en droit international, pour contrôler l'admission et l'établissement des étrangers, y compris les investisseurs étrangers sur leur territoire [556] . La décomposition de l'opération d'investissement en phase pré investissement et en phase d'exploitation met en évidence les diverses interactions qui impactent l'environnement de l'opération d'investissement international.L'admission, toutefois,demeure fortement soumise à la discrétion des Etats hôtes. La plupart des pays d'accueil souhaitant attirer l'IED a libéralisé unilatéralement les conditions d'entrée des investisseurs étrangers. Les accords internationaux d'investissement sont le seul moyen pour les des gouvernements des pays d'accueil d'offrir des conditions d'entrée donnant aux investisseurs la prévisibilité et la sécurité qu'ils recherchent.

D'un coté, les droits d'admission et d'établissement sont précieux pour les investisseurs étrangers car ils garantissent leur capacité à accéder et exploiter les investissements dans les marchés souhaités.De l'autre, les droits d'entrée sont tout aussi sensibles pour les gouvernements des pays d'accueil. Toutefois, bien que les États exercent une certaine pression pour libéraliser les conditions d'entrée et d'établissement des investissements étrangers, la pratique actuelle a évolué

[555]CNUCED, « Admission et établissement », New York ; Genève : Nations Unies, op. cit., p.11.
[556]DE NANTEUIL Arnaud, « Droit international de l'investissement », Paris, A.Pedone, 2014, p. 281.

vers des directions diverses[557]. Au niveau national, alors que les politiques offrant un meilleur accès au marché sont en augmentation, les lois nationales révèlent un contrôle et une discrétion permanents de la part de l'État sur l'entrée et l'établissement, y compris au sein des économies plus «ouvertes». Des considérations économiques et sociales ainsi que la nécessité de protection de la sécurité nationale ou du maintien de marchés efficaces et concurrentiels peuvent justifier l'exclusion du champ des investissements étrangers de certains secteurs économiques ou le maintien de certaines restrictions. Au niveau international, bien que les dispositions d'accès au marché dans l'accord d'investissement soient communes, elles ne présentent pas de façon uniforme des conditions qui offrent aux investisseurs étrangers des droits d'entrée et d'établissement complets ou illimités.

En droit international, force est de constater qu'il n'existe pas de droit d'investir ni de droit d'admission en tant que tels au profit des investisseurs étrangers suivant le droit international coutumier. Ainsi, tous les droits exercés et toutes les obligations existantes dans ce domaine découlent de traités et d'autres instruments de droit international auxquels un État donné a choisi d'être partie[558]. Toutefois, en ce qui concerne l'OMC, il convient de rappeler qu'en vertu de l'AGCS de nombreux pays ont contracté des engagements concernant l'accès aux marchés en faveur de ceux qui veulent établir « une présence commerciale », c'est-à-dire ceux qui veulent investir.

Puisque l'IED, dans les secteurs de services, représente,selon les calculs de la CNUCED, environ la moitié du stock et des flux[559] mondiaux d'IED, l'approche de l'AGCS pour des engagements avant établissement s'applique déjà à une partie importante de l'IED. Cette approche pourrait donc servir de modèle pour les engagements multilatéraux avant établissement, dans les différents secteurs. En effet, l'octroi de droits d'entrée fait partie des droits accordés aux investisseurs étrangers de manière la plus sélective. Néanmoins, les dispositions importantes relatives à l'admission et à l'établissement des investisseurs étrangers peuvent se trouver à la fois

[557] UNCTAD, International investment agreements: key issues, vol. I, New York and Geneva, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol.I), p. 143.
[558] Communication de Communauté européenne et de ses membres au sein du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de l'OMC, « Liste récapitulative des questions à examiner, Point IV : identification des points communs et des différences dans les instruments internationaux relatifs à l'investissement : les notions actuelles concernant l'admission de l'investissement, en particulier la non-discrimination », WT/WGTI/W/54, 2 septembre 1998.
[559]CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2001: Vers de nouvelles relations interentreprises Vue d'ensemble, Nations Unies New York et Genève, 2001. UNCTAD/WIR/2001 (Overview).

au niveau multilatéral de l'AGCS ainsi que sur le plan bilatéral des TBI[560]. Il demeure évident qu'il faudra étudier avec soin les relations entre les règles applicables avant l'établissement, dans un cadre multilatéral sur l'investissement dans l'OMC et les dispositions de l'AGCS visant le mode 3(I), ainsi que celles des autres accords internationaux concernant l'investissement(II).

I. Les droits d'entrée dans l'AGCS : les règles applicables à la phase d'admission de l'investissement dans un cadre multilatéral sur l'investissement de l'OMC et les dispositions de l'AGCS visant le mode 3

Les règles qui régissent l'entrée des investisseurs étrangers, inscrites tant dans la législation nationale que dans les accords internationaux conclus par le pays d'accueil, sont des facteurs déterminants pour les investisseurs qui étudient la possibilité d'entrer sur de nouveaux marchés. Il existe deux approches fondamentales pour traiter la phase préliminaire à l'établissement de l'IED dans le cadre des accords internationaux d'investissement : la non-discrimination (traitement national et traitement NPF) et l'accès au marché. Les dispositions consacrées spécifiquement à la question des droits d'entréedans les instruments de l'investissement internationalsont rares. En effet, généralement, il suffit de faire en sorte que les investisseurs étrangers soient admis sur le marché du pays à conditions égales à celles des investisseurs nationaux ou des investisseurs de tout autre pays.

Bien que le champ d'application de l'AGCS soit très étendu, seul un nombre limité d'obligations substantives clés s'applique, de manière générale, à l'ensemble des mesures des Membres affectant le commerce des services[561]. L'accord ne retient pas de distinction claire entre la phase d'admission et celle de traitement. Il ne prévoit aucun droit de pré-établissement ni de post-établissement quel qu'il soit. Il ne régit pas les décisions d'investissement individuelles mais plutôt la conduite de ses signataires, à savoir les États. Partant de cette approche, l'AGCS inclut à la fois les principes de non-discrimination et d'accès aux marchés. Au moins trois dispositions de l'accord concernent directement l'attribution des droits d'admission et d'établissement aux investisseurs étrangers. Deux dispositions suivent la logique qui étend les obligations de traitement à la phase préalable à l'établissement de l'investissement. En outre, une disposition - Accès au marché - concerne les types spécifiques de mesures qui affectent l'entrée et

[560]UNCTAD (1998a), World Investment Report 1998, Trends and Determinants, United Nations, New York and Geneva, 1998, p. 92. http://unctad.org/en/Docs/wir1998_en.pdf

[561] CNUCED, règlement des différends: Organisation mondiale du commerce, New York et Genève, 2003, p. 15. http://unctad.org/fr/docs/edmmisc232add31_fr.pdf.

l'établissement des investissements étrangers, dans le domaine des services. Aucun «droit» n'est donc conféré directement aux particuliers (c'est-à-dire aux personnes morales ou physiques). Par conséquent, techniquement parlant, on ne peut parler de droits de pré-établissement en vertu de l'AGCS. Néanmoins, les investisseurs privés profitent des dispositions d'entrée et d'établissement de l'accord dans la mesure où ils peuvent adresser les plaintes pour violations de l'AGCS par le pays hôte à leurs autorités nationales, afin d'obtenir l'exécution de l'accord.

A) Le concept de « présence commerciale »

L'une des modalités de fourniture des services prévue par l'AGCS concerne la présence commerciale. Cela se traduit par un type d'investissement international transfrontalier. Ceci étant, les obligations du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et du traitement national (TN), bien même les engagements d'accès aux marchés existants et négociés au sein de l'AGCS ont un effet direct sur les investissements de la partie d'un pays Membre pour qu'il puisse mettre en œuvre la fourniture des services dans le territoire des autres pays Membres.

Néanmoins, cette modalité de fourniture des services, par le biais de la présence commerciale transfrontalière n'est absolument pas simple. Selon Carreau et Juillard, « la leçon de la complexité de l'opération de fourniture transfrontalière de services est claire : celle-ci, pour s'épanouir, a besoin de la présence d'autres libertés économiques sous-jacentes qui en permettent la mise en œuvre. À l'échelle internationale, la libre prestation des services est liée à la libre circulation et au libre établissement des personnes, à la liberté des paiements internationaux - tant courants qu'en capital -, ainsi qu'à la liberté des investissements - sans parler de la libre circulation des marchandises. La fourniture transfrontalière des services illustre mieux que n'importe quelle autre opération la profonde unité des échanges internationaux : des transactions économiques internationales libres impliquent une libre circulation parallèle et simultanée des personnes, des biens, des services et des capitaux »[562]

La forme que peut prendre la présence commerciale est définie à l'article XXVIII d) de l'AGCS comme englobant : « tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme

i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou
ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation,sur le territoire d'un pays membre en vue de la fourniture d'un service ».

[562]CARREAU Dominique, JUILLARDPatrick, « Droit International Economique », Paris : Dalloz, 2003, p. 261.

La portée de cette définition est très large, comme l'indique de façon claire l'utilisation du terme « y compris » ; ces deux mots annoncent en effet une liste ouverte et non-exhaustive. L'AGCS couvre ainsi l'ensemble des filiales à part entière, des succursales, des coentreprises (avec participation au capital ou contractuelles), des entreprises individuelles, des sociétés de personnes et des bureaux de représentation. Par conséquent, le concept de « présence commerciale », en vertu de l'AGCS, concerne autant les entreprises étrangères de services qui sont établies dans un territoire membre OMC que le processus qui conduit à leur établissement. La définition de la « présence commerciale » de l'AGCS inclut effectivement expressément les éléments relatifs à la phase d'établissement de l'investissement.

Les références à la constitution et l'acquisition d'une entreprise, et la création d'une succursale ou un bureau de représentation précisent que la création d'une société de services sur le territoire d'un des membres de l'OMC relève de la définition de la présence commerciale. Ces activités ne représentent que différentes formes d'investissement direct dans le territoire d'un pays d'accueil. Par conséquent, lorsque les membres ont pris des engagements réels sur le traitement national de type mode 3 (présence commerciale), ils sont tenus d'autoriser l'entrée et l'établissement d'investisseurs / investissements étrangers dans le domaine des services, dans les mêmes conditions que pour leurs homologues nationaux. En d'autres termes, les disciplines sur la « présence commerciale » de l'AGCS couvrent le processus d'établissement d'un fournisseur de services autant que le développement ultérieur relatif au fonctionnement de ces sociétés de services une fois mises en place et en cours d'exécution, sur le marché du pays d'accueil[563].

Le groupe spécial dans l'affaire Chine — Publications et produits audiovisuels confirme cette lecture, en faisant observer que:

« Aux fins de l'article XVII [...] l'expression "fournisseurs de services d'un autre Membre" fournissant un service grâce à une présence commerciale inclut les entités qui ont établi une présence commerciale dans le Membre d'accueil et/ou les entités qui cherchent à s'établir dans le Membre d'accueil »[564].

L'AGCS pose néanmoins, en son article XVII, l'obligation pour les Membres d'appliquer le traitement national selon les modes de fourniture de services, parmi lesquels figure la présence commerciale c'est-à-dire l'établissement. Le texte prend en compte des prestations qui n'ont pas

[563] ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martín, "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-)Smoke?", Journal of International Economic Law Volume 11, Issue 2, 2008, pp. 379-381.
[564] Rapport du Groupe spécial, Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.974.

les mêmes particularités : la présence commerciale s'inscrit dans une durée qui est étrangère aux autres modes de fourniture appréhendés par le texte de l'AGCS. Qui plus est, rien ne permet d'assimiler l'établissement à la phase d'admission, à proprement parler[565]. En ce sens, le rapport du comité de l'investissement international et des entreprises multinationales élaboré en 1984, dans le cadre de l'OCDE, note que *l'établissement fait davantage référence à une permanence stable du prestataire sur le territoire d'accueil, en vue d'accomplir une activité habituelle par le biais d'une structure de représentation,* alors que la notion d'admission se rapporte*au droit d'entrée* de l'investisseur sur le territoire de l'État récipiendaire, à son accès sur le marché[566].

En outre, l'article XVI 2 (e) et (f) de l'AGCS interdit expressément des mesures, en l'absence de limitations prévues, qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquelles un fournisseur peut fournir un service ou ceux qui freinent la participation des capitaux étranger[567]. Ainsi, il est clair que toute mesure susceptible d'affecter la présence commerciale, y compris lors de la phase d'entrée ou d'établissement de l'investissement, relève de la compétence générale de l'AGCS et peut être évaluée à la lumière de l'une de ses dispositions de fond. Il en résulte que toutes les dispositions applicables au mode 3 de l'AGCSqu'est la « présence commerciale » sont également valables pour les droits d'entrée des investisseurs étrangers.

En ce qui concerne l'accès aux marchés et le traitement national, l'obligation énoncée dans l'AGCS vise les mesures « affectant la fourniture de services ». La formule est censée couvrir une vaste gamme de mesures puisque toute mesure affectant les conditions dans lesquelles le fournisseur fournit le service en question,sans avoir directement trait au service lui-même, peut être considérée comme contraire à l'AGCS si elle est incompatible avec les obligations générales et les engagements spécifiques d'un Membre de l'AGCS.

[565]TELLES Olivia Raposo da Silva, « La règle du traitement national comme mécanisme d'ouverture des marchés en droit des investissements internationaux », Thèse Paris 1, 2001, p. 173.
[566]Cf. Rapport du comité de l'investissement international et des entreprises multinationales élaboré dans le cadre de l'OCDE daté du 18 septembre 1984.
[567]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martín, "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-)Smoke?", op. cit. , p. 274.

B) Les obligations de traitement de l'AGCS en ce qui concerne les droits d'entrée

La différence majeure que l'on identifie entre l'AGCS et les accords internationaux sur l'investissement comme les accords bilatéraux et régionaux est que l'aspect d'investissement peut être subdivisé en deux parties, à savoir avant l'établissement et après l'établissement.

En ce qui concerne l'application des principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, on peut s'interroger, dès lors qu'il y a divers régimes d'admission de l'investissement dans les traités et dans les législations nationales « si un investisseur ne peut pas alors revendiquer de se voir appliquer les dispositions les plus favorables sur leur base »[568] . On a longtemps disserté sur la portée des règles de traitement, mais sur cette question, il importe de préciser qu'une telle application n'est pas concevable, s'agissant de l'admission. Dans ce sens, rares sont les études qui examinent la portée de ces deux principes en vertu de l'AGCS à l'égard de la phase de pré-établissement de l'investissement.

L'approche illustrée par l'AGCS a, pour l'essentiel, lié les droits d'entrée et d'établissement aux disciplines de l'AGCS sur l'accès au marché : un droit d'établissement existe dans le cas où un membre de l'AGCS prend des engagements précis sur l'accès aux marchés, en vertu de l'article XVI[569]. Or, l'AGCS, dans ses dispositions relatives à l'accès aux marchés, exige des Membres qu'ils accordent le traitement non moins favorable, fondé sur les engagements contractés dans leurs listes d'engagements spécifiques. Ces listes contiennent des engagements d'ouverture, dès lors qu'il est expressément indiqué qu'aucune limitation n'est retenue par le Membre, mais elles comprennent aussi des restrictions sectorielles suivant les quatre modes de fourniture de services.

En vertu de l'AGCS, le principe de non-discrimination doit être appliqué aussi bien à la frontière qu'à l'intérieur des frontières et viser à la fois l'accès aux marchés et les conditions de concurrence sur le marché intérieur. En son principe, l'AGCS, retient le contrôle de l'admission des services et des prestataires de services sur les marchés des Membres, dans la limite des engagements d'ouverture souscrite. En conséquence, sous réserve des engagements spécifiques des Membres, il n'existe pas de principe de libre circulation de l'investissement direct étranger dans les dispositions consacrées au commerce des services et à l'établissement. Certains accords internationaux sur l'investissement ont été conçus sur le même modèle et appliquent la règle de la

[568]ONGUENE ONANA Dieudonné Édouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités »,op. cit., p. 129.

[569]CNUCED, « Admission et établissement », 1999, op. cit. , p.20 ; OMC, Rapport de Groupe de travail des liens entre commerce et investissement : « Non-discrimination, Traitement de la nation la plus favorisée et Traitement National », Note du Secrétariat, WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002, paras. 84-86.

non-discrimination avant l'établissement de l'investissement (accès aux marchés) et après. Néanmoins, alors que la rédaction et l'approche de l'AGCS diffèrent de celle émanat desTBI de libéralisation des investissements, l'on pourrait faire valoir que, en substance, les deux types d'accords disposent d'une portée similaire en ce qui concerne les droits d'entrée et d'établissement des investisseurs étrangers dans les services.

L'obligation relative au traitement NPF et au traitement national est libellée dans l'AGCS suivant la formule habituelle du « traitement non moins favorable », applicable à la fois au service et au fournisseur du service en question, fournisseur qui est originaire d'un autre pays Membre ou d'un pays hôte. Suivant l'interprétation qui en a été donnée, ce traitement signifie que tout traitement instaurant une discrimination « *de facto* » ainsi qu'une discrimination « *de jure* » est interdit. Un Membre de l'OMC qui restreint l'accès économique de quelques membres et pas d'd'autres ou qui autorise des investissements intérieurs tout en limitant celui d'un membre étranger est, dans ce cas, coupable de fournir à cette présence commerciale un traitement moins favorable que celui prescrit par les obligations NPF et TN de l'AGCS.

De plus, étant donné que l'AGCS couvre les quatre modes de fourniture de services, les définitions de l'accès aux marchés, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée ne concernent pas exclusivement l'investissement (désigné dans l'AGCS par le terme « présence commerciale »). L'AGCS, par exemple, ne fait pas de différence entre la phase de pré-établissement et la phase de post-établissement. À l'article XVI, l'accès aux marchés est défini au moyen d'une liste de limitations qui ne peuvant être adoptées ou maintenues dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés sont contractés[570].

Bien que, dans le domaine de l'investissement, le concept d'« accès aux marchés » puisse être entendu comme un équivalent de la « phase de pré-établissement », cette définition ne se prête pas à une telle interprétation car les limitations au traitement national peuvent également s'appliquer à la phase pré-établissement[571]. Par conséquent, certains auteurs font observer que la relation entre l'accès aux marchés et le traitement national n'est pas claire, notamment en ce qui concerne l'investissement. La confusion s'explique également en raison d' une convention visée

[570]Cette liste inclut les limitations concernant : (1) le nombre de fournisseurs de services ; (2) la valeur des transactions ou avoirs en rapport avec les services ; (3) le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits ; (4) le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées ; (5) les types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service ; et (6) la participation de capitaux étrangers.

[571]HOUDE Marie France, KOLSE-PATIL Akshay et MIROUDOT Sébastien, « Les interactions entre le chapitre sur l'investissement et le chapitre sur les services dans une sélection d'Accords Commerciaux Régionaux », document de travail de l'OCDE sur la politique des échanges n° 55, 2007, COM/DAF/INV/TD(2006)40/FINAL, p. 35.

à l'article XX alinéa 2 de l'AGCS. Cet article prévoit que, dans le cas où une limitation se rapporte simultanément à l'article XVI (Accès aux marchés) et à l'article XVII (Traitement national), elle doit être inscrite dans la colonne « accès aux marchés » de la liste. Cette restrictiondoit également être comprise comme étant une limitation à l'application du traitement national[572]. En règle générale, l'on considère que le traitement national s'applique à tout engagement existant ou futur, en matière d'accès aux marchés, même si l'engagement en question ne figure pas dans les listes[573].

Bien que la couverture sectorielle constitue un indicateur utile du degré de libéralisation résultant d'un accord, le type d'engagement pris compte aussi[574]. Dans le cadre de l'AGCS, la libéralisation de l'investissement résulte des engagements pris dans divers secteurs et sous-secteurs d'activité. La portée sectorielle des obligations de la NPF et du TN dans l'AGCS, cependant, diffère largement. L'obligation d'accorder le traitement NPF qui est énoncé dans l'AGCS s'applique indifféremment à la totalité des secteurs de services, sauf s'il figure expressément une exception à cet égard dans les listes du pays considéré. Les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national,en revanche, ne s'appliquent qu'aux secteurs pour lesquels il a été contracté des engagements. Cette règle concerne uniquement les secteurs de services inscrits dans la Liste d'engagements en matière d'accès au marché d'un Membre et compte tenu des conditions et des restrictions indiquées dans cette liste[575].

Concrètement, l'AGCS offre un traitement NPF « inconditionnel » et un traitement national « conditionnel ». En conséquence, lorsque les engagements en matière de traitement national sont pris, les prestataires de services étrangers bénéficient d'opportunités égales aux investisseurs nationaux dans le cadre de la création d'une entreprise. Le pays d'accueil n'est ainsi pas en

---

[572] LOW Patrick et MATTOO Aaditya, "Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization Under the GATS", in Pierre Sauv, Robert M. Stem (éds) , GATS 2000 : New Directions in Services Trade Liberalization, Washington, D.C.:Brookings Institution Press et Center For Business AND Gouvernement Harvard University, 2010, p. 451.

[573]MATTOO Aaditya, "National treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box", WTO Staff Working Papers TISD-96-02, World Trade Organization (WTO), Economic Research and Statistics Division, Geneva, 1997, p. 10.

[574]HOUDE Marie France, KOLSE-PATIL Akshay et MIROUDOT Sébastien, « Les interactions entre le chapitre sur l'investissement et le chapitre sur les services dans une sélection d'Accords Commerciaux Régionaux », op.cit., p.41.

[575]L'AGCS , Article XVII:1 « Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ». Article XX: 1. « Chaque Membre indiquera dans une liste les engagements spécifiques qu'il contracte au titre de la Partie III du présent accord. En ce qui concerne les secteurs pour lesquels ces engagements sont contractés, chaque Liste précisera : b) les conditions et restrictions concernant le traitement national ».

mesure d'imposer des restrictions à l'entrée et à l'établissement de présences commerciales étrangères autres que celles appliquées à ses propres ressortissants.

Cette différence dans la couverture sectorielle présente un certain nombre d'avantages pour les investisseurs étrangers, dans le domaine des services et pour les pays d'accueil. D'un point de vue réglementaire, pour les gouvernements, cela implique qu'ils doivent fournir des droits d'entrée égaux pour les investisseurs étrangers, dans le domaine des services de tout membre de l'OMC. En outre, un instrument multilatéral fait intervenir en vue de l'admission de l'investissement une autre notion que celle de la non-discrimination, toutefoisles accords commerciaux prévoient tous des exceptions, des restrictions ou des limites au regard de la règle de la non-discrimination. Ces limitations fournissent aux gouvernements la flexibilité nécessaire pour tenir compte de certains besoins en matière de politique nationale - la protection des producteurs et des investisseurs nationaux,notamment - et pour poursuivre des objectifs concernant l'intérêt public. Il s'agit là d'objectifs qui ne peuvent être atteints sans passer par une certaine discrimination. Cela démontre que les notions existantes permettent de moduler les règles selon les besoins des parties.

Du point de vue de l'investisseur étranger, une obligation générale de traitement de la NPF comme seul préalable à l'établissement est d'une valeur limitée. Le principe de la NPF et l'obligation de traitement national exigent, et cela est fondamental, que les fournisseurs de services ne se voient pas accorder un traitement moins favorable que celui accordé aux fournisseurs de services de tout autre membre de l'OMC ou aux fournisseurs de service domestique. Ainsi, les fournisseurs de services étrangers doivent pouvoir compter sur le fait que le pays d'accueil n'appliquera pas un traitement différencié entre eux, même s'il ne leur accorde pas un traitement aussi favorable que celui dont leurs concurrents nationaux bénéficient, en vertu des lois et de la réglementation intérieures[576].

Le principe de non-discrimination a pour but de faire en sorte que les politiques gouvernementales régissant les transactions commerciales internationales soient appliquées indépendamment de l'origine des marchandises ou des services ou encore de la nationalité des fournisseurs de services ou investisseurs concernés. Ce principe coïncide avec le concept du « traitement égal pour tous » dans le cadre d'un ensemble commun de règles

[576] OMC, Rapport de Groupe de travail des liens entre commerce et investissement : « Non-discrimination, Traitement de la nation la plus favorisée et Traitement National », op. cit., para. 14.

conventionnelles [577] . En dehors de circonstances particulières, l'origine de l'investissement étranger semble être de peu d'intérêt pour les pays d'accueil, de même les avantages ou les défis qui en découlent pour l'économie nationale ne sont guère associés à l'origine de l'investissement.

Pour ce qui concerne les mouvements de personnes physiques, il est naturellement complexe de déterminer les exemptions qui sont liées à la présence commerciale. Cette catégorie se compose d'exemptions qui, dans la description de la mesure, font référence spécifiquement, du moins en partie, à la notion de présence commerciale, conforme au mode 3, ou à l'établissement d'une entreprise(limitations de participations étrangères, par exemple)[578]. En tant que telle, la CNUCED constate que la majorité des exemptions entrant dans cette catégorie, appartient aussi à la catégorie de celles qui sont liées à la réciprocité, assujettissant les autorisations d'établissement d'une entreprise, souvent de succursales, à une condition de réciprocité dans le pays du fournisseur de services étranger[579]. Ce qui suggère à nouveau que l'origine du prestataire de service étranger ne représente qu'une préoccupation secondaire. Il apparaît, ainsi, que le principe NPF semble être d'un intérêt limité pour les investisseurs étrangers en tant que moyen d'obtenir des droits d'entrée sur le marché du pays d'accueil.

Au contraire, les investisseurs étrangers semblent bénéficier de garanties importantes s'agissant des droits d'entrée dans les secteurs où les engagements nationaux de traitement ont été entrepris. Un certain nombre de limitations communes à l'investissement étranger sont des mesures discriminatoires dans la nature et en tant que telles relèvent du champ d'application du principe du traitement national. Dans certains cas, même si une mesure s'applique indépendamment de l'origine nationale du service ou du fournisseur de service, il se peut que le fournisseur national soit favorisé. Bien que cette mesure s'applique à la fois aux fournisseurs de services nationaux et étrangers, les fournisseurs étrangers reçoivent, de fait, un traitement moins favorable parce qu'ils sont moins susceptibles de disposer d'une résidence préalable que les fournisseurs de services similaires d'origine nationale. En effet, le gouvernement hôte doit s'abstenir de l'adoption ou du maintien de mesures qui peuvent affecter négativement les conditions de concurrence, pour les investisseurs étrangers, vis-à-vis des fournisseurs de services nationaux (l'article XVII:2).

[577] Ibid., para. 2.
[578] OECD, "Échanges de services : Guide des exemptions du régime NPF dans le cadre de l'AGCS", Groupe de travail du Comité des échanges, documents de l'OCDE / Volume 1, Issue 11, 2001, p. 39.
[579] UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2006,U NCTAD/ITE/IIT/2005/8, p. 56.

Il faut se souvenir de l'article XVI (accès aux marchés) et de l'article XVII (traitement national) qui engagent les Membres à accorder, en ce qui concerne les mesures affectant la fourniture de services, un traitement « non moins favorable » que celui qui est accordé aux services similaires et aux fournisseurs nationaux de services similaires comme cela est prévu dans les colonnes correspondantes de leur Liste. Cela ne signifie pas toujours que le traitement accordé est formellement identique, il suffit d'avoirla garantie que le traitement applicable n'aboutit pas à modifier les conditions de concurrence au détriment du service étranger ou du fournisseur de service étranger. Il s'agit là d'une notion essentiellement économique à distance des considérations plus juridiques envisagées précédemment. Les engagements garantissent ainsi des niveaux de traitement minimum mais n'empêchent pas les Membres d'être plus ouverts (ou d'appliquer des mesures moins discriminatoires) dans la pratique. Il est intéressant de noter qu'un certain nombre de limitations habituelles à l'IED, énumérées par la CNUCED, ne pouvait pas être maintenu dans les secteurs où les engagements de l'AGCS ont été entrepris. A titre d'exemple, les investisseurs étrangers auraient l'assurance que les mesures suivantes ne seraient pas applicables, sauf si elles affectent également les investisseurs dans le pays d'accueil :

- L'obtention des permis exigés par les réglementations spécifiques à telle activité ou tel secteur.
- L'investissement doit prendre une forme juridique obligatoire (par exemple, constitution dans conformément au droit local des sociétés).

- Les restrictions visant certaines formes d'entrée (les fusions et acquisitions peuvent être interdites ou doivent remplir des conditions supplémentaires).

- Lesconditions spéciales visant les formes d'investissement autres que les mises de fonds (par exemple : accords CET, licences d'exploitation de technologies étrangères).

- L'interdiction d'investir dans certaines zones ou régions du pays.

-L'obligation pour les investisseurs de constituer certaines garanties (par exemple, pour les institutions financières).

- Les droits d'entrée et les frais de constitution (impôts)[580].

En outre, sauf indication contraire mentionnée dans les listes, un engagement complet, en ce qui concerne le traitement national, implique que toute interdiction d'établissement étranger visant à favoriser l'investissement intérieur dans le domaine des services est susceptible d'être considérée

[580]CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 1996: L'investissement, le commerce et les instruments internationaux, New York et Genève, p. 176.

comme contraire à l'AGCS. D'autre part, on l'a vu, la portée de l'obligation de traitement national englobe la phase de pré-établissement de l'investissement. Ainsi, les investisseurs nationaux et étrangers dans le domaine des services doivent bénéficier de l'égalité des chances en ce qui concerne l'admission et l'établissement d'une présence commerciale, dans le but de fournir des services. L'obligation de fournir des conditions de concurrence égales pour les fournisseurs de services nationaux et étrangers - y compris, conformément à l'article XXVIII (d), en ce qui concerne les droits d'entrée - peut difficilement être atteinte si une telle concurrence a été purement et simplement interdite.

C) Obligations d'accès aux marchés de l'AGCS en ce qui concerne les droits d'entrée

L'accès aux marchés est un concept essentiel du dispositif de l'OMC. L'ouverture des marchés est en effet une étape du processus de libéralisation des échanges commerciaux. Dans ce contexte, la phase d'ouverture des marchés est normalement conçue comme la phase préalable de l'opération internationale d'investissement ou d'établissement. Quel que soit l'outil d'ouverture du marché, il suppose une mise en œuvre au profit d'opérateurs étrangers d'un « traitement non moins favorable » à l'admission sur le marché ou le territoire d'accueil, ce que beaucoup d'auteurs dénomment la phase « pré investissement »[581]. C'est d'ailleurs en ces termes que l'AGCS l'a énoncé dans ses dispositions. Incluant à la fois les principes de non-discrimination et d'accès aux marchés, cela représente un cas exemplaire d'accord multilatéral qui prévoit des règles avant l'établissement de l'IED, dans le secteur des services, fondé sur une des listes positives.

Bien que l'article XVI (accès aux marchés) de l'AGCS ne fasse pas expressément référence aux droits de pré et post-entrée, il s'applique à certaines restrictions sur l'admission et l'établissement d'investisseurs étrangers. En effet, toutes les limitations d'accès au marché énoncées dans cette disposition affectent, directement ou indirectement, la capacité des investisseurs étrangers à s'établir sur le marché du pays. Cet article interdit aux membres - dans les secteurs pour lesquels ceux ci ont souscrit des engagements - de maintenir ou d'introduire certaines mesures qui restreignent indirectement l'admission et l'établissement des investisseurs étrangers, dans l'économie du pays d'accueil[582]. A ce titre, les Membres n'ont d'obligations en matière d'accès aux marchés que pour les secteurs inscrits dans ces listes. Ils ont aussi cependant la possibilité

[581]CARREAU Dominique, « Investissements », *Rep. Droit internat Dalloz*, 1998, para. 80.
[582]L'article XVI:1 de l'AGCS dispose que « chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste ».

d'inscrire dans ces listes qu'aucune restriction n'est prise dans un secteur déterminé. Dans ce cas et puisqu'il n'existe pas de présomption de libéralisation, le bénéfice de chaque engagement est donc étendu à l'ensemble des Membres, par le jeu de la clause NPF uniquement.

L'accès aux marchés de services signifie que les fournisseurs de services peuvent bénéficier d'un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu dans la liste du Membre en question. D'ailleurs, l'élément servant de base de comparaison à l'octroi par le Membre d'un traitement non moins favorable sera le traitement décrit dans sa liste d'engagements spécifiques et non pas le traitement national.

L'article XVI, 2 énumère ensuite six catégories de limitations qui ne doivent pas être maintenues sauf si elles sont inscrites dans la Liste. Étant donné que les engagements en matière d'accès aux marchés, au titre de l'AGCS, sont assujettis à la technique d'établissement des listes positives adoptée par l'accord, il convient de souligner que les investissements étrangers dans tout secteur de services qui ne figurent pas dans les listes nationales n'ont pas la garantied'obtenirdes droits d'admission. Les mesures visées par l'article XVI de l'AGCS comprennent quatre types de restrictions quantitatives ainsi que des limitations sur les formes d'entité juridique et sur la participation des capitaux étrangers. Ainsi, les mesures qui ne peuvent être adoptées ou maintenues, à moins d'être spécifiées dans les listes, sont les suivantes [583]:

a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services;

b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services;

c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits ;

d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier;

e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service ; et

f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant

[583]OMC , « L'AGCS : objectifs, champ d'application et disciplines », Rédigé par le Secrétariat de l'OMC, Genève, n°1387, octobre 1999, p.3.

la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou d'investissements étrangers globaux.

La liste est exhaustive et comprend des mesures qui peuvent ou non être discriminatoires : par exemple, une limitation concernant la participation étrangère au capital (article XVI:2 f) est une mesure discriminatoire puisqu'elle ne s'applique qu'aux fournisseurs de services étrangers. À l'inverse, les restrictions quantitatives telles que celles qui concernent le nombre total de fournisseurs de services (articleXVI:2 a)) peuvent être non discriminatoires puisqu'elles peuvent s'appliquer aux fournisseurs de servicesaussi bien nationaux qu'étrangers.

Les Membres ne doivent pas maintenir ou introduire les limitations (énumérées à l'article XVI 2) dans les secteurs pour lesquels ils ont souscrit des engagements concernant l'accès aux marchés, à moins que cela soit stipulé dans leur liste d'engagements. Dans la mesure où la disposition portant sur l'accès au marché s'applique aux droits de pré-entrée, il le fait d'une manière particulière, en énumérant un certain nombre de restrictions qui ne sont pas conformes à l'accord. Cette technique ne fournit évidemment pas une couverture complète des mesures restrictives comme la reconnaissance d'un droit d'entrée général. Néanmoins, les six limitations interdites par l'article XVI couvrent les principaux obstacles à l'admission et à la création d'investisseurs étrangers.

Les restrictions sur le nombre de sociétés étrangères qui peuvent opérer dans certains secteurs sont une forme commune de limitations qui affectent les investisseurs étrangers. Par l'intermédiaire des alinéas a) à d), des plafonds quantitatifs sur le nombre de fournisseurs de services ainsi que sur la valeur des transactions, sur le nombre d'opérations autorisées et sur le nombre de personnes physiques employées dans un secteur de services, sont ainsi interdits dans les secteurs où des engagements spécifiques ont été pris. Lorsque toutes ces restrictions sont éliminées ou non prévues, les investisseurs étrangers bénéficieraient en fait de droits substantiels d'admission et d'établissement. Cela implique des garanties supplémentaires d'entrée, sans restriction des investissements étrangers, dans l'économie du pays d'accueil.

Les disciplines contenues dans l'article XVI ont été examinées par le Groupe spécial et l 'Organe d'appel, dans le cadre de l'affaire États-Unis — Jeux. En particulier, les organes de règlement des différends de l'OMC ont analysé la portée de l'alinéa a) de cet article qui interdit l'imposition de « limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques ».

Comme cela a été évoqué auparavant, les restrictionssur l'accès au marché sont couramment comprises comme couvrant les limitations quantitatives au regard du nombre de fournisseurs de services. Toutefois, de l'avis de l'organe d'appel, cet article ne s'applique pas seulement aux mesures nationales qui prennent la forme de limitations quantitatives mais aussi à celles qui limitent le nombre total de fournisseurs de services, indépendamment de la forme qu'ils peuvent prendre. En ce sens, l'article XVI ne couvre pas seulement la réglementation qui indique, expressément, en termes numériques, un nombre maximal de fournisseurs dans un secteur de services mais aussi ceux qui, sous la forme de qualifications qualitatives, aboutissent à un tel résultat.

L'article XVI a) se réfère aux limitations « sous la forme de contingents numériques, de monopoles, [ou de] fournisseurs exclusifs de services ... ». L'Organe d'appel a expressément rejeté l'idée d'ignorer les termes « sous forme de » et de les remplacer par les termes « qui ont pour effet de », tout en soulignant que l'alinéa a) n'est pas axé sur la forme des limitations mais sur leur nature numérique ou quantitative[584].

En outre, l'organe d'appel a jugé qu'une « interdiction totale » sur la fourniture de services entraînerait une restriction illégitime du nombre de fournisseurs de services car il réduirait le nombre de fournisseurs de services à zéro[585]. Compte tenu de cette interprétation, en dépit du rejet explicite de l'organe d'appel, il semblerait que l'accès au marché couvrirait, en fait, toutes les mesures qui peuvent être assimilées à une limitation du nombre de fournisseurs de services, quelles qu'elles soient. Par conséquent, lorsqu'un Membre de l'OMC a pris des engagements en matière d'accès aux marchés, il ne peut empêcher la fourniture de services concernés par les modes de fourniture pertinents (c'est-à-dire ceux où des engagements ont été pris). Dans cette perspective, l'article XVI, 2 alinéa a) peut entraîner des conséquences importantes s'agissant des droits d'entrée pour les investisseurs étrangers. En tant que tel, l'article XVI, 2 alinéaa) fonctionne comme une obligation d'ouverture réelle du marché pour les investissements étrangers.

[584]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris WT/DS285/AB/R, para. 232.

[585]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Jeux, WT/DS285/AB/R, paras. 251et 252 disposent que: " En l'espèce, les mesures en cause, en prohibant la fourniture de services pour lesquels un engagement en matière d'accès aux marchés a été pris, équivalent à un "contingent nul" concernant les opérations de services ou les services produits correspondants. En tant que telles, elles relèvent de l'article XVI:2 c). Pour toutes ces raisons, nous confirmons la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 6.355 de son rapport, selon laquelle une mesure prohibant la fourniture de certains services lorsque des engagements spécifiques ont été contractés est une limitation: ... au sens de l'article XVI:2 c) parce qu'elle empêche totalement les opérations de services et/ou les services produits en utilisant un, plusieurs ou tous les moyens de livraison qui sont inclus dans le mode 1. Autrement dit, une telle interdiction a pour résultat un "contingent nul" pour un, plusieurs ou tous les moyens de livraison inclus dans le mode 1 ».

Les obligations supplémentaires renforcées dans les dispositions d'accès au marché de l'AGCS sont également intéressantes du point de vue des investisseurs étrangers. L'article XVI, 2 alinéa e) et f) aborde d'autres aspects des droits d'entrée de l'investissement étranger. Il est à noter, en effet, que l'alinéa f) est la seule disposition de l'AGCS qui se réfère expressément à l'investissement étranger. L'alinéa e) interdit clairement les mesures qui restreignent ou qui prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise.

Les pays peuvent vouloir décourager la présence de certaines entités juridiques dans leurs marchés des services ou promouvoir ceux qui exigent la participation des fournisseurs de services locaux. Des exemples de ces catégories de limitations incluent l'exclusion des bureaux de représentation, l'obligation d'établir une présence commerciale à travers des filiales ou l'imposition de relations de partenariat dans les secteurs de services donnés. L'article XVI, 2 alinéa e) interdit les mesures qui limitent les formes d'établissement du fournisseur de services en interdisant les mesures qui limitent le type d'entité juridique par l'intermédiaire duquel un fournisseur de services peut fournir un service ou les mesures qui exigent la création d'une entreprise commune. À ce point, cette mesure diffère sensiblement des autres mesures visées par l'article XVI, 2. Ellene concerne en effet pas les mesures de nature quantitative. Les restrictions sur le type d'entité juridique sont des exigences qualitatives imposées au fournisseur de services[586].

Lorsqu'un membre prend des engagements au titre de l'article XVI,2(e), il ne peut exiger que le service soit fourni par certains types d'entités juridiques uniquement. Toutes les formes d'établissement légal doivent être autorisées à fournir des services, indépendamment de leur nature incorporée ou non incorporée et qu'elles soient ou non à responsabilité limitée. Ainsi, les investisseurs étrangers du domaine des services bénéficient de la possibilité de choisir la forme d'établissement souhaitée, dans les secteurs où ces engagements ont été pris, que ce soit comme entité constituée en société contrôlée (filiales),ou par la création de succursales ou bureaux de représentation. L'article XVI garantit que les investisseurs étrangers, dans le domaine des services, ne sont pas limités dans leur choix du mode d'entrée, pour fournir des services par la présence commerciale, à condition que des engagements aient été pris à cet égard[587].

[586]DELIMATSIS Panagiotis et MOLINUEVO Martin, "Article XVI GATS: Market Access", In: Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle ; Max Planck Institute for comparative public law and international law (eds.), "WTO - trade in services", Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, (pp. 367-426), p.380.
[587]Ibid., p. 381.

Par l'intermédiaire de l'alinéa f), les autorités nationales ne doivent pas limiter la participation de capital étranger sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou d'investissements étrangers globaux.

Les mesures visées à l'art. XVI,2. (f), sont celles qui imposent des limites maximalesde la participation étrangère en pourcentage. Les lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 fournissent, à titre d'exemple, une rubrique qui se lit comme suit :

« Plafond des actions étrangères de x pour cent pour telle ou telle forme de présence commerciale » [588] . Les mesures qui expriment l'exigence que les investisseurs étrangers acquièrent un montant minimum de participation à la société ne sont pas couvertes par l'article XVI : 2. (f), et ne nécessitent pas d'être programmées dans la colonne d'accès au marché.

D'autre part, il est remarquable que l'article XVI, 2. (f) fait référence aux « investissements étrangers » plutôt qu'à la « présence commerciale » ou plus largement au « fournisseur de services » ; cela peut, sans doute, élargir le champ d'application de cette disposition d'une manière unique. En effet, Delimatsis et Molinuevo relèvent qu' [une référence à la « présence commerciale » ou au « fournisseur de services d'un autre Membre » aurait permis de préciser que l'article XVI, 2. (f) est limité aux fournisseurs de services qui sont détenus ou contrôlés par des étrangers. Cependant, la référence générale à "l'investissement étranger" peut suggérer que l'article XVI, 2. (f) ne se limite pas à la « présence commerciale » aux termes de l'article XXVIII mais vise à couvrir toutes les mesures qui limitent la valeur individuelle ou totale de l '"investissement étranger", y compris les cas où la participation étrangère ne suffit pas à établir une "présence commerciale" (insuffisante pour l'acquisition de la propriété ou le contrôle de l'entreprise). En d'autres termes, par cette lecture élargie des termes « Investissement étranger » figurant à l'article XVI,2. (f), toutes les restrictions sur les capitaux étrangers seraient couvertes par l'article XVI etdoit être prévue][589].

Par conséquent, les investisseurs étrangers dans les services demeurent libres d'entrer sur le marché du pays d'accueil au niveau de la participation et de l'implication avec les fournisseurs de services nationaux souhaités. Les engagements pertinents une fois entrepris, les investisseurs étrangers peuvent décider de s'établir dans le cadre d'un partenariat avec les fournisseurs de

[588] OMC, Conseil du commerce des services, Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS, S/L/92 du 28 mars 2001, para. 12.
[589]DELIMATSIS Panagiotis et MOLINUEVO Martin, "Article XVI GATS: Market Access", op.cit., p. 383.

services locaux (par une participation majoritaire ou minoritaire) afin de tirer profit de la connaissance et de la position commerciale des sociétés nationales existantes ou d'entrer sur le marché, par le biais d'une société entièrement détenue par des étrangers. Ainsi bénéficier d'une plus grande liberté d'action et d'activité peut être envisagé.

Partant de là, un Membre accorde le plein accès à son marché, dans un secteur et pour un mode de fourniture donnés, lorsqu'il il n'applique à ce secteur et à ce mode de fourniture aucun des types de mesures énumérés à l'article XVI[590]. Si aucune limitation n'est inscrite dans la liste, un accès complet aux marchés doit être accordé pour le secteur et le mode en question. Les investisseurs étrangers concernés bénéficieront de facto de droits substantiels d'admission et d'établissement.

On peut toutefois se demander si un Membre qui offre un « plein accès au marché » aux termes de l'article XVI a l'obligation d'ouvrir complètement son marché aux fournisseurs de services étrangers[591]. En ce sens, dans le cadre de l'AGCS, l '«accès au marché » est un concept légalement défini qui englobe un ensemble limité de situations, décrites à l'article XVI et qui ne doit pas être assimilé à des termes communs (tels que : l'entrée, l'admission, l'établissement, etc.).

Ces termes impliquent en effet la capacité générale d'exercer des activités commerciales sur un marché donné[592]. Le paragraphe 4 des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 confirme, ainsi, que le paragraphe 2 de l'article XVI définit, d'une manière exhaustive, les limitations et mesures qui sont prohibées par l'article XVI, à moins qu'elles n'aient été inscrites dans la liste. En ce sens, le paragraphe 2 de l'article XVI complète le premier paragraphe de cet article[593]. Pour cette raison, le concept de « l'accès aux marchés », en vertu de l'AGCS, doit être compris comme un concept légalement défini, plutôt que par la simple lecture de son nom. En effet, les disciplines d'accès au marché de l'AGCS ne couvrent pas d'autres mesures restrictives à l'entrée et à l'établissement, telles que les exigences d'autorisation pour les investissements étrangers ou d'autres limitations de participations autres que l'interdiction des limites quantitatives sur la propriété étrangère ; ce qui pourrait également entraver l'entrée des étrangers. Ces mesures, cependant, peuvent entrer dans le champ d'application du principe du

[590] OMC, Conseil du commerce des services, Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS, S/L/92 du 28 mars 2001, para.8.
[591] DELIMATSIS Panagiotis, "Don't Gamble with GATS—The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US—Gambling Case", Journal of World Trade, vol. 40, n° 6 (pp. 1059–1080), 2006, pp. 1059, 1064-1065.
[592] DELIMATSIS Panagiotis et MOLINUEVO Martin, "Article XVI GATS: Market Access", op. cit., p. 373.
[593] Rapport du groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.298.

traitement national de l'AGCS si elles sont appliquées de manière discriminatoire. Si ces mesures sont de nature non-discriminatoire et s'appliquent donc de manière égale aux nationaux et aux étrangers, elles ne doivent pas être inscrites dans les listes, au titre de l'article XVII. Elles ne devraient pas non plus figurer aux listesde l'article XVI pour autant qu'elles ne comportent aucune des limitations spécifiées à l'article XVI.

En outre, les restrictions quantitatives spécifiées aux alinéas a) à d) s'entendent de limitations maximales. Les prescriptions minimales, comme celles qui sont communes aux critères d'octroi des licences (par exemple, prescriptions minimales en matière de capital pour la constitution d'une personne morale) ne relèvent pas des dispositions de l'article XVI[594]. Les mesures qui établissent des exigences quantitatives minimales ne relèvent pas du champ d'application de la disposition et doivent être analysées à la lumière des dispositions relatives au traitement national (article XVII) ou à la réglementation intérieure (article VI).

Pour conclure, l'on constate que l'AGCS aborde les règles avant l'établissement de l'IED dans les secteurs des services, selon une approche fondée sur une des listes positives. L'accord inclut à la fois les principes de non-discrimination et d'accès aux marchés. Cette approche pourrait générer une marge de manœuvre suffisante à tous les Membres de l'OMC pour décider des secteurs pour lesquels ils souhaitent offrir l'accès aux marchés et au traitement national aux exploitants étrangers ainsi que les secteurs pour lesquels ils ne pensent pas être prêts à opérer ainsi. Cela fournirait aux investisseurs potentiels une certitude juridique et leur garantirait une certaine stabilité des politiques.

II. Les droits d'entrée dans les accords d'investissement

La question de l'admission et de l'établissement fait référence à l'entrée des investissements des investisseurs, d'une partie contractante, sur le territoire d'une autre partie contractante. Ces questions, communément définies comme le droit de pré-établissement ou d'entrée, diffèrent des droits d'établissement en ce qui concerne le moment précis du traitement garanti (NPF, TN, traitement juste et équitable) doit être accordé aux investisseurs étrangers. D'après le droit international coutumier, les pays peuvent réglementer l'admission des investisseurs étrangers et

[594] OMC, Conseil du commerce des services, Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS, S/L/92, 28 mars 2001, para. 11.

de leurs investissements dans leurs territoires[595]. La plupart des pays s'abstiennent d'accorder aux ressortissants et sociétés étrangers le droit illimité d'investir dans leurs économies[596]. C'est le principe de souveraineté qui, à l'origine, régit la matière.

Dans ce sens, CARREAU et JUILLARD relèvent que : « tout État est souverain et, parce qu'il est souverain, il détermine librement sa politique économique et organise librement son espace économique. Par suite, il définit librement la politique qu'il entend suivre, tant vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent ses nationaux en territoire étranger, que vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent les étrangers sur son territoire national, et qu'il s'agisse d'opérations de constitution ou d'opérations de liquidation »[597].

Puisque certains secteurs économiques peuvent être considérés comme vitaux pour le développement économique et industriel, en raison de la sécurité nationale ou pour tout autre intérêt national majeur, les gouvernements souhaitent parfois limiter la capacité des investisseurs étrangers à s'impliquer dans certaines activités.Les droits d'entrée à certaines zones économiques sont ainsi limités. C'est dans ce contexte que la négociation des TBI a évolué. Deux modèles de base sont actuellement utilisés. L'un rend l'admission et l'établissement de l'investissement étranger assujettis aux lois nationales du pays hôte (c'est le modèle de la «clause d'admission"). L'autre modèle accorde aux investisseurs étrangers un droit d'établissement mais pas de manière absolue (cemodèle porte le nom de « droit d'établissement")[598] . La plupart des TBI n'ont pas été conçus comme des instruments pour fournir aux investisseurs étrangers un droit d'établissement. Au contraire, ces accords imposent seulement une obligation pour les parties contractantes d'admettre les investissements étrangers, conformément à leur législation nationale.

Comment alors, les États organisent-ils l'accès à leur marché et admettent-ils sur leur territoire les investissements étrangers ? Aucun accord d'investissement ne prévoit actuellement de droit de pré-établissement dénué de toute restriction s'agissant des investisseurs étrangers. Cependant, les TBI récents ont fait appliquer des modalités et des techniques différentes pour faire face à la question de l'admission et de l'établissement de l'investissement étranger. Selon Dolzer et Schreuer « les traités conclus par les pays européens n'accordent pas un droit général à

[595]UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007,UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf , p.21
[596] UNCTAD (1999b).Admission and Establishment.UNCTAD Series on issues in international investment agreements.(New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, p.11.
[597]CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 4e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 447.
[598]UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007,UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf , p.21

l'admission mais prescrivent plusieurs standards et garanties que doivent respecter les investissements que l'État hôte a unilatéralement décidé d'admettre »[599].

A) L'absence de droits d'entrée

Le droit conventionnel sur la question de l'investissement s'est développé dès le milieu du XXe siècle en utilisant des « instruments » provenant du droit économique. La prolifération des TBI s'explique en partie par le contenu innovateur de ces novelles conventions davantage protectrices de l'investissement[600]. L'octroi de droits d'entrée à l'investissement étranger constitue un élément clé de discorde entre les accords d'investissement. Ces droits impliquent à la fois des droits d'admission et des droits d'établissement. Si les deux concepts sont étroitement liés, une distinction entre les deux peut cependant être opérée. Les droits d'admission portent sur le droit d'entrée de la présence étrangère dans l'économie du pays d'accueil tandis que les droits d'établissement concernent le type de présence qui peut être autorisé[601]. L'importance de cette caractéristique, compte tenu des implications au regard des investisseurs et des pays, détermine la portée des règles de traitement de l'investissement aussi que la classification des régimes d'investissement, selon leur degré de libéralité. Deux types de TBI ont été utilisés jusqu'à présent : (a) le « modèle européen » fondé sur le modèle de projet de Convention Abs-Shawcross approuvé par les Ministres de l'OCDE en 1962 ; et (b) le « modèle des Etats-Unis » élaboré au début des années 1980[602].

Les TBI « stimulés » par les pays européens et les pays en développement manquent de dispositions contraignantes relatives à l'entrée et à l'établissement des investisseurs étrangers[603]. À moins que le TBI n'en dispose autrement - le pays d'accueil n'a aucune obligation d'éliminer la législation discriminatoire affectant l'établissement d'investissements étrangers. A titre d'exemple, si la législation nationale réserve certaines activités économiques aux investisseurs nationaux ou même aux investisseurs étrangers d'une nationalité donnée, cette

---

[599]JUILLARD Patrick, « A propos du décès de l'A.M.I. », Annuaire français de droit international, vol 44, 1998, p. 598.

[600]ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in Mathieu Arès et Éric Boulanger (dir.), L'investissement et la nouvelle économie : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales, Bruxelles : Bruylant, 2012, p.122.

[601]UNCTAD, *"Admission and Establishment"*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999, p.12.

[602] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALL Katia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/1, Publications OCDE, mai 2004 (pp. 1-26). . http://dx.doi.org/10.1787/261841684305. p.3.

[603]KLINE John M. and LUDEMA Rodney D., "Building a multilateral framework for investment : comparing the development of trade and investment accords", Transnational corporations.- New York, NY : United Nations Vol 6, No. 3, December 1997(pp. 1-31), p.10.

dimension du contexte juridique doit être respectée par les investisseurs étrangers lorsqu'ils sont admis dans le pays d'accueil[604].

Toutefois, certains TBI comprennent généralement un article qui accorde expressément aux pays d'accueil la possibilité d'accepter ou de restreindre l'admission des investisseurs étrangers en fonction de leurs politiques nationales. Dans la plupart dees cas, un article prévoit que le pays hôte « admettra les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante conformément à sa législation et à sa pratique administrative »[605] , en prévoyant que chaque partie reste libre quant à l'admission et à l'établissement d'investisseurs étrangers ; ce qui peut être limité par la législation ou les pratiques de la partie. Il se peut, alors, que des dispositions soient contenues dans ces conventions mais elles renverront au droit national pour l'admission de l'investissement de l'étranger. La langue utilisée dans la rédaction des clauses d'admission varie selon les traités. Certains TBI,par exempleentre l'Ethiopie et la Fédération de Russie (2000), précisent uniquement que les investissements des investisseurs des parties « seront admis conformément à leurs lois et règlements » [606] . D'autres TBI, comme celui entre l'Australie et l'Egypte (2001), soulignent le fait que les lois et politiques d'investissement applicables dans le pays d'accueil peuvent varier « de temps en temps » et indiquent que l'admission peut être subordonnée à des politiques d'investissement adoptées par le pays d'accueil[607].

Dans une affaire arbitrale, la question avait été posée de savoir si la référence aux lois et règlements nationaux, dans la clause d'admission, permettait au pays hôte de conditionner la base sur laquelle un investissement étranger pénètre dans son marché. Il a été affirmé plus particulièrement que cette référence pourrait servir à mettre un investissement sous la compétence exclusive du pays hôte. Le tribunal arbitral a rejeté ce raisonnement. Il a estimé qu'une telle interprétation irait à l'encontre du TBI pour ce qui concerne l'établissement d'un forum neutre et indépendant de règlement des différends[608].

---

[604]UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007,UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf , p.22.

[605]Voir, par exemple, le deuxième projet de modèle TBI Danemark de 2000, Art. 2.1

[606] Selon l'article 2.1. du TBI entre l'Ethiopie et la Fédération de Russie (2000): "1. Each Contracting Party shallencourage and create favourableconditions for Investors of theother Contracting Party toinvest in its territory and admitsuch investments inaccordance with its laws andregulations."

[607]L'article 3 du TBIentre l'Australie et l'Egypte (2001) stipule que : « 1. Each Party shall encourage and promote investments in its territory by investors of the other Party and shall, in accordance with its laws and investment policies applicable from time to time, admit investments".

[608]Aguas del Tunari c. République de Bolivie, (affaire CIRDI n°ARB / 02/3), décision sur la compétence du 21 Octobre de 2005.

De façon générale, ces traités ont expressément préservé le pouvoir discrétionnaire de l'État hôte au moyen d'une clause encourageant les parties contractantes à promouvoir des conditions d'investissement favorables entre elles mais laissantaux lois et règlements de chaque partie les conditions précises d'entrée et d'établissement[609]. La plupart des TBI actuellement opérationnels adoptent cette approche. Selon la CNUCED, le nombre de TBI ayant appliqué cette démarche et la application géographique des accords avec ces caractéristiques démontrent que de nombreux États ont clairement accepté la justification « cachée »:celle que l'IED est le bienvenu mais qu'il reste soumis à la réglementation de l'État hôte au point d'entrée[610].

B) Droits d'entrée accordés par les accords d'investissement : les normes de traitement en ce qui concerne les droits d'entrée

Il est un principe fondamental du droit international coutumier que rien n'a encoreremis en cause. Ce principe est celui selon lequel un Etat demeure pleinement libre de définir les conditions auxquelles un étranger peut être autorisé à entrer et à séjourner sur son territoire[611]. La question ici posée est donc plus précisément celle de savoir si les traités de protection des investissements auraient pu, d'une manière ou d'une autre, remettre en cause cette règle fondamentale.

De nombreux instruments internationaux admettent l'investissement à la suite d'un contrôle permettant de vérifier que certaines conditions ont été satisfaites. Cela étant dit, aucun modèle n'accepte tous les investissements sans condition. Et même si les traités internationaux fontparfois preuve d'une très grande ouverture, les législations internes entendent souvent mettre un frein au libéralisme affiché à l'étranger.

Quelques pays ont opté pour des TBI qui garantissent, en plus de certains niveaux de protection pour leurs investisseurs, la capacité des investisseurs à entrer et à s'installer sur le marché de l'autre partie. Cette approche a été suivie pour la première fois dans le cadre du Programme de traité bilatéral d'investissement des États-Unis, élaboré au début des années 1980[612]. L'intérêt majeur des États-Unis en concluant des TBI - comme les TBI européens - était de protéger leurs investissements déjà existants à l'étranger [613] alors que le modèle inclut des dispositions

[609]CNUCED, « Admission et établissement », 1999, op. cit. , p. 19.
[610]Ibid., pp. 16 et 20.
[611]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, A. Pedone, Paris 2014, p. 281.
[612] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALLKatia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », op. cit., p. 3.
[613]VANDEVELDE Kenneth J., 'The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", Cornell International Law Journal.Vol.21, n°2, 1988, p. 212. disponible sur : http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol21/iss2/1.

contraignantes aux parties contractantes concernant l'admission et l'établissement de l'investissement étranger dans leurs territoires. Le Canada a suivi l'exemple des États-Unis en promouvant des traités de libéralisation des investissements, au milieu des années 1990, avec l'adoption d'un modèle du TBI en grande partie basée sur les dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA. Plus récemment, des pays tels que le Japon, la Finlande et la Norvège ont également intégré des dispositions relatives à l'entrée et l'établissement de l'investissement étranger dans leurs TBI les plus récents.

Comme dans l'AGCS, cependant, l'existence d'une obligation de traitement national avant établissement n'implique pas immédiatement qu'il n'y ait pas de politiques discriminatoires à l'admission ou à l'établissement peuvent être maintenues. Les accords de libéralisation des investissements comportent généralement une liste de réservations sectorielles spécifiques à chaque pays. Comme les listes d'engagements de l'AGCS, cette liste détermine les secteurs dans lesquels le traitement national s'applique pour chacune des parties signataires. Chaque partie peut donc néanmoins introduire ou conserver des exceptions, en utilisant la méthode de « l'exclusion » ou en s'appuyant sur l'approche « négative », dans le cadre de l'un des secteurs ou domaines énumérés (Annexe au traité ou du fait de lois et de réglementations applicables à la date d'entrée en vigueur du traité). La liste négative recense les investissements non-admissibles. Les investisseurs étrangers bénéficient du traitement national, lors dela phase d'admission et d'établissement de leur investissement, à moins que la partie n'ait expressément indiqué des éléments autres dans sa liste de réservations. L'État garde donc le pouvoir d'établir des listes d'investissements. En conséquence, l'État conserve aussi le pouvoir de sélectionner les investissements en fonction de ses objectifs et intérêts ; sa seule obligation étant de spécifier les engagements qu'il veut contracter [614] . Ce schéma général s'accommode de nombreuses modalités ;la plus aboutie de ces modalités étant celle des TBI canado-américains et de l'ALENA.

Comme nous l'avons évoqué auparavant, les limitations à la souveraineté de l'Etat dans son champ de compétence exclusive ne se présument pas ; elles résultent nécessairement de procédures écrites. C'est la raison pour laquelle nous nous concentrons sur la pratique conventionnelle des Etats. Ainsi, distinguerons-nous deux types de sources : les instruments de libéralisation des investissements (1), d'une part, et les instruments régionaux (2), d'autre part.

[614]CNUCED, « Admission et établissement », 1999, op. cit. , pp. 24et 25.

1. Les droits d'entrée dans les TBI de libéralisation d'investissements

Les TBI de libéralisation des investissements ne sont généralement pas dotés de dispositions individuelles abordant spécifiquement l'octroi de droits d'entrée. En fait, la phase d'admission et d'établissement d'investissement est expressément incluse dans les opérations couvertes par l'obligation de traitement national. De nombreux traités comportent une disposition spécifique, relative au champ d'application du traité, prévoyant que la protection offerte par celui-ci ne pourra s'étendre qu'aux investissements réalisés en conformité avec le droit de l'Etat d'accueil[615]. Cela implique en effet que l'applicabilité d'un TBI est tributaire du respect des réglementations et procédures nationales d'admission entièrement définies par les Etats. C'est là une disposition qui vient limiter la libéralisation des flux d'investissement[616]. La dimension générale de cette exigence, dont le caractère obligatoire n'est pas tributaire de son rappel exprès dans le texte applicable, explique son absence dans certains grands traités multilatéraux (exemples : le chapitre 11 de l'ALENA ou le traité sur la Charte de l'énergie). Les TBI ne comprennent pas en principe une disposition précisant que les parties peuvent admettre des investissements étrangers conformément à leurs lois de règlement. Par exemple, le modèle de TBI canadien (APIE) 2004, dans l'article 3.1 stipule que:

1. Chacune des Parties contractantes accorde aux investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une Partie non contractante en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire[617].

Une telle disposition fournit l'assurance que le principe de la NPF s'applique tant à la phase pré-établissement qu'à la phase post-investissement [618] (admission et établissement de l'investissement). Les termes « l'établissement, l'acquisition et l'expansion » n'ont pas été soumis à l'interprétation arbitrale, dans le cadre de différends investisseurs – États.Il est clair, cependant, que cette formulation des TBI de libéralisation d'investissement garantit que les investisseurs étrangers bénéficient de la même égalité des chances que les nationaux ou les investisseurs d'États tiers dans le cadre de l'admission et de l'établissement de l'investissement. La seule limite

[615]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, A. Pedone, Paris 2014, p. 176.
[616]Ibid. p. 282.
[617] Le Modèle américain de Traité Bilatéral sur les Investissements de 2004 comporte le même libellé dans ses articles pertinents.
[618]JUILLARD Patrick, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004 (pp. 669-682), p.677.

à cet effet de la clause de la nation la plus favorisée tient à ce qu'elle ne pourrait pas créer un droit à l'admission mais simplement assouplir les conditions s'il était reconnu dans le traité applicable[619].

Les TBI conçus dans le but d'assurer la libre entrée des investissements étrangers sur le territoire du pays hôte peuvent émettre des réserves spécifiques par pays. Les parties contractantes conservent ainsi un certain degré de flexibilité pour contrôler l'admission de l'investissement étranger de l'autre partie, généralement en permettant l'inclusion d'une liste des industries, des activités ou des lois et règlements. Le critère de cette liste est le suivant : les obligations d'accorder le traitement national et le traitement NPF dans la phase de pré-établissement ne sont pas applicables. Par conséquent, les activités qui sont ouvertes aux ressortissants ou à d'autres investisseurs étrangers doivent être ouvertes aux investisseurs de la partie du TBI. Néanmoins, les secteurs dans lesquels les initiatives nationales ou étrangères peuvent tout demême être retenues restent restreints au regard de l'investissement étranger de la partie du TBI.

En résumé, les tendances récentes dans les TBI sont marquées par l'approche dominante qui consiste à soumettre la question de l'entrée et de l'établissement aux lois nationales. Cependant, un nombre croissant de TBI fournit un traitement national et le traitement NPF dans sa phase de pré-établissement, probablement en réponse au fait que la protection fournie par les TBI traditionnels devient plus commune.

Dans le contexte de l'économie mondiale davantage de biens et services sont fournis aux marchés étrangers plus par la production internationale que par le commerce international et les modes de production internationale de produits manufacturés ainsi que le commerce international des services - nécessitant pour la plupart la présence commerciale afin d'être efficacement fournis – montent en puissance. Il n'est alors pas surprenant que les investisseurs internationaux soient en quête d'un meilleur accès aux marchés pour leurs investissements[620].

2. Les droits d'entrée dans les accords commerciaux préférentiels (ACP)

Tandis que la plupart des TBI ne prennent pas en compte les droits de pré-établissement (le cas de moins de 4% des TBI actuellement en vigueur), des dispositions relatives à l'admission et à

[619]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, op.cit., p. 284.
[620]UNCTAD, Bilateral investment treaties 1995-2006 : trends in investment rulemaking, New York ; Geneva : UN, 2007, p. 26.

l'établissement sont plus fréquentes dans le cadre des chapitres sur l'investissement de la plupart des accords commerciaux préférentiels modernes[621].

Une politique commune en matière d'investissements internationaux se doit de mieux répondre aux besoins des investisseurs dans leurs phases du stade antérieur à l'établissement à celui postérieur à l'établissement.

La recherche confirme que l'introduction de dispositions d'une portée étendue dans des accords commerciaux a un impact plus fort sur le commerce et les flux d'IED. De même elle confirme que la combinaison des règles de portée étendue concernant les investissements et des dispositions libéralisant d'autres parties de l'économie a un impact combiné plus important sur le commerce et les investissements[622]. Comme l'a observé M. Juillard, le caractère obligatoire d'un principe est inversement proportionnel à l'universalité de l'instrument qui le contient[623]. Aussi peut-on en déduire que plus le cadre conventionnel est réduit, plus la règle de traitement tend à recouvrir un caractère supérieure.

En effet, alors que les pays européens ont hésité à intégrer ces dispositions dans leur TBI, les accords d'association promus par l'Union européenne se concentrent principalement sur l'entrée et les droits des investisseurs étrangers, plutôt que sur leur protection qui est sans doute laissée aux membres de l'UE et à leurs traités d'investissement. Dans ce cas, la substitution d'un seul territoire douanier à plusieurs territoires douaniers souverains a pour conséquence : l'élimination des barrières dans le cadre de l'échange entre les Etats Membres et l'application de droits et de normes identiques vis-à-vis des Etats tiers. La politique commerciale de l'UE cherchera donc à intégrer la libéralisation et la protection des investissements.

Contrairement aux autres accords conventionnels transnationaux, le principe de traitement national ne mobilise pas un article identifié dans le traité fondateur de la Communauté européenne. Dans un arrêt de principe, Richard Hugh Patrick c. Ministre des affaires culturelles, la CJCE a considéré que : « La règle du traitement national constitue l'une des dispositions juridiques fondamentales de communauté »[624]. Le devoir de non-discrimination entre les agents

[621]UNCTAD, Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review, New York and Geneva, 2005, p. 31.
[622]OCDE (2006), Analyse de l'impact économique des dispositions relatives aux investissements dans les accords commerciaux régionaux, document de travail sur la politique commerciale de l'OCDE n° 36 du 11 juillet 2006.
[623]JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.* 1994, t. 250, vol. VI, pp. 137-141.
[624]CJCE, Richard Hugh Patrick c. Ministre des affaires culturelles, 28 juin 1977, 11-77, *Rec. CJCE* 1977, p. 1199 ; note R. Kovar, *J.D.I* 1978, pp. 964-966.

économiques de tous les Membres, dans le cadre du traité d'intégration régionale européenne, constitue un précepte inhérent à l'idée même de construction d'une zone de libre échange. Dans ce sens, il s'agit d'une norme hiérarchiquement supérieure qui s'impose en dehors du cadre conventionnel[625].

En outre, les accords commerciaux préférentiels préconisés par les pays qui ont choisi de suivre le modèle de l'ALENA incluent également des dispositions sur la libéralisation des investissements.

L'approche la plus fréquente,dans le cadre de l'octroi de droits d'entrée pour les investisseurs étrangers en ACP, s'est basée sur l'extension de l'obligation de traitement national à la phase d'admission et d'établissement d'investissement. La portée d'une obligation de traitement national couvre l'établissement, les étapes de l'exploitation et de la liquidation d'un investissement et, comme déjà indiqué, dans un certain nombre de ces accords, la phase de pré-établissement de l'investissement (comme dans certains TBI de libéralisation des investissements et l'AGCS) est également incluse.

Cette approche, d'abord introduite dans l'accord de libre-échange canado-américaine en 1988 et développé dans l'ALENA, a ensuite été reprise par un certain nombre des ACP de type ALENA (les dispositions sur l'investissement ont été inspirées du chapitre 11 de l'ALENA). Ces accords comprennent, notamment, les ACP conclus par Taiwan (Chine) avec le Guatemala, le Panama et le Nicaragua ; la Corée avec le Chili et Singapour ; le Canada avec le Chili ; le Mexique avec l'Uruguay, El Salvador, le Guatemala et le Honduras ; le Japon avec le Chili, le Brunei Darussalam, l'Indonésie, la Malaisie, le Mexique, les Philippines et Singapour ; Singapour avec l'Australie, l'AELE, l'Inde, la Nouvelle-Zélande et Panama ; ainis que tous les ACP conclus par les États-Unis, ainsi que les ALE ou les accords de promotion du commerce, à l'exception de ceux signés avec Israël et la Jordanie.

Tandis que la rédaction des dispositions de ces accords peut présenter de petites différences, une clause de traitement national typique peut se lire comme suit :

« Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres

[625]THIERRY Hubet, « L'évolution du droit international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, vol. III, t. 222 (pp. 9-186),1990, pp. 48-49.

investisseurs, en ce qui concerne *l'établissement, l'acquisition, l'expansion*, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire »[626].

S'agissant de l'exploitation d'une disposition équivalente, dans le cadre de l'article de l'ALENA (1102), le tribunal arbitral (l'ADF c. EU) a expliqué que :

"a NAFTA Party must accord to the investors of another Party and their investments treatment no less favorable than that it accords to its domestic investors and their investments in like circumstances not only with respect to the "establishment" of investments, but also with respect to the "acquisition" of additional investments, [and] the "expansion" of already established investments....[627]".

Comme les TBI de la libéralisation des investissements, une disposition similaire du chapitre sur l'investissement des ACP s'étend normalement aux droits d'admission et d'établissement, sur le fondement de la NPF. Toutefois, les clauses NPF au niveau multilatéral assurent le même traitement pour tous les pays qui sont parties à l'accord multilatéral. Au niveau régional, en revanche, les dispositions NPF étendent uniquement au partenaire bilatéral le meilleur traitement, y compris en ce qui concerne les droits d'entrée aux investisseurs de pays tiers[628].

Cependant, certains ACP comportent une formule combinant le traitement national et le traitement NPF, selon le mode le plus favorable[629].

Ainsi, les dispositions d'investissement, dans la plupart des ACP qui ont abandonné le modèle de l'ALENA ont également restauré à l'octroi des droits de l'admission et de l'établissement par l'extension des dispositions du traitement national et de la NPF, bien que la formulation et la structure varient. On peut ainsi citer :l'ALE Australie -Thaïlande , le Protocole aux accords du Mercosur relatif à la protection de l'investissement, l'accord de l'ASEAN sur l'investissement, et l'Accord d'association CE-Chili[630]. Les accords portant directement sur l'obligation d'accorder des droits d'établissement aux investisseurs étrangers, sans les lier à des obligations de traitement national, telles que ceux trouvés dans le Protocole CARICOM Montego Bay, sont exceptionnels.

---

[626]Accord de libre-échange entre la Republique de Coree et la Singapour (2005), article 10.4.
[627]ADF Group Inc. c. États-Unis, (affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janv. 2003, para. 153.
[628]LESHERMolly and MIROUDOTSébastien (2006): "Analysis of the Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements." OECD Trade Policy Papers, No. 36, OECD Publishing, Paris.http://dx.doi.org/10.1787/322248021805. p.12.
[629]ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », op. cit., p. 140.
[630]Contrairement aux autres accords d'investissement, l'accord d'association CE-Chili manque d'un mécanisme de règlement des différends investisseur-État.

III. Points de chevauchement potentiels des principaux types d'accords internationaux concernant l'investissement: évaluation sur les droits d'entrée dans l'AGCS et les accords d'investissement

La libéralisation de l'investissement s'appuie sur plusieurs modèles et concepts : traitement national (avant et après l'entrée sur le territoire), traitement de la nation la plus favorisée (avant et après l'entrée sur le territoire), droit d'établissement, accès aux marchés. En fonction des modèles de libéralisation, les investisseurs étrangers ont ou non accès aux marchés intérieurs et peuvent ou non bénéficier d'un traitement non discriminatoire.

De très nombreux accords sur l'investissement, notamment les TBI, défendent des concepts très proches mais des variations juridiques et/ou rédactionnelles, parfois très subtiles interviennent. Il pourrait en résulter des interprétations divergentes de la même obligation générale, dans le cadre d'accords distincts [631] . Traditionnellement, la grande majorité des AII ne protégeaient les investissements qu'après leur établissement sur le territoire d'une partie. En règle générale, ils n'accordaient pas aux investisseurs couverts le droit d'établir des investissements sur le territoire de l'autre partie. Toutefois, la nouvelle génération d'AII prévoit de plus en plus la libéralisation des flux d'investissement. Les dispositions relatives à la libéralisation sont généralement de deux natures[632]. Un type qui a commencé à apparaître dans les TBI dans les années 1980 exige que chaque partie autorise les investisseurs de l'autre partie à établir des investissements sur le territoire de la première partie. L'autre type, qui retrace son origine dans l'accord AGCS, garantit aux fournisseurs de services d'une partie l'accès au marché des autres parties. Parce que les services sont souvent fournis par l'établissement d'une présence commerciale, ces dispositions créent également un droit d'établissement de l'investissement. Alors que les TBI demeurent plus nombreux que les autres accords commerciaux et d'investissement, ces derniers occupent une place beaucoup plus importante au regard du régime d'investissement international [633] . Les accords commerciaux préférentiels établissant les droits d'entrée connaissent une expansion rapide mais leur nombre et leur couverture restent limités. Au contraire, l'AGCS prévoit des

[631] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALL Katia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », op. cit., p. 3.
[632]UNCTAD, International Investment Agreements: Trends and Emerging Issues, Series on International Investment Policies for Development, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006, p. 25.
[633] UNCTAD, Developments in international investment agreements in 2005: IIA MONITOR No. 2 (2006) International Investment Agreements, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006, p. 10.

obligations relatives à l'admission et à l'établissement des investisseurs étrangers à une échelle quasiuniverselle.

A) Les obligations de la NPF et du traitement national

Les accords internationaux sur l'investissement adoptent une approche commune quant à l'octroi des droits d'entrée aux investissements étrangers. Appliqué aux accords internationaux sur l'investissement - aux niveaux bilatéraux, régionaux ou multilatéraux - le principe de la non-discriminationvise des objectifs et des retombées similaires aux objectifs et retombées associés à l'application de ce principe dans les accords commerciaux[634]. En vertu de l'AGCS, ainsi, le principe de non-discrimination doit être appliqué aussi bien à la frontière qu'à l'intérieur des frontières et viser à la fois l'accès aux marchés et les conditions de concurrence sur le marché intérieur. Certains accords internationaux sur l'investissement ont été conçus sur le même modèle et appliquent la règle de non-discrimination aussi bien avant l'établissement de l'investissement (accès aux marchés) qu'après. La majorité d'entre eux, notamment les accords bilatéraux, applique toutefois la règle de la non-discrimination uniquement à l'intérieur des frontières d'un pays d'accueil, après l'admission et l'établissement d'un investissement.

L'instrument majeur qui sert à réglementer l'admission de l'investissement au sein des instruments multilatéraux existants associe le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée[635]. Conformément à l'obligation NPF, les parties à l'AGCS s'engagent à accorder aux services et fournisseurs de services d'un membre un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent à des services ou à des fournisseurs de services similaires de tout autre pays, en ce qui concerne les mesures touchant aux échanges de services.

Alors que le principe NPF s'applique indistinctement et de manière globale, le principe du traitement national et les règles d'accès aux marchés s'appliquent uniquement aux secteurs pour lesquels les Membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques dans leurs listes.

Cette description donne à penser qu'il n'existe qu'un chevauchement partiel entre les TBI et l'AGCS et qu'il existe également des chevauchements entre ce dernier et les ACP.

---

[634] OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Non-discrimination, traitement de la nation la plus favorisée et traitement national (Note du Secrétariat), WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002, para. 33.

[635] OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Communication de la Communauté européenne et de ses membres, Liste récapitulative des questions à examiner, point IV : Identification des points communs et des différences dans les instruments internationaux relatifs à l'investissement, les notions actuelles concernant l'admission de l'investissement, en particulier la non-discrimination, WT/WGTI/W/54, 2 septembre 1998.

Bien que l'idée principale des principes NPF et TN reste la même dans les différents accords d'investissement(prévention de la discrimination entre investisseurs), les conditions particulières d'applicabilité, dans chaque cas, dépendent de la rédaction de la clause figurant dans chaque accordainsi que de la portée globale de l'accord d'investissement. Quelques différences résultent de la rédaction différente des dispositions du traitement national et de la NPF dans ces accords. C'est le cas en particulier, par rapport au critère de comparaison qu'est « la similarité » entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux, ou entre les investisseurs étrangers d'origine différente. De plus, la différence de portée des accords d'investissement et de l'AGCS entraîne également des conséquences importantes pour les investisseurs potentiels. Par ailleurs, la couverture sectorielle de tous ces instruments dépend de listes spécifiques à chaque pays, listes qui varient d'un accord à l'autre.

Cependant, les différentes approches de l'AGCS, des TBI de libéralisation des investissements, et de la plupart des ACP ne semblent pas avoir un impact significatif sur les droits d'entrée et d'établissement. Les TBI de libéralisation des investissements et les ACP ont tendance à étendre le traitement national à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion » des investissements.Les articles sur le traitement national de ces accords stipulent en effet que ce principe s'applique à l'admission des investisseurs originaires, que cette admission s'effectue par voie de création d'entreprise ou par voie d'acquisition d'entreprise. Deplus, le traitement s'applique tant à l'admission des investissements originaires qu'à l'admission des investissements complémentaires ou supplémentaires. Le principe de traitement national régit le régime juridique de l'entreprise étrangère dès que celle-ci entre en activité et jusqu'à ce qu'elle cesse ses activités. À la différence de ces accords, l'AGCS définit le commerce des services comme englobant non seulement la fourniture transfrontalière de services mais aussi la fourniture de services à des clients sur un marché étranger, sur la base d'une « présence commerciale » sur ce marché. L'AGCS, se réfère à « la constitution, l'acquisition ou le maintien d'une personne morale » et à la « création » d'une « succursale ou d'un bureau de représentation». Bien que non-identiques, ces termes mettent en évidence les mêmes situations.

Les principales obligations et disciplines de l'AGCS – comme le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national – s'appliquent au traitement des "services et fournisseurs de services" des autres Membres. Les fournisseurs de services sont définis comme étant toute personne, physique ou morale, qui fournit un service (article XXVIII g) et j) de l'AGCS).

La « constitution d'une personne morale » en vertu de l'AGCS ne se limite pas aux procédures administratives d'enregistrement d'une personne morale. En effet, l'AGCS définit la « personne morale » en termes généraux, l'assimilant de facto à la notion plus générale de «société» ou même «d'investissement». L'article XXVIII l) définit, ainsi, une personne morale comme étant « toute entité juridique dûment constituée ou autrement organisée conformément à la législation applicable, et détenue par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, société de fiducie ("trust"), société de personnes ("partnership"), coentreprise, entreprise individuelle ou association ». Partant de là, la référence à la « constitution d'une personne morale » doit être comprise en termes généraux, englobant toute procédure relative à la mise en place d'une société de services, dans le pays d'accueil. L'AGCS couvre donc l'ensemble des filiales à part entière, des succursales, des coentreprises (avec participation au capital ou contractuelles), des entreprises individuelles, des sociétés de personnes et des bureaux de représentation. À ce titre, il semble n'y avoir aucune différence entre le concept de l'AGCS de la « constitution de la personne morale », complétée par la référence à la « création d'une succursale ou d'un bureau de représentation », et celui de la notion générale qu'est «l'établissement» de l'investissement des TBI et ACP.

En outre, l'AGCS couvre expressément les situations où l'établissement de l'investisseur étranger n'est pas réalisé par le biais d'un investissement de création (aussi connu sous le nom anglais de green field investment)mais grâce à l'acquisition du fournisseur de service (d'une entité étrangère) déjà existant.

Contrairement aux TBI de libéralisation des investissements et de la plupart des ACP, l'AGCS ne se réfère pas expressément à l' « expansion » de l'entreprise. Cependant, il ne pouvait pas faire valoir que les opérations visant à l'expansion d'une entreprise déjà établie ne tombent pas sous le large champ d'application de l'AGCS. En effet, le concept de présence commerciale est défini de façon très large et inclut notamment les filiales, les succursales, les agences et les bureaux de représentation. De plus, les opérations pour développer une entreprise englobent typiquement des fusions ou concentrations avec d'autres entreprises ou la création de nouvelles entités, qui devraient normalement donner lieu à la constitution d'une nouvelle personne morale. Cette est clairement couverte par l'AGCS. Par conséquent, l'expansion, que ce soit par la croissance interne ou par l'acquisition d'institutions existantes, est également expressément couverte.

Bien que la terminologie de l'AGCS diffère de celle utilisée dans les TBI de libéralisation des investissements et les ACP, en particulier en ce qui concerne la couverture des droits d'entrée, les obligations de fond sont tout à fait semblables. Comme cela est indiqué, suite à la définition de la

présence commerciale à l'article XXVIII d) de l'AGCS, lorsque les Membres ont pris des engagements complets, en matière de traitement national dans le cadre du mode 3 (présence commerciale), ils sont tenus de permettre l'entrée et l'établissement d'investisseurs/ investissements étrangers dans le domaine des services, au même titre que leurs homologues nationaux. En outre, les articles XVI,2 e) et f) de l'AGCS interdisent expressément les mesures qui, en l'absence de limitations prévues, restreignent la capacité des investisseurs étrangers dans le domaine des services pour le choix de la forme souhaitée d'établissement ou qui limitent la participation de capitaux étrangers. Enfin, certaines interdictions d'entrée et d'établissement d'investisseurs/investissements étrangers peuvent constituer des « contingents zéro » incompatibles avec l'obligation de ne pas limiter le nombre de fournisseurs de services inscrits à l'article XVI,2 a) de l'AGCS. Alors que les TBI de libéralisation de l'investissement ne comportent pas expressément de telles obligations, les mesures pertinentes sont prises en compte dans l'obligation de traitement national, en ce qui concerne l'admission et l'établissement (compte tenu des éléments discriminatoires implicites)[636].

En somme, il ne semble pas exister de grandes différences entre ces accords qui étendent les obligations de la NPF et du traitement national à l'admission et à l'établissement de nouveaux investissements étrangers, y compris les deux de nouveaux investissements et les fusions et acquisitions. Cependant, les différences entre les deux régimes peuvent trouver leur source dans la portée générale de ces accords ainsi que dans la rédaction des clauses du traitement national et de la NPF.

B) Les obligations d'accès au marché

Tandis que les obligations de la NPF et du traitement national énoncées dans l'AGCS ne diffèrent guère de celles prévues dans les autres accords d'investissement, à l'égard de leur étendue à des droits d'entrée, l'AGCS dispose d'une autre disposition qui prévoit des garanties supplémentaires concernant l'admission et l'établissement des investissements étrangers. L'article XVI sur l'accès au marché contient des disciplines concernant directement les droits d'entrée. Il porte sur l'accès aux marchés dans des secteurs de services spécifiques. Les membres sont tenus d'accorder aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu dans sa propre Liste d'engagements spécifiques. Le membre ne peut imposer de limitations à l'accès aux marchés comme des limites du nombre de fournisseurs

[636] ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martín, "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-) Smoke?", Journal of International Economic Law Volume 11, n° 2, 2008, p. 380.

de services ou de personnes employées dans le secteur, de la valeur des transactions, du type d'entité juridique du fournisseur de services ou de la participation de capital étranger, à moins que ces limitations n'aient été spécifiées dans sa liste.

Compte tenu des caractéristiques spécifiques et distinctives du commerce intérieur et de l'investissement, dans le domaine des services, la portée des deux articles, XVI sur l'accès aux marchés et XVII sur le traitement national, n'est pas si évidente[637]. Le premier traiterait des conditions d'accès et le second les conditions internes de concurrence. L'accès aux marchés de services, dans les secteurs pour lesquels un Membre a souscrit des engagements, suppose que les investissements étrangers sont effectivement admis dans le pays. Ce fait est encore renforcé par la compréhension de l'Organe d'appel selon laquelle une interdiction totale de la participation étrangère sur le marché intérieur entraînerait une violation de la disposition de l'accès aux marchés. Certaines mesures couvertes par l'article XVI, comme les limitations sur le nombre total d'employés ou la valeur totale des transactions, affectent non seulement l'établissement de l'investisseur de services (ou la capacité de fournir des services transfrontaliers) mais également son fonctionnement régulier une fois qu'il a accédé au marché. En outre, les obligations imposées par l'article XVI ne sont pas particulièrement adressées aux limitations appliquées aux fournisseurs de services étrangers. Elles couvrent également les limitations sur les fournisseurs de services nationaux. De ce point de vue, lorsque le pays a entrepris de tels engagements, la disposition de l'accès au marché implique une véritable obligation d'ouvrir le marché intérieur à la participation étrangère.

En outre, l'article XVI prévoit des garanties supplémentaires, en ce qui concerne la forme d'établissement de l'investissement étranger. Selon l'article XVI, 2 (e), les membres de l'OMC ne peuvent pas exiger que l'établissement prenne une certaine forme juridique ;c'est l'investisseur qui décide librement du mode d'établissement souhaité. Comme nous l'avons mentionné, le concept de présence commerciale est défini de façon très large et inclut notamment les filiales, les succursales, les agences et les bureaux de représentation. En ce sens, le gouvernement national ne peut pas interférer avec la décision de l'investisseur étranger de créer une filiale ou

[637]Les débats sur la question du chevauchement ont été centrés sur le cas dans lequel un engagement a été inscrit dans une colonne et aucun engagement dans l'autre, c'est-à-dire que la mention Non consolidé est portée soit dans la colonne accès aux marchés, soit dans la colonne traitement national pour le même secteur des services et mode de fourniture. L'OMC a identifié quatre solutions possibles, mais les membres de l'OMC ont jusqu'à présent été incapables de parvenir à une compréhension commune de la façon d'interpréter ces engagements. OMC, « Examen des questions se rapportant à l'Article XX : 2 de L'AGCS » *Rapport du Président du Comité des Engagements Spécifiques*, 2004, paras 16-19.

d'établir sa présence par l'intermédiaire d'une succursale ou d'un représentant, ou d'entrer sur le marché par le biais de coentreprises avec des partenaires locaux.

La grande majorité des accords d'investissement manque de disciplines comme celles qui sont prévues par les dispositions d'accès au marché de l'AGCS. Les TBI, même les plus récents et la majorité des accords commerciaux préférentiels n'établissent pas non plus une discipline d'accès au marché. L'accord de libre-échange entre le Chili et la Corée, l'ALE entre le Guatemala et Taiwan (Chine) et l'ALE entre le Panama et Taïwan (Chine) comportent une disposition qui oblige les parties à énoncer toutes les restrictions quantitatives qu'elles maintiennent. Le traitement des restrictions quantitatives, au sein de ces trois ententes, reproduit le modèle original de l'ALENA, lequel n'établissait pas non plus une discipline obligatoire en matière d'accès au marché [638]. Toutefois, certains accords, comme l'accord de partenariat économique CARIFORUM-UE, l'ALE Nicaragua-Taiwan (Chine), l'ALE Singapour-EU, intègrent dans les disciplines d'investissement une disposition sur l'accès aux marchés, figurant dans le chapitre sur les services[639]. Ainsi, les dispositions de l'AII fixent elles-mêmes des limites à l'étendue de la libéralisation et de la protection que les dispositions de pré-établissement d'un AII peuvent fournir[640].

Contrairement au traitement NPF et au traitement national qui sont des règles relatives, les dispositions régissant l'accès aux marchés encadrent la législation du pays d'accueil au sujet de l'entrée et de l'établissement de l'investissement dans l'absolu. En d'autres termes, outre les principes de non-discrimination, un pays d'accueil peut s'engager à ne pas appliquer certaines mesures restrictives à l'entrée de l'investissement étranger, qu'elles soient discriminatoires ou non. Les obligations de l'article XVI de l'AGCS ne sont que partiellement prises en compte par les accords d'investissement prévoyant uniquement un traitement national sur l'entrée d'investissements étrangers. Dans ces accords, si des limitations quantitatives ont été maintenues pour les investisseurs nationaux et pour les investisseurs étrangers, la restriction serait en parfaite conformité avec les disciplines de traitement national. Par contre, en vertu de l'AGCS, une fois assuré le droit d'accès - par le biais d'une concession de liste nationale - aucune restriction sur le

[638]FINK Carsten et MOLINUEVO Martín, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Roaring Tigers or Timid Pandas?", in Trade Issues in East Asia: Liberalization of Trade in Services (East Asia and Pacific Region Poverty Reduction and Economic Management, 2007), p. 22. en ligne : The World Bank [The World Bank, "Roaring Tigers or Timid Pandas"].
[639]Ibid., p. 84.
[640]UNCTAD, "Investor-State disputes arising from investment treaties: a review", UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2006, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4 UNCTAD, p. 32.

nombre de fournisseurs de services étrangers ne serait autorisés, même si cette restriction est appliquée d'une manière non-discriminatoire. Il en va de même pour ce qui concerne la forme d'établissement de l'investissement étranger. Il ne peut être limité si les engagements pertinents ont été prévus, quelles que soient les formes d'établissement qui sont autorisées aux investisseurs nationaux. De plus, la règle du traitement national est appliquée : tel traitement demeure soumis aux limites et conditions, discriminatoires ou non-discriminatoires, existantes dans la liste nationale, avec l'observation de ne pas pouvoir établir de restrictions quantitatives (au sujet du numéro d'emplois ou de la limite de la valeur de l'investissement étranger, par exemple).

Les dispositions de traitement national et les clauses d'accès aux marchés de l'AGCS englobent les « mesures affectant la fourniture de services », ce qui inclut toutes les mesures concernant, directement ou indirectement, les conditions d'exploitation du fournisseur de services. Dans cette perspective, des disciplines multilatérales sur les droits d'entrée semblent aller au-delà de ceux qui sont présentés par les TBImodernes de libéralisation d'investissements et les ACP puisque la disposition de l'accès au marché de l'AGCS introduit des règles supplémentaires qui complètent l'obligation de traitement national.

Pour conclure, d'après les propositions de la Communauté européenne, dans son document de réflexion sur les modalités avant établissement, la CE et ses États membres pensent que :

« L'approche de l'AGCS fournit un modèle pour aborder les règles avant établissement au sein d'un cadre multilatéral relatif à l'investissement. D'une part, les gouvernements restent entièrement libres de décider quels sont les secteurs pour lesquels ils souhaitent offrir l'accès aux marchés et le traitement national aux exploitants étrangers et les secteurs pour lesquels ils ne pensent pas être prêt à le faire. D'autre part, l'approche de l'AGCS rend transparentes et prévisibles les règles qui régissent l'entrée et l'établissement des investisseurs dans chaque pays d'accueil. Cette approche a le mérite d'incorporer une flexibilité suffisante pour permettre la libéralisation progressive de l'IED, entièrement compatible avec les stratégies de développement adoptées par les Membres de l'OMC »[641].

[641] OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement , Communication de la Communauté européenne et de ses membres, document de réflexion sur les modalités avant établissement, WT/WGTI/W/121, 27 juin 2002.

Chapitre2. Les obligations de la NPF et du traitement national après l'établissement : l'application des principes de traitement à la phase post-investissement

Le régime applicable aux investissements étrangers dans la phase d'exploitation ou de traitement comprend toutes les règles de droit interne et de droit international relatives aux investissements étrangers et à l'activité exercée, règles qui trouvent leur application sur le territoire d'accueil. Ces règles couvrent l'ensemble des questions soulevées après la constitution de l'investissement et définissent son régime juridique[642]. Bien qu'elles partagent une origine commune (traitement des étrangers), les disciplines du commerce et de l'investissement sont traditionnellement concentrées sur des objectifs différents mais complémentaires. Il s'agit de la libéralisation des flux commerciaux dans le cas du commerce, et de la protection et la promotion des investissements étrangers dans le cas d'investissement[643] . Les accords d'investissement ont des finalités qui diffèrent en fonction du pays concerné. La très grande majorité de ces accords, et en particulier les TBI, visent à promouvoir l'investissement étranger en protégeant l'investisseur étranger contre certains risques politiques du pays d'accueil. Les pays exportateurs de capitaux ont encouragé ces instruments dans le but d'obtenir des normes supplémentaires et plus élevées de protection juridique et de garanties pour les investissements de leurs entreprises dans les pays d'accueil, en particulier dans les pays en développement. Plus tard, particulièrement depuis le début des années 1980, les TBI sont devenus un instrument pour faire émerger de nouvelles possibilités d'investissement pour les entreprises des pays développés à l'étranger. D'autre part, les pays en développement entrent dans des TBI avec l'espoir d'attirer des investissements étrangers dans leurs économies, en utilisant ces instruments commele signal adressé aux investisseurs étrangers, d'un climat d'investissement solide et stable[644].

Ainsi l'un des principaux objectifs de ces disciplines est de veiller à ce que les lois et règlements du pays d'accueil ne mettent pas les produits, les services et les investissements étrangers dans une situation désavantageuse. À cette fin, l'AGCS et les accords d'investissement prévoient des dispositions sur le type de traitement qui doit être accordé aux investisseurs étrangers dans le secteur des services.

---

[642]JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », op. cit., p. 40.

[643]DIMASCIO Nicholas and PAUWELYN Joost, Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?, The American Journal of International Law, Vol. 102, No. 1 (Jan., 2008), pp. 48-89, p. 53.

[644]CNUCED, Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement (UNCTAD/DIAE/IA/2009/5),NATIONS UNIES New York et Genève, 2009, pp. 12-13.

Les accords internationaux sur le commerce et l'investissement contiennent généralement deux normes de traitement : le traitement de la NPF et le traitement national. Ces normes « sont des instruments de non discrimination par excellence […] permet[tant] à l'investisseur de bénéficier du traitement le plus favorable ou non moins favorable qui pourrait résulter de la combinaison de ces deux clauses[645] ». Elles constituent plutôt des normes relatives, ce qui signifie qu'elles supposent une évaluation comparative et que leur contenu ne peut être défini abstraitement[646].

Le traitement NPF opère dans les mêmes conditions que le traitement national ; il exige que soit effectuée une comparaison et que soit constaté l'octroi d'un traitement plus favorable aux investisseurs d'une nationalité donnée, par opposition aux investisseurs protégés par l'accord de base[647]. L'objectif de ces deux clauses est en fait de prévenir la discrimination en veillant à ce que les investisseurs étrangers ne reçoivent pas un traitement qui ne corresponde pas à celui accordé aux investisseurs des autres pays (NPF) ou du pays d'accueil lui-même (TN). Toute évaluation d'une violation alléguée suppose non seulement la constatation d'une différence objective de traitement entre deux investisseurs étrangers mais aussi celle d'un désavantage concurrentiel découlant directement de cette différence de traitement. Cette constatation doit s'effectuer par voie de comparaison[648].

Le principe de la NPF est devenu un élément central des relations économiques internationales, dès la première conclusion de nombreux traités d'amitié, de commerce et de navigation[649]. Dans le contexte du commerce international, le traitement NPF est essentiel pour assurer des chances égales à l'ensemble des partenaires commerciaux. Il implique qu'un pays ne doit pas générer de discrimination entre ses partenaires commerciaux en imposant des restrictions plus élevées sur les produits d'un pays par opposition à ceux d'une autre origine. De même, dans les AII, le traitement NPF figurait parmi les obligations fondamentales de la politique commerciale, aux

[645]HORCHANI Ferhat, « Rapport introductif », in Ferhat Horchani (dir.), Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du Colloque organisé à Tunis le 3-4 Mars 2006, Paris, A-Pedone, p. 14

[646]DELANOY Louis Christophe et PORTWOOD Tim, « La Responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », Revue de l'Arbitrage,2005, N° 3, pp. 605-606.

[647]CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisée », Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1), NATIONS UNIES. New York et Genève, 2010, p. 23.

[648]Idem.

[649]Selon la CNUCED, L'origine des clauses de traitement NPF remonte au XIIe siècle. Les premières clauses étaient souvent conditionnelles(par exemple: le Traité d'amitié et de commerce entre les États-Unis et la France du 1778) ; L'approche inconditionnelle a fait son apparition durant la seconde moitié du XVIIIe siècle. Le Traité de commerce signé en 1869 entre la Grande-Bretagne et la France (Traité Chevalier-Cobden) en est un exemple éminent. CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisée », Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, op.cit. , p. 10.

termes de la Charte de La Havane (négociée en 1949 mais jamais entrée en vigueur)[650]. Les membres devant effectivement s'engager à « tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers ». La norme NPF contribue donc à établir des conditions de concurrence égales entre les investisseurs des différents pays étrangers. Cette norme empêche qu'une discrimination fondée sur des considérations de nationalité vienne fausser la concurrence entre les investisseurs[651].

En plus de prévenir la discrimination entre les étrangers, les accords sur le commerce et l'investissement visent généralement à établir des conditions de concurrence égales entre les nationaux et les étrangers, en veillant à ce que les biens, les services et les investissements étrangers soient soumis à des exigences réglementaires similaires. Le principe du traitement national a pour objectif d'accorder aux investisseurs étrangers et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui accordé aux ressortissants.

Puisque le traitement NPF et le TN sont des principes indépendants, rien n'empêche les pays d'adopter l'un des deux dans leurs accords d'investissement, en fonction de leurs politiques d'investissement. Cependant, selon la doctrine, ces clauses « défini[ssent] un traitement minimal et non un traitement maximal [652]». Ceci implique que les parties contractantes sont « libres d'appliquer un traitement plus favorable que ne l'exigeait la combinaison de ces deux principes [653]». Dans les premiers TBI, le traitement national n'était pas accordé de manière systématique; l'inclusion de la règle NPF a donc été généralisée. Il s'agissait de faire en sorte que même si l'État d'accueil n'accordait pas le traitement national, il accorderait à l'investisseur étranger protégé un traitement non moins favorable que celui qu'il accorderait à un investisseur étranger tiers ; l'investisseur étranger protégé bénéficierait du traitement national dès que l'État d'accueil accorderait ce traitement[654]. De nos jours, la grande majorité des accords sur le commerce et l'investissement comporte une clause NPF accompagnant la clause de traitement national, le plus souvent en une seule et même disposition[655]. Le couplage de ces deux clauses permet d'assurer à

[650]OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, p. 3. http://dx.doi.org/10.1787/338113032407.
[651]CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisée », op.cit. , p. 13.
[652]CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, Paris : Dalloz, 4 ème éd., 2010, p. 487.
[653]Idem.
[654]CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisée », op.cit. , p. xi .
[655]Ce notamment dans le modèle français des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements. En partant du TBI franco-libanais, par exemple, nous observons que cet accord a consacré ces principes dans son art. 3 qui continent une combinaison des deux règles. Cette disposition conventionnelle prévoit que « chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui

l'investisseur étranger un cadre juridique favorable et protecteur, en jouant le rôle de palliatif l'un vis-à-vis de l'autre, en remédiant aux insuffisances de chacune de ces clauses. Lorsque la clause de la nation la plus favorisée est concédée avec la clause de traitement national, les accords précisent souvent que le traitement applicable est le plus favorable. En l'absence d'une telle précision dans le traité, l'on suppose qu'il en est de même : c'est, nécessairement, le traitement le plus favorable qui doit être accordé[656].

Le terme traitement est rarement défini dans les traités mais sa portée dépend de la portée substantielle de l'accord et de la rédaction des dispositions de NPF et TN. Dans le contexte des traités de promotion et de protection des investissements étrangers, il se rapporte donc à la conduite de l'Etat d'accueil vis-à-vis des investissements et des investisseurs étrangers[657]. En ce cadre, les règles de traitement des investissements étrangers sont constituées de « l'ensemble des principes et des règles, de droit international comme de droit interne, qui régissent le régime juridique de l'investissement international, depuis le moment de sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation[658] ».

En outre, les règles de traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée « tiennent leur force juridique de l'instrument conventionnel dans lequel [elles] sont incorporé[e]s [659]». Ainsi, la portée de ces normes varie en fonction des circonstances nationales ou internationales dans la mesure où elles renvoient soit au droit national de l'Etat hôte, dans le cas du traitement national, soit aux dispositions d'un autre traité, dans le cas du traitement de la nation la plus favorisée.

Ainsi, nous constatons que les clauses relatives au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée se limitent à l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements, sans pour autant couvrir la phase d'admission des investissements étrangers, ce qui laisse à l'Etat hôte une certaine marge de discrétion. Quand il se rapporte à la phase post-établissement, le «traitement» accordé à la société de services établie sur le territoire du pays d'accueil est composé de toutes les mesures qui

---

concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la Nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux ».

[656]CREPET DAIGREMONT Claire, La clause de la nation la plus favorisée, Paris, Pedone, 2015, p. 170.

[657]Ibid., p. 175.

[658]Voir CARREAU D.et JUILLARD P., Droit international économique, op. cit., p. 478.

[659]Voir CARREAU D. et JUILLARD P., Droit international économique, op. cit., p. 494. Cette distinction se révèle également en langue anglaise où ces règles sont dites « relative standards » par opposition aux principes généraux qui sont dits « absolute standards ».

affectent ses activités commerciales, y compris celles relatives à la gestion, la conduite, l'exploitation, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, et la vente ou toutautre aliénation d'un investissement. Ceci implique « concrètement […] que la loi et la réglementation locale doivent s'appliquer […] à toutes les opérations d'investissement, que celles-ci soient le fait de « nationaux » ou d' « étrangers » . Cette égalité de traitement couvre tout le spectre des activités économiques, qu'il s'agisse de la fiscalité, des lois sociales, de l'accès au crédit, aux marchés publics et […] à la justice[660]». De telles mesures peuvent émaner de toute entité publique, y compris les gouvernements centraux, régionaux ou locaux et d'organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux. Autrement dit, les mesures visées sont les mesures prises par le gouvernement à tous les niveaux, ainsi que les mesures prises par les « organismes non gouvernementaux » qui exercent des pouvoirs délégués.

Évidemment, puisque l'AGCS ne peut pas être qualifié d'accord d'investissement stricto sensu, certaines de ses dispositions peuvent paraître incomplètes, extrêmement complexes, insuffisantes ou donner l'impresion de ne pas couvrir certaines questions fondamentales en matière d'investissement. Par conséquent, s'il est confronté à un accord bilatéral ou à un accord commercial régional portant sur des investissements étrangers, l'AGCS pourrait paraître limité quant aux questions d'investissement. Néanmoins, examiner l'AGCS du point de vue de l'investissement aide à comprendre la couverture importante de ces questions par l'accord.

I. Le champ d'application des règles de traitement NPF et traitement national dans l'AGCS

L'AGCS est, à ce jour, l'accord multilatéral le plus complet régissant les questions d'investissement étranger. Il établit un « cadre multilatéral de règles et de principes »[661] obligatoire pour tous les Membres, dans l'objectif de parvenir à une levée des obstacles au commerce des services et à la libre circulation de ses vecteurs d'échange. Considérant l'établissement d'une présence commerciale comme un moyen de commerce des services, l'AGCS gouverne sans équivoque le processus d'investissement et fournit des disciplines pour de nombreux intérêts clés de l'investisseur. Dans ce qui suit, la discipline de l'AGCS, en matière d'investissement, sera examinée à partir de la prospective de certaines questions centrales pour

[660]CARREAU Dominique, « Investissements », Rép. Droit Internat. Dalloz, 2008, p. 43, para. 276.
[661]Préambule de l'AGCS.

les investisseurs et les investissements, en particulièrcelles des règles de traitement national et de la NPF. L'objectif est ici d'identifier l'ensemble des règles régissant l'IED dans les secteurs de services.

A) La définition, le contenu et la portée substantielle

La clause de la nation la plus favorisée qui vise à instaurer une égalité de traitement n'est bien évidemment pas la seule à poursuivre ce but ; elle est d'ailleurs traitée de manière quasi-automatique avec la clause du traitement national. Elle va de pair avec elle puisqu'elle la complète et la prolonge. Alors que la première assure la non-discrimination entre ou parmi des services et/ou fournisseurs de services similaires originaires de différents Membres, la dernière assure la non-discrimination des services et / ou des fournisseurs de services similaires en provenance d'autres membres, par rapport aux services et / ou fournisseurs de services locaux. Cette discipline établit une contrainte sur la capacité des gouvernements d'accorder un traitement préférentiel aux services et fournisseurs de services nationaux[662]. Le principe NPF vise à prévenir la discrimination parmi les étrangers tout en étant neutre au regard de la libéralisation. L'obligation du TN est davantage une discipline libératrice, dans la mesure où elle consiste à offrir aux étrangers au moins les mêmes droits et avantages accordés aux nationaux. Rien dans le principe du traitement national, ni dans aucune autre disposition multilatérale, n'empêche un pays d'accorder aux étrangers des privilèges ou avantages spéciaux qui ne soient pas à la disposition de leurs propres ressortissants. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'AGCS n'impose pas le TN comme norme générale à tous les signataires de l'accord, mais comme engagement volontaire de chaque pays sur la base des termes, conditions ou limitations inscrits aux listes d'engagements.

Dans la définition du traitement national, l'article XVII utilise le même libellé de base que celui utilisé pour le principe NPF, en stipulant que chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires(article XVII: 1).

Le rationnel des articles II (NPF) et XVII (TN) de l'AGCS a été mis en évidence par le Groupe spécial CE- Bananes III (Équateur). Les deux règles, contenant la même expression (un

[662]MUNIN Nellie, Legal Guide to GATS, Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, 2010, p. 147.

traitement non moins favorable), visent à produire des effets essentiellement équivalents, c'est-à-dire à prévenir la discrimination. Le Groupe spécial a estimé que :

« tandis que le paragraphe 1 de l'article XVII a pour objectif d'interdire une discrimination à l'encontre des services et fournisseurs de services étrangers au profit de services et fournisseurs de services similaires d'origine nationale, le paragraphe 1 de l'article II vise un objectif similaire en interdisant une discrimination à l'encontre des services et fournisseurs de services d'un Membre en faveur de services ou fournisseurs de services similaires de tout autre pays[663]. »

Contrairement à la grande majorité des accords sur l'investissement, le texte de l'AGCS fournit quelques indications supplémentaires sur la substance et l'objectif des obligations de traitement dans les paragraphes 2 et 3 de l'article XVII[664]. En particulier, le traitement national de l'AGCS a été défini comme l'obligation d'assurer aux services et fournisseurs de services étrangers « des conditions de concurrence non moins favorables » que celles accordées aux services et fournisseurs de services similaires d'origine nationale[665]. Cette large portée suggère que les disciplines de l'AGCS s'appliquent à toute mesure ayant une incidence sur les conditions de concurrence dans la fourniture d'un service, que cette mesure régisse directement ou affecte indirectement la fourniture du service.

L'étendue de l'obligation du traitement est celle de toutes les mesures visées par l'Accord, c'est-à-dire toutes les mesures prises par les Membres « affectant le commerce des services » (Article I: 1). L'utilisation de l'expression « qui affectent » reflète l'intention des rédacteurs de donnentà l'AGCSune large portée . Le sens classique de l'expression « qui affectent » implique qu'il s'agit de mesures qui ont « un effet sur », ce qui indique un vaste champ d'application. Nous

---

[663]Rapport du groupe spécial CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7.302.

[664]L'article XVII de l'AGCS (Traitement national) se lit comme suit:

"1. Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires.10

2. Un Membre pourra satisfaire à la prescription du paragraphe 1 en accordant aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent.

3. Un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre.

_____

10Les engagements spécifiques contractés en vertu du présent article ne seront pas interprétés comme obligeant un Membre à compenser tous désavantages concurrentiels intrinsèques qui résultent du caractère étranger des services ou fournisseurs de services pertinents."

[665]Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7.302.

notons également que l'article I, 3 b) de l'AGCS dispose que « les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » et que l'article XXVIII b) de l'AGCS dispose que la « fourniture d'un service » comprend la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service. Rien dans ces dispositions ne donne à penser que l'AGCS dispsoe d'un champ d'application limité[666]. Grâce à cette interprétation complète de la portée de l'AGCS, toute mesure adoptée par les Membres, dans un secteur économique quelconque, qu'elle soit spécifiquement destinée à des services ou à des biens ou non, produit un effet sur un service ou un fournisseur de services, relève de la discipline de l'AGCS et doit veiller à ce que que leurs effets sur les fournisseurs de services ne contreviennent pas aux disciplines pertinentes de l'AGCS sur la question. En particulier, il ne doit pas faire de discrimination entre les services ou fournisseurs d'autres Membres[667].

La substance du principe NPF réside dans la capacité d'étendre à tous les pays les avantages ou les avantages particuliers qu'un Membre a conférés à tout autre Membre de l'OMC. L'accord assure cela en s'assurant que le service ou le fournisseur de services d'un Membre recevra un traitement non moins favorable que celui accordé aux services ou fournisseurs de services d'un autre Membre. Pour l'essentiel, le critère du « traitement non moins favorable » figurant à l'article XVII,1 est clarifié et renforcé par l'énoncé des paragraphes 2 et 3[668]. Ces deux paragraphes établissent la norme et l'objectif, à la lumière desquels le traitement national de l'AGCS doit être interprété et appliqué. Ils codifient essentiellement la jurisprudence antérieure à partir de l'interprétation du traitement national du GATT[669].

Selon le Groupe spécial, dans son rapport sur l'affaire CE-Bananes III, le critère du « traitement non moins favorable » [...] vise à assurer des conditions de concurrence non moins favorables, que ce but soit atteint par l'application de mesures formellement identiques ou formellement différentes. Cette interprétation, élaborée par le Groupe spécial sur la base de l'art. XVII, 2-

[666]Rapport de l'Organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para.220.

[667]Cette interprétation est en outre renforcée par les conclusions de précédents groupes spéciaux, dans l'analyse de la portée de la clause NPF, selon lesquelles l'expression "qui affectent" dans le contexte de l'article III du GATT a une portée plus large que des expressions telles que "qui réglementent" ou "qui régissent". Cette expression" avait été interprétée comme englobant non seulement les lois et réglementations qui régissaient directement les conditions de vente ou d'achat, mais aussi toutes les lois ou réglementations qui pourraient modifier défavorablement les conditions de la concurrence sur le marché intérieur entre des produits nationaux et importés similaires". Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (EU), WT/DS27/R/USA, para. 7.281.

[668]Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7. 301.

[669]apports du Groupe spécial du GATT, Italie - Mesures discriminatoires Appliquées à l'importation de machines agricoles (BISD 7S / 60), par. 12 ; États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (IBDD, S36 / 345), par. 5.

3 (concernant la norme de traitement national) doit être étendue au principe NPF. Même en l'absence de ces deux paragraphes à l'article II de l'AGCS, le fait que les deux dispositions consacrent un critère identique ("le traitement non moins favorable") indique que leur champ d'application est également identique[670]. Les obligations de la NPF et du TN couvrent donc toutes les « mesures affectant les relations de concurrence entre les services et fournisseurs de services nationaux et étrangers » dans le but d'interdire toutes les formes de traitement discriminatoire entre les services et les fournisseurs de services étrangers, et entre les services et les fournisseurs de services nationaux et étrangers[671]. En conséquence, aucune mesure qui relève du champ d'application de l'AGCS n'est, a priori, exclue du champ d'application des obligations de la NPF et du TN[672].

De même, les paragraphes 2 et 3 de l'article XVII précisent que l'obligation de traitement national interdit non seulement la discrimination de droit (de jure), mais aussi celle de fait(de facto)[673]. En outre, comme l'a fait observer le Groupe spécial sur l'affaire CE-Bananes III, si le critère du « traitement non moins favorable » prévu à l'article II devait être interprété au sens étroit comme exigeant uniquement un traitement formellement identique, cela pourrait, dans de nombreux cas, aller à l'encontre de l'objectif visé par l'article II, qui est d'interdire la discrimination entre des services et fournisseurs de services similaires des Membres. Les organismes de réglementation pourraient, sans difficulté, envisager des mesures réglementaires identiques en apparence, mais

[670]Dans les mots du Groupe spécial, "Le fait qu'il n'y a pas un libellé similaire à l'article II ne justifie pas, selon nous, l'attribution d'un sens ordinaire différent, au regard de l'article 31.1) de la Convention de Vienne, à l'expression "traitement non moins favorable", qui est la même dans les deux articles II:1 et XVII:1". Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7.301. De même, le rapport de l'Organe d'appel, CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 220.

[671] Rapport de l'Organe d'appel, CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 219. Krajewski et Engelke expliquent cette lecture avec référence à la jurisprudence du GATT. KRAJEWSKIMarkus and ENGELKEMaika, "Article XVII GATS : National Treatment", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO –trade in services , Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2008, pp. 409-411.

[672]Le texte des articles II et XVII en autre supports cette lecture. Article II : 1 mentionne expressément que les Membres doivent accorder un traitement de la NPF "en ce qui concerne toutes les mesures couvertes par cet accord". De même, l'article XVII: 1 prévoit que le TN doit être accordée "à l'égard de toutes les mesures affectant la fourniture de services", dans un libellé semblable à celle trouvée dans l'article I: 1 (portée et définition).

[673]On peut dire d'une mesure qu'elle établit une discrimination de jure lorsqu'il apparaît clairement à la lecture des textes législatifs, des réglementations ou des politiques qu'elle prévoit une discrimination entre les services ou fournisseurs de services de différents pays. Si les textes législatifs, les réglementations ou les politiques ne semblent pas à première vue établir de discrimination, on pourra cependant juger que la mesure établit une discrimination de facto si à l'examen de tous les faits relatifs à l'application de la mesure, il s'avère évident que celle-ci établit une discrimination dans la pratique ou dans les faits. Dans ce cas, l'Organe d'appel a stipulé ce qui suit:"L'obligation imposée par l'Article II n'est pas qualifiée. La signification ordinaire de cette disposition n'exclut pas une discrimination de facto. En outre, si l'Article II n'était pas applicable à la discrimination de facto, il ne serait pas difficile, et il serait même beaucoup plus facile dans le cas du commerce des services, plutôt que du commerce des biens, d'imaginer des mesures discriminatoires visant à contourner l'objectif de base de cet Article". Rapport de l'Organe d'appel, EC -Bananas III, WT/DS27/AB/R, para. 233.

qui assureraient en fait des conditions de concurrence moins favorables pour un groupe de fournisseurs de services au profit d'autres fournisseurs[674].

Le groupe spécial ne se réfère pas expressément à une discrimination formelle (c'est-à-dire de droit) ou de fait, mais, étant donné le raisonnement adopté, il semble légitime de supposer que ces questions ont été jugées comme analogues.

Dans certains cas, même si une mesure s'applique indépendamment de l'origine nationale du service ou du fournisseur de service, il se peut que le fournisseur national soit favorisé. Le point de référence pour le traitement national est la question de savoir non pas s'il y a eu un traitement formellement identique ou formellement différent des services et des fournisseurs de services nationaux et étrangers. Il s'agit de savoir si les conditions de concurrence ont été modifiées par suite de la mesure [675] . L'interdiction de la discrimination par le biais de la réglementation de l'origine neutre a une longue tradition, dans le commerce des marchandises qui remonte à l'époque du GATT de 1947[676]. L'examen des rapports de règlement des différends des groupes spéciaux, établis dans le cadre du GATT de 1947, confirme que la discrimination explicite sur la base de l'origine constituait une préoccupation majeure dans l'histoire des débuts du GATT[677]. Il devient également évident que les allégations de discrimination de facto sont néanmoins apparues très tôt. En effet, l'organe d'appel de l'OMC s'est référé à l'interprétation de la NPF, dans le cadre du GATT, pour conclure que l'Article II de l'AGCS s'applique à la fois à la discrimination de jure et de facto. Dans l'affaire EC - Bananes III, l'Organe d'appel a stipulé que :

« Les articles premier et deuxième du GATT de 1994 ont été appliqués, par le passé, à des mesurespouvant donner lieu à une discrimination de facto. [...]L'obligation imposée par l'article II est absolue. Le sens ordinaire de cette disposition n'exclut pas la discrimination de facto. De plus, si l'article II n'était pas applicable à la discrimination de facto, il ne serait pas difficile - et, de fait, il serait beaucoup plus facile dans le cas du commerce des services que dans le cas du commerce

[674]Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7.301.
[675]ORTINO Federico, "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US Gambling: A Critique". Journal of International Economic Law. 2006 Mar; vol. 9, n° 1, p. 119.
[676]Les organes juridictionnels du GATT et de l'OMC ont toujours appliqué les articles I (NPF) et II (TN) du GATT à des mesures de discrimination de facto, depuis le rapport du Groupe spécial dans l'affaire Communautés européennes — mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones). Pour un examen et un critique de la jurisprudence sur la discrimination du droit et de facto dans l'OMC, voir EHRINGLothar, "De Facto Discrimination in World Trade Law National and Most-Favoured-Nation Treatment—or Equal Treatment?", Journal of World Trade, (2002) vol. 36, n° 5, pp. 921–977.
[677]HOWSE Robert et TUERK Elisabeth, "The WTO Impact on Internal Regulations: A Case Study of the Canada–EC Asbestos Dispute", in Gráinne de Búrca and Joanne Scott (eds.), The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues,Oxford ; Portland (Or.) : Hart Publ., 2001, pp. 283-284.

des marchandises - d'imaginer des mesures discriminatoires visant à contourner le but fondamental de cet article.Pour ces raisons, nous concluons que l'expression "traitement non moins favorable" contenue à l'article II:1 de l'AGCS doit être interprétée comme incluant la discrimination de facto aussi bien que de jure. Nous tenons à bien préciser que nous ne limitons pas notre conclusion à l'affaire en cours. Nous avons quelque difficulté à comprendre pourquoi le Groupe spécial a déclaré que son interprétation de l'article II de l'AGCS était applicable "en l'espèce »[678].

Dans le contexte de l'investissement international, l'AGCS ainsi que les rapports de groupes spéciaux et décisions de l'organe d'appel de l'OMC ont, à l'origine, élargi la couverture des obligations de non-discrimination aux mesures qui sont « neutres quant à l'origine »[679].

Comme cela a été mentionné, la disposition NPF de l'AGCS prévoit que les Membres accorderont aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux services et fournisseurs de services «similaires» de tout autre pays. De même, le TN exige que les services et les fournisseurs de services étrangers bénéficient d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux services et fournisseurs de services «similaires» nationaux. Dans ce contexte, une question importante émerge dans les deux dispositions qui est d'établir ce que sont les « services similaires » et les « fournisseurs de services similaires » et quels paramètres doivent être pris en compte pour établir une telle détermination. En outre, étant donné que la portée de l'AGCS s'étend aux «services» et aux « fournisseurs de services », la question se pose de savoir si un traitement identique pour les «services» conforme aux principes NPF ou TN s'applique automatiquement aux « fournisseurs de services ». Ces questions restent cependant controversées et aucune réponse définitive ne actuellementpeut être fournie.

1. Le critère de comparaison : la similarité

La structure de toute obligation de non-discrimination, y compris le traitement national et le traitement de la nation plus favorisée (NPF), se compose de deux éléments principaux qui sont de nature comparative. Afin de déterminer si la discrimination existe, il est nécessaire de procéder à deux comparaisons. Une comparaison entre le traitement accordé aux objets en cause déterminera si une personne est traitée de manière moins favorable que l'autre (un traitement

[678]Rapport de l'Organe d'appel, CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, paras. 231-234.
[679]Sur la discrimination de jure et de facto dans l'AGCS et pour une analyse approfondie de la décision CE-Bananes III, voir, ZDOUC Werner, "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS. Journal of International Economic Law", Vol. 2, No. 2, June 1999, pp. 334-346.

moins favorable). Une autre comparaison entre les objets de traitement déterminera si elles sont « dans une situation similaire » (la similarité)[680]. Les deux éléments de la similarité et du traitement moins favorable sont cumulatifs dans la nature[681]. L'organe d'appel de l'OMC a donc approuvé la jurisprudence précédente du GATT de 1947 sur le traitement national, confirmant que :

« La question de savoir si les produits importés sont soumis ou non à un traitement "moins favorable" que les produits nationaux similaires devrait plutôt être appréciée en se demandant si une mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés sur le marché en question.

Nous concluons que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation générale voulant que "[t]oute distinction réglementaire fondée exclusivement sur des critères relatifs à la nationalité ou à l'origine des produits [soit] incompatible avec l'article III »[682].

Il convient de préciser que le traitement NPF et le TN sont des normes comparatives parce que, pour être opérationnels, ils nécessitent un pays d'accueil qui traite un investisseur étranger d'une manière qui est « non moins favorable » que la manière dont ils traitent leurs propres investisseurs ou les investisseurs de tout autre pays[683]. Le champ d'application des obligations de traitement doit être appréhendé aussi bien sous l'angle de l'objet que sous celui du champ matériel. Ce dernier est généralement déterminé par l'étendue à laquelle les sujets envisagés sont considérés comme comparables. Selon l'étroitesse des critères de comparaison, une violation de la clause sera ou non reconnue[684]. Par exemple, le traitement réglementaire applicable à une banque multinationale ne serait guère comparable à un magasin de détaillant, même si les deux entreprises peuvent être impliquées dans l'octroi d'une sorte de crédits aux consommateurs (par exemple, des crédits accordés par les détaillants de voitures pour l'acquisition de véhicules

[680]YA QIN Julia, "Defining Nondiscrimination Under the Law of the World Trade Organization", Boston University International Law Journal, Vol. 23, No. 2, pp. 215-297, Fall 2005, p. 223. Disponible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=939432.
[681] Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135/AB/R, para. 100.
[682]Rapport de l'Organe d'appel, Corée — Diverses mesures affectant la viande de bœuf, WT/DS161/AB/R, paras. 137-138.
[683]MOLTKE Konrad von, "An International Investment Regime: Issues of Sustainability", International Institute for Sustainable Development, Winnipeg 2000, p. 20. https://www.iisd.org/pdf/investment.pdf.
[684]CREPET DAIGREMONT Claire, « La clause de la nation la plus favorisée », Paris, A.Pedone, 2015, p. 195.

neufs). Dans ce sens, Plus les critères de comparaison sont larges, plus grande est la portée de la clause et plus forte est l'obligation vis-à-vis de l'Etat[685].

Le seuil fixé par l'AGCS pour établir une règle de comparaison efficace est celle que les fournisseurs de services d'être « similaires » l'un de l'autre. Les dispositions de NPF et TN ne sont applicables que lorsque deux sociétés de services différents sont jugées similaires[686]. Dans le contexte de l'obligation NPF dont il est question dans l'AGCS, le caractère « similaire » n'a pas été précisé au-delà de son sens littéral ; il n'est pas défini dans l'Accord. L'accord, considère aussi que la définition de produit similaire, l'un des exigences pour l'application du principe de la nation la plus favorisée. Les investisseurs seront traités de manière similaire si les objets de la prestation de ses services seront similaires, sinon ils peuvent être traités de façon différente. Toutefois, dans le cas du traitement national, l'accent est mis en particulier sur le rapport de concurrence qui existe sur le marché, entre des produits différents, qu'ils soient matériellement similaires ou non.

La condition de similarité, inhérente à la mise en œuvre de toute clause de non-discrimination (NPF/TN), constitue donc une étape capitale de son application : elle en définit la portée.

La notion de « similarité » est très relative ; determiner la similarité dépend entièrement du contexte dans lequel la question est posée[687]. Cette notion n'est pas définie dans le GATT, de sorte que les groupes spéciaux du GATT, 1947, puis ceux de l'OMC et l'organe d'appel ont toujours déterminé la similarité au cas par cas, tenant compte des spécificités de la disposition mise en œuvre et de l'affaire en cause. Différents groupes spéciaux du GATT et de l'OMC ont déjà examiné la question de la similarité des produits relevant des disciplines du GATT, sur le commerce des marchandises (Article III, 2 et 4). Bien que le concept de similarité, au titre de ces deux dispositions, ne soient pas nécessairement identiques[688], les groupes spéciaux et l'organe d'appel ont toujours fait référence à certains éléments à prendre en compte, dans l'évaluation de la

[685]En d'autres termes, plus large est la définition de la "similarité", plus grande sera l'ensemble des mesures qui sont incompatibles avec l'article II et l'article XVII. MATTOO Aaditya, "MFN AND GATS", in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis (eds), *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law,* Ann Arbor: The Univirsity of Michigan Press, 2000, p. 55.

[686] Pour une analyse contextuelle et comparative de la « similarité » dans l'OMC / AGCS, voir Nicolas F. Diebold, "Non-discrimination in international trade in services : "likeness" in WTO/GATS", Cambridge University press, 2010, pp. 101-139.

[687]La relativité de l'expression « produits similaires » a été signalée dès les discussion préparatoires de la Charte de La Havane: « l'expression a des sens différents selon les contextes où on la retrouve dans le projet de Charte »
(débats de la session de la Commission préparatoire de Londres, EPCT/C.II/65, p. 3, cité *in* OMC, *Guide des règles et pratiques du GATT: Index analytique*, 1995, p. 39).

[688]Rapport de l'Organe d'appel, CE — Amiante, WT/DS135/AB/R, paras. 95-96, 98-99.

similarité entre les produits Ces éléments sont : i) les propriétés, la nature et la qualité des produits ; ii) l'utilisation finale des produits ; iii) les goûts et les habitudes des consommateurs ; iv) la classification tarifaire des produits[689]. Ces critères ont été élaborés principalement par les organes juridictionnels de l'OMC, dans le contexte de l'article III (Traitement national) et comportent des éléments essentiels relatifs au rapport de concurrence entre produits[690]. Dans l'affaire CE – Amiante, l'Organe d'appel a souligné que ces quatre critères ne constituaient pas une « liste définitive » et qu'ils n'étaient que des outils permettant de répertorier et d'examiner les éléments de preuve pertinents[691]. La deuxième phrase de l'article III,2 s'applique à des produits concurrents ou directement substituables. Il s'agit d'une notion beaucoup plus large que celle de similarité, à laquelle se réfère la première phrase. Tandis que la première phrase ne s'applique qu'aux produits qui sont parfaitement substituables, la deuxième phrase est suffisamment vaste pour inclure des produits qui sont imparfaitement substituables.

Dans l'affaire Corée – Boissons alcooliques, l'Organe d'appel a conclu que les « produits similaires » étaient un sous-ensemble des « produits directement concurrents ou directement substituables » au titre de la deuxième phrase de l'article III:2[692].

Pour interpréter l'expression « produits directement concurrents ou directement substituables », dans l'affaire Japon – Boissons alcooliques II, l'Organe d'appel a constaté qu'il était "utile" d'examiner les conditions de concurrence sur les marchés concernés et qu'il paraissait également utile de considérer l'élasticité de substitution comme l'un des moyens d'examiner ces marchés[693]. En outre, dans l'affaire Corée – Boissons alcooliques, l'Organe d'appel a considéré que la concurrence sur le marché était un processus dynamique, évolutif, et que l'expression « directement concurrents ou directement substituables » signifiait donc que le rapport de concurrence entre les produits ne devait pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs [694].

S'agissant des services et des fournisseurs de services, la pratique du GATT et de l'OMC, relative à la similarité des produits, peuvent fournir quelques indications, même si tous les facteurs

[689]Rapport du Groupe spécial, Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool, WT/DS308/R, paras 8.28-8.29, 8.68, 8.130.
[690]Rapport de l'Organe d'appel, CE — Amiante, WT/DS135/AB/R, para. 117.
[691]Rapport de l'Organe d'appel, CE – Amiante, paras 101 à 103.
[692]Rapport de l'Organe d'appel, Corée - Boissons alcooliques, WT/DS75/AB/R ; WT/DS84/AB/R, para. 118.
[693] Rapport de l'Organe d'appel, Japon - boissons alcooliques II, WT/DS8/AB/R ; WT/DS10/AB/R ; WT/DS11/AB/R, p. 29.
[694]Rapport de l'Organe d'appel, Corée - Boissons alcooliques, para. 114.

utilisés dans le contexte des produits ne relèvent pas du contexte des services[695]. Comme pour les produits, aucune définition ne peut être fournie pour établir de manière universelle, a priori, ce que sont les « services et fournisseurs de services similaires ». Chaque détermination devra être faite au cas par cas. Néanmoins, certains critères, utilisés par rapport aux produits, incorporés dans la jurisprudence du GATT et de l'OMC, pourraient être utiles dans un contexte de services.

En l'absence de jurisprudence similaire, en ce qui concerne les services, certains commentateurs ont estimé que les concepts de compétitivité et de substituabilité, qui ont été souvent utilisés pour les produits, pourraient servir comme lignes directrices les plus appropriées afin de déterminer la similarité des services[696]. Ces commentateurs ont suggéré que le terme « similaire » soit interprété de manière large pour inclure également des services « directement concurrents ou directement substituables »[697]. À cette fin, l'on soutient qu'il est la référence aux « utilisations finales » offrant la base la plus appropriée pour comparer les services[698].

Pour déterminer la « similarité », la référence devrait également être ajoutée à la méthode de classification des engagements spécifiques contractés en termes de l'AGCS, qui est basé sur la Classification centrale des produits des Nations Unies (CPC) Cependant, étant donné que la CPC dispose d'un niveau relativement élevé d'agrégation - environ 160 services distincts - les services énumérés dans une même catégorie de la CPC ne peuvent être considérés, au mieux, comme une présomption de la similarité de deux services. En outre, les services relevant de différentes catégories de CPC créeraient une forte présomption (ils ne seraient pas des services similaires). Ce raisonnement semble avoir été suivi par le Groupe spécial de l'OMC, dans l'affaire Canada — Autos[699]. Le Groupe a en effet rejeté la similitude de certains fournisseurs japonais et canadiens de services de commerce de gros (véhicules automobiles) en fonction du critère selon lequel l'activité de détaillants canadiens ne serait pas tombée sous la même ligne de classement dans le CPC[700].

---

[695]KRAJEWSKI Markus et ENGELKEMaika, "Article XVII GATS : National Treatment", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO –trade in services , Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2008, p. 403.

[696]ARUP Christopher, "The New World Trade Organization Agreements. Globalizing Law Through Services and Intellectual Property", Cambridge, Cambridge University Press. 2000, p. 114.

[697]MATTOO Aaditya, "National Treatment in the GATS – Corner-Stone or Pandora's Box?"(1997) 31 Journal of World Trade, Issue 1, pp. 127-129.

[698]KRAJEWSKI Markus et ENGELKE Maika, "Article XVII GATS : National Treatment", op. cit., pp. 403-408.

[699]Document de l'OMC WT / DS139 et WT / DS142, «Canada - Certaines mesures affectant l'industrie automobile ».

[700] Le rapport du Groupe spécial Canada — Autosde, dans ses paragraphes 10.284 et 10.285 a déclaré: « Le Canada relève qu'Intermeccanica n'est "similaire" à aucun fournisseur japonais de services de commerce de gros de véhicules automobiles car elle n'est pas un grossiste mais un simple fabricant, et que même si elle était un grossiste, sa taille, le volume de ses ventes et les produits qu'elle fabrique n'ont rien à voir avec ceux de l'un quelconque des établissements identifiés par le Japon comme étant des fournisseurs de services de commerce de gros

Enfin, les préoccupations réglementaires devraient également être prises en considération lors de l'évaluation de la « similarité » au titre de l'AGCS[701].

S'agissant de la jurisprudence de l'OMC sur les services, seules quelques lignes directrices limitées peuvent être pertinentes pour la détermination de la similarité. Dans le contexte de l'affaire CE- Bananes III, le Groupe spécial a considéré,dans une conclusion qui n'a pas été examinée par l'Organe d'appel, que « la nature et les caractéristiques » des services concernés, ainsi que les lignes de la CPC où ces services ont été classés comme paramètres pertinents pour la détermination de la similarité.En particulier, le Groupe spécial a estimé que :

« Selon nous, la nature et les caractéristiques des transactions de commerce de gros proprement dites, ainsi que celles de chacun des différents services subordonnés mentionnés dans la partie introductive de la section 6 de la CPC, sont "similaires" lorsque la fourniture a lieu en liaison avec des services de commerce de gros, que ces services soient ou non fournis pour des bananes communautaires et traditionnelles ACP, d'une part, ou pour des bananes pays tiers et non traditionnelles ACP, d'autre part. En effet, il semble que chacune des différentes activités de services, considérée séparément, est pour ainsi dire la même et qu'elle ne peut être distinguée des autres que par référence à l'origine des bananes pour lesquelles elle est réalisée. De même, à notre avis, dans la mesure où ces entités fournissent ces services similaires, elles sont des fournisseurs de services similaires »[702].

Cossy fait valoir que, dans l'affaire mentionnée ci-dessus, le Groupe spécial a contourné la difficulté pour déterminer la similarité des fournisseurs de services en concluant que « dans la mesure où les entités fournissent ... des services similaires, elles sont des fournisseurs de services similaires »[703]. Si cette interprétation devait s'appliquer de manière générale, il semblerait qu'une

---

de véhicules automobiles. Selon le Japon, la taille des sociétés et la nature des produits qu'elles fournissent ne devraient pas avoir d'incidence sur la détermination de la similarité, dans la mesure où les fournisseurs de services fournissent des services énumérés dans une même catégorie de la CPC. À cet égard, le Japon fait valoir qu'Intermeccanica est "similaire" aux autres fournisseurs japonais de services de commerce de gros de véhicules automobiles au Canada. À notre avis, Intermeccanica, qui fabrique et vend chaque année directement aux consommateurs un petit nombre de véhicules (répliques artisanales de voitures de course), ne devrait pas être considérée comme un fournisseur de services de commerce de gros de véhicules automobiles, car elle ne semble pas fournir des "services de commerce de gros de véhicules automobiles" suivant la définition donnée dans la classe 6111 de la CPC ».

[701]MATTOO Aaditya, "National Treatment in the GATS - Corner-Stone or Pandora's Box", Journal of World Trade, Vol. 31, No. 1, 1997, p. 25.

[702]Rapport du groupe spécial, CE — Bananes III (Équateur), WT/DS27/R/ECU, para. 7.322.

[703]COSSY Mireille, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?", *WTO Staff Working Paper* No. ERSD-2006-08, September 2006, p. 5.

fois la similarité des services considéréé, aucun examen supplémentaire ne serait nécessaire et la similarité des fournisseurs pourrait être supposée par extrapolation[704].

Ainsi, la corrélation entre la similarité des services et fournisseurs de services semble être une question de seuil dans l'application de l'AGCS. Est-il nécessaire d'établir la similarité tant pour le service et le fournisseur ou pour l'un seulement ? l'un peut il se prévaloir de l'autre ?

La jurisprudence ne fournit pas beaucoup de précisions à ce sujet.Ce raisonnement lapidaire a été critiqué par divers commentateurs [705] et continue de soulever plus de questions que de réponses. Par exemple, les fournisseurs sont ils toujours ipso facto « similaires » parce qu'ils fournissent des services « similaires »? Les fournisseurs "non-similaires" peuvent ils a priori fournir des services « similaires » ? À l'inverse, peut-on supposer que les fournisseurs similaires fournissent des services similaires ?[706]

Dans l'affaire Chine — Publications et produits audiovisuels, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'examiner en profondeur les caractéristiques des fournisseurs de services concernés. Le Groupe a noté que les mesures en cause établissent une distinction entre les fournisseurs sur la base exclusive de l'origine des fournisseurs. Le Groupe spécial a fait remarquer que, dans ce cas, lorsque l'origine est le seul facteur sur lequel une mesure fonde une différence de traitement entre les fournisseurs de services nationaux et les fournisseurs de services étrangers.

---

[704]Il est loin d'être clair, cependant, que les constatations du Groupe spécial dans l'affaire de Bananes conduisent à une telle affirmation générale. En fait, le Groupe spécial est parvenu à une telle conclusion après avoir noté qu' « il semble que chacune des différentes activités de service prit individuellement sont pratiquement les mêmes et ne peuvent être distingués en se référant à l'origine des bananes à l'égard de laquelle le [gros] activité de service est en cours d'exécution ».

[705]ZDOUC constate que, bien que le group spécial puisse avoir adopté cette approche pour tenter de restreindre le groupe de potentiels fournisseurs similaires, cette constatation peut avoir l'effet inverse, car il "pourrait aussi entraîner une très large notion de laquelle les fournisseurs de services pourraient être considérés «similaires».ZDOUC Werner, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS. Journal of International Economic Law, Vol. 2, No. 2, June 1999, p. 332. D'autre part, Mattooest d'avis que « la logique de la discipline de traitement national suggère à commencer par la présomption que les fournisseurs de services similaires sont des fournisseurs similaires", MATTOO Aaditya,"National Treatment in the GATS - Corner-Stone or Pandora's Box", Journal of World Trade, Vol. 31, No. 1, 1997, p. 133.

[706]COSSY Mireille, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?",*WTO Staff Working Paper* No. ERSD-2006-08, September 2006, p. 7. La question soulevée par la similarité va au-delà de la comparabilité des services fournis par les fournisseurs de services établis sur le territoire du pays. Dans Canada - Autos, le group spécial a trouvé qu'"il est raisonnable de considérer aux fins de la présente affaire que les services fournis au Canada par le biais des modes 3 et 4 et ceux qui sont fournis à partir du territoire d'autres Membres par le biais des modes 1 et 2 sont des services "similaires", déterminant ainsi la similarité des services fournis par le biais divers modes de fourniture. En outre, dan cette affaire le groupe spécial a introduit le concept de la "similarité entre les modes" (Rapport du Groupe spécial Canada - Autos, WT/DS139/R, WT/DS142/R para. 10,307). . Cette conclusion a ensuite été renversée par l'organe d'appel en raison du manque d'examen factuel par le groupe spécial, en laissant la question sous-jacente ouverte. Krajewski et Engelke trouvent une telle interprétation incompatible avec le sens ordinaire de l'AGCS article XVII. KRAJEWSKI Markus et ENGELKE Maika,"Article XVII GATS : National Treatment", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO –trade in services , Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2008, pp. 407-408.

il est satisfait à la prescription relative aux "fournisseurs de services similaires", dès lors qu'il y aura, ou qu'il peut y avoir, des fournisseurs nationaux et étrangers qui, au regard de la mesure, sont semblables sur tous les points importants exceptés l'origine. Le Groupe spécial a reconnu, cependant que lorsque la différence de traitement n'est pas liée exclusivement à l'origine des fournisseurs de services, mais à d'autres facteurs, il faut procéder à une analyse plus détaillée pour déterminer si les fournisseurs de services, d'un groupe ou d'un autre, sont, ou non, « similaires ».[707]

Toutefois, ces incertitudes ne devraient pas impliquer de différences entre les principes de la NPF et de TN dans l'AGCS. L'application du critère de non-discrimination, fondé sur le principe de traitement de la nation la plus favorisée (selon lequel le traitement préférentiel accordé à une société doit être étendu à toutes les autres) et sur celui du traitement national selon lequel une société étrangère doit être traitée comme une société nationale, vise à assurer des conditions égales de concurrence quelle que soit l'origine des produits ou services, et ce, en vue d'avoir la concurrence la plus efficace possible. Cela étant dit, il est clair que les deux principes disposent d'une même portée substantielle. D'un côté, les deux dispositions sont, en principe, applicables à toutes les mesures affectant le commerce et l'investissement dans les services. De l'autre, la portée de ces deux dispositions est limitée par le fait que les services et les fournisseurs de services en cours d'examen devraient être « similaires ».

B) Exceptions et couverture sectorielle

La portée des disciplines principales de l'accord, y compris les obligations NPF et TN, est limitée par les exceptions prévues par l'AGCS dans les articles XIV et XIV bis. Comme c'est le cas pour le principe NPF, le principe du traitement national est assorti d'exceptions générales et spécifiques. En outre, l'article V de l'AGCS consacre une exception spécifique à la NPF qui permet aux membres de l'OMC d'accorder un traitement préférentiel aux fournisseurs de services de certains pays d'origine sélectionnés, sans étendre ces préférences à l'ensemble des membres de l'OMC.

1. Exceptions au traitement NPF

Une faveur accordée à l'un doit l'être à tous. Le principe NPF signifie l'égalité de traitement pour tous les partenaires commerciaux, conformément au principe de non-discrimination. Dans le cadre de l'AGCS, si un pays ouvre un secteur à la concurrence étrangère, il doit accorder des

[707]Rapport du Groupe spécial, Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.975.

possibilités égales, dans le secteur en question, aux fournisseurs de services de tous les autres membres de l'OMC. Ce principe s'applique même si le pays n'a pris aucun engagement spécifique concernant l'accès des sociétés étrangères à ses marchés dans le cadre de l'OMC. L'AGCS admet un certain nombre d'exceptions au traitement NPF, sous réserve de conditions différentes, selon le type d'exception en cause. Le premier d'entre eux est reconnu dans l'Article II, 2, immédiatement après l'entrée en vigueur du principe NPF.

a) Annexe sur les Exemptions des Obligations Énoncées à l'Article II

La clause NPF s'applique à tous les services néanmoins quelques exemptions temporaires spéciales sont autorisées. Lorsque l'AGCS est entré en vigueur, un certain nombre de pays avait déjà signé des accords préférentiels sur les services, avec des partenaires commerciaux, soit au niveau bilatéral, soit dans le cadre de groupes restreints. Les membres de l'OMC ont estimé qu'il était nécessaire de maintenir ces préférences pendant un certain temps. Ils se sont donné le droit de continuer à accorder un traitement plus favorable à tel ou tel pays, pour telle ou telle activité de service, en énumérant des « exemptions de l'obligation NPF » parallèlement à leurs engagements initiaux. Avant l'entrée en vigueur de l'AGCS, les Membres de l'OMC étaient autorisés à demander des exemptions en application de l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II.

Il est fondamental de ne pas confondre les listes d'exemptions individuelles à l'article II, 1 de l'AGCS et les listes d'engagement spécifiques prises au titre des articles XVI et XVII dudit accord car elles procèdent chacune d'approches distinctes. En matière de commerce des services, les Membres sont tenus d'appliquer le traitement national dans les secteurs visés par les listes d'engagements spécifiques, suivant la méthode des listes positives. En revanche, les listes d'exemptions individuelles cataloguent les services soustraits au champ d'application de l'article II, 1 de l'accord à partir de la méthode des listes négatives, pour chacun des quatre modes de fournitures des services.

Afin de protéger le principe général NPF, il a été décidé que les exemptions ne pouvaient être accordées qu'une seule fois et que rien ne pouvait être ajouté aux listes. Toutes les exemptions doivent, en principe, avoir une durée limitée à dix ans et font l'objet d'un réexamen périodique au sein du Conseil du commerce des services.

Comme on l'a noté, les exemptions NPF devaient être déposées avant l'entrée en vigueur de l'AGCS; de nouvelles exemptions ne peuvent être accordées qu'aux nouveaux Membres, au

moment de leur accession ou dans le cas des Membres actuels, par voie de dérogation en vertu de l'article IX,3 de l'Accord sur l'OMC[708]. Ce régime strict qui nécessite l'approbation des trois-quarts de Membres de l'OMC s'est avéré efficace.

b) Exception d'intégration économique au traitement de la NPF

Une deuxième série d'exceptions au principe NPF est reconnue dans l'article V de l'AGCS qui peut être considéré comme l'alter ego de l'article XXIV du GATT, lequel régit la libéralisation des échanges préférentiels de marchandises. Grâce à cet article, l'AGCS permet aux Membres d'entrer dans des processus d'intégration économique, en accordant aux autres pays impliqués dans le processus un régime plus libéral dans le commerce des services, sans être obligés d'étendre cette discipline à tous les Membres de l'OMC. Il convient de souligner de prime abord que cette exception existe, à l'origine, en droit international commercial. La difficulté posée en la matière, suite à la prolifération des zones ou institutions d'intégration économique, permet à leurs membres de mettre en place des régimes préférentiels en leur faveur qui ne peuvent bénéficier à aucun autre Etat tiers[709].

Cette clause de « regroupement économique »…. « tend à éviter l'opportunisme résultant du caractère inconditionnel de la clause de la Nation la plus favorisée qui permet aux Etats de bénéficier des avantages octroyés dans un accord, sans y adhérer et assumer les obligations qui en résultent[710]». La clause de la NPF devient alors inopérante dans ce cadre[711].

En ce qui concerne les questions relatives aux investissements, la discipline énoncée à l'article V est pertinente puisque l'on constate que les processus d'intégration fournissent généralement une

[708] L'article IX:3 de l'Accord sur l'OMC dispose : « Dans des circonstances exceptionnelles, la Conférence ministérielle pourra décider d'accorder à un Membre une dérogation à une des obligations qui lui sont imposées par le présent accord ou par l'un des Accords commerciaux multilatéraux, à la condition qu'une telle décision soit prise par les trois quarts des Membres, exception faite de ce qui est prévu dans le présent paragraphe.
a) Une demande de dérogation concernant le présent accord sera présentée à la Conférence ministérielle pour examen conformément à la pratique de prise de décisions par consensus. La Conférence ministérielle établira un délai, qui ne dépassera pas 90 jours, pour examiner la demande. S'il n'y a pas de consensus dans ce délai, toute décision d'accorder une dérogation sera prise par les trois quarts des Membres.
b) Une demande de dérogation concernant les Accords commerciaux multilatéraux figurant aux Annexes 1A, 1B ou 1C et leurs annexes sera présentée initialement au Conseil du commerce des marchandises, au Conseil du commerce des services ou au Conseil des ADPIC, respectivement, pour examen dans un délai qui ne dépassera pas 90 jours. A la fin de ce délai, le Conseil saisi présentera un rapport à la Conférence ministérielle ».

[709] CREPET DAIGREMONT Claire, «Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international», in Ch., LEBEN (dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements, LGDJ, Paris, 2006, p.121.

[710] LABIDI Hind, « Où va la clause de la Nation la plus favorisée en droit international des investissements », in Ferhat Horchani (dir.), Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Paris, Pedone, 2006, p. 37.

[711] CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique*, op. cit.* pp. 251 et s.

discipline non seulement pour la libéralisation des services, en se conformant ainsi à une exception au régime de l'AGCS mais ils régissent aussi fréquemment les questions relatives aux investissements étrangers. Il s'agit des questions qui relèvent également de l'orbite de l'AGCS dès lors que le secteur des services est affecté. Ainsi, en vertu l'article V, tous les Membres de l'OMC peuvent participer à des accords visant à libéraliser davantage le commerce des services sur une base bilatérale ou plurilatérale, à condition que l'accord « couvre un nombre substantiel de secteurs » et prévoit l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de « toute discrimination », à condition aussi dene pas dresser d'obstacles au commerce des non-Membres. Cette disposition a pour effet de ménager une exception au régime NPF si l'accord relevant de l'article V comprend des obligations de libéralisation additionnelle, ou plus poussée, entre les parties. Elle a aussi pour effet de permettre aux membres d'une organisation d'intégration économique régionale de faire avancer la libéralisation de leur investissement interne à un rythme plus rapide que celui que les non-membres ont accepté[712].

Afin de justifier l'absence d'extension, aux pays tiers, des avantages que les parties ont validé (caractère préférentiel et discriminatoire de tels accords de libéralisation des services), ceux-ci devront répondre à un certain nombre de conditions de fond et de procédure établies dans l'article V [713] .Les conditions de fond concernent la couverture sectorielle et l'étendue des accords commerciaux préférentiels ainsi que le traitement des non-parties[714]. En particulier, sur le plan du fond, les accords d'intégration économique compatibles avec l'OMC sont tenus de:

- Couvrir un nombre substantiel de secteurs ; cette condition s'entend du point de vue du nombre de secteurs, du volume des échanges affectés et des modes de fourniture. Pour y satisfaire, les accords ne doivent pas prévoir l'exclusion a priori d'un mode de fourniture quel qu'il soit (L'AGCS article V : 1 (a) et l'AGCS note 1.);
- Prévoir l'absence ou l'élimination, pour l'essentiel, de toute discrimination affectant les fournisseurs de services d'une partie à un accord d'intégration économique (L'AGCS article V : 1 (b));

[712] UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNITED NATIONS, New York and Geneva, UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol. III), 1999, p. 20.
[713] CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz - Precis Dalloz (4e édition) 2010, p. 322.
[714]FINK Carsten et MOLINUEVO Martín, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Roaring Tigers or Timid Pandas ?", in Trade Issues in East Asia: Liberalization of Trade in Services (East Asia and Pacific Region Poverty Reduction and Economic Management), 2007,p. 67. http://documents.worldbank.org/curated/en/943421468027550058/East-Asian-FTAs-in-services.

- Ne relever pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services (L'AGCS article 4);
- Prévoir une règle qui étend les préférences commerciales aux fournisseurs de services de tout autre Membre qui soit une personne morale, constituée conformément à la législation d'une partie (avec un engagement dans des opérations commerciales importantes sur le territoire des parties, L'AGCS article V:6).

Sur le plan de la procédure, tout accord, ainsi que tout élargissement ou toute modification notable de l'accord, doit faire l'objet d'une notification au Conseil du commerce des services de l'OMC. Ce dernier a pour mission d'examiner la conformité de ces notifications à l'article V et d'émettre des recommandations aux parties, telles que définies dans l'article V, 7.

Le respect des règles de l'OMC sur l'intégration économique est une question de respect du système commercial multilatéral. Essentiellement, le principe NPF dans le cadre du système du GATT / OMC conduit à la multilatéralisation des préférences accordées bilatéralement. L'articleV empêche cette multilatéralisation de fonctionner dans un cadre circonscrit[715].

Les disciplines prévues par l'article V de l'AGCS fixent une limite à la portée de la NPF, permettant aux membres de l'OMC d'adopter de nouvelles mesures restrictives, à l'égard des pays tiers, dès lors qu'elles sont compensées par de nouvelles mesures de libéralisation dont ceux-ci peuvent bénéficier et qu'elles ne vont pas à l'encontre des engagements spécifiques d'un Membre. La raison sous-jacente à cette dérogation est que l'accord préférentiel doit contribuer à la libéralisation accrue du système commercial multilatéral, en se conformant aux exigences de fond énoncées dans l'AGCS, article V[716].

En même temps, cependant, l'article V, dans le contexte plus large du droit de l'OMC, définit des limites importantes à des accords préférentiels portant sur les services. Ces conditions sont relatives à la conformité des ACR avec les accords OMC et ne mettent pas en cause leur validité. L'OMC ne peut empêcher la conclusion ni l'entrée en vigueur des accords conclus par ses membres entre eux ou avec des tiers. En effet, la conformité d'un accord préférentiel avec l'AGCS, article V, relève de la capacité juridictionnelle du système de règlement des différends de l'OMC. Le non-respect des conditions posées empêche uniquement le jeu de l'exception. Si un

[715]HILPOLD Peter, "Regional Integration Agreements According to Art. XXIV GATT – Between Law and Politics", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* vol. 7, 2003 (219-260), p. 232.
[716]STEPHENSON Sherry, GATS and Regional Integration, in: P. Sauvé & R. M. Stern (eds), GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Bookings Institution Press, Washington, 2000,p. 509 .

accord préférentiel impliquant des membres de l'OMC s'avère incompatible avec les exigences de l'AGCS, l'exception de la clause NPF de l'article V ne serait plus applicable et les préférences commerciales, en vertu d'un tel accord, devraient être « multilatéralisées » à l'ensemble Membres de l'OMC[717].

Ces dispositions ont pour objectif que de « bonnes » intégrations économiques régionales uniquement voient le jour, c'est-à-dire uniquement celles qui créent des courants d'échange et non pas celles qui en détourneraient[718].

A tous points de vue, l'exception relative aux « accords commerciaux régionaux » est la plus importante des exceptions à la clause de la nation la plus favorisé[719]. Bien que le phénomène des ACR semble remettre en cause cette clause, la nouvelle physionomie des relations économiques internationales pourrait lui assigner une vitalité nouvelle[720].

2. Couverture sectorielle des obligations de la NPF et du TN de l'AGCS

La discipline imposée par l'AGCS n'accorde aucun droit particulier aux investisseurs sur leurs investissements. Au lieu de cela, la libéralisation du régime d'investissement dans le domaine des services est traitée par des obligations assumées par les États parties à l'accord. Les investisseurs et leurs investissements bénéficient de l'accord dans la mesure où ses disciplines limitent la capacité des gouvernements hôtes à adopter des mesures contraires aux dispositions de l'accord multilatéral, bien que les investisseurs ne soient pas des sujets directs d'une norme donnée et qu'ils n'aient personnellement pas le droit de demander légalement l'exécution des obligations des États.

À cet égard, l'AGCS applique une approche à deux voies. D'une part, elle reconnaît un ensemble de droits et d'obligations généraux aux États membres qui s'appliquent à tous les services et modes de fourniture couverts par l'accord. Ces disciplines générales s'appliquent à tout État membre de l'OMC et, par conséquent, signataire de l'AGCS. Une deuxième série de dispositions de l'AGCS s'applique uniquement aux secteurs de services et aux modes de fournitures que chaque Membre a expressément admis pour cette discipline. Ainsi, tandis que la portée

[717]FINK Carsten et MOLINUEVO Martín, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Roaring Tigers or Timid Pandas?", op. cit., p. 67.
[718] CARREAU Dominiqueet JUILLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz - Précis Dalloz (4e édition) 2010 p. 265.
[719]L'Organe d'appel a reconnu que l'article XXIV du GATT constituait une exception à l'article premier dans l'affaire Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS34/AB/R, para. 45.
[720]CREPET DAIGREMONT Claire, La clause de la nation la plus favorisée, Paris, Pedone, 2015, p. 335.

substantielle des dispositions de la NPF et du TN apparaît analogue, la portée sectorielle des deux dispositions diffère sensiblement. L'article II de l'AGCS est une obligation générale applicable à tous les services de tous les secteurs couverts par l'AGCS. L'article XVIIsur le TN, quant à lui,est soumis à des engagements spécifiques pris par chaque membre de l'OMC. A cet effet, il ne concerne que les secteurs inclus dans les listes d'engagements et sous réserve des conditions et restrictions qui y sont énoncées.

Dans l'AGCS, les engagements pris par les signataires n'ont pas une portée aussi vaste, ce qui se traduit par des exceptions plus nombreuses ainsi que par des exceptions générales [721]. L'article II, 2 permet aux membres, ponctuellement,pour une période donnée qui, en principe, ne devrait pas dépasser dix ans, d'exclure certains secteurs de services de sa portée[722]. Ainsi des exceptions – et donc des traitements discriminatoires – ont été validées et demeurent licites pour peu que les mesures dérogatoires en cause aient été notifiées soit lors de l'entrée en vigueur de l'AGCS/OMC, soit lors de l'accession à l'organisation du pays membre concerné. Les exemptions portent exclusivement sur les mesures qui ont été placées par chaque membre dans sa liste d'exemptions, au moment de l'entrée en vigueur de l'accord. Aucune novelle exemption n'est ensuite possible[723]. A ce titre plus de 100 Etats ont invoqué près de 500 « exemptions », principalement dans les secteurs des transports, de l'audiovisuel ou des services financiers[724]. Les membres de l'OMC ont inscrit plus de 240 exemptions, dont plus de 60 concernent directement l'établissement et l'exploitation de l'investissement étranger dans le domaine des services[725]. De plus, les exemptions sont régulièrement réexaminées par le Conseil du commerce des services qui doit déterminer « si les conditions qui ont rendu l'exemption nécessaire existent encore »[726].

L'idée générale qui se dégage de l'annexe de l'AGCS « sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II » est que les exemptions sont « accordées » à chaque membre[727]. En réalité,

[721]CNUCED, Traitement de la nation la plus favorisée ,Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, NATIONS UNIES, New York et Genève, 2010, p. 43.
[722]En outre, l'application de l'obligation NPF à secteur de transport maritime est suspendue (OMC, "Décision sur les services de transport maritime" Décision du Conseil du commerce des services (1996).
[723]Les listes d'exemptions peuvent être consultées sur le site internet de l'OMC.
[724] CARREAU Dominiqueet JUILLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz - Précis Dalloz (4e édition) 2010, p. 327.
[725] Pour les exemptions NPF liées à l'investissement, voir OCDE, "The Investment Architecture Of The WTO/ Working Party of the Trade Committee ", document de l'OCDE , Groupe de travail du Comité des échanges, Paris, (TD/TC/WP(2002)41/FINAL), 2003, pp. 20 et 21.
[726]Annexe de l'AGCS sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II, §4 a).
[727]CREPET DAIGREMONT Claire, La clause de la nation la plus favorisée, Paris, Pedone, 2015, p. 127.

ces exemptions n'ont pas manqué de perdurer et leur élimination demeure très aléatoire [728]. L'incidence sectorielle des exemptions de la NPF est cependant assez limitée, affectant la plupart du temps des opérations de services particuliers au sein d'un sous-secteur de services, ou certains membres de l'OMC seulement[729]. Elles permettent aux membres d'étendre le traitement préférentiel aux services et aux fournisseurs de services de certains pays membres dans des secteurs donnés.

L'approche choisie dans l'AGCS, aux termes de l'article XVII, est de ne pas faire du traitement national un principe d'application générale mais de prévoir qu'il sera appliqué seulement aux secteurs de services identifiés sur la liste d'engagements spécifiques, et sous réserve des conditions et restrictions qui y sont indiquées. C'est dire que chaque membre peut décider de lui donner la portée de son choix, en maintenant comme il l'entend les privilèges et avantages dont bénéficient ses nationaux. Chaque membre doit seulement faire figurer dans sa liste les limitations éventuelles qu'il pose à la règle du traitement national pour chaque type de fourniture des services[730]. Ainsi qu'il a été mentionné, les membres peuvent spécifier dans leur liste les limitations qui s'appliqueront à leurs engagements de traitement national. Toute catégorisation des limitations du TN doit donc s'élaborer à partir de ce qui a effectivement été inscrit dans la colonne correspondante. Il va de soi que les membres peuvent prendre des engagements afin d'attribuer au principe de traitement national une portée qui couvre tous les secteurs de services. Cependant, en l'état actuel des choses dans les négociations de l'OMC, les engagements spécifiques sont encore loin d'atteindre la couverture universelle, en particulier pour les pays en développement et les pays moins développés[731]. La portée sectorielle de TN de l'AGCS est donc à ce stade plus limitée que celle de la NPF et l'étendue de l'obligation de TN peut être limitée par des restrictions spécifiques prévues dans chaque secteur des services ou sous-secteurs.

[728] ADLUNG Rudolf et CARZANIGA Antonia, "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?", Journal of International Economic Law Volume 12, Issue 2, 2009 (pp. 357-392), p. 357.

[729] OCDE, Groupe de travail du Comité des échanges, « Échanges de services : Guides des exemptions du régime NPF dans le cadre de l'A.G.C.S. », TD/TC/WP (2001) 25/FINAL, 7 novembre 2001.

[730] CARREAU Dominiqueet JUILLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz - Précis Dalloz (4e édition) 2010. p. 340.

[731] ADLUNG Rudolf et ROY Martin, "Turning hills into mountains? Current commitments under the GATS and prospects for change", *WTO Staff Working Paper ERSD (*2005), p. 18.

II. Le champ d'application des règles comparatives de traitement NPF et TN dans les accords bilatéraux et régionaux sur l'investissement : obligations de traitement des investisseurs étrangers

Dans le but d'empêcher la discrimination entre investisseurs étrangers de différents pays d'origine et entre investisseurs nationaux et étrangers, les accords d'investissement incluent des dispositions sur le traitement des investisseurs étrangers. Par «traitement» on entend généralement toute sorte de lois, de règlements et de pratiques émanant d'entités officielles qui s'appliquent ou affectent les investisseurs ou leurs investissements[732].

Les accords d'investissement contiennent généralement deux normes comparatives de traitement: le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et le traitement national (TN). Ces deux normes sont « comparatives » car elles n'impliquent pas un niveau de traitement objectif à accorder à l'investisseur étranger. Ces normes ont pour principal objectif de prévenir la discrimination en veillant à ce que les investisseurs étrangers ne reçoivent pas un traitement moins favorable que celui accordé aux investisseurs d'autres pays (NPF) ou du pays hôte lui-même (TN).

A) Définition et portée substantielle

La non-discrimination, qui peut prendre deux formes en droit international économique et en droit de l'investissement en particulier (le traitement national d'une part, le traitement de la NPF, d'autre part), constitue l'un des éléments clé de la protection que le droit international accorde aux investissements internationaux[733]. Dans un cas comme dans l'autre, comme pour les accords commerciaux, il s'agit donc de prévenir la discrimination entre les investisseurs étrangers (NPF) et entre les investisseurs nationaux et étrangers (TN). Ces normes, par conséquent, ne disent mot sur la qualité du traitement lui-même.Le régime juridique intérieur de l'État d'accueil, en matière d'investissement, s'applique-t-il uniformément à l'ensemble des acteurs et opérateurs économiques, qu'ils soient nationaux ou étrangers ? Les États ne font donc pas de différence dans le traitement qu'ils accordent aux investisseurs de nationalités différentes (pleine conformité avec ces normes). Cela permet aux gouvernements d'accueil de réaliser un large éventail de politiques d'investissement, allant d'une approche très libérale à une politique

[732]CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5e édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 496.
[733]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris, A. Pedone, 2014, p. 287.

très restrictive, en matière d'investissement privé, dans la mesure où elles n'impliquent pas de préférence pour une sorte d'investisseur au détriment d'autres.

Le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national sont des obligations indépendantes qui assurent différents niveaux de traitement aux étrangers, en qualité, en principe, de traitement le plus bénéfique. En tant que dispositions distinctes, rien n'empêche les pays d'adopter seulement l'un de cestraitements d'entre eux dans leurs accords d'investissement, en fonction de leurs politiques d'investissement. La clause de la NPF a été incluse dans les traités d'investissement dès les premiers TBI. Elle est donc plus ancienne que la disposition parallèle pour « traitement national » qui a trouvé son chemin dans la plupart des TBI, à un stade ultérieur seulement[734]. Souvent associés dans le cadre d'un instrument international, les deux principes se retrouvent habituellement dans les chapitres sur l'investissement des accords commerciaux préférentiels[735]. Ils peuvent aussi voir leur champ d'application respectif varier sensiblement.

Bien que l'idée principale des principes NPF et TN reste la même, dans les différents accords d'investissement(prévention de la discrimination entre investisseurs), les conditions particulières d'applicabilité, dans chaque cas, dépendent de la rédaction de la clause figurant dans chaque accord, ainsi que la portée globale de l'accord d'investissement. Instruments conventionnels, elles sont malléables selon les objectifs de libéralisation de l'investissement poursuivis par les États[736]. Cette malléabilité se manifeste par l'hétérogénéité de ses domaines et par la variabilité des exceptions limitant ses processus d'application. La portée substantielle des deux obligations de traitement est donc d'une extrême flexibilité. Elle dépend naturellement de la portée générale de l'accord d'investissement lui-même. Elles couvriront l'IDE, les investissements de portefeuille et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ces éléments sont englobés dans la définition globale de « l'investissement » consacrée dans l'accord.

En ce sens, les dispositions NPF et TN s'appliquent habituellement à « l'investissement » et à « l'investisseur », au sens de l'accord. Par conséquent, les obligations NPF et TN dans les accords

---

[734]UNCTAD, *Most-favoured nation treatment*, 1999, p. 13.

[735] Certains accords, conformément aux dispositions de la NPF et de la NT, stipulent expressément que les investisseurs ont droit au traitement le plus favorable des deux. Certains nombres d'accords commerciaux préférentiels dans la région Asie de l'Est ont quitté la tradition proposant les deux principes contraignants de la NPF et du TN , optant seulement pour ce dernier. Voir FINK Carsten et MOLINUEVO Martín , "East Asian Free Trade Agreements in Services : Roaring Tigers or Timid Pandas ? ", op.cit., p. 84. Une exception pertinente à la pratique habituelle est les TBI promus par l'Australie, qui ne comportent qu'une obligation NPF, mais ne comportent pas d'obligation de traitement national.

[736]CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », in Ch., LEBEN (dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements, LGDJ, Paris, 2006, p. 112.

comportant une définition fondée sur les actifs s'étendront à tous les types d'actifs mentionnés ci-dessus. Ces principes seront limités aux actifs directement liés à l'IED, dans les accords comportant une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise.

En outre, le libellé attribué aux dispositions de la NPF et de la TN a lui-même des conséquences importantes sur la portée des obligations. Clairement, ces principes sont rédigés en termes semblables, à l'exception de la référence clé aux différents investisseurs étrangers ou investisseurs nationaux et étrangers. Dans de nombreux accords, les deux principes sont inscrits en une disposition unique qui prévoit les deux cas. Ce dernier est particulièrement le cas des TBI européens. Les TBI américains, en revanche, comportent normalement une disposition par principe, les deux étant parallèles en structure et presque identiques dans leur libellé.

L'étendue des clauses indirectes subit de nombreuses limitations conventionnelles. Elles sont amplement justifiées par le caractère redoutable du potentiel des clauses de traitement de la nation plus favorisée et de traitement national[737]. Ces limites s sont normalement identifiées dans le texte de la disposition elle-même. En ce sens, la langue de chaque disposition doit être évaluée, en détails, afin de déterminer si des situations particulières - qui autrement seraient couvertes par l'accord - doivent être exclues de l'obligation.

Ces considérations ne sont pas nécessairement propres aux obligations de traitement. Toutefois, les dispositions NPF et de TN, dans les accords d'investissement, ont tendance à présenter la limitation de leur champ d'application plus souvent que les autres obligations des accords d'investissement. On trouve des exemples d'accords qui identifient les bénéficiaires, les phases du cycle d'investissement qui sont visées, les conditions, les exceptions et les restrictions/clarifications. Dans certains cas, l'accord renferme également des dispositions plus précises quant à la manière dont le traitement NPF et le traitement national doivent être évalués[738]. Trois éléments, en particulier, retiennent l'attention : (a) si le traitement de la NPF et le TN est applicable aux droits d'entrée, (b) quelle est la base légitime de comparaison que la disposition exige, et (c) si le principe NPF s'étend aux droits procéduraux ainsi que substantiels, en particulier dans le cas des procédures de règlement des différends.

S'agissant de l'entrée des investisseurs étrangers dans le pays d'accueil, les accords internationaux d'investissement adoptent généralement l'une des deux approches, à savoir le

[737] *Ibid*., p. 113.
[738] CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisé », Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1), NATIONS UNIES. New York et Genève, 2010, p. 36.

modèle post-établissement ou le modèle pré/post-établissement. Dans la plupart des TBI classiques et dans certains accords commerciaux préférentiels, la question de l'admission des investisseurs étrangers est traitée à travers une clause d'admission qui exige que les investissements soient effectués conformément aux lois et règlements du pays d'accueil. Dans les accords d'investissement fondés sur le modèle pré-établissement, le droit d'établissement est accordé par le jeu des clauses du traitement national et du traitement NPF. Cette différence de portée est généralement fournie par l'inclusion ou l'exclusion de certains mots-clés (par exemple, « établissement, acquisition ou expansion ») des activités couvertes par les dispositions de la NPF et du TN. La décision de suivre l'une ou l'autre approche est l'une des décisions les plus fondamentales dans le cadre de la négociation d'un accord[739].

Comme cela a été indiqué, la pratique des accords s'est concentrée sur l'application matérielle du traitement à la libéralisation des investissements, c'est- à-dire les conditions d'établissement et d'exploitation. En particulier, les principes du traitement national et de la nation plus favorisée obéissent à deux séries de conditions de mise en œuvre. Une base légitime de comparaison doit exister entre deux investisseurs ou deux investissements et l'on doit constater que l'un bénéficie d'un traitement plus favorable que l'autre[740] (1). Par ailleurs, il convient de noter à l'égard de la diversité d'approches et de formulations des clauses NPF inscrites dans les accords d'investissement que très peu d'accords abordent la question de savoir si le traitement NPF devrait s'appliquer aux dispositions concernant le règlement des différends entre investisseurs et État. Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États est-il soumis à la force d'attraction de la clause de la NPF? C'est là un des problèmestout à fait actuels [741](2).

1. Le critère de comparaison : des formulations variées retenues par les traités

La mise en œuvre des clauses indirectes implique une comparaison entre les différents traitements accordés aux investisseurs et aux investissements, selon leur nationalité. La démarche consiste à comparer les différents traitements puis à vérifier si le traitement accordé au demandeur est moins favorable que celui accordé aux investisseurs d'une autre nationalité. Par ailleurs, le traitement non-discriminatoire ne saurait concerner que des investisseurs dont la

[739] *Idem.*
[740] CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et arbitrage transnational, Pedone, Paris, 2015, p. 268.
[741] CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, 5e édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 522.

situation est comparable mais les formulations et les critères de comparaison retenus par les traités peuvent varier[742].

On parlera, dans certains cas, de circonstances identiques, de situations similaires, analogues ou semblables. « Le choix opéré par les États traduit la volonté d'étendre ou de restreindre les effets potentiels des standards indirects de traitement »[743]. La formulation la plus restrictive limite le champ d'application des obligations de la NPF et du TN aux investisseurs se trouvant dans les « mêmes » circonstances ou dans des situations «identiques». Tel est le cas avec certains TBI précédemment signés par le Royaume-Uni mettant en exergue celangage, en établissant que :

« Aucune des Parties contractantes ne soumettra sur son territoire les investissements ou les revenus de ressortissants ou de sociétés de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde dans les mêmes circonstances aux investissements ou aux revenus de ses propres ressortissants ou sociétés ou aux investissements ou aux revenus de ressortissants ou de sociétés d'un État tiers[744] ». D'après ce type de rédaction, le champ des investisseurs nationaux inclus dans la comparaison avec les investisseurs étrangers sera particulièrement étroit.

Un certain nombre d'accords d'investissement, notamment les traités de libéralisation des investissements conclus par les États-Unis et le Canada, ont tendance à limiter l'application des principes de NPF et de TN aux investisseurs placés dans des circonstances semblables (like circumstances)[745], et ce, à la différence des autres TBI (en particulier les « TBI établis sur le modèle européen ») qui ne font aucune référence au contexte comparatif de l'examen du traitement[746]. On retrouve l'exemple de cette formulation dans le chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (CAFTA), dont l'article 10.4 : 1 prévoit que :

« Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues (like circonstances dans le texte anglais), aux investisseurs de toute autre partie ou tierce partie ».

---

[742]DE NANTEUIl Arnaud, Droit international de l'investissement, op. cit., p. 291.
[743]CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 273.
[744]Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de Belize relatif à la promotion et à la protection des investissements, 30 avril 1982, article 3.1.
[745] Par exemple, le traité entre les États-Unis d'Amérique et La République orientale d'Uruguay concernant l'encouragement et protection réciproque des investissements, novembre 2005, article 3.
[746]Ainsi, la clause de la nation plus favorisée inscrite dans les TBI conclus par la France ne fait aucune référence à une exigence de similarité des situations.

Afin d'assurer un traitement non-discriminatoire, d'autres traités bilatéraux d'investissement des États-Unis, comme celui avec le Honduras, ont ajouté un nouvel élément : le traitement égal. Ce traitement, plus exactement traitement non-moins favorable, doit être donné « dans des situations similaires » [747]. Les chapitres relatifs à l'investissement, dans les accords commerciaux préférentiels, comportent aussi communément la mention de « circonstances analogues ou similaires »[748]. Une telle approche était d'ailleurs préconisée par le Banque mondiale. Les lignes directrices de la BM sur le traitement de l'investissement étranger prévoient d'ailleurs l'application du traitement national aux investisseurs nationaux et étrangers dans des « circonstances similaires »[749].

Un autre exemple de la norme de comparaison est présenté par le TBI Chine - Iran de 2000 qui fait mention d'une application du traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs placés dans une situation comparable [750]. Cette base de comparaison semble impliquer une référence identique aux « circonstances similaires /analogues ».

Les membres de l'Association des Nations du Sud-est asiatique (l'ANASE /ASEAN en anglais) ont introduit la norme « des investisseurs et des investissements similaires », inspirés par l'AGCS, dans l'accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN. Il est notable, cependant, que cette expression est sélectionnée uniquement au regard de l'obligation de traitement national, que la clause de la NPF suit la pratique habituelle des TBI de ne pas avoir la qualification de cette nature [751]. Ainsi après avoir énuméré les fonctions auxquelles s'applique le traitement national, cet accord-cadre précise que le traitement concerné sera celui que le pays hôte accorde « à ses propres investisseurs et investissements similaires »[752]. Ici, la comparaison fait passer du contexte général de l'investissement à la nature et aux caractéristiques des investisseurs et des investissements, ce qui constitue une comparaison plus rigoureuse[753].

---

[747] TBI entre les États-Unis et L'Honduras, article II.1.

[748]La formulation "circonstances analogues " se trouve dans l'ALENA (article 1102 (1), 2), la CNUCED, 1996, vol. III, p. 74) et celle de "circonstances similaires" dans l'Accord de libre-échange Canada - Chili (article G-02 (1) (2), Canada-Chili, 1997).

[749] CNUCED, Instruments internationaux d'investissement: Compendium, vol. I, (UNCTAD/DTCI/30(Vol.I), UNITED NATIONS, New York and Geneva, 1996, p. 247.

[750] Le TBI Chine - République islamique d'Iran du 2000, dans son article 4.1., prévoit que : "Investments of investors of either Contracting Party effected within the territory of other Contracting Party shall […] receive […] treatment not less favorable than that accorded to its own investors or to investors of any third state who are in a comparable situation".

[751]L'accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN du 1998, articles 7.1(a) et 8.1.

[752]L'article 7. 1(b), ASEAN, 1998.

[753] UNCTAD, "National Treatment", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements,(UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol.IV)), UNITED NATIONS, New York and Geneva, 1999, p. 34.

La grande majorité des TBI classiques, toutefois, ne renferme aucune formule de comparaison entre les investisseurs. Ces accords établissent que les parties doivent accorder aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent aux « investisseurs de tout État tiers » - ou à leurs « propres investisseurs », lorsqu'il concerne une obligation de traitement national - sans qualifier la norme de comparaison à des investisseurs « similaires ou comparables » ou à des investisseurs dans des « circonstances similaires »[754].

L'absence d'une telle formule ne signifie toutefois pas que les parties contractantes entendent appliquer la norme sans comparaison appropriée. La formule de comparaison doit être perçue comme une composante implicite du traitement même si, pour une plus grande certitude et selon la tradition juridique de certains pays, il peut être préférable de la rendre plus explicite[755]. La logique interne des standards indirects de traitement empêche de nier l'exigence minimale de similarité[756].

En fonction de « l'étroitesse » des critères de comparaison, une violation du traitement national ou du traitement de la nation plus favorisée sera plus ou moins facilement reconnue[757]. Le choix de la formulation de la norme de comparaison entre les sujets couverts par la disposition est essentiel pour la portée des obligations de traitement. Plus la portée des ensembles de sujets ou de situations qui relèvent de la compétence des dispositions NPF et TN est large, plus exigeante est l'obligation vis-à-vis de l'État de maintenir ou d'introduire une réglementation discriminatoire. Plus l'éventail de similarité est ouvert, plus grand est le champ d'action des clauses de la NPF et de TN, et inversement. Plus cet éventail est fermé, plus petit est ce champ et par conséquent, moins exigeante est l'obligation contenue dans les clauses de la NPF et de TN[758]. L'élaboration des critères de comparaison doit ainsi répondre à un souci d'équilibre afin que les clauses indirectes conservent leur pleine efficacité, sans pour autant exiger de l'État plus

[754] Une telle approche se retrouve par exemple dans les modèles de TBI chilien, français, allemand, suisse et britannique; ainsi, l'article 3 du modèle de traité de l'Allemagne de 1998 prévoit que : « 1. Aucun des États contractants ne soumettra, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre État contractant ou placés sous leur contrôle à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux investissements effectués par ses propres investisseurs ou par des investisseurs de tout Etat tiers.
2. Aucun des États contractants ne soumettra les investisseurs de l'autre État contractant, en ce qui concerne leurs activités liées à des investissements effectués sur son territoire, à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres investisseurs ou à ceux de tout autre État tiers. ».
Voire CNUCED, Instruments internationaux d'investissement: Compendium, vol. III, 2000, p. 298.

[755] Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, Traitement de la nation plus favorisée, 2010, pp. 51 et 52.

[756] CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 273.

[757] CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 146.

[758] CREPET DAIGREMONT Claire, La clause de la nation la plus favorisée, Paris, Pedone, 2015, p. 75.

qu'il n'est raisonnable d'attendre. Le traitement égal n'est dû qu'à situation égale[759].Toutefois, Une large norme de comparaison peut fixer des limites à la capacité des autorités nationales à mettre en place des cadres réglementaires différents pour les différents investisseurs, y compris pour les investisseurs dont les conditions différentes pourraient légitimement justifier un traitement réglementaire distinct[760].

Il n'est pas évident de savoir si les différents critères de comparaison dans les accords d'investissement qui sont, « des situations similaires », « des circonstances similaires », des « situations comparables » et « des investisseurs similaires », impliquent la portée différente, et dans ce cas, quel critère serait plus large ? Au contraire, il paraît simple que l'une de ces formulations permettrait la comparaison d'un ensemble plus large d'investisseurs que celui qui oblige les investisseurs à être dans la « même situation ». En effet, si le critère de comparaison est large, les investisseurs seront plus facilement considérés comme comparables et l'obligation de non-discrimination sera ainsi plus exigeante. Au contraire, s'il est étroit, moins d'investisseurs apparaitront comme comparables et l'obligation de non-discrimination sera donc plus souple.

Le principe du traitement national, comme le principe du traitement de la nation plus favorisée, sont des principes non-autonomes et dont le contenu ne peut se définir que par comparaison avec des éléments extérieurs. Dans tous les cas, l'introduction d'une norme de comparaison au sein des deux obligations entraîne une limitation de la portée car elle ajoute une exigence pour que l'obligation de traitement soit applicable. C'est ainsi qu'une obligation de traitement national qui dispose d'une qualification de ce type exigerait l'analyse d'au moins deux éléments : (i) l'identification des sujets pertinents pour la comparaison ; et (ii) l'examen du traitement relatif que chaque comparateur reçoit[761]. Weiler considère que l'inclusion de la norme de comparaison entraîne un troisième facteur, celui de « l'exception des circonstances similaires»[762]. Cette exception permettrait à l'État visé par la plainte de démontrer que l'absence d'attribution du traitement de la NPF ou du traitement national aux sujets concernés est justifiée.

La CNUCED note, dans ce sens, que l'absence de norme de comparaison offre la plus grande marge de comparaison, car, en principe, toute question pertinente pour déterminer si l'investisseur

[759]CREPET DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 146.
[760]MATTOO Aaditya, "MFN and GATS", in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis (eds), Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law, Ann Arbor: The Univirsity of Michigan Press, 2000, p.55.
[761]WEILER Todd, "Saving Oscar Chin: non discrimination in international investment law," in Todd Weiler (ed.), "International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law", London: Cameron, 2005, p. 573.
[762]*Idem.*

étranger bénéficie d'un traitement national peut être envisagée. Le test sera plus aisé pour l'investisseur que par des formulations nécessitant la preuve de situations, de circonstances similaires, et / ou de contextes fonctionnels[763].

L'on comprend, dès lors, que toute la difficulté de l'analyse réside dans le choix des critères de comparaison en vue de déterminer si les exigences du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée sont bien respectées[764].

2. L'application de la clause de la NPF aux procédures de règlement des différends

Parmi les questions de droit des investissements faisant l'objet d'un traitement jurisprudentiel notoirement contradictoire figure le champ d'application des clauses de traitement de la nation la plus favorisée contenues dans bon nombre de TBI[765] . La question du champ d'application du traitement de la nation la plus favorisée s'est donc posée: la clause de la NPF s'applique-t-elle seulement aux dispositions substantielles du traité ou couvre-t-elle également les questions procédurales touchant au règlement des différends ? Plus précisément, un investisseur étranger peut -il par le biais de cette clause bénéficier de normes de traitement prévues dans d'autres TBI, non seulement relatives à un traitement substantiel, mais portant également sur un traitement procédural pour attraire un État devant les tribunaux arbitraux ?

L'application de la clause NPF au règlement des différends a soulevé la plus importante controverse dan du droit international de l'investissement, au regard de sa dimension universelle. Autrement dit, le champ d'application de la clause NPF varie d'un instrument à l'autre, d'où les nombreuses limitations conventionnelles ainsi que les restrictions qui peuvent découler de l'interprétation par les tribunaux du potentiel d'amplification dont dispose la clause. Et c'est précisément à ce niveau que se pose la question cruciale de notre analyse : existe-t-il en droit international un principe consacrant l'application de la clause NPF aux mécanismes de règlement des différends? Y a-t-il des limites ou des réserves à cette application ?

L'inventaire des traités d'investissement montre que seul un nombre restreint de ces traités ux-ci abordent la question. Parmi ces accords, ceux conclus par le Royaume-Uni l'envisagent

[763]UNCTAD, "National Treatment", Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV),1999, p. 34.
[764] CARREAUE Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz – Précis Dalloz (5e édition) 2013, p. 510.
[765]LATTY Franck, Patrick Jacob, Arbitrage transnational et droit international général, Annuaire français de droit international, Vol. 57, n° 1, 2011 ,(pp. 533-595), p. 573.

expressément[766]. Cependant, dans les cas où le traité d'investissement est « muet » au sujet de ce thème , il appartient aux arbitres de se prononcer sur cette question. À partir de l'affaire Maffezini,[767]plusieurs tribunaux ont en effet étendu aux clauses de règlement des différends le bénéfice du traitement de la nation la plus favorisée, tandis que d'autres ont refusé de le faire[768]. La pratique jurisprudentielle a démontré que l'extension jurisprudentielle du champ d'application de la clause de la NPF s'est traduite déjà par la possibilité de la saisine du tribunal arbitral du CIRDI, sur la base de cette clause[769].

La sentence Maffezini contre l'Espagne, rendue le 25 mai 2000, marque un tournant dans l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux mécanismes de règlement des différends. Après cette décision, l'attention a été tout particulièrement attirée sur la question de savoir si les dispositions relatives aux procédures de règlement des différends énoncées dans un accord peuvent être «importées» dans un autre accord d'investissement, en vertu de la clause de la NPF[770] . Il s'agissait, dans le cadre de cette affaire, de savoir si « le mécanisme de règlement des différends est […] partie intégrante du […] « traitement de la nation la plus favorisée »[771]. En effet, pour la première fois, un tribunal arbitral permet à un investisseur, sur le fondement de la clause NPF, de se prévaloir d'une clause de règlement des différends jugée plus favorable, dans un autre traité conclu par l'État d'accueil avec un État tiers. Le tribunal a admis que l'arbitrage international est essentiel à la protection des droits de l'investisseur garantis par les TBI et que la

[766]Ainsi, l'article 3 (3) du TBI Albanie et le Royaume-Uni relatif au traitement national et à la clause de la NPF dispose que « Pour éviter toute ambiguïté, il est confirmé que le traitement visé aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus s'appliquera aux dispositions des articles 1 à 11 du présent accord. » Or l'article 9 dudit TBI est relatif au règlement des différends entre l'investisseur étranger et l'Etat hôte par voie d'arbitrage. Ceci implique que la clause de la NPF couvre, en plus des normes substantielles, les questions procédurales.

[767]Emilio Agustín Maffezini c. Espagne, (affaire CIRDI n° ARB/97/7), décision du tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000, paras. 56 et s.

[768]LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général » (2009). In: Annuaire français de droit international, vol. 55, 2009. pp. 683-726; http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4091 , p. 710.

[769]Voir sur ce sujet BEN HAMIDAWalid, « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?», in Journal du droit international, 2007, pp. 1126 et s.

[770]La question a reçu un grand intérêt scientifique et elle fut abondamment traitée par la doctrine, Voir les obs. de GAILLARDE., JDI, 2005, p. 161 et s.; JDI, 2007, p. 298 et s.; v. également BEN HAMIDAW., « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?», JDI, 2007, pp. 1127-1162; CAZALA J., «Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral», Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais, Recueil Nov-Déc., 2007, pp. 3880-3882; ORREGO-VICUNAF., « Bilateral investment treaties and the most-favored-nation clause: implication for arbitration in the light of recent ICSID case », in G. Kaufmann-Kholer et B. Struck, Investment treaties and arbitration, ASA Special series n°19, 2002, pp. 133-144; STERNB., "ICSID arbitration and the States's increasingly remote consent: A propos the Maffezini case", in Law in the service of human dignity: essays in honour of FlorentinoFeliciano, éd. By S. Charnovitz, D.-P. Steger et P. Van den Bossche, Cambridge 2005, pp. 247-260; CREPET DAIGREMONTC., «Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international», in Ch. Leben (dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, nouveaux développements, LGDJ, Paris, 2006, pp. 107-162.

[771]Voir CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, Droit international économique, op. cit., n. 1337, p. 500.

clause de la NPF doit inclure les dispositions relatives aux modes de règlement des différends. La sentence rendue, le 3 août 2004, dans l'affaire qui a opposé la société Siemens à l'Argentine a confirmé cette position.

Il est entendu que la portée de la clause de la NPF est régie par le principe *ejusdem generis* car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte. Dans le domaine de l'investissement, le principe *ejusdem generis* a été mis en lumière par l'arrêt Maffezini et n'a pas été contesté dans les autres affaires nombreuses qui ont suivi. Ce principe circonscrit l'application de la clause de traitement NPF aux questions régies par l'accord de base[772]. La Commission du droit international des Nations Unies (CDI) a noté que cette règle, qui repose sur l'intention commune des parties, est généralement reconnue et affirmée par la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux comme par la pratique diplomatique[773]. Il a ainsi paru naturel à la Commission du droit international de la consacrer dans son projet de codification[774]. La CDI a insisté, cependant, sur le fait que bien que le sens de la règle *ejusdem generis* soit clair, son application n'est pas toujours simple et sans ambiguïté[775]. Les sentences arbitrales existantes sur les différends d'investissement le confirment. En effet, bien que certaines sentences arbitrales semblent soutenir l'opinion selon laquelle une règle NPF accorde au demandeur le droit de bénéficier des garanties substantielles générales contenues dans un traité conclu entre l'État hôte et un État tiers sur la base da la clause

[772]CNUCED, Traitement de la nation plus favorisée, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, 2010, p. 24.

[773]En 1978, la CDI a adopté le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et recommandé à l'Assemblée générale des Nations Unies que ces articles soient utilisés pour la conclusion d'une convention sur la question. L'Assemblée générale n'a pas donné suite à cette recommandation et n'a pas pris de mesure concrète au sujet du projet d'articles. Selon l'OCDE, les travaux de la CDI présentent une analyse générale des clauses NPF ainsi qu'un aperçu du principe ejusdem generis, qui a été suivi pour l'interprétation de plusieurs affaires judiciaires et arbitrales, notamment des affaires récentes. Voire OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. http://dx.doi.org/10.1787/338113032407.

[774]« Article 9 — Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée. 1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause. [...] »; « Article 10. — Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée. 1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause. [...] », CDI, « rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session », in Nations Unies (ed.), Annuaires de la Commission du droit international 1978 Volume II, Deuxième partie, New York, 1979, pp. 31-38. Le projet de codification rédigé par la CDI n'a pu aboutir à une convention, les États s'opposant sur l'opportunité d'y inclure une disposition spéciale sur les avantages consentis dans le cadre d'une organisation économique régionale, mais les dispositions retenues dans le projet ne faisaient pas l'objet de contestation en tant que telles. Voir Claire Crépet-Daigremont, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 125.

[775] CDI, « rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session », in Nations Unies (ed.), *Annuaires de la Commission du droit international 1978 Volume II, Deuxième partie*,New York, 1979, p. 31.

de la NPF (telles que les obligations de traitement juste et équitable et certaines garanties contre l'expropriation), un certain nombre de questions concernant les limites précises du principe NPF reste encore sans réponse[776].

Un document de travail établi par Donald Mcrae, pour le groupe d'étude sur l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement, constitué par la commission du droit international des nations unies, a fait le constat suivant:

« La conclusion d'ensemble du document de travail était que l'analyse des sentences arbitrales en matière d'investissement montrait que les tribunaux ne résolvaient pas de la même façon le problème du recours à une clause NPF pour incorporer dans l'accord dont il s'agissait les dispositions relatives au règlement de différends. L'argumentation des tribunaux qui repoussaient ce moyen n'était pas non plus constante »[777].

La jurisprudence sur l'applicabilité des clauses NPF aux procédures de règlement des différends semble particulièrement erratique. Tout en soulevant certaines préoccupations quant aux effets expansionnistes que l'étendue de la clause de la nation plus favorisée pouvait avoir sur le droit des investisseurs et au risque de « treaty shopping »[778], le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Maffezini a lancé la controverse en estimant que le requérant pouvait se prévaloir de la clause de traitement NPF figurant dans l'ABI Argentine-Espagne (1991) pour contourner ou éviter la période d'attente de dix-huit mois qui doit précéder le recours à l'arbitrage international, au motif que des ABI tiers conclus par l'État d'accueil (l'Argentine) ne renfermaient pas une telle disposition.

---

[776]Le groupe d'étude sur l'interprétation et l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement, constitué par la commission du droit international des nations unies a faisait observer dans son document de travail que:
"les tribunaux des investissements avaient opéré de bien des manières dans l'application du principe ejusdem generis et que dans certaines sentences même, on constatait la multiplicité des approches, consistant: a) à faire la distinction entre le fond et la procédure (compétence); b) à suivre la solution de l'interprétation des traités, c'est-à-dire interpréter la clause NPF comme s'il s'agissait d'un problème général d'interprétation des traités ou comme s'il s'agissait de se prononcer sur les compétences du tribunal; c) à adopter la solution des dispositions sur les conflits de traités, telle que les tribunaux tiennent compte du fait que la problématique qu'il s'agirait de couvrir l'a déjà été, de façon différente, dans le traité de base lui-même; d) considérer la pratique des parties pour avérer leur intention quant au champ d'application de la clause NPF". Rapport de la CDI, 63e session, Assemblée générale, documents officiels, A/66/12, p. 302, § 352.

[777]Rapport de la CDI, 63e session, Assemblée générale, documents officiels, A/66/10, p. 302, § 353.

[778]Emilio Agustín Maffezini et le Royaume d'Espagne, affaire CIRDI no ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, paras. 62 et 63. Le tribunal dans l'affaire Maffezini était conscient des risques créés par une telle extension puisque le tribunal lui-même a affirmé que «… Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les Parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord »(Décision, para. 62). Le tribunal a ajouté qu' « une distinction entre l'extension légitime des droits et des avantages par le jeu de l'application de la clause d'une part, et la recherche systématique de l'accord le plus favorable, qui irait nettement à l'encontre des objectifs des dispositions sous-jacentes spécifiques des accords d'autre part.» (Ibid., para. 63).

La solution controversée : jurisprudence Maffezini

Cette affaire est née d'un investissement réalisé par un ressortissant argentin sur le territoire espagnol dans le secteur de l'industrie chimique. Ayant subi quelques déconvenues, l'investisseur décida d'intenter une action devant un tribunal CIRDI sur le fondement du traité signé entre l'Espagne et l'Argentine, lequel prévoyait une obligation de saisine préalable des juridictions de l'État d'accueil et le respect d'un délai de dix-huit mois avant tout recours à l'arbitrage international. Dans la sentence sur la compétence, le tribunal arbitral du CIRDI a jugé, qu'en vertu de la clause NPF du TBI conclu par l'Argentine et l'Espagne en 1991, le plaignant avait le droit d'étendre les dispositions juridictionnelles les plus favorables du TBI conclu par le Chili et l'Espagne en 1991. Par conséquent, le plaignant avait le droit de recourir à l'arbitrage international sans être auparavant tenu de saisir les tribunaux espagnols du différend dans le délai de dix-huit mois qui précède[779].

Le tribunal est parvenu à cette conclusion au motif que, par rapport à tous les autres accords d'investissement signés par l'Espagne, son accord avec l'Argentine comportait une clause de la NPF d'une portée particulièrement large qui s'appliquait à toutes les questions visées par l'accord. Les arbitres ont estimé que la formulation, en termes larges de la clause NPF, renvoyant à « toutes les questions », figurait dans l'accord conclu entre l'Espagne et l'Argentine mais dans aucun autre des accords conclus par l'Espagne. À cet égard, le tribunal a mentionné le principe « ejusdem generis » permettant ainsi l'application de la clause NPF aux dispositions concernant « l'administration de la justice ». Le tribunal a jugé que même si la clause NPF ne renvoyait pas expressément au règlement des différends, « il y a[vait] de bonnes raisons de conclure que les mécanismes de règlement des différends [étaient] indissociablement liés à la protection des investisseurs étrangers ». Il a ainsi précisé ce qui suit :

«… on peut conclure que si un accord avec une tierce partie contient des dispositions relatives au règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et des intérêts des investisseurs que celles qui sont contenues dans l'accord de base, ces dispositions pourraient être étendues au bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée, car elles sont entièrement compatibles avec le principe ejusdem generis. Bien entendu, l'accord avec la tierce partie doit avoir le même objet que l'accord de base, qu'il s'agisse de la protection des investissements

[779]Le Tribunal a noté que le TBI entre l'Argentine et l'Espagne permet aux tribunaux nationaux de connaître d'un différend dans un délai de dix-huit mois précédant sa soumission à l'arbitrage. L'article 10(2) du TBI entre le Chili et l'Espagne n'impose toutefois pas cette condition et prévoit simplement que l'investisseur peut recourir à l'arbitrage après l'expiration du délai de six mois imparti pour les négociations.

étrangers ou de la promotion du commerce, car les dispositions relatives au règlement des différends opéreront dans le contexte de ces questions, à défaut de quoi il y aurait violation de ce principe».

Le tribunal a toutefois reconnu certaines « limites importantes qu'il allait garder à l'esprit » et a limité l'interprétation qu'il a faite de la clause, de la façon suivante :

« Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord en question, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé... »[780].

Depuis l'affaire Maffezini, plusieurs autres décisions sont intervenues et ont continué d'alimenter la controverse sur la question de savoir si la clause NPF, insérée dans le TBI applicable, peut étendre ses effets aux dispositions relatives au règlement des différends d'un autre TBI. La jurisprudence en matière d'investissement semble réserver un traitement particulier à l'application de la clause NPF, en matière procédurale. Au-delà de ça, il semble qu'en la matière, l'application de la clause n'est pas conditionnée seulement à la vérification du principe ejusdem generis ou de l'identité des genres. Elle nécessite également une démarche particulière et implique la vérification de conditions supplémentaires que les arbitres peinent à identifier.

L'analyse des récentes décisions arbitrales, rendues sous l'égide du CIRDI, fait ressortir deux tendances. Tandis que certaines sentences sont favorables à l'extension de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends, et dans une certaine mesure, ont élargi l'interprétation admise en Maffezini [781] , d'autres ont appliqué des critères plus restrictifs et apparemment, elles sont beaucoup plus nuancées au regard du principe d'extension de la clause

[780]Emilio Agustín Maffezini et le Royaume d'Espagne, affaire CIRDI no ARB/97/7, décision du tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000. paras. 54-64.

[781]La sentences Maffezini a par la suite été confirmée par les décisions Gas Natural SDG, S.A. c. La République d'Argentine, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire no ARB/03/10 (17 juin 2005), obs. E. GAILLARD, JDI, 2006, p. 230; Camuzzi International SA c/ Argentine, décision sur la compétence, CIRDI, affaire no ARB/03/7 (10 juin 2005); National Grid, plc c. La République d'Argentine, décision sur la compétence, CNUDCI (20 juin 2006), Suez Sociedad General de Aguas de Baecelona, SA & Vivendi Universal SA c/ Argentine, CIRDI, affaire no ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, paras. 52-66, voir aussi CIRDI, affaire no ARB/03/19, décision sur la compétence du 3 août 2006, paras. 52-68; AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine, décision sur la compétence, CNUDCI (3 août 2006) ; RosInvest Co. UK Ltd. c. La Fédération de Russie, arrêt sur la compétence, SCC, affaire no V079/2005 (1er octobre 2007); Société générale (DR Energy Holding Limited et Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A.) c. République dominicaine, CNUDCI/LCIA, aff. n° UN 7927, sentence sur les objections préliminaires à la compétence du 19 septembre 2008.

NPF au traitement procédural de l'investissement[782]. À cet égard, Dolzer et Schreuer ont noté que la plupart des affaires, pour lesquelles les tribunaux ont accepté l'applicabilité de la clause NPF au règlement des différends, portaient sur des obstacles procéduraux.tandis que ceux dans lesquels l'effet des clauses NPF a été refusé visaient à étendre la portée de la compétence à des questions qui ne sont pas couvertes par les clauses d'arbitrage contenues dans les traités de base. Cependant, tous les tribunaux ont réalisé des évaluations générales sur la portée du principe NPF qui semblent impossibles à concilier[783].

Dans son étude consacrée à la question, Walid Ben Hamida a constaté que « hormis certaines opinions relativement réservées qui doutent de l'application de la clause à la compétence et à la procédure, le principe de l'application de la clause en cette matière est généralement admis» [784] . L'auteur, par cette affirmation, « s'aligne » sur la position d'auteurs comme Sir Gerald Fitzmaurice, E. Ustor, le Baron B. Nolde, Armenag Salmaslin, J.-G Herod, Charles Rousseau, François Hepp, etc.[785].

Les arguments développés par ces différents auteurs sont diversement en faveur d'une application de la clause NPF aux questions de procédure et de juridictions. L'un de ces arguments est le principe de l'interprétation stricte des exceptions et l'absence d'une exception implicite à l'application de la clause NPF ; il apparaît qu' « aucun avantage acquis par les tiers en vertu de conventions internationales ne saurait échapper à l'effet de la clause de la nation la plus favorisée»[786] .

L'autre argument qui justifie l'application de cette clause aux mécanismes de règlement des différends est la difficile distinction entre le fond et la procédure. La coexistence des deux aspects est plutôt de mise, car comme le soutient l'auteur, « Le recours à une juridiction déterminée n'est pas seulement une question de procédure, mais également une question de fond dans la mesure où il peut influencer la détermination du droit applicable au fond du litige. L'existence et

[782]Voire Plama Consortium Limited c. Bulgarie, aff. CIRDI n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, para. 223 ; Salini Costruttori SpA, Italstrade SpA c. Jordanie, aff. CIRDI n°ARB/02/13, décision sur la compétence du 15 novembre 2004, para. 119 ; Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie, aff. CIRDI n°ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, paras. 90-100.
[783] DOLZER Rudolf et SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2012, p. 273.
[784]BEN HAMIDA Walid, «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?», JDI, 2007, pp.1127-1162.
[785] Ibid., pp. 1147 -1151.
[786]Le baron B. NOLDE, «Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation» (Rapport), Annuaire de l'Institut de Droit international, 1934, p. 430.

l'étendue des droits substantiels des parties dépendraient donc largement du mécanisme de règlement des différends choisi »[787].

En guise de réaction, les négociateurs introduisent, dans certains accords d'investissement, des clarifications et des indications quant au fonctionnement de la clause NPF, afin d'éviter les interprétations arbitrales larges qui permettent, par renvoi, d'incorporer des dispositions procédurales d'accords tiers dans un accord de base[788]. Dans ce contexte, certains pays ont tenté de clarifier la portée substantielle de la clause NPF présentée dans leurs traités bilatéraux sur l'investissement. Dans certains TBI, notamment ceux conclus par le Royaume-Uni, la clause NPF englobe expressément les dispositions relatives au règlement des différends[789] .

Certains Etats ont limité les effets de la clause de la NPF. C'est le cas dans le contexte de la négociation de l'Accord de libre-échange des Amériques (ALEA) Le groupe de travail chargé de l'investissement a en effet soumis, en novembre 2003, un projet d'articles qui précise, en note de bas de page, que cette clause ne peut pas avoir le même effet que dans l'affaire Maffezini[790].

Ce texte, ultérieurement dénommé «Note Maffezini», résultait du profond désaccord de nombreux pays d'Amérique latine quant au raisonnement et à la décision du tribunal dans l'affaire Maffezini c. Espagne[791]. La tendance à inclure des clarifications dans les accords d'investissement persiste. Ainsi,de nombreux accords récents contiennent une clarification moins élaborée mais tout aussi précise quant au champ d'application du traitement NPF.

---

[787]BEN HAMIDA Walid, «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?», op.cit., p. 1150.

[788]CNUCED,Traitement de la nation la plus favorisée, 2010, p. 80.

[789]Par exemple, l'article 3.3 du TBI Royaume-Uni - Vanuatu (2003) prévoit qu'en ce qui concerne l'obligation de la nation la plus favorisée « Pour éviter toute ambiguïté, il est confirmé que le traitement Prévue par [l'obligation NPF] s'appliquera aux dispositions des articles 1 à 11 du présent accord» , qui comprend l'article 9 sur les procédures de règlement des différends investisseur-État. Le TBI entre l'Autriche et le Kazakhstan prévoit expressément le règlement des différends dans sa clause de la NPF.

[790]La note de bas de page se lit comme suit:

Une délégation propose que la note suivante soit incluse dans l'historique des négociations pour témoigner de l'accord des Parties sur l'interprétation de l'article relatif au traitement de la nation la plus favorisée et de l'affaire Maffezini. Cette note serait retranchée du texte final de l'Accord:

«Les Parties prennent acte de la décision récemment rendue dans l'affaire Maffezini (Argentine) c. le Royaume d'Espagne, où le tribunal d'arbitrage a conclu qu'une clause exceptionnellement large de la nation la plus favorisée contenue dans un accord entre l'Argentine et l'Espagne englobait les procédures internationales de règlement des différends. Voir Decision on Jurisdiction, §§ 38 -64 (25 janvier 2000), réimprimée dans 16 ICSID Rev. − F.I.L.J. 212 (2002). Or, le champ d'application de l'article relatif au traitement de la nation la plus favorisée du présent accord est expressément limité à ce qui concerne "l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements". Les Parties sont convenues que cette disposition n'englobe pas les mécanismes internationaux de règlement des différends tels que ceux que prévoit la sous-section C.2.b. (Règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie) du présent chapitre et qu'elle ne pourrait donc raisonnablement mener à une conclusion semblable à celle de la décision Maffezini.».

[791]CNUCED, Traitement de la nation la plus favorisée, 2010, p. 81.

L'Accord de libre-échange et de partenariat économique APE, conclu en 2009, entre le Japon et la Suisse, a été le premier accord commercial préférentiel conclu hors de l'Amérique du Nord, en réaction à l'affaire Maffezini. Abordant le champ d'application du traitement NPF directement dans la clause NPF de son texte, l'article 88.2 de l'accord stipule que :

« Il est entendu que le traitement visé à l'alinéa 1 n'inclut pas le traitement accordé aux investisseurs d'une Partie tierce et à leurs investissements en vertu de dispositions relatives au règlement des différends en matière d'investissement entre une Partie et la Partie tierce prévues dans d'autres accords internationaux »[792].

D'autres pays ont tenté de produire des lignes directrices interprétatives ex-post, quant à la portée des clauses NPF, dans les traités conclus antérieurement. Tel est le cas de l'Argentine et du Panama qui ont échangé des notes diplomatiques avec une « déclaration interprétative » de la clause NPF, dans leur traité d'investissement de 1996 Selon cette déclaration, la clause NPF ne s'étend pas aux clauses de règlement des différends et cela a toujours été dans leurs intentions[793].

Par conséquent, et cela paraît logique, la question de savoir si les mécanismes de règlement des différends constituent un droit substantiel pouvant être étendu au bénéficiaire d'une clause NPF se pose. Cette question survient lorsque la clause est formulée de façon large et que les parties au traité n'ont ni exclu expressément les mécanismes de règlement des différends ni précisé leur intention d'inclure de tels mécanismes dans la protection accordée aux bénéficiaires de la clause[794].

Dans le cadre de la majorité des accords d'investissement existants on peut être amené à douter comme pour le TBI déclenchant l'affaire Maffezini. En effet, ils ne précisent pas la portée des dispositions NPF en matière de règlement des différends. Dans ces situations, selon le professeur Gaillard, l'intention des parties contractantes peut raisonnablement être interprétée comme englobant l'ensemble des droits accordés aux investisseurs d'un pays tiers, y compris le droit à un règlement neutre et efficace de leurs différends relatifs aux investissements, par voie d'arbitrage international plutôt que par les organes judiciaires de l'Etat hôte lui-même[795].

---

[792]L'Accord de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon, Tokyo, 1er février 2009 article 88.2.
[793]Voir National Grid plc c. Argentine, CNUDCI, décision sur la compétence du 20 juin 2006, para. 85.
[794]GAILLARD Emmanuel, "Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause",
New York Law Journal, Volume 233, No. 105, JUNE 2, 2005, p. 3.
[795]*Idem.*

B) Exceptions et couverture sectorielle : limitations matérielles et personnelles au jeu des standards indirects de traitement

Le jeu du principe du traitement national et de la clause NPF n'est évidemment pas neutre au regard des États. Un avantage, accordé par l'État d'accueil à l'un de ses partenaires ou à ses ressortissants, peut s'étendre immédiatement à un nombre indéfini de bénéficiaires potentiels[796]. Comme nous venons de le voir, l'étendue de l'applicabilité des standards NPF et du traitement national est considérablement limitée de par leur définition. En outre, plusieurs traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements cherchent à limiter l'obligation d'accorder la clause NPF ou du traitement national au moyen de conditions supplémentaires, d' exceptions ou dérogations. Traditionnellement plus nombreuses pour le traitement national que pour la clause de la nation plu favorisée, ces limitations peuvent être matérielles ou personnelles. De nombreuses clauses NPF, énoncées dans les traités sur l'investissement, contiennent des restrictions et des exceptions spécifiques qui excluent certains domaines de leur application. Selon la formulation, la mention spécifique de ces limitations pourrait constituer un facteur permettant de déterminer si certaines autres questions entrent dans le champ d'application d'une clause NPF[797].

Quel que soit le domaine des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, elles ont toujours été limitées par deux catégories d'exceptions courantes. L'une est relative aux avantages ou privilèges qu'un État octroie, en vertu d'un accord de libre-échange, d'une union douanière, d'un accord d'intégration des marchés du travail ou d'une autre forme d'arrangement économique régional. L'autre exception concerne les accords internationaux portant sur les questions de fiscalitétotalement ou en partie.[798].

1. Exceptions d'intégration économique au traitement de la NPF

Tous les accords d'investissement, notamment les accords bilatéraux, incluent une disposition au terme de laquelle le traitement accordé, sur le fondement d'un accord de libre-échange, une union

[796]CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 278.
[797]O.C.D.E., « Droit international de l'investissement. Un domaine en mouvement. Complément aux perspectives de l'investissement international », publications de l'OCDE, Paris, 2005, p.147, disponible au lien suivant : http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/product/2005142e.pdf.
[798]CNUCED, Traitement de la nation la plus favorisée, 2010, p. 44.

douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale, ne sera pas étendu par le jeu de la clause de la nation plus favorisée[799].

Intégrée dans les traités par neuf États sur dix, l'exception en faveur de regroupements économiques régionaux s'avère nécessaire dans la mesure où son caractère coutumier semble discutable et incertain[800]. La question de l'application d'une clause NPF aux avantages accordés dans le cadre d'unions régionales, douanières ou autres, constitue actuellement un problème dont l'importance est majeure[801]. La portée de l'exception n'est pas définie avec précision et peut laisser la place à des incertitudes, pour les regroupements moins intégrés que les unions douanières, par exemple[802].

Cette exception en faveur des ORIE est également utilisée dans le contexte du commerce international[803]. Comme l'AGCS, les accords d'investissement ont tendance à exclure du champ d'application de l'obligation NPF les privilèges et les avantages réciproques négociés dans le cadre plus large des accords d'intégration économique. Il semblerait donc que l'obligation de la NPF découlant des accords d'investissement et de l'AGCS est, de même, restreinte à cet égard[804]. À défaut d'une telle exception, la clause de traitement NPF contraindrait les membres d'une ORIE à accorder unilatéralement aux investisseurs de pays non membres tous les privilèges découlant de l'appartenance à cette organisation[805]. L'étude des Accords Internationaux sur l'investissement montre que cette pratique est très répandue, mais elle ne démontre pas une

[799] UNCTAD, The REIO exception in MFN Treatment Clauses, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, UNITED NATIONS, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/7. http://unctad.org/en/Docs/iteiit20047_en.pdf.

[800] Pour certains, il peut être considéré comme acquis en ce qui concerne les unions douanières (l
Le baron, B. NOLDE, « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation » (Rapport), Annuaire de l'Institut de Droit international, 1934, pp. 414-472 ; CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique, Paris, Dalloz, 5e édition, 2013, §1147) .

[801] Le problème n'a pu être résolu par la CDI, qui en a renvoyé la solution à une future Conférence de codification, cf. les commentaires introductifs in Annuaire (1978-II), p. 16 ; cette lacune a été la source de critiques de la part de divers gouvernements. Sur la clause n.p.f. et les unions régionales, voire aussi VIGNESDaniel, « La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine — Problèmes posés par la Communauté économique européenne », Académie de droit international, Recueil des cours, t. 130 (1970) vol. II, pp. 207-350.

[802] CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 121.

[803] Voir article XXIV du GATT et l'article V de l'AGCS.

[804] Pour une discussion générale sur les exceptions d'intégration économique dans les accords d'investissement, voir KARL Joachim, "Multilateral investment agreements and regional economic integration", Transnational Corporations, Vol.5, No.2, 1996, pp. 19-50.

[805] CNUCED (2004a). International investment agreements: key issues, Vol. 1, (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 198. http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf.

approche uniforme en ce qui concerne la formulation de l'exception. Dans la mesure où les AII comprennent une clause ORIE, ils diffèrent considérablement[806].

Néanmoins, deux considérations méritent d'être soulignées lorsque l'on examine la portée des exceptions d'intégration économique des traités d'investissement. d'une part, les traités d'investissement ne comportent pas tous une exception de cette nature. D'autre part, le champ d'application de l'exception de l'intégration économique dans les traités d'investissement comporte des conditions différentes de celles du niveau multilatéral.

a) Manque d'exception

La plupart des conventions bilatérales de protection de l'investissement comportent une exception au régime NPF pour les unions douanières, les organisations économiques régionales ou les organisations similaires. En règle générale, l'on peut affirmer que les TBI conclus par les pays de l'UE comprennent normalement une exception au régime NPF qui exclut du champ d'application du traité les privilèges ou avantages qui sont accordés aux investisseurs des pays avec lesquels un accord commercial préférentiel a été signé. Ces exceptions - similaires à l'AGCS Article V- permettent aux pays signataires d'accorder certains avantages et privilèges aux investisseurs des pays qui sont partis à un accord d'intégration économique. Le dispositif le plus important concernant les investissements est celui de l'UE, dont l'objectif est de créer un Marché commun doté d'un marché unique des capitaux et de l'investissement. Ainsi, au sein de l'Union européenne, les acteurs économiques ayant la nationalité d'un État membre bénéficient des quatre libertés de circulation ainsi que d'un grand nombre de privilèges. Cela implique que, des pays comme l'Allemagne, l'Italie ou les Pays-Bas par exemple, qui étaient liés aux Etats-Unis par des traités bilatéraux antérieurs n'ont pas eu à accorder, aux ressortissants américains, le bénéfice des règles de traitement posées par le Traité de Rome de 1957 (à commencer par la liberté

[806]La formulation de l'exception varie d'un instrument à l'autre: (Les définitions génériques actuelles d'un REIO ne sont pas uniformes; Selon la portée de l'accord auquel elles appartiennent, certaines clauses REIO couvrent à la fois les questions de commerce et d'investissement, tandis que d'autres sont limitées au commerce ou à l'investissement; Certaines clauses REIO sont limitées à une exception NPF, alors que selon d'autres, l'ensemble de l'AII n'empêchera pas le traitement préférentiel dans un REIO; Certaines clauses REIO prévoient une exception complète, inconditionnelle et ouverte, alors que d'autres - comme l'article V de l'AGCS - ne permettent le recours à l'exception du REIO que sous certaines conditions. Les dernières clauses REIO incluent donc certaines garanties juridiques pour les membres non-REIO concernant leur applicabilité; Certaines clauses REIO sont plus précises que d'autres concernant l'identification des mesures que les membres du REIO sont autorisés à prendre en vertu de celui-ci). UNCTAD, The REIO exception in MFN Treatment Clauses, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, UNITED NATIONS, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/7, p. 41. http://unctad.org/en/Docs/iteiit20047_en.pdf.

d'établissement)[807]. De tels traitements ne s'étendent pas au reste du monde (ressortissants de l'autre État en dehors de l'intégration économique régionale). D'une part parce que les conséquences pourraient être dévastatrices pour l'État d'accueil, d'autre part parce qu'une telle solution ruinerait l'intérêt même d'une intégration économique régionale[808].

Lorsqu'une exception est explicitée dans le cadre d'une Convention, comme c'est fréquemment le cas, il ressort de l'intention des Parties que le traitement NPF ne peut pas être réclamé pour l'octroi de droits et avantages conférés dans le contexte d'une union régionale. Certaines Conventions, toutefois, ne contiennent pas d'exception en la matière. Dans l'état actuel du droit, les opinions semblent partagées sur le point de savoir s'il existe une présomption pour réserver les cas d'unions régionales ou au contraire si toute exception de ce type doit être expresse[809].

Des accords d'investissement promus par les États-Unis, en particulier, ne sont pas toujours dotés d'une telle exception[810]. Les conventions bilatérales des Etats-Unis ne comportent pas ce type de disposition et permettent à une partie d'adopter ou de maintenir les exceptions aux obligations de traitement national et de régime NPF découlant de la convention, dans les secteurs ou pour les questions qui sont précisés par une annexe à la convention. En effet, des exceptions d'intégration économique à la disposition NPF sont comprises dans le deuxième modèle des TBI développé en 1987. Cela reflétait à la fois la volonté générale des États-Unis d'inclure une exception de l'union douanière et du grand nombre de pays ayant demandé une exception dans le cadre des négociations avec les États-Unis[811]. Toutefois, l'exception a été abandonnée au milieu des années 90 et les derniers traités suivant le modèle de TBI de 2004, avec l'Uruguay et le Rwanda, ne permettent pas de dévier de l'obligation NPF, au motif d'avoir conclu une zone de libre-échange ou une union douanière avec d'autres pays[812].

---

[807]CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique, Paris, Dalloz, 5e édition, 2013, §1147.

[808] DE NANTEUIL Arnaud, « Droit international de l'investissement », Paris, A.Pedone , 2014, p. 310.

[809] A l'encontre d'une présomption pour réserver les cas d'unions régionales, voir KISSAlexandre Charles, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public. Tome IV , Paris : Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1962, p. 245 ; en faveur d'une telle présomption, Voir cependant, PREISWERKRoy, « La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux » , Zürich : Éditions Polygraphiques , 1963, p. 37 et les ref. n. 45, qui indique que cette clause doit être présumée même en l'absence d'une stipulation expresse.

[810]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is there Fire behind the (BIT-) Smoke?", *Journal of International Economic Law* 11(2):365-409,June 2008, p. 378.

[811]Voir VANDEVELDEKenneth J., "U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave", *Michigan Journal of International Law*, 14:4 (1993)621, pp. 645-646.

[812]Les Lettres de Transmission adressées au Congrès, concernant le TBI Bolivie-États-Unis de 1998 expriment que: "the MFN exception is limited to the country-specific sectoral exceptions undertaken by each signatory country, and with respect to [preferences] provided for in multilateral agreements concluded under the auspices of the World Intellectual Property Organization relating to the acquisition of maintenance

D'autres pays que les États-Unis, y compris certains membres de l'UE, ont parfois conclu des traités d'investissement sans exception d'intégration économique à l'obligation NPF. On citera, par exemple, les traités du Danemark avec l'Indonésie; l'Italie avec l'Inde; le Japon avec le Vietnam et la Corée[813].

La question d'une exception d'ORIE dans les AII est liée à la relation entre le régime d'investissement autonome de l'ORIE (couvrant à la fois ses relations internes et externes) et les règles d'investissement dans les AII. Plus les règles internes d'investissement d'une ORIE sont semblables à celles qui sont incluses dans les AII avec les pays tiers, moins il y a de raison pour une exception de la REIO. À l'inverse, plus le régime d'investissement au sein d'un REIO diffère de celui qui existe par rapport au monde extérieur, le besoin d'une clause REIO peut être perçu comme plus important par les membres[814].

L'inclusion d'une exception d'intégration économique dans les accords commerciaux préférentiels est plus problématique. Au niveau régional, certains traités sont uniquement des extensions multi pays d'un TBI, c'est-à-dire des accords d'investissement autonomes[815].

Les accords régionaux ont permis à des groupes de pays de négocier des règles et des engagements qui vont plus loin que ce qu'ils auraient pu alors convenir sur le plan multilatéral. La conclusion d'arrangements régionaux et le renforcement de l'intégration économique peuvent générer des avantages pour les pays. Ces accords avec les règles sur de « nouvelles questions » (comme les services, les marchés publics, la propriété intellectuelle, ainsi que les politiques en matière d'investissement et de concurrence en plus des échanges de marchandises), impliquent un engagement plus profond qu'un TBI, signifiant la volonté des pays concernés de renforcer leurs relations de développement économique, dans tous les domaines de leur économie. Cela donne à penser que les parties à l'accord d'intégration économique seraient

---

of intellectual property rights". Cette disposition clarifie que certaines préférences procédurales accordées en vertu de conventions sur la propriété intellectuelle, comme le Traité de coopération en matière de brevets, ne relèvent pas du TBI ", mais ne font pas référence aux zones de libre-échange ni aux unions douanières. Au contraire, de telles références peuvent être trouvées dans la lettre de Transmission concernant le TBI de la Roumanie - EU de 1992, qui exprime que : " the treaty does not oblige a Party to extend to the other Party's investments the advantages accorded to third-country investments by vertue of finding obligations that derive from full membership in a free trade area or customs unions", reflétant l'exception consacré par l'article II.9 (a) de l'accord. Voir Letters of Transmittal of Bolivia -US BIT et Romania -US BIT, disponible à : http://www.state.gov/documents/organization/43541.pdf ; http://www.state.gov/documents/organization/43584.pdf.

[813]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is there Fire behind the (BIT-) Smoke?", op. cit., p. 379.

[814]UNCTAD, The REIO exception in MFN Treatment Clauses(2004), p. 29.

[815]SCHIFF Maurice et WINTERSL. Alan, "Regional integration and development", Washington, DC : World Bank ; [s.l.] : Oxford University Press, 2003, p.121.

intéressées pour donner le traitement le plus favorable possible, donc aucunenécessité d' exception au traitement NPF. Tel est le cas, par exemple, du régime d'investissement découlant du Traité de Rome au sein de l'UE[816]. Les ACP, toujours avec leurs TBI, conclus par les États-Unis ne disposent pas non plus d'une exception d'intégration économique au principe NPF.

De l'autre côté, tous les accords n'ont aps pour objectiuf d'atteindre le même niveau d'intégration et les accords commerciaux préférentiels eux-mêmes peuvent être classés en plusieurs niveaux, en fonction du résultat souhaité à cet égard[817]. L'ORIE pourrait souhaiter préserver la possibilité d'introduire de nouveaux privilèges pour les investisseurs de membres, à l'avenir. Toutefois, elle ne serait pas en mesure de donner une indication claire de la pertinence d'une telle politiquequant aux activités ou aux secteurs. À cette fin, il faudrait élaborer une exception préventive d'ORIE dans un AII. En conséquence, l'ORIE ne serait pas soumise à une obligation de «statu quo» qui interdit habituellement aux parties contractantes d'introduire de nouvelles restrictions discriminatoires à l'investissement, après la conclusion de l'accord ; et les parties contractantes qui ne sont pas parties à l'ORIE pourraient juger cela inacceptable. D'autre part, l'impact de la dynamique régionale interne, sur l'exception ORIE, pourrait perdre de son importance pendant la durée de vie d'un ORIE,au fur et à mesure de son processus d'intégration. Dans les ORIE les plus avancées, qui ont atteint un degré élevé d'intégration interne, il y aurait de moins en moins de libéralisation inachevée, au regard de laquelle, elles pourraient demander une exception NPF dans le cadre d'un AII[818].

En effet, certains pays sont membres au titre de plusieurs accords commerciaux préférentielspar les règles sur l'investissement, pas tous ne visent à atteindre l'éventuelle intégration réglementaire et économique la plus aboutie[819]. Cela est principalement le cas des pays de l'UE, qui, en plus d'être membres de l'UE, sont signataires d'un vaste réseau d'accords commerciaux préférentiels promus par l'UE elle-même avec les pays tiers. Alors que certains de ces accords sont conçus pour conduire finalement à l'adhésion du pays tiers à l'UE, la plupart de ces pays n'envisagent

[816]Voir UNCTAD,The REIO exception in MFN Treatment Clauses(2004), pp. 26-27, et UNCTAD, Investment Provisions In Economic Integration Agreements (2006), p.49.

[817]Dans le contexte du commerce des marchandises, il a traditionnellement été distingues entre les zones de libre-échange, l'union douanière et les marchés communs comme trois étapes différentes de l'intégration économique, où seule cette dernière implique la libre circulation des facteurs, y compris l'investissement. Sur les étapes de l'intégration économique et sur les implications réglementaires et économiques, voir ROBSONPeter, *The Economics of International Integration*, Routledge, 4th ed., London,1998.

[818]UNCTAD,The REIO exception in MFN Treatment Clauses(2004), p. 20.

[819]« L'accord avec la CE fournira un cadre adapté tant pour le dialogue politique que pour une coopération complète dans un grand nombre de domaines et sera un pas en avant vers l'objectif final de la République tchèque qui est l'adhésion complète à la Communauté européenne. » Représentant de la République tchèque à la Commission de l'OMC sur les accords commerciaux régionaux du 30/5/1997.

pas les étapes ultérieures vers ce niveau d'intégration. Dans ces cas, l'inclusion d'une exception d'intégration économique dans l'ACP peut s'avérer nécessaire afin d'empêcher l'extension des privilèges et des avantages qui sont destinés à être réservés seulement auxpartenaires les plus proches, en d'autres termes pour ceux concernés par un processus d'intégration plus forte. Reflet de cette perspective, l'accord de partenariat économique CARIFORUM-UE indique expressément que le traitement des investisseurs, dérivé d'un accord d'intégration économique régionale établissant un marché intérieur, n'est pas couvert par le principe NPF figurant dans l'accord[820]. De même, l'Accord sur l'investissement entre les Parties AELE (Association européenne de libre-échange) et la République de Corée prévoit une exception identique, tout en encourageant les parties à négocier des avantages similaires à ceux accordés dans le cadre du processus d'intégration économique[821].

L'absence d'exception d'intégration économique à la NPF entraîne une forme de « NPF absolue», du moins en ce qui concerne les investissements dans les secteurs économiques où aucune réserve n'est réalisée. Celagarantit que le traitement à accorder aux investisseurs du partenaire du TBI sera aussi favorable que celui accordé aux investisseurs de tous les pays, y compris les pays avec lesquels un cadre d'intégration économique plus poussée est recherché. Cette caractéristique est d'autant plus remarquable lorsque l'on tient compte du fait que les traités d'investissement promus par les États-Unis sont parmi les quelques traités qui tendent à étendre les obligations de traitement aux conditions d'entrée et d'établissement.

L'admission « libérale » des investissements est spécifique à l'ALENA en raison d'un degré de libéralisation conséquent qui caractérise la question de l'admission. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont effectifs dès la phase d'admission[822]. Cette obligation légale pèse sur les signataires. Finalement, cette obligation la NPF absolue se traduit

[820]L'article 70.2 de l'accord de partenariat économique CARIFORUM-UE prévoit que :
« Lorsqu'une partie ou un État signataire du CARIFORUM conclut un accord d'intégration économique régionale établissant un marché intérieur ou exigeant des parties contractantes le rapprochement significatif de leur législation en vue d'éliminer les obstacles non-discriminatoires à la présence commerciale et au commerce des services, le traitement que cette partie ou cet État signataire du accorde aux présences commerciales et investisseurs de pays tiers dans des secteurs soumis au marché intérieur ou au rapprochement significatif de la législation n'est pas couvert par les dispositions du paragraphe 1(traitement de la nation la plus favorisée) ».

[821]Selon l'article 4.2 de l'Accord d'investissement AELE-Corée: « Si une Partie accorde des avantages spéciaux aux investisseurs de tout État tiers et à leurs investissements en vertu d'un accord de libre-échange, d'une union douanière ou d'un accord similaire prévoyant également une libéralisation substantielle des investissements, elle n'est pas tenue d'accorder des tels avantages aux investisseurs d'une autre Partie et à leurs investissements. Elle ménage néanmoins, à la demande d'une autre Partie, la possibilité aux autres Parties de négocier les avantages ainsi accordés ».

[822] PARRA Antonio R., "The scope of new investment laws and international instruments", Transnational Corporations, vol. 4, no. 3, 1995, p. 30.

par l'érosion d'un privilège accordé aux investisseurs dans le contexte du processus d'intégration économique. Cette constellation implique, par exemple, que dans le cadre du TBI Uruguay États-Unis, les investisseurs de ces pays ont droit aux mêmes conditions d'entrée et d'établissement, offertes par l'Uruguay aux investisseurs des autres pays membres du MERCOSUR ou par les États-Unis aux investisseurs canadiens ou mexicains, dans le contexte de l'ALENA[823].

Bien que les TBI contiennent habituellement une exception d'ORIE, il existe une tendance dans le cadre des AII régionaux et multilatéraux plus récents qui consiste à réduire les conditions dans lesquelles l'exception ORIE s'applique. À cette fin, certaines clauses récentes du ORIE traitent explicitement des questions de définition d'un ORIE, del'exception du principe NPF (ou des obligations de l'AII en général), des conditions d'admissibilité et de la modification des engagements. Cependant, les exceptions récentes de l'ORIE ne contiennent pas toutes ces éléments[824].

b) Portée de l'exception

Les exceptions ORIE sont fréquemment rédigées d'une manière large et ouverte au point qu'elles génèrent une réelle ambiguïté autour de leurs conséquences juridiques. Toutefois, des AII récents ont introduit un certain nombre de conditions d'admissibilité, en vue de rendre plus précises la portée, le contenu et l'effet d'une exception ORIE. L'article V de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) mérite une attention particulière. Aucune autre clause ORIE en effet liée aux investissements n'a été acceptée par autant de pays. Il s'agit également d'une disposition globale couvrant les différents modes de fourniture de services, y compris par le biais d'une présence commerciale. Ce dernier englobe les investissements directs étrangers[825].

L'article V de l'AGCS (Intégration économique) ne définit pas une ORIE en tant que telle. Il définit au contraire l'accord qui constitue l'ORIE. L'article V(1) impose que le processus d'intégration économique réponde à certaines conditions pour être considéré comme une exception à l'obligation NPF. L'article V(6) du GATS dispose, en outre, qu'un fournisseur de services de tout autre membre qui est une personne morale, constituée conformément à la

[823]L'Uruguay a inséré une exception sectorielle à la nation la plus favorisée sur la base du traitement préférentiel que ses partenaires régionaux peuvent recevoir sur la base des accords MERCOSSUR. Il est toutefois intéressant de noter que cette réserve ne porte que sur les investissements dans le secteur des transports terrestres (voir Annexe II - Uruguay-10 du traité). Urguay peut accorder certains privilèges aux investisseurs des pays du MERCOSUR lorsque l'investissement concerne des services de transport terrestre ; pour tous les autres investissements, toute préférence doit être étendue aux investisseurs américains. À son tour, les Etats-Unis ont entrepris aucune réserve pour le bénéfice des investisseurs de l'ALENA ou du CAFTA.

[824]UNCTAD, The REIO exception in MFN Treatment Clauses(2004), p.47

[825]UNCTAD,The REIO exception in MFN Treatment Clauses(2004), p. 41.

législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1, aura droit au traitement accordé en vertu dudit accord. La condition à remplir est que le fournisseur effectue des opérations commerciales substantielles sur le territoire des parties audit accord[826]. Contrairement à l'AGCS, l'exception d'intégration économique dans les accords d'investissement ne dispose généralement pas cette langue. Par exemple, l'article 3 (3) du modèle de TBI de l'Allemagne de 1998, précise une exception d'intégration économique, dans les conditions suivantes :

« (3) Ce traitement [NPF] ne concernera pas les privilèges que l'un ou l'autre des États contractants accorde à des investisseurs d'États tiers en raison de son appartenance ou de son association à une union douanière ou économique, à un marché commun ou à une zone de libre-échange ».

L'article du modèle de TBI des Pays-Bas qui porte sur le traitement général contient l'exception qui suit à l'obligation NPF (Article 3) :

« (3) Si une partie contractante a accordé des avantages spéciaux aux ressortissants de tout État tiers en raison d'accords établissant une union douanière, économique ou monétaire ou des institutions similaires, ou en se fondant sur des accords d'étape devant mener à de telles unions ou institutions, cette partie contractante ne sera pas tenue d'accorder ces avantages aux ressortissants de l'autre partie contractante ».

Des dispositions similaires peuvent se trouver dans le modèle de TBI d'un certain nombre d'autres pays européens comme l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la Grèce, la Suède et l'Italie[827]. Le modèle de TBI des États-Unis, en date de 1987, l'un des rares qui a admis l'exception NPF, a présenté la même terminologie. Le modèle américain de TBI exonère les avantages accordés aux ressortissants et aux sociétés d'un pays tiers en vertu des « obligations contraignantes de l'État hôte qui découlent de la pleine adhésion à une union douanière régionale ou à une zone de libre-échange »[828].

L'exception communefait,ainsi,référence aux avantages découlant de l'appartenance à un accord d'intégration économique, généralement une « union douanière » ou une « zone de libre-échange ». Contrairement à l'article XX du GATT, les accords d'investissement ne définissent pas

[826]On trouvera dans les articles 1101 et 1139 de l'ALENA, les articles 43-48 du Traité de Rome et l'Annexe G du Protocole d'accord entre l'UE et les États-Unis relatif à certains traités d'investissement bilatéraux, en date du 22 septembre 2003.
[827]OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, pp. 5-7. . http://dx.doi.org/10.1787/338113032407.
[828]VANDEVELDE Kenneth J., US Bilateral Investment Agreements, the Second Wave, in Michigan Journal of International Law, 14.4 (1993), p. 20.

ces termes. Il n'existe pas d'approche commune dans les AII quant à la définition d'un ORIE. Les négociateurs pourraient donc préférer inclure leur propre définition d'un «ORIE» ou d'un « accord ORIE» dans les AII qu'ils négocient. Il semble en fait que la distinction de définition entre les AII reflète simplement la différence de couverture matérielle d'un AII concerné.

Si l'AII couvre à la fois le commerce et l'investissement (par exemple, l'AGCS, Traité sur la Charte de l'énergie), il semble raisonnable que la définition de l'ORIE inclue également les deux types de coopération économique. De même, si un AII ne traite que des investissements (par exemple, un projet de MAI), il est logique que la définition d'un ORIE se limite à l'intégration dans le domaine de l'investissement.

En outre, contrairement à l'article V de l'AGCS, les traités d'investissement ne prévoient aucune exigence que le processus d'intégration économique doive remplir pour être couvert par l'exception NPF. En conséquence, ces accords laissent aux parties le soin de déterminer quels avantages résulteront de la formation de l'union douanière ou d'une zone de libre-échange. Alors qu'une telle situation serait éventuellement examinée dans le cadre du mécanisme de règlement des différends prévu par le traité (probablement, l'arbitrage investisseur-État), l'absence de conditions explicites confère à l'exception une portée étendue, en couvrant les "accords de libre-échange" ou les "unions douanières" ; ce ne serait pas considéré comme tel en vertu des règles multilatérales.

Cela étant dit, l'étude des traités d'investissement impliquant des membres ORIE montre que la pratique d'inclusion d'une exception ORIE est très répandue.Il n'existe toutefois pas d'approche commune relative au contenu d'une telle clause. Les exceptions ORIE diffèrent considérablement, en ce qui concerne les questions fondamentales, quant au type d'organisations régionales qui doivent être couvertes et aux conditions dans lesquelles les membres de l'ORIE peuvent recourir à cette disposition.

2. Couverture sectorielle du traitement NPF et du traitement national dans les accords d'investissement

La portée sectorielle des obligations de traitement des accords d'investissement diffère considérablement, selon le modèle suivi par les parties. Comparables à l'AGCS, certaines obligations des traités de libéralisation ont une portée générale et s'appliquent à tous les secteurs, tandis que d'autres sont limitées aux secteurs spécifiés,individuellement, par chaque partenaire. Les premières obligations comprennent des règles sur la bonne gouvernance, comme

le traitement juste et équitable, ainsi que sur l'expropriation et le transfert de fonds. En revanche, les dispositions relatives à l'entrée des étrangers et la promotion de la concurrence (traitement national et exigences de performance) s'appliquent uniquement aux secteurs spécifiquement visés[829]. Il est souvent possible pour les Etats de joindre à leur engagement, en matière d'investissement, des listes de secteurs ou d'activités économiques pour lesquelles les standards de traitement national et de traitement de la nation plus favorisée seront applicables (liste positive) ou inapplicables (liste négative)[830].

En ce qui concerne les TBI, la principale distinction entre les deux grands types (le modèle européen et le modèle des Etats-Unis) tient à ce que les dispositions du premier concernant le traitement ne s'appliquent à un investissement qu'après son établissement. Les dispositions comparables du second concernent aussi l'investissement au stade du pré-établissement et ce modèle des Etats-Unis comporte des dispositions plus élaborées que le modèle européen concernant certaines questions telles que le droit d'entrée et le séjour d'étrangers)[831].

Les traités de protection des investissements généralement promus par les Membres de l'UE et les pays en développement tendent à s'appliquer à tous les investissements, sans aucune exception formelle. Les obligations de la NPF et du TN des traités de protection des investissements ne sont pas applicables à la phase « d'admission et d'établissement » de l'investissement[832].

Toutefois, en ce qui concerne l'exploitation, l'administration, l'utilisation ou la cession de l'investissement, le principe de non-discrimination est de portée universelle[833]. En d'autres termes, alors que l'entrée des investissements étrangers peut être limitée - y compris pour des motifs discriminatoires - aucune mesure discriminatoire pour les investissements créés ne peut être

[829]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is there Fire behind the (BIT-) Smoke?", op. cit., p. 369.

[830]CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 280.

[831] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALL Katia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/1, Publications OCDE, mai 2004. http://dx.doi.org/10.1787/261841684305, p. 3.

[832]Le TBI entre le Royaume-Uni et l'Argentine de 1990, art. 3.2, en est l'illustration :
"2. Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which accords to its own investors or to investors of any third State".

[833]L'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements conclu en 2002 entre la France et l'Arabie Saoudite précise dans son article 2 : « chacune des parties contractantes fait tout pour encourager les investissements effectués sur son territoire et dans sa zone maritime par des investisseurs de l'autre Partie, et les admet dans le cadre de sa législation ». Ainsi, dans son article (3, §3) précise que les traitements national et de la nation plus favorisée ne sont accordés aux investisseurs qu'eu égard à certaines activités précises : « l'administration, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, ou la cession de l'investissement ».Traité bilatéral d'investissement conclu entre la France et l'Arabie saoudite du 26 juin 2002, entré en vigueur le 18 mars 2004, J.O.R.F., 10 mars 2004, pp. 4686-4689.

maintenue ou introduite dans les secteurs de l'économie[834]. Par ce type de disposition, les Etats contractants conservent leur droit souverain d'admettre ou de refuser les investissements étrangers. Ces Etats ménagent ainsi leur liberté, celle d'adopter une législation interne leur permettant de contrôler l'investissement étranger et se réservent la possibilité de renforcer leur législation nationale à tout moment[835].

A l'opposé, les TBI de libéralisation des investissements, promus principalement par les États-Unis et le Canada et les accords commerciaux préférentiels avec des chapitres sur l'investissement, permettent aux parties d'exclure certains secteurs de la portée des dispositions fondamentales du traité.Ils leur permettent aussi d'introduire ou de conserver des exceptions, en utilisant la méthode de « l'exclusion » ou de l'approche « négative », dans le cadre de l'un des secteurs ou des domaines énumérés à une Annexe au traité, ou du fait de lois et de réglementations applicables à la date d'entrée en vigueur du traité[836]

Une liste négative des accords prévoit une couverture universelle *ab initio* mais les parties peuvent indiquer les secteurs qu'elles souhaitent exclure des obligations l'accord. En outre, les accords inspirés de l'ALENA visent à libéraliser toutes les catégories d'investissements et à appliquer le traitement national et la clause NPF, dans tous les secteurs couverts. Il existe toutefois des exceptions et des réserves à l'application de ces deux obligations. Les parties sont dans l'obligation d'identifier l'activité économique ainsi que les obligations là où elles souhaitent maintenir des mesures non-conformes[837]. En tant que telle, la réserve peut être présentée au regard des obligations de la NPF et / ou de TN ou selon l'accord, d'autres disciplines telles que les prescriptions de résultats ou les exigences en matière de nationalité pour les conseils d'administration de l'entreprise investie[838].

Il convient de noter qu'en dépit de la forte opposition suscitée par cette approche, lorsqu'elle a été initialement suggérée par quelques parties contractantes, pendant le cycle de négociations de

[834]Voir ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is there Fire behind the (BIT-) Smoke?", op. cit., p. 372.
[835]CARREAU D. et JUILLARD P., Droit international économique, Dalloz, 1er édition, 2003, para. 1173.
[836] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALL Katia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », op. cit.,p. 3.
[837]HOUDE Marie-France, KOLSE-PATIL Akshay et MIROUDOT Sébastien, « Les interactions entre le chapitre sur l'investissement et le chapitre sur les services dans une sélection d'accords commerciaux régionaux », Document de travail de l'OCDE sur la politique des échanges n° 55, COM/DAF/INV/TD(2006)40/FINAL, p. 37.
[838] Pour une analyse des différentes approches concernant l'établissement des listes de réserves dans les accords internationaux d'investissement, voir CNUCED, Conserver la flexibilité dans les AII: utilisation des réserves, Étude de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York ; Genève : Nations Unies, 2006, pp. 15-32.

l'Uruguay, un certain nombre de pays a adopté des listes négatives pour les réserves relatives aux disciplines d'investissement dans les accords commerciaux préférentiels. A cet égard,le Canada, le Mexique et les Etats-Unis ont ouvert la voie avec l'ALENA, en 1994. Les accords conclus par le Canada et les États-Unis, depuis le début des années 1990, suivent l'usage consistant à dresser la liste des exceptions ou des réserves des pays à l'égard du traitement NPF (et d'autres règles) en tant que « mesures non conformes », au sein d'annexes distinctes[839]. Depuis son entrée en vigueur, le Mexique a joué un rôle-pivot pour étendre cette approche à la libéralisation et à des disciplines de type similaire (exemple : le droit de non-établissement) relatives aux services à d'autres ACR, conclus par ce pays avec des pays d'Amérique du sud et d'Amérique centrale[840]. A ce jour, ce modèle a été mis en œuvre dans tous les accords signés par les États-Unis et le Canada, ainsi que dans tous les accords commerciaux préférentiels conclus par le Japon, la Corée, l'AELE. Il en va demême pour la plupart des accords conclus parle Chili, le Mexique, Singapour et l'Australie, notamment.

Les engagements de libéralisation peuvent également être inscrits sur la base d'une liste positive, en énumérant les secteurs économiques ou les industries couvertes par l'accord. C'est aussi le cas,

[839]Par exemple, l'article 15.12 (Mesures non conformes) de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour est rédigé dans les termes suivants :
1. Les articles 15.4 (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée)…ne s'appliquent pas :
(a) à une mesure non conforme existante qui est maintenue par une partie :
i) au niveau d'une administration centrale, ainsi qu'il est indiqué dans sa liste à l'annexe 8A,
ii) au niveau d'une administration régionale, ainsi qu'il est indiqué dans sa liste à l'annexe 8A, ou
iii) au niveau d'une administration locale ;
(b) au maintien ou au prompt renouvellement d'une mesure non conforme visée à l'alinéa (a) ; ou
c) à la modification d'une mesure non conforme visée à l'alinéa a), pour autant que la modification ne réduise pas la conformité de la mesure, telle qu'elle existait avant la modification, avec l'article 15.4, 15.8 et 15.9.
2. Articles 15.4, … ne s'appliquent pas à une mesure qu'une partie adopte ou maintient en ce qui concerne les secteurs, sous-secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe 8b.

3. Aucune partie ne pourra, en vertu d'une quelconque mesure adoptée après l'entrée en vigueur du présent accord et figurant dans sa liste à l'annexe 8B, obliger un investisseur d'une autre partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement existant au moment où la mesure entre en vigueur.

4. L'article 15.4 ne s'applique pas à une mesure qui est une exception ou une dérogation aux obligations prévues par l'article 16.1.3 (Dispositions générales,) ainsi qu'il est stipulé dans ledit article.

5. Les articles 15.4 et 15.9 ne s'appliquent pas :
a) aux achats effectués par l'État ; ou
b) aux subventions ou aux contributions fournies par une partie, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental.

[840]La Communauté andine a adopté une version quelque peu différente de l'approche par liste négative. La décision 439 sur le commerce des services spécifie que le processus de libéralisation doit commencer lorsque des inventaires nationaux exhaustifs (non-contraignants) des mesures affectant le commerce de services pour l'ensemble des Membres de la Communauté andine seront finalisés. Les restrictions discriminatoires qui figurent dans ces inventaires doivent être levées progressivement par le biais d'une série de négociations, aboutissant à un marché commun exempt d'obstacles au commerce de services sous une période de cinq ans devant se terminer en 2005.

dans le cadre de l'AGCS qui prévoit que le principe du traitement national ne sera applicable que dans les secteurs économiques pour lesquels les Etats parties auront adopté des engagements spécifiques[841].

Partant de l'approche traditionnelle des listes négatives des TBI américains et de l'ALENA, certains pays ont eu recours à des « listes hybrides » pour l'établissement des listes des engagements, développées sur le modèle des listes d'engagements de l'AGCS et adaptées aux accords d'investissement. Avec une approche positive (ou hybride) de l'établissement d'engagements en matière de libéralisation, du type de l'AGCS, les accords disposent d'une sélection volontaire, positive, de secteurs, sous secteurs et/ou modes de fourniture pour lesquels les autorités sont disposées à souscrire des engagements contraignants combinée avec une liste négative de mesures non-conformes devant être maintenues dans un certain nombre de domaines recensés dans cette liste. En outre, dès qu'un secteur est prévu, les parties sont tenues d'indiquer les restrictions ou les engagements qu'elles ont pris au regard de cette industrie. A cet égard, les obligations essentielles d'un accord ne s'appliquent qu'aux activités énumérées dans la liste d'un pays et uniquement dans les conditions explicitées dans cette liste.

Qui plus est, les parties à un AII peuvent toujours, indépendamment de la technique de création de liste choisie, convenir de conserver certaines activités essentielles, en dehors du champ d'application de l'accord, par le biais de ce qui est nomé clauses d'exclusion[842].

Le modèle de liste hybride a été présenté comme une innovation par l'AGCS, et depuis lors, a servi de modèle pour un certain nombre d'accords commerciaux préférentiels sur le commerce et l'investissement dans les services[843]. Dans le cadre d'accords d'investissement, cette technique de création de liste a été utilisée par la Communauté européenne dans le cadre de son accord d'association avec le Chili, en 2002, et plus tard, a été mise à jour pour les négociations de l'APE CARIFORUM-CE[844].

---

[841]L'article XVII (traitement national) de l'AGCS stipule que :« 1. Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires ».

[842] HOUDE Marie-France et YANNACA-SMAL LKatia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », op. cit., p. 4.

[843]Les approches de liste positive (à l'AGCS) ont été suivies dans un certain nombre d'accords, par exemple, les accords entre: Japon-Singapour, CE-Mexique, AELE - Mexique, AELE-Singapour, Japon-Malaisie, Corée-Singapour et Inde-Singapour.

[844]La Communauté européenne a déjà eu recours à des listes négatives dans ses « accords européens » conclus avec les pays d'Europe de l'Est qui sont actuellement membres de l'Union.

III. Les caractéristiques et points de chevauchement sur la NPF et le TN dans l'AGCS et les accords d'investissement

Il existe, semble-t-il, des zones potentielles de chevauchement entre les TBI et les autres accords internationaux sur l'investissement. Les chevauchements les plus fréquents, entre ces accords, concernent le traitement des investisseurs et des investissements après l'établissement, en particulier, l'application d'un traitement non-discriminatoire. Les obligations d'assurer le traitement NPF et/ou le traitement national, une fois que les investissements ont été effectués dans le pays hôte, sont des obligations essentielles du point de vue des accords d'investissement et de l'AGCS. À cet égard, ces accords prévoient des niveaux de protection des investissements essentiellement équivalents.

A) Le champ d'application de la norme de traitement (TN/NPF): le contenu et le sens de la norme de traitement

L'application de la norme de traitement (TN/NPF) soulève deux questions principales qui peuvent être clarifiées ex ante dans les accords relatifs à l'investissement. Premièrement : quel est le contenu et quel est le sens de ces normes de non-discrimination ? Deuxièmement : l'application de la norme de traitement national et de la NPF implique nécessairement une analyse comparative entre, d'une part, le traitement accordé par le pays d'accueil à ses investissements ou investisseurs nationaux et, d'autre part, le traitement accordé par le même pays d'accueil aux investissements ou investisseurs de l'autre partie contractante. Une telle analyse n'a pas pour but de déterminer si le traitement est identique mais plutôt de savoir si les investissements ou les investisseurs étrangers reçoivent un traitement non moins favorable que les investissements ou les investisseurs nationaux (TN) ou étrangers (NPF). Ainsi, comment la norme devrait-elle s'appliquer aux parties contractantes ?

1. La définition et la portée substantielle

Comme l'écrivent Rudolf DOLZER et Margrete STEVENS[845], « Il n'y a pas en droit international l'exigence que les étrangers soient traités tous également, et moins encore l'exigence que les étrangers soient traités de la même façon que les nationaux ». La même opinion est exprimée par Pierre JASINSKI[846] qui note que : « Chaque Etat demeure libre d'orienter comme il l'entend l'activité de son économie vers les objectifs qu'il lui a assignés.

[845]DOLZER Rudolf et STEVENS Margrete, "Bilateral investment treaties", Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1995 (330 p.), p. 58.
[846]JASINSKI Pierre, « Régime juridique de la libre circulation des capitaux », L.G.D.J., Paris, 1967, pp. 52-54.

Tout effort de planification ou de programmation économique tend à soumettre les investissements à des prescriptions nettement individualisées qui laissent une large place à l'appréciation discrétionnaire de la puissance publique. Ce traitement individualisé est, par nature, discriminatoire. Il justifie les inégalités de traitement entre investissements étrangers et investissements nationaux ».

Néanmoins, le droit des investissements, à l'instar du droit des échanges, accorde une place privilégiée aux standards permettant d'assurer qu'aucune discrimination ne pourra être imposée, en raison de la nationalité, entre des acteurs placés dans des situations semblable[847]. Il est entendu que la relation avec les dispositions existantes en matière de non-discrimination couvrant l'investissement direct étranger, dans les secteurs des services (doncle mode 3 de l'AGCS) et les dispositions non-discriminatoires incluses dans les accords bilatéraux et régionaux devra être évaluée avec soin.

La portée substantielle des dispositions relatives au traitement de la NPF et au traitement national de l'AGCS, et dans les différents types d'accords d'investissement, est, en grande partie, la même. Au niveau du traitement de post-établissement, il n'y a apparemment pas de différences substantielles évidentes entre les articles II et XVII de l'AGCS et les différentes dispositions relatives au traitement de la NPF et au traitement national trouvés dans les TBI et les accords commerciaux préférentiels.

Ces principes sont définis de manière similaire dans les deux séries d'accords : il est éxigé que le traitement concédé par l'Etat doit être « non moins favorable » que celui accordé aux investisseurs nationaux (dans le cas du traitement national) ou aux investisseurs de pays tiers (dans le cas du traitement de la nation plus favorisée). Cette expression implique que l'Etat a la possibilité (et non l'obligation) de favoriser les bénéficiaires des clauses indirectes au détriment des autres catégories d'investisseurs (nationaux ou étrangers, d'une autre nationalité). Cependant le traitement sera contesté au motif qu'il est moins favorable que celui accordé à des investisseurs d'une autre nationalité[848]. L'AGCS comporte un tel libellé pour les dispositions relatives à la clause de la NPF comme pour le TN, respectivement aux articles II: 1 et XVII : 1.

[847]CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 266.
[848]CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 150.

La formulation de « non moins favorable » est aussi la plus couramment utilisée pour les dispositions correspondantes des accords internationaux sur les investissements[849]. L'article 57 de l'accord de partenariat économique Japon-Brunei, par exemple, a énoncé l'obligation de traitement national de la manière qui suit :

"1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments, treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to its own investors and to their investments with respect to investment activities"[850].

L'obligation NPF est ensuite définie en termes parallèles[851].

De même, dans le contexte des négociations de l'AMI, certaines délégations ont suggéré qu'il serait plus adapté de remplacer les termes « traitement non moins favorable » par les mots « même traitement » ou « traitement comparable ». Toutefois, la plupart des délégations sont convenues que la formulation de traitement « non moins favorable » a fourni une norme plus forte du point de vue de l'investisseur ;ces termes ont donc été inclus dans le projet de texte de l'accord.[852].

Cette formulation garantit que les lois nationales, les règlements et les pratiques administratives du pays hôte ne se traduisent pas par des avantages. Ces avantages risqueraient de mettre les investisseurs nationaux dans de meilleures conditions de concurrence que les investisseurs étrangers dans le cas de TN ou qui accordent indûment des avantages aux investisseurs de pays tiers dans le cas de la NPF. La notion de « non moins favorable », à la différence des concepts similaires comme «identique» ou « aussi favorable que », apporte une flexibilité supplémentaire au traitement, au regard des autorités nationales. Ainsi,la possibilité demeure, sans nécessiter d'accorder aux investisseurs étrangers un meilleur traitement que celui réservé aux investisseurs

[849]UNCTAD, National Treatment (1999), p. 37.
[850]D'autres accords utilisant la formulation "non moins favorable": le modèle français de TBI, l'article 4 ; le modèle allemand de TBI, article 3 (1) (2); le modèle américain de TBI , article II (1), et la majorité des TBI qui suivent ces modèles; ALENA, article 1102 ; L'Accord de libre-échange Canada-Chili, article G-02 (Canada-Chili, 1997); l'Accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN, l'article 7 (1) (b) (ASEAN, 1998); l'AGCS, l'article XVII (1); l'Accord sur les ADPIC, article 3 (1).
[851]Des exemples de clauses NPF dans les traités sur l'investissement sont cités dans OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, http://dx.doi.org/10.1787/338113032407, pp. 3-5.
[852]OCDE, "L'Accord Multilatéral sur L'Investissement : Commentaire du Texte Consolide", Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFFE/MAI(98)8/REV1, 12 mai 1998, p. 10 ; et aussi, OCDE, "L'Accord Multilatéral sur L'Investissement : Projet de Texte Consolide", Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFFE/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998, p. 13.

nationaux ou d'États tiers[853]. Les clauses indirectes n'imposent pas à l'Etat de mettre en place un régime unique et uniforme pour tous. Elles ne l'empêchent pas d'opérer des différences des traitements mais l'investisseur étranger aura le droit au meilleur traitement accordé aux nationaux, dans des circonstances similaires[854].

La différence de traitement peut résulter de la loi ou des faits. La violation substantielle des clauses de la NPF et du traitement national est en outre déterminée par le fait que les obligations ne couvrent que les cas de discrimination expressément prévus par la loi ou les règlements. Ces cas peuvent aussi s'appliquer aux situations de discrimination de facto. Ainsi, les investisseurs étrangers peuvent se retrouver dans des situations défavorables, vis-à-vis des investisseurs locaux, en raison de réglementations ou de pratiques qui, bien qu'elles ne soient pas discriminatoires en tant que telles, ont néanmoins un effet préjudiciable sur leur capacité à fonctionner dans la pratique, précisément parce qu'ils sont «étrangers». L'effet concret de la mesure étatique suffit à établir le traitement défavorable, si l'impact négatif ne pèse que sur des investisseurs étrangers[855].

Quelques AII ont abordé cette question, de façon explicite. L'exemple de disposition traitant expressément du traitement de facto et du traitement de jure est contenu à l'article XVII (2) et (3) de l'AGCS. Les organes juridictionnels de l'OMC ont reconnu que toute mesure nationale qui peut avoir un effet sur le commerce des services relève de la compétence des dispositions relatives au traitement de l'AGCS. En outre, l'accord précise que les mesures discriminatoires de jure et de facto sont couvertes par l'AGCS article XVII.

Tandis que l'on trouve rarement une terminologie comparable aux paragraphes 2 et 3 de l'article XVII de l'AGCS dans les accords d'investissement, il est entendu que les dispositions de traitement dans les TBI et accords commerciaux préférentiels couvrent également la

[853]Les gouvernements tendent à faire largement usage de cette possibilité dans leur intention d'attirer des capitaux étrangers, en accordant des incitations à l'investissement aux investisseurs étrangers qui ne sont pas disponibles pour leurs propres investisseurs. Voir sur ce sujet UNCTAD, "Incentives", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2003/5, http://unctad.org/en/Docs/iteiit20035_en.pdf.

[854]CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 152.

[855]La sentence rendue dans l'affaire Myers contre Canada précise ainsi : « Intent is important, but protectionist intent is not necessarily decisive on its own. The existence of an intent to favour nationals over non-nationals would not give rise to a breach of Chapter 1102 of the NAFTA if the measure in question were to produced no adverse effect on the non-national complainant. The word "treatment" suggests that practical impact is required to produce a breach of Article 1102, not merely a motive or intent that is in violation of Chapter 11.» , S.D. Myers, Inc. contre Gouvernement du Canada, première sentence partielle, 13 novembre 2000, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf, para. 254.

discrimination du jure et de facto [856] . En ce sens, le tribunal arbitral, dans l'affaire S.D Myers, estime que pour vérifier si une mesure est contraire à une norme de traitement national, il faut tenir compte de plusieurs paramètres. L'on appréciera donc si l'effet pratique de la mesure est de créer un avantage disproportionné pour les ressortissants par rapport aux non-ressortissants ; et si, à première vue, la mesure semble favoriser ses ressortissants par rapport aux non-ressortissants qui sont protégés par le traité pertinent[857].

Dans cette perspective, les clauses de la NPF et de traitement national, tels que consacrés par l'AGCS, dans les TBI et les accords commerciaux préférentiels, sont des instruments essentiellement identiques.Ces dispositions visent à assurer que l'intervention réglementaire et administrative de l'État hôte n'incline pas indûment les conditions de concurrence pour certains investisseurs au détriment des autres, tout en permettant au pays hôte d'introduire des mesures favorisant les investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux. La différence de traitement au détriment des investisseurs étrangers est donc un élément nécessaire à la violation des clauses du traitement national et de la nation plus favorisée.,Cet élément n'est toutefois pas suffisant ; encore faut-il que l'État ne poursuive pas un objectif légitime de différenciation. En effet, comme l'écrit M. SORNARAJAH[858], la discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux est justifiée lorsqu'elle est fondée sur des raisons économiques. Lorsqu'aucun objectif réglementaire légitime n'a été établi pour étayer la conduite des autorités gouvernementales mais que des objectifs protectionnistes et discriminatoires ont été poursuivis, il n'y a pas de justification légale pour une distinction. Bien que cette situation puisse se produire, le scénario le plus probable serait celui dans lequel les mesures nationales poursuivent des objectifs de politique nationale légitime mais dont les effets se révèlent discriminatoires ou fortement restrictifs pour le commerce des services. En effet, tous les accords internationaux sur l'investissement étendent cette interdiction de différenciation aux mesures ouvertement discriminatoires, ainsi que celles qui ont cet effet, en pratique.

---

[856]Dispositions analogues aux paragraphes 2 et 3 de l'AGCS, l'article XVII ne figurent que dans les rares accords commerciaux préférentiels qui suivent le modèle AGCS également en ce qui concerne les disciplines d'investissement. Voir, par exemple, l'article 68 de l'APE CARIFORUM-UE.

[857]S.D. Myers Inc. c. le Gouvernement du Canada, Règlement d'arbitrage CNUDCI, première sentence partielle du 13 novembre 2000, para. 252: "The Tribunal takes the view that, in assessing whether a measure is contrary to a national treatment norm, the following factors should be taken into account:
· whether the practical effect of the measure is to create a disproportionate benefit fornationals over non nationals;
· whether the measure, on its face, appears to favour its nationals over non-nationals whoare protected by the relevant treaty".

[858]SORNARAJAH Muthucumaraswamy, The International Law on Foreign Investment, Cambridge ; New York ; Melbourne : Cambridge University Press, 3rd Edition 2010, p. 105.

2. Le critère de comparaison (une base légitime de comparaison)

Les clauses de traitement NPF et traitement national sont libellées différemment selon l'AGCS et les accords d'investissement. Certaines clauses ont un vaste champ d'application,d'autres sont plus limitées. Certaines limitent le traitement NPF/TN aux « circonstances similaires ». Il incombe donc à l'interprète de définir la portée précise de la clause considérée. Comportant des bases de comparaison formulées différemment, une différence importante peut donc être trouvée dans la portée substantielle de ces clauses figurant dans les AII. Ces clauses protègent en effet contre la discrimination opérée en raison de la nationalité. La comparaison s'effectue donc entre le traitement reçu par des groupes d'investisseurs de différentes nationalités. La norme de comparaison, de ce fait, est la clé des obligations de la NPF et de traitement national car elle détermine les groupes d'investisseurs / fournisseurs de services qui peuvent être comparés les uns aux autres, dans le but d'établir le niveau requis du traitement de l'investisseur étranger. « Selon l'étroitesse des critères de comparaison, une violation du traitement national ou du traitement de la nation plus favorisée sera plus ou moins facilement reconnue »[859].

Plus les critères de comparaisonsont larges, plus les situations saisies par les obligations sontcomparables. Par conséquent, plus exigeante sera l'obligation de non-discrimination.

Comme cela est indiqué ci-dessus, l'AGCS détermine la portée des dispositions NPF et du traitement national en exigeant que le pays d'accueil accorde un traitement non moins favorable aux « services et fournisseurs de services ». Les formules utilisées, par les différents instruments internationaux relatifs aux investissements, peuvent varier. Les accords d'investissement ont plutôt tendance à présenter d'autres normes de comparaison : la référence aux investisseurs « dans des circonstances analogues ». Cette formulation est l'une des formules le plus fréquemment utilisées dans les TBI et les accords commerciaux préférentiels qui suivent la structure de l'ALENA. Des concepts tels que «circonstances identiques », ou «situations similaires, analogues ou semblables » peuvent également être trouvés dans certains TBI. Néanmoins, la grande majorité des accords d'investissement, notamment les traités relatifs aux investissements, ne fait aucune référence à une exigence de similarité des situations.

Bien que ces variations textuelles puissent sembler triviales ces différences légères impliquent des différences importantes dans la portée de la disposition. Le choix opéré par les États traduit la volonté d'étendre ou, au contraire, de restreindre les effets potentiels des standards indirects de

[859] CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 146.

traitement. D'un côté de « l'éventail », la limitation des principes de NPF et de traitement national aux investisseurs dans les « situations identiques » semble être la formulation la plus restrictive. Cette formulation exigerait effectivement que les investisseurs aient des situations très similaires pour que les obligations de traitement prennent effet[860]. Les réductions de ce type sont isolées dans le cadre de la pratique conventionnelle contemporaine[861].

De l'autre côté, la formules « circonstances semblables » ou celle, moins courante, de « situations comparables » trouvées dans les accords d'investissement semblent accorder une certaine souplesse à l'interprètation quant au niveau de l'identité qui est requis par les provisions de traitement NPF et de traitement national. Dans la pratique conventionnelle, cette option est la plus répandue. Les formules circonstances ou situations similaires, analogues ou semblables sont aujourd'hui considérées équivalentes et interchangeables[862].

Ces formulations se rapportent plus étroitement aux normes de l'AGCS relatives aux services et aux fournisseurs de services similaires. En réalité, la recherche de la similarité des services et fournisseurs de services, au sens des articles II (clause de la nation plus favorisée) et XVII (traitement national) de l'AGCS, s'effectue en application d'une méthode unique. C'est la méthode dela détermination cas par cas. La circonstance selon laquelle certains services ou fournisseurs de services sont similaires dépend de chaque cas d'espèce, du contexte de la mesure contestée et de la disposition conventionnelle étudiée.

La formulation type de la clause NPF dans les TBI des Etats-Unis et du Canada dispose expressément que le droit s'applique uniquement dans les « circonstances similaires », et ce, à la différence des autres TBI (en particulier les "TBI établis sur le modèle européen") qui ne font pas référence au contexte comparatif de l'examen du traitement[863]. En effet, pour les États-Unis (partie aux deux séries d'accords), le terme des circonstances analogues présenté dans ses TBI et accords commerciaux préférentiels ainsi quela notion de similarité trouvée dans

[860]UNCTAD, National Treatment (1999), p. 37.
[861]CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », op. cit., p. 173.
[862] OCED, *National Treatment of Inernational Investment in South East European Countries : Measures Providing Exceptions*, Paris, OCED, 2003, p. 33.
[863] On trouve des exemples récents de cette formulation dans le chapitre sur l'investissement de l'accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Chili, l'accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Singapour conclu en 2003 et l'accord de libre-échange entre le Canada et Chili conclu en 1997, dont la formulation s'inspire de celle de l'ALENA. Les textes de ces accords sont semblables au sens où ils précisent clairement que l'intention est d'utiliser le critère de la similitude des circonstances dans lesquelles le traitement est accordé comme base de comparaison,OCDE, « Perspectives de l'investissement international », Paris : OCDE, pp. 161-162.

l'AGCS n'entraînent aucune différence[864]. Ce point de vue a aussi été adopté par le Mexique et le Canada, qui ont également signé des accords en employant ces deux termes[865]. Tandis que les composantes réelles d'un test de similarité demeurent vagues, ces formulations requièrent clairement un degré important de similitude entre les conditions réglementaires et de marché des acteurs concernés afin que les obligations NPF et TN s'appliquent.Toutefois, elles n'exigent pas d'identité totale entre les circonstances entourant les différents investisseurs concernés[866].

Dans le cadre des différends sous le Chapitre 11 de l'ALENA, les groupes spéciaux arbitraux ont constaté que « le traitement accordé à un investissement étranger protégé par l'obligation de traitement national doit être comparé à celui accordé aux investissements nationaux dans le même secteur économique »[867]. Ainsi,les seuls opérateurs intervenant dans le même secteur économique peuvent prétendre à se trouver dans des situations similaires, au regard duprincipe du TN (et NPF)[868]. Cela ne signifie pas qu'ils doivent nécessairement faire preuve d'une activité

[864]Voir les déclarations des États-Unis, *WTO, report of the meeting held on 19 March 2002*, para. 29.

[865]Selon le Groupe spécial dans l'affaire des Services Transfrontalières de Camionnage, les Parties [les États-Unis et le Mexique] ne contestent pas qu'il avait été attribué à l'expression « dans des circonstances analogues » [dans l'article 1202 de l'ALENA] un sens voisin de celui des termes « services et fournisseurs de services analogues » qui avaient été proposés par le Canada et le Mexique au cours des négociations ayant mené à l'ALÉNA. Rapport final du Groupe spécial 6 février 2001(dossier du Secrétariat no USA-MEX-98-2008-01), para. 249.

[866]La norme de traitement national et la question des circonstances similaires ont été soulevées dans d'autres arbitrages de l'ALENA, mais pas de considérations de fond ont été consacré à l'affaire. Dans l'affaire Loewen, par exemple, les requérants ont fait valoir qu'ils étaient soumis à un traitement discriminatoire dans l'administration de la justice, par rapport à d'autres demandeurs nationaux, notamment un concurrent commercial. Le groupe spécial d'arbitrage n'a pas considéré que les deux acteurs se trouvaient dans des « circonstances similaires » au motif que leurs circonstances « en tant que plaideurs étaient différentes » et qu'une telle comparaison individuelle ne permettait pas l'application de l'article 1102 de l'ALENA dans l'affaire. (voir Loewen Group Inc. c. Etats-Unis, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 98/3), sentence sur le fond, 26 juin 2003, paras. 139-140).

[867]Pope & Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11 – Investissement), Sentence sur le fond, 10 avril 2001, para. 78.

[868]Pour une discussion sur le concept de « circonstances similaires » et « les services et fournisseurs de services similaires » dans le contexte des disciplines de l'ALENA relatives à l'investissement, voir aussi JOHNSON Jon R., "Essential Disciplines of the National Treatment Obligation under NAFTA Chapter Eleven", 2 déc. 2001, pp. 4-8. En ligne sur :http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/treatment-e.pdf, et DIEBOLD Nicolas F., "Non-discrimination in international trade in services : 'likeness' in WTO/GATS", Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2010, pp. 143- 160. Le concept de « circonstances similaires » a été analysé de façon plus approfondie dans l'affaire relative au camionnage présentée par le Mexique contre les États-Unis en vertu du chapitre 20 de l'ALENA, ce qui impliquait l'obligation TN énoncée dans le chapitre de l'ALENA sur le commerce transfrontalier des services (chapitre 12, Article 1202). Le débat dans cette affaire ne concernait pas la portée sectorielle de TN ou de la NPF (les acteurs économiques concernés étaient tous des fournisseurs de services de camionnage), mais si les différences dans les cadres réglementaires des pays pourraient représenter des circonstances différenciées. Le Groupe spécial n'a pas expressément écarté cette possibilité, mais a fait remarquer qu' « une interprétation judicieuse de l'article 1202 suppose que le traitement différencié ne dépasse pas la mesure nécessaire pour la réalisation d'objectifs légitimes de réglementation tels que la sécurité et que ce traitement différencié soit équivalent à celui qui est accordé aux fournisseurs nationaux de services.» EU- Services Transfrontalières de Camionnage, Rapport final du Groupe spécial 6 février 2001(dossier du Secrétariat no USA-MEX-98-2008-01), para. 258.

identique. : Le tribunal dans l'affaire Feldman c. Mexique, a d'ailleurs strictement appliqué ce paramètre et en noté que :

« Du point de vue du Tribunal, la gamme des entreprises se trouvant dans des circonstances analogues se compose des entreprises étrangères et des entreprises locales qui revendent/exportent des cigarettes. Les autres entreprises mexicaines qui pourraient également exporter des cigarettes – les producteurs mexicains de cigarettes par exemple – ne se trouvent pas dans une situation analogue ».

En conséquence, le Tribunal considère que les entreprises étrangères et locales qui sont dans des circonstances analogues sont les entreprises commerciales : celles qui sont actives sur le même marché d'achat de cigarettes mexicaines pour les exporter[869].

Pourtant, le fait d'intervenir dans un même secteur n'est pas systématiquement une garantie de situation analogue. Ainsi,dans l'affaire Methanex,le tribunal a noté que l'élément comparateur pertinent, aux fins de l'obligation de TN, est que l'investisseur national soit dans les « circonstances les plus similaires » à l'investisseur étranger concerné. Par conséquent, lorsque des entreprises nationales opèrent exactement dans la même activité économique que l'investisseur étranger (en l'occurrence, la production de méthanol) dans le marché concerné, la comparaison doit être faite avec ces entreprises plutôt qu'avec d'autres entreprises concurrentes, lesquelles sont moins similaires à l'investisseur étranger. Selon les mots du tribunal:

"The key question is: who is the proper comparator? Simply to assume that the ethanol industry or a particular ethanol producer is the comparator here would beg that question. Given the object of Article 1102 and the flexibility which the provision provides in its adoption of "like circumstances", it would be as perverse to ignore identical comparators if they were available and to use comparators that were less "like", as it would be perverse to refuse to find and to apply less "like" comparators when no identical comparators existed. The difficulty which Methanex encounters in this regard is that there are comparators which are identical to it.

[...]

the tribunal [in Pope & Talbot v. Canada] selected the entities that were in the most "like circumstances" and not comparators that were in less "like circumstances". It would be a forced

[869]Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique, affaire CIRDI n°ARB(AF)/99/1, sentence du16 décembre 2002, paras. 171-172.

application of Article 1102 if a tribunal were to ignore the identical comparator and to try to lever in an, at best, approximate (and arguably inappropriate) comparator"[870].

Ainsi le tribunal a-t-il considéré, toujours sur le fondement de l'article 1102 de l'ALENA, qu'un producteur d'éthanol n'était pas dans la situation identique à celle d'un producteur de méthanol, les deux produits n'étant pas directement en compétition[871].

Une portée similaire a été donnée aux termes « dans des situations semblables » visés par l'obligation de traitement national, consacré à l'article II.2 (a) de TBI des États-Unis - Egypte de 1992[872]. Le tribunal, dans l'affaire Champion Trading Company c. Egypte[873], a effectivement assimilé les termes « situations similaires » et « circonstances similaires » en se référant à l'affaire Pope & Talbot. Le tribunal a ainsi noté qu'une telle situation a été définie comme situation similaire qui devrait être évaluée, au sein d'un même secteur économique ou d'activités[874].

Pour ce qui est de l'allégation de discrimination, les arbitres se sont fondés sur le contenu de l'article II(2) (a) et sur la jurisprudence internationale, en matière d'investissements pour insister sur le fait que la discrimination « suppose un traitement différencié appliqué à des personnes se trouvant dans une situation semblable »[875]. Appliquant ce principe, le tribunal a retenu que la société de droit local, constituée par les investisseurs dans cette affaire, n'était pas dans la même situation que les autres sociétés égyptiennes auxquelles des subventions avaient été octroyées[876]. La conclusion est indiscutable : n'étant pas dans une situation similaire, les investisseurs ne pouvaient se considérer victimes d'une discrimination. Cette interprétation a été

[870]Methanex corp. c. Etats-Unis, (ALENA), CNUDCI, sentence finale sur la compétence et le fond, 5 août 2005, Part IV - Chapitre B, paras. 17-19.
[871]Ibid. para. 28.
[872]Traité de protection et d'encouragement réciproque des investissements, États-Unis et Égypte, 29 septembre 1982, 21 I.L.M. 927(entrée en vigueur : 27 juin 1992).Selon l'article II (2)(a) de ce TBI : "Each Party shall accord investments in its territory, and associated activities in connection with these investments of nationals or companies of the other Party, treatment no less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of its own nationals and companies, or nationals and companies of any third country, whichever is the most favourable."
[873]Champion Trading Company et Ameritrade International Inc. c. République Arabe d'Egypte, affaire CIRDI n° ARB/02/ 9, sentence du 27 octobre 2006.
[874]Pope & Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11 – Investissement), Sentence sur le fond, 10 avril 2001, para. 78.
[875]A. Goetz et consorts c. Burundi, affaire CIRDI n° ARB/95/3, sentence du 10 février 1999, au para. 121, telle que cité dans Champion Trading Company c. Egypte, supra note 174 au para. 130.
[876]FOURET Julien et KHAYAT Dany, Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007), Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 475.

soutenue par les Etats-Unis et le Mexique, au cours du débat sur les « circonstances similaires » dans le contexte de l'affaire EU- Services Transfrontalières de Camionnage[877].

Alors qu'à ce jour les articles II, 1 et XVII, 1 de l'AGCS n'ont pas été soumis à autant de contrôle jurisprudentiel que leurs homologues, dans les accords d'investissement, il semble probable que les situations décrites ci-dessus semblent constituer « des services et des fournisseurs de services similaires » du point de vue des groupes spéciaux ou de l'organe d'appel de l'OMC. La similarité d'investisseurs étrangers et nationaux n'aura jamais la même teneur que la similitude de produits ou de services. L'Organe de règlement des différends de l'OMC est, à cet égard, extrêmement vigilant. Ainsi, la concurrence directe de deux produits constitue-t-elle un élément d'appréciation de leur caractère similaire ; de même, des investisseurs seront considérés comme comparables dans la mesure où ils agissent dans un même environnement concurrentiel [878]. Certains commentateurs ont ainsi convenu que l'identité de l'activité économique classée par la CPC ne détermine pas nécessairement la similarité des services - ou des fournisseurs de services - elle créerait en effet une forte présomption en ce sens[879].

Dans au moins un arbitrage d'investissement, le tribunal s'est écarté de l'examen du secteur économique ou du secteur d'activité dans lequel les entreprises concernées exercent leurs activités, pour se concentrer davantage sur d'autres critères. Certains tribunaux, en dehors de l'ALENA, semblent avoir retenu une acception plus large de la similarité des situations, en jugeant que la nature de l'activité importait davantage que son objet. Ainsi, par l'interprétation de l 'article II.1 du TBI Équateur - États-Unis de 1993, le tribunal arbitral dans l'affaire OEPC c. Equateur a conclu que les opérateurs étrangers dont l'activité principale est l'exportation de marchandises se trouvaient « dans une situation analogue » à celles des acteurs

[877]En ce sens, le Groupe spécial a relevé que les États-Unis soutiennent, sans que le Mexique le conteste, que l'expression « dans des circonstances analogues » n'est pas différente quant au fond de l'expression « dans des situations analogues » employée dans les traités bilatéraux sur l'investissement. EU- Services Transfrontalières de Camionnage, Rapport final du Groupe spécial 6 février 2001(dossier du Secrétariat no USA-MEX-98-2008-01), para. 249.

[878]CREPET-DAIGREMONT Claire, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », op. cit., p. 147.

[879] ZDOUC note que, bien que le groupe spécial ait pu adopter cette approche pour tenter de restreindre le groupe de fournisseurs potentiels similaires, cette constatation peut avoir l'effet inverse, car elle « pourrait également entraîner une notion très large de savoir quels fournisseurs de services pourraient être considérés comme « similaires ».ZDOUC Werner, "WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services", in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), "The WTO Dispute Settlement System 1995-2003", p. 399. D'autre part, MATTOO est d'avis que «La logique de la discipline de traitement national suggérerait de commencer par la présomption que les fournisseurs de services similaires sont des fournisseurs similaires". MATTOO Aaditya, National Treatment in the GATS - Corner-Stone or Pandora's Box, Journal of World Trade, Vol. 31, No. 1, 1997, p. 133.

nationaux intervenant dans le secteur de l'exportation, même si les marchandises exportées ne sont pas de même nature. Le tribunal a considéré que le terme:

[...]"in like situations" cannot be interpreted in the narrow sense advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken.

[...]

The "situation" can relate to all exporters that share such condition[880].

Du plus, le tribunal rejetait au reste la pertinence de la jurisprudence de l'ORD, jugeant que la clause de traitement national, dans le GATT, avait un objet bien trop différent de celui figurant dans les TBI[881].

Le tribunal a doncconclu que le requérant, une entreprise étrangère impliquée dans l'extraction et l'exploitation du gaz naturel, était pour se qualifier pour le remboursement de la TVA comme les autres entreprises nationales ou étrangères impliquées dans l'exportation d'autres produits(en particulier des fleurs, des mines, des produits de la mer, du bois d'œuvre, des bananes et de l'huile de palme africaine). Dans cette situation, selon le requérant, il y a violation de l'obligation de traitement national. Le requérant affirme également que le sens de « dans des situations semblables » ne se réfère pas aux industries ou sociétés impliquées dans le même secteur d'activité, comme les producteurs de pétrole, mais aux entreprises qui exportent même si elles englobent différents secteurs. En conséquence, le Tribunal estime que l'Équateur a manqué à ses obligations au titre de l'article II (I) du Traité[882]. Malgré l'absence de certitude concernant les paramètres à prendre en compte, dans l'interprétation des principes de NPF et de TN, en vertu de l'AGCS, il semblerait qu'une interprétation large permettrait une comparaison entre les entreprises opérant dans des secteurs économiques aussi différents que l'exploitation minière, la production de bois d'œuvre et les exportations agricoles. Il apparaît donc que si certains traités d'investissement adoptent une norme de comparaison similaire à la notion de «similarité» dans le

[880]Occidental Exploration and Production Company c. Equateur, LCIA n° UN 3467, sentence finale du 1er juillet 2004, paras. 173 et 176.
[881]*Ibid.*, para. 175 .
[882]*Ibid.*, paras. 168 et 179.

cadre de l'AGCS, la majorité des traités repose sur un contexte plus large ou n'utilise aucune définition[883].

Un nombre important d'AII contient une description de la norme de traitement, mais ne fait pas état de la question de savoir si le traitement s'applique à des activités déterminées ou à des situations ou circonstances similaires[884]. Ici, une simple référence est faite aux investisseurs et / ou aux investissements, dans des paragraphes habituellementséparés, suivis d'une description de la norme de traitement requise[885]. Ces accords, qui ne comportent aucune qualification des normes de comparaison, semblent fournir la portée substantielle la plus large. La CNUCED note que cette approche offre la portée la plus large pour la comparaison : en principe, toute question est pertinente pour déterminer si l'investisseur étranger à qui l'on accorde un traitement de la NPF ou du TN peut être considérée.[886]. Cela n'implique pas que les dispositions de traitement peuvent s'appuyer sur toute comparaison : il doit exister des éléments communs entre les différents sujets qui justifient l'application de la comparaison (entre ces sujets). Ceci constitue l'opinion du tribunal arbitral, dans l'affaire Metalpar. Ce tribunal a en effet adhéré aux arguments du pays, répondant que la discrimination ne peut être évaluée qu'au sein des groupes ou catégories de personnes dans la même situation, bien que le TBI entre l'Argentine et le Chili n'ait pas fourni une qualification sur la norme de comparaison. Le tribunal a conclu que le requérant, une société spécialisée dans la fabrication de carrosseries d'autobus, ne pouvait pas faire valoir d'avoir été traitée de manière discriminatoire par rapport aux entreprises impliquées dans le secteur financier[887].

S'il est clair que l'absence de norme de comparaison n'ouvre pas la voie à une sorte de traitement national universel, il reste vrai que le test sera plus facile, pour l'investisseur, que face à des formulations nécessitant la preuve de situations, de circonstances et / ou de contextes fonctionnels similaires[888]. La grande majorité des traités d'investissement existants, en particulier

[883]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is there Fire behind the (BIT-) Smoke?", Journal of International Economic Law 11(2):365-409 · June 2008, p. 384.
[884]UNCTAD, National Treatment (1999), p. 34.
[885]Une telle approche se retrouve par exemple dans les modèles TBI chilien, français, allemand, suisse et britannique, mais le dernier conserve une formule de délimitation fonctionnelle en relation avec le traitement des investisseurs.
[886]UNCTAD, National Treatment (1999), p. 34.
[887]Voir Metalpar S.A.& Buen Air S.A. c. Argentine, affaire CIRDI n° RB/03/5 , décisions sur la compétence du 27 avril 2006, paras. 161-164. Le tribunal Metalpar cite et adopte une norme de "similarité" développée dans l'affaire CMS. Fait intéressant, toutefois, le différend CMS a développé cette interprétation basée sur le TBI Argentine-États-Unis ce qui limite l'obligation NPF et TN aux investisseurs dans des «situations similaires». voir CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, para. 293.
[888]UNCTAD, National Treatment (1999), p. 34.

ceux qui sont promus par les pays européens et les pays en développement, suit ce type d'approche ouverte.

De cette revue, il semble adapté de conclure que les obligations de la NPF et du TN de l'AGCS ont une portée substantielle similaire à celles des TBI et des accords commerciaux préférentiels de « nord-américain » qui disposent d'un standard de comparaison des « circonstances similaires / analogues ». Ces accords à leur tour disposent d'une portée plus large que certains accords d'investissement avecdes qualifications comme des situations «identiques » ou «mêmes situations» et une portée potentielle beaucoup plus étroite queles accords «européens» d'investissement qui n'introduisent aucune qualification spécifique à la norme de comparaison. La question de savoir si les accords avec référence à des « circonstances similaires » sont de portée égale ou plus étroite que ceux qui introduisent la norme des "situations similaires" dépend du fait que les décisions arbitrales futures évolueront selon les lignes directrices proposées par les affaires de Champion Trade Company c. Egypte ou celles de OEPC c. Equateur.

B) Les exceptions et la couverture sectorielle de la norme de traitement (TN/NPF)

Bien que la prévention de la discrimination entre les investisseurs soit l'objectif principal des principes NPF et TN, dans les différents accords d'investissement, les conditions particulières d'applicabilité, dans chaque, cas dépendent de la rédaction de la clause figurant dans chaque accord, ainsi que de la portée globale de l'accord d'investissement. La portée substantielle des deux principes est donc largement déterminée par la portée de l'accord lui-même. Le champ d'application des dispositions relatives au traitement national et au traitement NPF, dans un accord international d'investissement, dépend de l'importance des exceptions qui s'y rapportent. Plusieurs traités bilatéraux cherchent à limiter l'obligation d'accorder la clause NPF ou du traitement national, en précisant des conditions supplémentaires, des exceptions ou des dérogations. Certaines de ces exceptions, au caractère systémique, sont directement liées à la nature du traitement NPF. Ce type d'exception, connu également sous le nom de « clause de regroupement économique », est mis en œuvre par les TBI et les accords régionaux sur l'investissement, et les exonérer d'étendre les droits de la clause NPF et du traitement national à des non-membres[889]. D'autres sont des exceptions nationales concernant, par exemple, les secteurs de l'économie qui sont exclus du domaine d'application des clauses

[889]CNUCED – Trends in International Investments Agreements: An Overview, UN Publications, Geneva, 1999, p. 63.

indirectes. Ce type d'exception permet à un État de ne pas étendre à d'autres États, à travers la clause de traitement, un privilège accordé à un pays tiers, dans le cadre d'un accord bilatéral.

1. L'exception d'intégration économique à la NPF

Une des exceptions importantes à l'obligation NPF qui figure dans certains accords internationaux est l'exception liée à une clause d'intégration économique régionale (clause ORIE). Il convient de souligner, au préalable, que cette exception existe, à l'origine, en droit international commercial. La difficulté posée en la matière suite à la prolifération des zones ou institutions d'intégration économique permet à leurs membres de mettre en place des régimes, préférentiels en leur faveur, qui ne peuvent bénéficier à aucun autre Etat tiers[890]. Cependant, cette question ne pose plus de problème étant donné que les parties contractantes à un TBI insèrent une limitation à cet égard.

Alors que de telles exceptions sont plutôt « standard » dans les accords économiques internationaux, il a été noté que certains TBI, notamment ceux conclus par le Canada et les États-Unis depuis le début des années 1990, ne comprennent pas une telle disposition. Ces TBIsuivent l'usage consistant à dresser la liste des exceptions ou des réserves des pays à l'égard du traitement NPF (et d'autres règles) en tant que « mesures non-conformes » dans des annexes distinctes. En outre, les accords qui admettent une telle exception n'ont généralement pas exposé de conditions spécifiques, pour les accords commerciaux préférentiels, que l'on trouve dans l'AGCS, à l'article V.

La généralisation de la clause NPF n'est cependant pas synonyme d'identité. Par conséquent, son domaine d'application s'avère sensiblement hétérogène. Si cette diversité est manifeste dans les TBI, elle s'estompe à travers les accords régionaux sur l'investissement. A nouveau, les différentes approches ont un impact sur la portée de la clause NPF, en élargissant ou en diminuant la portée du principe. Généralement, l'examen des TBI relevant des différents modèles révèle, qu'en matière d'application de la clause NPF, deux préoccupations s'opposent. D'un côté de « l'éventail » apparaissent ces TBI qui consacrent une obligation de la « NPF absolue », ne permettant aucune préférence aux investisseurs des pays tiers, même sur la base de la conclusion d'un accord d'intégration économique large. Les modèles canadiens et américains admettent, dans ces articles, l'entrée en vigueur de ces clauses, dès la phase

[890]CREPET, DAIGREMONT Claire, « Le traitement national et le traitement de la Nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », Colloque du 3 mai 2004, Institut des hautes études internationales, Paris II, p.8.

d'établissement de l'investissement. Ces modèles accordent, ainsi, de plein droit le bénéfice du traitement national et celui de la nation la plus favorisée, aux phases pré et post établissement. L'obligation consacrée par le principe NPF, en vertu de ces traités, semble plus large que l'article II de l'AGCS ou les dispositions de la NPF dans d'autres accords d'investissement.Ils obligent en effet les parties (à savoir les États-Unis et l'autre pays signataire) à accorder aux investisseurs de l'autre partie le meilleur traitement accordé à tout investisseur étranger, y compris ceux des pays avec lesquels la partie est entrée et a conclu un processus d'intégration économique.

Cependant, tous les TBI signés par les États-Unis et le Canada recourent à un autre type d'exceptions qui « donne aux parties contractantes le droit de déroger aux clauses indirectes en ce qui concerne toute activité ou tout secteur, à condition que cette exception figure sur la liste des dérogations particulières par pays ». Cette possibilité remédie partiellement au problème de l'absence d'exception au principe NPF, en matière d'intégration économique : les pays signataires pouvant utiliser les listes de réserves pour exclure de l'obligation de la NPF les activités économiques pour lesquelles elles souhaitent accorder des préférences aux investisseurs de leurs partenaires d'intégration économique. Les rédacteurs du modèle américain de 2004 ont préféré simplement insister sur ces exceptions, dans le corps du texte, ainsi que par le biais d'un seul article (14) intitulé « mesures non-conformes ». Selon cette approche de liste des « mesures non-conformes », l'État hôte serait tenu d'accorder un traitement de la NPF, dans tous les secteurs, sauf ceux expressément exclus dans le traité. Cette pratique « puise […] son fondement dans le principe selon lequel il pourrait être nécessaire de faire des dérogations à la clause de la Nation la plus favorisée à propos de mesures futures et éventuelles, impossibles à prévoir avec précision au moment de la conclusion de l'accord[891] ». Si les parties ne souhaitent pas recourir à des exceptions sectorielles ou pour quelque raison que ce soit ne mentionnent pas les mesures pertinentes comme réserve, les privilèges accordés aux investisseurs des pays avec lesquels des accords d'intégration économique ont été conclus doivent être étendus aux investisseurs d'autres parties des TBI.

De l'autre côté de l'éventail, l'AGCS, ainsi que la plupart des accords bilatéraux et régionaux d'investissement, permetaux parties d'accorder un traitement préférentiel aux investisseurs des

[891]LABIDI Hind, « Où va la clause de la Nation la plus favorisée en droit international des investissements », in Ferhat Horchani (dir.), Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Paris, Pedone, 2006, p. 38.

pays avec lesquels un accord d'intégration économique a été conclu[892]. Cette exception, que l'on trouve dans les accords conclus entre les pays qui sont membres d'une organisation d'intégration régionale, tend à éviter l'opportunisme résultant du caractère inconditionnel des clauses de traitement. L'article V exprime à cet égard que « L'accord n'empêchera aucun des Membres d'être partie ou de participer à un accord libéralisant le commerce des services entre deux parties audit accord ou plus, à condition qu'un tel accord réponde à certaines exigences importantes énoncées par la suite ».

Les paramètres à examiner pour déterminer la conformité d'un accord d'intégration économique avec l'article V ont été définis. Afin de se qualifier comme une exception au principe NPF de l'AGCS, l'article V prévoit qu'un accord d'intégration économique doit : avoir une couverture sectorielle substantielle ; éliminer toute discrimination aux fournisseurs de services du partenaire ; ne relève pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services ; et prévoir une règle libérale d'origine[893].

À l'opposé de l'AGCS, les accords d'investissement prévoient une approche très différente concernant l'exception de l'intégration économique. Au-delà des exemples classiques, l'on peut retrouver, dans la pratique conventionnelle de certains États, des limitations plus originales. Le modèle finlandais de TBI indique que les standards de traitement ne pourront avoir pour effet d'étendre à l'investisseur le bénéfice des avantages découlant de traités multilatéraux relatifs à

[892]Par exemple, les restrictions au traitement NPF contenues dans l'Accord de libre-échange entre les États de l'AELE et Singapour ; l'article 40.2. dispose que: « Si une Partie accorde un traitement plus favorable aux investisseurs de tout autre État ou à leurs investissements en vertu d'un accord de libre-échange, d'une union douanière ou d'un accord similaire qui prévoit également une libéralisation substantielle des investissements, elle ne sera pas tenue d'accorder ce traitement aux investisseurs d'une autre Partie ou à leurs investissements. Toutefois, à la demande d'une autre Partie, elle ménagera des possibilités adéquates de négocier les avantages conférés ».

[893] En particulier, l'article V : 1,4,6 lit comme suit :

1. Le présent accord n'empêchera aucun des Membres d'être partie ou de participer à un accord libéralisant le commerce des services entre deux parties audit accord ou plus, à condition que cet accord:

a) couvre un nombre substantiel de secteurs(1), et

b) prévoie l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de toute discrimination, au sens de l'article XVII, entre deux parties ou plus, dans les secteurs visés à l'alinéa a), par:

i) l'élimination des mesures discriminatoires existantes, et/ou

ii) l'interdiction de nouvelles mesures discriminatoires ou de mesures plus discriminatoires, soit à l'entrée en vigueur dudit accord, soit sur la base d'un calendrier raisonnable, sauf pour les mesures autorisées au titre des articles XI, XII, XIV et XIVbis.

[...]

4. Tout accord visé au paragraphe 1 sera destiné à faciliter les échanges entre les parties et ne relèvera pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services dans les secteurs ou sous-secteurs respectifs par rapport au niveau applicable avant un tel accord.

[...]

6. Un fournisseur de services de tout autre Membre qui est une personne morale constituée conformément à la législation d'une partie à un accord visé au paragraphe 1 aura droit au traitement accordé en vertu dudit accord, à condition qu'il effectue des opérations commerciales substantielles sur le territoire des parties audit accord.

l'investissement [894] . Ainsi, il indique expressément, dans les termes de l'article 4, que l'obligation NPF :

shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from any existing or future [...] free trade area, customs union, economic union, regional economic integration agreement or similar international agreement [...][895].

Les accords d'investissement ne précisent pas ce qui constitue « une zone de libre-échange », « une union douanière », ou « un marché commun». Par conséquent, il ressort de que les paramètres à examiner pour qualifier un accord d'intégration économique, en vertu de l'une de ces catégories, relèvent de l'intention des Parties d'un tel accord.

Aux fins d'évaluer la conformité d'un accord d'intégration économique avec l'article V, le paragraphe 2 dispose qu'il pourra être tenu également compte du rapport entre l'accord et « un processus plus large d'intégration économique ou de libéralisation des échanges » entre les parties à l'accord. Un « processus plus large d'intégration économique » désigne spécifiquement l'abaissement des obstacles au commerce d'investissements (en service) entre les parties à un accord d'intégration économique. Par ce biais, l'AGCS empêche les membres de l'OMC d'échapper au principe fondamental de la NPF, par la conclusion des accords d' « union douanière » ou de « zone de libre-échange » qui ne le sont que dans leurs titres, et exige que les parties qui souhaitent se prévaloir de l'exemption NPF soient effectivement engagées dans un véritable processus d'intégration économique.

L'octroi du traitement NPF dans un traité est devenu ainsi un souci non seulement pour les pays qui sont déjà des membres de tels groupements, mais également pour les pays d'accueil qui projettent d'entrer dans des arrangements spécifiques dans l'avenir[896].

L'exception d'intégration économique dans les accords d'investissement laisse essentiellement aux parties le soin de déterminer quand les accords commerciaux qu'ils concluent sont ou non couverts par l'obligation ; cette expression moins rigoureuse laisse alors aux parties une plus grande marge de manœuvre pour la conclusion d'un tel accord plurilatéral et pour échapper à l'obligation NPF. Ce pouvoir discrétionnaire ne peut être abusé : le champ d'application de

[894]Finland 2001 Model BIT, art.4.c.
[895]UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, United Nations New York and Geneva, 2002 , p. 289.
[896]IBRHIM-KHALIL Mohamed, "Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties", International Centre for the Settlement of Investment Disputes Review; Foreign Investment Law Journal vol. 7, N°2, 1992, p.349

l'obligation NPF et l'exception de l'intégration économique peuvent éventuellement être examinés par un tribunal arbitral ;il relèvera de leur compétence de donner un sens aux termes exprimés dans l'exception d'intégration économique. Pourtant, il semble clair que l'absence de conditions précises, à respecter par les accords d'intégration, autorise, en soi, une exception plus large que celle prévue à l'article V de l'AGCS.

Cependant, ce type d'exception est de nature à compromettre « l'objectif général de conditions égales de concurrence [897] ». Il convient de souligner, dans ce cadre, que la question de la concurrence n'a pas été réglementée en matière d'investissements internationaux bien qu'il s'agisse d'un sujet ayant « une incidence évidente tant sur les courants d'échange que sur les flux d'investissement[898]».

Cette description incite à penser que pour ce qui est de l'exception de l'intégration économique au principe NPF, l'AGCS se trouve dans une position intermédiaire. Ilsepositionne en effet entre les TBI conçus sur le modèle «américain» qui ne comportent pas d'exception et prévoient donc une obligation NPF plus large et tous les autres accords d'investissement, en particulier ceux rédigés sur le modèle européen, comportant une exception sans préciser aucune condition particulière.Une plus grande liberte pour dévier du principe de la NPF en résulte alors.

2. Couverture sectorielle des principes de l'obligation NPF et du TN

Les dérogations à certaines dispositions de fond des AII sont le moyen habituel de déterminer, de façon plus précise, le champ d'application de ces accords. La présence des clauses d'exemptions qui représentent autant d'exceptions est une illustration de la relativité de la libéralisation des investissements. Il a également été constaté que la couverture sectorielle des obligations de la NPF et du TN peut être limitée par l'utilisation des listes de réservations ou listes d'engagements. Durant les négociations de l'AGCS, il a été convenu que, outre les obligations d'application générale, comme les obligations de traitement NPF et de transparence, chaque membre serait libre de déterminer les engagements sectoriels spécifiques d'ouverture des marchés qu'il contracterait. Les listes d'engagements spécifiques indiquent donc l'accès au marché et le traitement que les membres sont prêts à accorder, sur leur territoire, aux fournisseurs étrangers dans des secteurs précis. Les membres pouvaient également assortir ces engagements de limitations ou restrictions.

[897]CARREAU Dominique, « Investissement », répertoire de droit international Dalloz, août 2008, p. 48, n. 334.
[898]Ibid., p. 49, n. 341.

Il est important de rappeler que l'obligation NPF de l'AGCS s'applique de manière très large à toutes les « mesures de Membres affectant le commerce des services », dans tous les secteurs de services. L'exception majeure ici est celle des services fournis dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental et des mesures inscrites dans la liste d'un Membre, conformément aux conditions de l'Annexe sur les Exemptions des obligations énoncées à l'Article II.

Ainsi, s'agissant du principe de la NPF, l'AGCS adopte une liste d'exemptions sur une base de liste négative qui fixe les règles générales sujettes à réserve. Concernant les mesures relatives au traitement national et à l'accès au marché (articles XVII et XVI), l'accord est complété par des listes sectorielles d'engagements spécifiques, par pays, qui suivent une approche hybride.

Cet Accord apparaît atypique dans la mesure où il combine deux techniques de libéralisation législative[899] : celle de la « liste positive » et celle de la « liste négative ». Cette approche hybride se traduit par une énumération positive des secteurs soumis aux règles de l'accord et par une énumération négative des limitations concernant l'accès aux marchés et du traitement national[900].

Les AII qui cherchent à libéraliser l'investissement et à accorder une plus grande protection aux investisseurs sont caractérisés par une couverture large. Cela inclut généralement : a) une définition large de l'investissement, unecouverture de présences commerciales de mode 3 pour les services et une couverture des investissements de portefeuille ; b) une définition large des investisseurs avec une couverture des résidents permanents ; et c) des mesures dérogatoires limitées à la mise en œuvre des dispositions de fond. Le contenu exact des dispositions du TBI varie considérablement, y compris entre les TBI signés par le même pays, ce qui reflète des approches différentes ainsi que des positions de négociation diverses. Les États s'avèrent donc soucieux de circonscrire avec précision le champ d'application des clauses indirectes au domaine de l'investissement.

Les AII suivent l'une des deux principales approches pour constituer une liste sectorielle d'engagements. Ces approches peuvent se résumer comme suit :

- Premièrement, les accords couvrant la phase de pré-établissement adoptent une liste négative et définissent les mesures et secteurs qui sont «exemptés» des obligations de libéralisation. Ces mesures dérogatoires sont généralement présentées dans une annexe, avec une deuxième annexe couvrant les secteurs où est préservée une certaine souplesse pour l'avenir. Par exemple, les

[899]OMC, « Rapport annuel : Commerce et Investissement directs étrangers », Genève, 1996, p.83.
[900]GANESANA. V., « Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options », Transnational Corporations, vol.7: n°2, 1997,p.30.

Traités de la libéralisation des investissements conclus par les États-Unis, le Canada et plus récemment le Japon, disposent d'une liste négative de réserves sectorielles pour leurs principales disciplines, y compris le traitement NPF et TN.

- Deuxièmement,l'approche utilisée dans les accords qui limitent le bénéfice des clauses indirectes à la phase postérieure à l'admission consiste à inclure des listes positives, du style AGCS où les dispositions relatives au traitement ne s'appliquent qu'aux mesures et secteurs définis dans la liste. Ainsi, les TBI de protection des investissements conclus par les pays européens et les pays en développement ne disposent pas de limites sectorielles sous la forme de listes d'exemptions ou listes d'engagements. Leurs principales disciplines, y compris le traitement NPF et TN, s'appliquent à tous les niveaux et à tous les investissements établis.

- Les accords commerciaux préférentiels qui suivent le modèle de l'ALENA adoptent généralement des listes de réservation basées sur une approche de la liste négative.

- Quelques accords commerciaux préférentiels, principalement ceux conclus par l'Union européenne, suivent l'approche de l'AGCS et adoptent une annexe d'engagements fondés sur une liste hybride de leurs principales obligations de libéralisation des investissements. En combinant liste positive et liste négative, le traitement national concernant le pré-établissement est régi par une liste positive et le traitement après établissement par une liste négative.

Avoir recours à telle ou telle approche pour établir la liste des engagements peut avoir des conséquences importantes à la fois sur la structure d'un AII et sur la portée des engagements de libéralisation[901]. Quelle que soit l'approche, ces listes sont un élément clé de l'accord car ce sont ces listes d'engagements ou listes d'exemptions qui déterminent, en fin de compte, les secteurs économiques qui sont soumis aux disciplines de l'accord. L'interaction entre les listes d'exceptions et les dispositions de fond déterminera le degré de libéralisation et de protection offert. En général, les AII qui couvrent l'admission et utilisent les listes d'exceptions semblent favoriser l'approche de la liste négative qui contribue à une libéralisation plus directe[902]. La méthode des listes positives aboutit théoriquement au même degré de libéralisation que celle de la liste négative mais elle permet de définir plus librement le champ d'application et le rythme des

[901]On peut trouver un examen détaillé des éléments des différentes approches pour élaborer la liste de réserves et d'engagement dans un document de la CNUCED intitulé « Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves », Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New-York ; Genève : Nations Unies, 2006, pp. 17-31.

[902]CNUCED, Identification des aspects essentiels des accords d'investissement dans la région de l'APEC, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2008, p. 21.

engagements de libéralisation. La méthode de la liste négative a été adoptée pour des ACR du type ALENA (Communauté andine, CARICOM), les accords européens alors que les accords UE-Chili, ANASE, Mercosur, les accords Japon-Singapour et les accords Etats-Unis-Jordanie prévoient l'établissement de listes positives[903].

Ce qui précède peut, dans une certaine mesure, expliquer la variation des approches de la libéralisation des services, selon les accords ainsi que l'impact des réglementations sectorielles sur la libéralisation du commerce des services. Selon les AII, les angles d'approche sont différents du point de vue des secteurs et des modes concernés, de sorte qu'ils entravent la possibilité de comparer les chiffres réels des secteurs de services soumis aux disciplines NPF et TN, en vertu de l'AGCS par rapport aux autres accords d'investissement.

Au sujet des secteurs et des modes concernés, étant donné que l'AGCS ne prescrit aucun secteur particulier ni aucun niveau d'engagement, il existe de grandes différences dans la portée des engagements concernant les différents secteurs. Alors que les secteurs importants du point de vue de l'infrastructure générale, comme les services financiers et les communications, ont suscité de nombreux engagements, d'autres secteurs comme la santé et l'éducation ont été inscrits dans les Listes de moins d'un tiers des Membres. Toutefois, les accords d'investissement tendent à prévoir une couverture sectorielle universelle, à l'exception des secteurs sensibles comme ceux des transports aériens et maritimes et des services audiovisuels. Certains accords prévoient un traitement distinct pour les investissements (accords du type ALENA, MERCOSUR, UE) et les mouvements de personnes (ALENA). Certaines dispositions relatives à des secteurs spécifiques peuvent aussi comporter un élément de libéralisation, y compris pour les secteurs des services financiers, des transports aériens, maritimes et terrestres, des télécommunications, des services professionnels et du mouvement des personnes physiques (Mode 4)[904].

Par contraste, des études comparatives sur la portée de l'AGCS et des accords d'investissement semblent indiquer que l'obligation NPF et l'obligation TN, découlant de ce dernier type d'accords, tendent à avoir une portée sectorielle plus large, parfois beaucoup plus étendue que leurs homologues multilatéraux.

Dans ce sens, afin d'évaluer dans quelle mesure un nouvel accès est accordé dans le cadre des Accords de partenariat économique et en comparant les engagements pris dans les accords

[903] CNUCED, « Le commerce des services et ses incidences sur le développement », Note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.1/85, Genève, 2007, p. 7.
[904] CNUCED, « Le commerce des services et ses incidences sur le développement », Note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.1/85, Genève, 2007, p. 7.

commerciaux multilatéraux avec les engagements actuels dans le cadre de l'AGCS, ainsi que les offres de négociations en cours du cycle de Doha , Roy, Marchetti et Lim[905] ont fait un constat. Ils ont observé en effet que « dans l'ensemble, les engagements des accords commerciaux préférentiels tendent à aller nettement au-delà des offres de l'AGCS en termes des engagements nouveaux et améliorés. La proportion des engagements nouveaux ou améliorés est généralement beaucoup plus grande dans les ACP (par rapport aux offres de l'AGCS) que dans les offres de l'AGCS (par rapport aux engagements existants de l'AGCS) ». Les auteurs notent en outre que « bien que la diversité ait été trouvée, l'aperçu suggère que de nombreux ACP vont bien au-delà des offres de l'AGCS en ce qui concerne la couverture sectorielle (c'est-à-dire les engagements dans les nouveaux sous-secteurs), mais aussi les niveaux d'engagements, où les engagements dans les offres/listes de l'AGCS ont été améliorées ». En ce qui concerne les améliorations sectorielles en matière d'investissement, les auteurs indiquent que « dans le cas du mode 3, la propension moyenne de tous les sous-secteurs examinés est passée de 50 % dans les offres de l'AGCS à 81% en accords commerciaux préférentiels »[906].

De la littérature existante sur la couverture sectorielle des accords d'investissement au regard de l'AGCS,l'on peut conclure que les TBI de protection de l'investissement, en interdisant les exclusions sectorielles, garantissent aux investissements étrangers la NPF et le TN dans tous les secteurs économiques. Ces TBI fournissent donc une couverture sectorielle beaucoup plus large que l'AGCS pour les deux principes NPF et TN.

Par contre, Les TBI de libéralisation des investissements et les accords commerciaux préférentiels, comme l'AGCS, permettent aux parties de déterminer la couverture sectorielle de l'accord, en utilisant des listes spécifiques par pays. Il existe pourtant de grandes variations entre ces instruments :

[905]MARTIN Roy, MARCHETTI Juan et LIM Hoe, "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", World Trade Review, vol. 6: n°2, 2007, pp. 171 et 173. https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200607_e.pdf.

[906]Dans une étude similaire, Fink et Molinuevo ont tenté d'évaluer le contenu de la libéralisation de l'AGCS vis-à-vis des accords commerciaux préférentiels conclus par les pays d'Asie de l'Est en ce qui concerne tous les modes de fourniture de services, y compris les investissements. Les auteurs concluent que « les accords commerciaux préférentiels ne fournissent pas le libre-échange immédiat [et d'investissement] à tous les niveaux, mais seulement offrent un pas dans cette direction »; « Tandis que l'approche des listes négatives induit la programmation de nouveaux sous-secteurs, élargissant ainsi la couverture sectorielle de l'accord, l'approche ne présente aucun avantage pour promouvoir des engagements plus profonds en termes d'élimination des restrictions existantes ».FINK Carstenet MOLINUEVO Martín, "East Asian preferential trade agreements in services: liberalisation content and wto rules", World Trade Review, vol.7, n°4, 2008, pp. 647-649 et 654.

1- l'obligation NPF de l'AGCS semble fournir une couverture sectorielle relativement plus large que la plupart des TBI et des accords commerciaux préférentiels. Dans le cas de l'AGCS, cela est également compatible avec le fait que le principe NPF constitue une obligation générale de l'accord, tandis que le principe de TN est assujetti à des engagements spécifiques. Cette différenciation ne se trouve pas normalement dans les accords d'investissement qui tendent à offrir une liste commune d'engagements et de réserves pour toutes leurs disciplines principales dans les cas où le pays peut indiquer la disposition spécifique concernée par la réserve.

2- Les dérogations au régime de NPF sont moins importantes que les restrictions de TN dans les accords d'investissement. Ainsi, l'obligation NPF tend à être soumise à moins de restrictions que le principe TN, à travers tous ces instruments. Dans ce sens, après étude des listes négatives des chapitres d'investissement de six ACP conclus en Amérique, la CNUCED constate que les pays tendent à accorder à tous les investisseurs étrangers un traitement similaire, alors qu'ils préfèrent réserver leurs préférences à leurs investisseurs nationaux [907] . Dans le contexte de l'AGCS, Matto observe une relation inverse entre les secteurs de services où des exemptions NPF ont été déposées et des engagements spécifiques ont été pris.Maisil ne fournit pas de chiffres précis sur l'incidence sectorielle de telle ou telle discipline. L'auteur conclut que « Dans l'ensemble, les exemptions NPF sembleraient les plus importantes dans des secteurs comme les services audiovisuels et le transport maritime, où peu d'engagements spécifiques ont été pris et que les pratiques discriminatoires semblent être empiriquement importantes. Dans d'autres cas, où les exemptions coexistent avec des engagements spécifiques (comme dans les services financiers) ou lorsqu'elles légitiment les préférences qui ne touchent pas beaucoup la structure du commerce (comme dans la fourniture transfrontalière de services de transport terrestre), il y a probablement moins de préoccupation »[908].

3- En ce qui concerne les disciplines du TN, les accords bilatéraux et les accords commerciaux préférentiels ont tendance à se doter d'une plus grande couverture sectorielle que l'AGCS. Cela est d'autant plus clair dans les TBI de la libéralisation et les listes négatives des accords commerciaux préférentiels qui présentent généralement une portée sectorielle réellement supérieure à celle de l'accord multilatéral.

[907]CNUCED, Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves, Etudes de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développemen, New York ; Genève : Nations Unies, 2006, pp. 56,61, 64-65.

[908] MATTOO Aaditya, "MFN and the GATS", in: Cottier, T./Mavroidis, P. (eds.), Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination (2000), pp. 67-69.

Titre 2. Le chevauchement éventuel entre les dispositions relatives aux standards minimaux de traitement

Les normes comparatives de traitement ne pourraient être isolées des éléments de comparaison qui en permettent l'interprétation et l'application. Ainsi, le standard du traitement de la nation la plus favorisée, comme le standard du traitement national, opèrent par l'extension de droits déjà accordés à certains investisseurs et investissements (investisseurs et investissements de la partie contractante). Ils ne fournissent pas, cependant, la garantie objective d'un «bon» traitement envers les investisseurs étrangers. En effet, on ne pourrait vérifier si les obligations de la nation plus favoriséé et de traitement national sont satisfaites qu'en recourant à l'analyse du traitement dont bénéficient les investisseurs et les investissements nationaux, ou les investisseurs et les investissements ressortissant à la nation la plus favorisée. Par opposition, les standards minimaux de traitement sont destinés à garantir aux investisseurs étrangers un traitement adéquat, indépendamment du traitement que le pays d'accueil accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'autres pays. Ainsi, le standard du traitement juste et équitable, tout comme le standard de la pleine et entière protection et sécurité, seraient des standards de caractère absolu dont le continu ne se définirait pas par référence à des éléments extérieurs mais referméssur eux-mêmes[909].

Le droit international des investissements utilise différentes techniques pour élaborer les normes régissant la conduite de l'Etat envers l'investisseur étranger. L'une d'elles consiste à recourir à des standards de traitement. Dans la plupart des cas, la doctrine et la jurisprudence décrivent pour l'emploi de ce terme, le seul fait que la norme en question soit récurrente[910]. D'une acception plus technique, ce terme renvoie à la façon qu'une norme a de régir la conduite de son destinataire. Plusieurs formulations se retrouvent dans les conventions relatives à l'investissement(bilatérales ou multilatérales) qui entendent exprimer l'obligation de l'État hôte d'assurer un certain niveau de «bon» traitement des investisseurs étrangers. Dans un traité bilatéral d'investissement, le «traitement juste et équitable», ainsi que la «protection et sécurité

[909]CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique 5e édition, Paris, Dalloz, 2013, p. 499.

[910]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière, *», in ch. leben (dir.), droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 288.

pleine et entière » constituent des standards qui peuvent être examinés et relèvent de la catégorie commune des « standards minimaux de traitement».

L'obligation de traitement juste et équitable des investissements étrangers est présente dans de nombreux TBI mais ne connait pas de définition précise et générale. Contrairement au standard de traitement national ou à la clause NPF, le traitement juste et équitable n'offre pas d'élément de comparaison permettant de déterminer précisément dans quels cas l'Etat viole son obligation. Il existe donc différentes conception du standard de traitement juste et équitable, avec une portée plus ou moins étendue (Chapitre 1).

Au niveau multilatéral, l'AGCS ne prévoit aucune disposition faisant expressément référence à une certaine norme minimale de traitement que les membres de l'OMC doivent accorder aux fournisseurs de services étrangers [911]. Néanmoins, l'accord comporte un certain nombre de dispositions qui, regroupées, peuvent impliquer certaines obligations s'apparentant au principe des standards minimaux de traitement, en particulier l'obligation de « traitement juste et équitable». Par exemple, l'article VI de l'AGCS offre, dans une certaine mesure, une protection aux investisseurs étrangers contre les mêmes formes de conduite des autorités nationales, prévues par le standard de traitement juste et équitable (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les standards minimaux de traitement dans les accords d'investissement

La notion de standard fait référence à « un étalon de comportement généralement accepté, de nature à entraîner prévisibilité et stabilité de ce dernier »[912]. Le standard de traitement juste et équitable, issu du droit international des investissements, est une traduction du traditionnel standard minimum de protection des étrangers. Ainsi le TJE est considéré par certains comme le « nouvel avatar » du standard de traitement international minimum[913]. Les Etats, en vertu du principe traditionnel de traitement minimum, sont tenus de traiter les étrangers de manière « convenable, satisfaisante, normal… »[914]. Ce standard minimum a été défini dans la sentence *Neer* de 1926[915] dont il ressortait que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée, en cas de

[911]ROY Martin, "Implications for the GATS of Negotiations on a Multilateral Investment Framework; Potential Synergies and Pitfalls", Journal of World Investment (2003), Vol. 4, No. 6, pp. 968-972.
[912]CARREAU Dominique, « Investissements », Répertoire International Dalloz, août 2008, p. 19, §130.
[913]DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Alain, Droit international public, 8ème édition, Paris, LGDJ, 2009, p. 1216.
[914]COMBACAU Jean et SUR Serge, Droit international public, 8e édition, Paris: Montchrestien, 2008, p. 380.
[915]L.F.H. Neer et Pauline Neer (Etats-Unis) c/ Mexique, sentence de la Commission Américano-Mexicaine (General Claims Commission) rendue le 15 octobre 1926, Recueil des sentences arbitrales, Nations Unies, 2006. selon laquelle : « […] the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an

dol ou de déni de justice. L'Etat doit notamment assurer une protection juridictionnelle aux ressortissants étrangers et à leurs biens, en sanctionnant les atteintes illicites qui pourraient y être portées. Il doit également « déployer les moyens administratifs qu'on est en droit d'exiger de lui »[916] afin de garantir la sécurité des étrangers (et de leurs biens), conformément à son obligation générale de *due diligence.*

La notion de standard minimum de traitement n'est pas une nouveauté dans le droit de l'investissement. Le traitement équitable est mentionné, pour la première fois, dans la Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce (1949). La Charte précise quel'organisation internationale du commerce doit formuler des recommandations et favoriser la conclusion des accords bilatéraux ou multilatéraux comme moyen «d'assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat membre à un autre»[917]. La première utilisation de la clause TJE, dans le contexte de l'AII, remonte à l'article premier du projet de Convention sur les investissements à l'étranger proposé par Hermann Abs et Lord Shawcross, en 1959. Cette initiative a été suivie par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui a construit son propre projet de Convention sur la protection de la propriété étrangère, connu sous le nom de Projet de convention de l'OCDE. Ce projet comprenait ainsi une clause de traitement juste et équitable. Des concepts semblables ont été introduits, plus tard, dans le projet de code de conduite des Nations Unies, code relatif àla société transnationale de 1983.[918]

Cette norme, à laquelle font parfois référence les toutes premières ébauches d'instruments multilatéraux de commerce et d'investissement, a été instituée principalement par le biais du réseau de plus en plus important des traités bilatéraux d'investissement. L'influence du Projet de convention de l'OCDE est perceptible dans le nombre croissant de traités bilatéraux d'investissement qui ont été négociés, depuis la fin des années 1960, entre les pays développés et les pays en développement. La référence au traitement juste et équitable est devenue l'une des

---

outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency ».

[916]COMBACAU Jean et SURS erge, Droit international public, *op. cit.*, p. 381.

[917]La Charte de La Havane de 1948, article 11(2)(a)(i).

[918]UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, UNCTAD Series on Issues in international investment agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012 , UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, pp. 5-6.

principales caractéristiques de ces traités[919]. Le tout premier TBI, au début des années 1960, reposait entièrement sur des normes comparatives de traitement mais le principe du traitement juste et équitable est devenu une norme dans les traités d'investissement au milieu des années 1970 [920] . Toutefois, si la norme figure dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement, elle n'est pas toujours mentionnée dans les traités conclus par certains pays d'Asie, notamment les traités signés par le Pakistan, l'Arabie Saoudite et Singapour[921]. Ces dernières années, le principe de traitement juste et équitable (I), parfois accompagné d'un standard de la protection et sécurité pleine et entière (II), est une composante essentielle des accords les plus importants en matière d'investissement. De la même manière, de nombreux Accords de libre-échange, à l'exception de quelques Accords commerciaux préférentiels dont les chapitres d'investissement sont étroitement liés à la structure et aux disciplines de l'AGCS, incluent la clause de TJE dans les chapitres rapportés à l'investissement étranger qui font une application de ce concept mais traditionnellement sans définition concrète [922].

I. Le Traitement juste et équitable

Ce traitement, aujourd'hui, joue un rôle central dans presque tous les arbitrages des traités d'investissement et a été appliqué par les tribunaux d'investissement à un large « éventail » de situations et comportements de chaque branche (gouvernement). Comme l'a noté Shenkman, le traitement juste et équitable est devenu l'un des plus importants traitements sinon le plus important, parmi les obligations de fond. Presque tous les arbitrages investisseur-État récents comprennent une revendication juste et équitable. Ces dernières années ont vu émerger une série de grandes sentences arbitrales fondées en tout ou en partie sur une violation de cette norme[923]. Même si la plupart des accords de protection des investissements exigent que les investissements

[919]OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *OCDE document de travail sur l'Investissement international,* numéro 2004/3, p.5. http://dx.doi.org/10.1787/616018623408.

[920] UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, UNCTAD Series on Issues in international investment agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012 , UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, pp. 11 et 12.

[921]Voir CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s, 1998, op. cit. n. 1, p.54.

[922]Des exemples pour ce type d'accord incluent l'Accord de Partenariat Économique CARIFORUM –UE, l'accord de coopération économique Inde-Singapour, et l'accord de libre-échange Nouvelle-Zélande - Singapour. Pour des exemples de normes minimales de traitement dans les accords d'investissement, voir OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *op.cit.,* pp. 5-7.

[923]"Fair and equitable treatment is becoming one of the most important, if not the most important, of the substantive obligations. Nearly every investor-State arbitration these days includes a fair and equitable claim. Recent years have witnessed a string of major awards for investors premised in whole or in part on a breach of this standard". Ethan G. Shenkman, "Investor-State Arbitration: An Increasingly Powerful Tool for Resolving Disputes With Sovereigns", *The International Comparative Legal Guide to International Arbitration,* Global Legal Group Ltd, London, 2006, http://www.iclg.co.uk., p. 4.

et les investisseurs couverts reçoivent un traitement « juste et équitable », il n'existe aucun consensus général sur la signification précise de cette norme[924]. Le caractère de principe du traitement juste et équitable a principalement surgi à la lumière des accords bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI. La signification de ce standard de comportement exigible peut ne pas être le même dans tous les traités et accords concernés. Les tribunaux arbitraux ont été réticents à l'idée de réduire le traitement juste et équitable à une norme ou une formule juridique unique. Ils se sont efforcés d'accorder au traitement juste et équitable une signification précise qui a conduit à une prolifération d'interprétations rarement compatibles les unes avec les autres. « La norme est, dans une certaine mesure, flexible, qui doit être adaptée aux circonstances de chaque cas ».[925]

La CNUCED souligne deux points de vue différents sur le sens précis du terme « traitement juste et équitable ».Dans les relations d'investissement, il s'agit de l'approche du sens ordinaire et de l'approche assimilant un traitement juste et équitable à la norme internationale minimale. Les standards de traitement tels qu'employés par les conventions internationales sont, au moins pour leur préfiguration, à rapprocher du standard minimum de traitement, tel qu'il a été élaboré, en prenant appui sur les principes généraux de droit[926]. Il existe en droit international public une norme minimale de traitement qui est requise par le droit coutumier, lequelentretient des rapports étroits avec la norme du traitement juste et équitable qui, comme nous le verrons, peut lui être rattachée (A). En dépit de l'utilisation aussi longue et large de l'obligation de traitement juste et équitable, le contenu et la signification exacts de la norme restent aujourd'hui incertains (B).

A) Le rattachement de la norme du traitement juste et équitable au standard minimum de traitement requis par le droit international public

La question de savoir si le traitement juste et équitable fait partie de la norme minimale internationale ou, au contraire, consacre des obligations qui vont au-delà de celles imposées par le droit coutumier international, a reçu une attention minutieuse par les arbitres, les praticiens et les commentateurs[927]. La question de l'orientation de toute discussion scientifique et de la pratique arbitrale est alors ce que le traitement juste et équitable, en tant que norme juridique,

[924]OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », op.cit., p. 28.
[925]Waste Management, Inc. c. Mexique, (affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3), sentence du 30 avril 2004, para. 99.
[926]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière, *», in ch. leben (dir.), droit international des investissements et de l'arbitrage transnational,* Paris, Pedone, 2015, p. 288.
[927]TUDOR Ioana, "The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment", Oxford : Oxford University Press , 2008 , pp. 56-60.

exige des États lorsqu'ils s'engagent avec des investisseurs étrangers. Le débat actuel s'est déplacé sur une autre question, celle de savoir si le traitement juste et équitable offre des droits supplémentaires par rapport au droit international général.

Les réponses données par les commentateurs et les tribunaux à cette question sont aussi variées que la terminologie d'un traitement juste et équitable est vague. Elles demeurent en partie tributaires de l'instrument conventionnel applicable. Le débat est apparu dans le contexte du chapitre 11 de l'ALENA où trois tribunaux arbitraux simultanés ont été appelés à donner un sens à l'article 1105 (1) quant à la norme minimale de traitement.

1. Dans le Contexte de l'ALENA : la primauté de la norme coutumière dans le contentieux de l'ALENA

L'obligation de traitement juste et équitable est consacrée dans l'article 1105 de l'ALENA, intitulé «Norme minimale de traitement». Cet article dispose que :

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

Afin de déterminer le contenu des normes minimales de traitement requises par le droit international coutumier, nous devons examiner la manière qu'ont les tribunaux pour décrire leur violation. Dans plusieurs décisions, les tribunaux ont été appelés à se prononcer sur une violation de la norme de traitement juste et équitable ; ils ont donc dû indirectement se poser la question de savoir à quoi cette norme renvoie. C'est ainsi que dans l'affaire S.D.Myers c. Canada, le tribunal a déclaré qu' «une violation de l'art. 1105 ne se produit que lorsqu'il est démontré qu'un investisseur a été traité de manière si injuste et arbitraire que le traitement augmente au niveau inacceptable du point de vue international»[928]. Ainsi le tribunal a considéré que le TJE de l'investissement était l'un des aspects du standard minimum, auquel il se trouvait incorporé. Cependant, deux arbitres sur les trois ont finalement constaté une violation de l'article 1105 (1) sur le terrain qu'il avait déjà établi la violation de la disposition de traitement national (article 1102 de l'ALENA) . Ce qui induit que toute violation d'une norme internationale qui avait été conçue pour protéger les investisseurs étrangers équivaudrait à une violation du

[928]S.D. Myers, inc. c. Le Gouvernement du Canada, Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit et le Commerce international,(décision partielle), 13 Novembre 2000, para. 263. [En ligne]
: http://www.appletonlaw.com/cases/Myers-FinalMeritsAwards.pdf, (14 novembre 2000).

principe TJE[929]. La jurisprudence ALENA affirmait, donc, « qu'une violation d'une autre règle de l'accord établissait presque automatiquement » une violation de la norme minimale de traitement[930].

L'arbitre dissident, Mr. Chiasson, a expressément rejeté cet avis, estimantque:

"A finding of a violation of Article 1105 must be based on a demonstrated failure to meet the fair and equitable requirements of international law. Breach of another provision of the NAFTA is not a foundation for such a conclusion. The language of the NAFTA does not support the notion espoused by Dr. Mann insofar as it is considered to support a breach of Article 1105 that is based on a violation of another provision of Chapter 11. On the facts of this case, CANADA's actions come close to the line, but on the evidence no breach of Article 1105 is established."[931]

Le tribunal arbitral, dans l'affaire de Metalclad contre le Mexique, a plutôt considéré qu'un certain degré de transparence est inclus dans la notion de TJE dans l'ALENA, bien qu'aucune des deux dispositions (article 1105 sur TJE et article 1102 (1) sur la transparence) comporte un lien entre les deux concepts et la disposition de l'ALENA sur la transparence n'appartient pas au chapitre sur les investissements. Le tribunal a finalement conclu que, si le Mexique n'avait pas réussi à assurer un cadre transparent pour la planification et l'investissement des entreprises de Metalclad, il fait preuve d'un manque de processus structuré et de disposition, au moment opportun, par rapport à l'investisseur d'une Partie dans l'attente d'être traité de manière juste et équitablement conformément à l'ALENA. Cela constitue une violation de l'obligation TJE de l'art. 1105[932]. La sentence Metalclad a fait l'objet d'une annulation partielle par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, au motif que le tribunal a non seulement interprété l'article 1105 (1) de l'ALENA d'une manière extrêmement large, mais il n'a pas non plus démontré que le principe de la transparence a été incorporé au droit international coutumier. Pour aboutir à une telle conclusion, la Cour a analysé et rejeté l'argument selon lequel le principe de TJE, tel qu'il était rédigé dans l'ALENA, s'ajoutait aux obligations du droit coutumier international[933].

---

[929]Ibid., paras. 264-268.
[930]BACHAND Rémi, « La nouvelle donne en matière d'accords sur l'investissement pour les Etats-Unis : Entre les voeux et la réalité », La Chronique Des Amériques n°11, mars 2004, p. 2. En ligne à : http//www.ceim.uqam.ca.
[931]S.D. Myers, inc. c. Le Gouvernement du Canada, Arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit et le Commerce international,(décision partielle), 13 Novembre 2000, para. 267.
[932]Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 97/1), sentence du 30 août 2000, paras. 99-101.
[933]UNCTAD, investor–state dispute settlement and impact on investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, p. 41.Metalclad c. Mexique, (2001 BCSC 664), Décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, para. 65.

Toutefois, dans certains cas les arbitres distinguent le standard minimum de traitement du standard de traitement juste et équitable. L'affaire Pope & Talbot, contre le Canada, représente un exemple dans lequel les arbitres ont jugé que la notion de standard minimum, prévue à l'article 1105 de l'ALENA, renvoyait au droit international général et qu'il s'agissait d'une notion différente de traitement juste et équitable. Dans cette affaire, le Tribunal arbitral s'est notamment demandé si cette expression(formulée à l'article 1105 de l'ALENA) soumettait les investisseurs à une « protection minimale » ou prévoyait plutôt une « protection supplémentaire », notamment en matière d'équité entre les investisseurs étrangers et les ressortissants nationaux. Le Tribunal a également mentionné et examiné les présentations du Canada et des États-Unis en observant que, lors des négociations des accords, les négociateurs des parties de l'ALENA ne souhaitaient pas diverger du concept de droit international coutumier de traitement juste et équitable. À l'issue de son raisonnement, le tribunal a retenu l'interprétation selon laquelle la formulation de 1'article 1105 sous-entendait un seuil de protection supplémentaire requis par le droit international, compte tenu du fait que l'objet et le but de l'ALENA plaidaient en faveur d'une interprétation extensive de l'article 1105. Néanmoins, il a constaté que " la protection juridique du TJE s'ajouterait aux exigences déjà prévues par le droit international.[934]

Tout porte à croire, à la lecture de l'article 1105 de l'ALENA, que le traitement juste et équitable se confondrait totalement avec le droit coutumier. La controverse entourant l'interprétation « expansive» de la norme TJE a favorisé l'intervention des trois pays de l'ALENA. Au point d'ailleurs que, le 31 juillet 2001, les trois parties de l'ALENA, par le biais du Conseil du commerce libre créé par l'accord, ont jugé souhaitable de publier une interprétation officielle de cette disposition.Aux termes de cette interprétation il est entendu que « Le concept de «traitement juste et équitable» [...] ne prévoi[t] pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par le standard minimal de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. La note a également précisé, en réponse tacite à la décision S.D. Myers, que « La détermination d'une violation d'une autre disposition d'un accord international distinct n'établit pas qu'il y a eu violation de l'article 1105 (1)»[935] .

[934]Pope & Talbot c. Canada, CNUDCI (ALÉNA), Décision rendue sur le mérite de la phase 2, rendue le 10 Avril 2001, paras. 105-118.
[935]Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, Commission du libre-échange de l'ALENA, 31 juillet 2001, articles B(1-3). http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_f.asp.

Le tribunal arbitral de Loewen c. États-Unis, un arbitrage du CIRDI introduit par l'ALENA par les partis canadiens, à la suite de l'interprétation de la Commission, a reconnu l'autorité de la Commission du libre-échange. Il a conclu qu' « un traitement juste et équitable » et une « protection et sécurité intégrales (…) ne sont pas des obligations autonomes . Elles constituent plutôt des obligations de l'Etat hôte dans la mesure où elles sont reconnues par le droit international coutumier ». Le tribunal de Loewen a expliqué que, « dans la mesure où, dans tous les cas, les tribunaux de l'ALENA dans d'autres affaires (par exemple, Metalclad Corp. c. États unis mexicains, SD Myers c. Gouvernement du Canada et Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada) ont peut-être exprimé des points de vue contraires, ces points de vue doivent être méconnus[936] ». Comme l'a expliqué Von Mehren, Ceci constitue la dernière interprétation de l'exigence de « traitement équitable et équitable » dans le contexte de l'ALENA. [937]

Malgré certaines critiques contre la note interprétative, particulièrement de la part des investisseurs, la question semble avoir été réglée dans le contexte de l'ALENA[938]. De plus, les États-Unis et le Canada ont incorporé un libellé similaire dans leur TBI[939] et dans les chapitres d'investissement des accords commerciaux préférentiels ; en considérant que le traitement juste et équitable et les obligations de pleine protection et de sécurité correspondent au standard minimum de traitement des étrangers[940].

En l'état actuel des choses, il apparaît donc que TJE correspond au standard minimum de traitement des étrangers, concept ancien de droit international coutumier garantissant aux

---

[936]Loewen Group Inc. c. Etats-Unis, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 98/3), sentence sur le fond, 26 juin 2003, paras. 126 et 128.

[937]VON MEHREN George M.; SALOMON Claudia T.; et PAROUTSAS Aspasia, "Navigating Through Investor-State Arbitrations – An overview of bilateral investment treaty claims", Dispute Resolution Journal, Vol. 59, No. 1, (February–April), 2004, pp. 69–77.

[938]Un examen des principale critiques contre la Note d'interprétation présenté par Ioana Tudor,"The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment", Oxford : Oxford University Press , 2008 , pp. 58-60.

[939]C'est aussi l'approche adoptée par le modèle américain de traités bilatéraux d'investissement de 2004 (l'affaire Joseph Charles Lemire de 2010 mentionne cela: Joseph Charles Lemire c. Ukraine, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 14 janvier 2010, para. 251).

[940]Par exemple, l'Accord de libre-échange Canada-Colombie dans son article 805 établit que : « 1. Chaque Partie accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ». Pour plus de détails, voir UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, United Nations, New York and Geneva, 2007, p. 32. http://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. et UNCTAD, Investment Provisions in Economic Integration Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2005/10, United Nations, New York and Geneva, 2006, pp. 105-106. http://unctad.org/en/docs/iteiit200510_en.pdf.

étrangers un système de justice juste et efficace[941]. L'ALENA a adopté une telle conception, en son article 1105, relatif au traitement juste et équitable, article étayé par la jurisprudence CIRDI. Nanteuil note que « la pratique dans l'ALENA semble être d'éluder la question de l'assimilation pour passer directement à celle du continu: mais dans cette opération, il est évident que la protection offerte par l'article 115 est extrêmement proche de celle qui est proposée par le droit international général conformément à l'interprétation de la Commission du libre-échange [942]».

2. Contexte hors ALENA dans le cadre des autres traités de protection

La règle du traitement juste et équitable est un énoncé conventionnel que l'on retrouve dans les TBI. Contrairement à ce qui est précité dans le cadre de l'ALENA (l'article 1105) où la règle du traitement juste et équitable est circonscrite et expressément liée au standard minimum du droit coutumier, cette règle, dans le cadre des TBI, est indiquée en tant que telle et ne contient aucune définition particulière. Elle semble fonctionner comme une norme autonome. Ainsi, nous verrons que, dans les deux cas, la place laissée à la coutume ne sera pas la même dans l'évaluation de la règle de traitement juste et équitable et laissera davantage de place à l'autonomie de cette norme dans le contexte des TBI.

Il importe de préciser que le débat autour du standard du traitement juste et équitable et du standard minimum de traitement et les difficultés d'interprétation que pose le traitement juste et équitable ne sont pas géographiquement limités à l'ALENA ou aux accords conclus par les États-Unis et le Canada. Pourtant, la règle du traitement juste et équitable est énoncée dans le cadre de plusieurs instruments internationaux dont la plupart ne font aucunement référence au standard coutumier du droit international. Le débat sur la question de savoir si le TJE fait partie intégrante de la norme coutumière du standard minimum international ou une obligation autonome reste, donc, ouvert.Cette discussion est ouverte à tous les autres instruments d'investissement pour lesquels aucune clarification similaire à celles prévues par la note interprétative de la Commission de libre-échange n'a été offerte.

Néanmoins, un certain nombre de tentatives ultérieures ont débouché sur des textes, non contraignants certes, mais qui renforcent l'interprétation adoptée par les pays nord-américains. Il s'agit du projet de Convention de l'Organisation de coopération et de développement

[941]Ainsi, l'affaire Loewen de 2003 reprend cette approche du traitement juste et équitable (Loewen Group Inc. c. Etats-Unis, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 98/3), sentence sur le fond, 26 juin 2003, para. 125) ; il en est de même dans l'affaire Glamis Gold de 2009 (Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique, Affaire CNUDCI/ALÉAN, Sentence arbitrale du 8 juin 2009 , para. 612).
[942]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 318.

économique. Dans les Notes et les Commentaires relatifs à l'article premier du Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers[943], le comité chargé de l'élaboration du projet indique à cet égard que:

L'expression « traitement juste et équitable » qui figure habituellement dans les accords bilatéraux exige que [...] la protection assurée en vertu de la Convention soit celle qui est généralement accordée par la Partie en question à ses propres ressortissants, mais du fait qu'elle est fixée par le droit international, cette « norme » peut dépasser le traitement des propres ressortissants si le droit national ou les pratiques administratives nationales sont d'un niveau inférieur à celui qu'exige le droit « international ». La norme exigée est conforme en fait à la « norme minimum » du droit international coutumier.[944]

Nous constatons ici clairement l'objectif de ce texte en tant que modèle de traités bilatéraux d'investissement lorsqu'il tente de généraliser la référence au droit international à chaque fois qu'un traitement juste et équitable est mentionné.

De même, le Département fédéral des affaires étrangères de la Suisse, dans une note écrite en 1979 sur les obligations inscrites dans ses TBI, a fait observer que la clause de traitement juste et équitable :

« se réfère [...] au principe classique du droit des gens selon lequel les États doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du "standard minimum" international, c'est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques. »[945]

L'article III des Principes directeurs sur le traitement des investissements directs étrangers, adoptés en septembre 1992, par le Comité de développement de la Banque mondiale, et intitulé « le traitement », fait référence aux règles du droit international coutumier. Il stipule en effetque les mesures adoptées par les Etats, notamment pour l'établissement, la gestion, ou le contrôle des investissements étrangers doivent constituer un ensemble cohérent avec les standards inclus dans le texte et sans préjudice des règles établies par le droit international coutumier. Ensuite, à son

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

[944] OCDE, Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du Conseil de l'OCDE (12/10/67) relative au projet de convention: 1962, OCDE, 1967, p. 15. https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/44853865.pdf.

[945] Département Politique Fédéral (Suisse), D d D I, « Le Droit des étrangers et la Protection Diplomatique et Consulaire », in *Annuaire Suisse de Droit International* (1980), p. 178.

paragraphe 2, cet article pose l'obligation pour les Etats d'accorder un traitement juste et équitable aux investissements réalisés par les ressortissants des autres Etats sur leur territoire. En conséquence, selon ce texte, le traitement juste et équitable devrait être analysé dans les limites du droit international coutumier et donc d'une manière compatible avec le standard minimum de traitement. C'est ainsi un nouvel instrument international, non-contraignant, qui tend à assimiler les deux standards.

Alors que tous les textes envisagés précédemment permettent d'établir un certain lien entre la norme minimale de traitement et le traitement juste et équitable, ils ne pouvaient influencer de manière significative la pratique de l'Etat ou celle des tribunaux arbitraux. Cela s'explique par l'absence de valeur contraignante d'un certain nombre d'entre eux. Depuis près d'un siècle, les différents tribunaux arbitraux se sont préoccupés d'en dessiner les contours, une approche posant pourtant question à cause de la diversité des tribunaux arbitraux et de l'absence de « jurisprudence » homogène en matière d'investissements internationaux.

On peut soutenir que les propositions prévues à cet égard par les tribunaux autres que ceux de l 'ALENA semblent encore plus représentatives du droit international de l'investissement, en général, puisque ces tribunaux ne sont pas affectés par les particularités de l 'ALENA. Par conséquent, il semble intéressant de mesurer si la question est posée avec la même acuité en dehors de l'ALENA. Certains tribunaux arbitraux étaient déviés de la compréhension de l'identité entre les deux normes. Parmi ceux-ci, l'on retrouve quelques tribunaux appelés à statuer sur les traités d'investissement (où les États-Unis étaient parties) mais qui n'ont pas eu de clarification sur le TJE, puisque ceux-ci avaient été négociés et signés avant la déclaration de la Commission de libre-échange. Des décisions arbitrales seront examinées.

En ce sens, dans la sentence Genin c. / Estonie, le tribunal du CIRDI a décidé que le traitement juste et équitable renvoyait à la règle coutumière du standard minimum. Le tribunal, interprétant le TBI entre les États-Unis et l'Estonie, a définit la norme comme suit : « En droit international, cette obligation est généralement comprise comme fournissant une norme fondamentale et généralement distincte du droit interne de l'Etat d'accueil. Bien que le contenu exact de la norme ne soit pas bien défini, le Tribunal considère qu'il s'agit véritablement d'une norme minimale »[946].

[946] Le tribunal a affirmé que « Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a "fair and equitable" way. Under international law, this requirement is generally understood to "provide a basic and general standard which is detached from the host State's domestic law." While the exact content

Dans l'affaire Occidental c. Équateur, le tribunal a également etudié « si le traitement juste et équitable exigé par le traité est une norme plus exigeante que celle prescrite par le droit international coutumier »[947]. En se référant au préambule du TBI américano-équatorien, le tribunal a énoncé que : «Bien que le traitement juste et équitable ne soit pas défini dans le traité, son préambule consigne clairement l'accord entre les parties qu'un tel traitement est souhaitable pour maintenir la stabilité des conditions d'investissement et maximiser l'utilisation efficace des ressources économiques. La stabilité des conditions juridiques et commerciales est donc un élément essentiel du traitement juste et équitable »[948]. Le tribunal a estimé qu'en l'espèce, la norme [TJE] ne diffère pas de celle exigée par le droit international, en ce qui concerne à la fois la stabilité et la prévisibilité du cadre juridique et commercial de l'investissement. Il a ensuite invoqué les sentences des affaires Metalclad et TECMED, dans lesquelles la violation du traitement juste et équitable avait été établie car les gouvernements avaient agi de façon incohérente, non-transparente et imprévisible[949]. Par conséquent, le Tribunal a conclu que « la question de savoir s'il pourrait y avoir une norme conventionnelle plus exigeante qu'une norme de droit international coutumier qui a été discutée dans le contexte de l'ALENA et d'autres accords de libre-échange ne se pose donc pas en l'espèce. Le cas ici est plutôt d'assurer à la fois la stabilité et la prévisibilité du cadre juridique régissant »[950]. D'une manière plus tangible, le tribunal, saisi de l'affaire CMS Gas c. Argentine, a estimé que le traitement juste et équitable était « inséparable » de la stabilité et de la prévisibilité. Ce dernier a, sur ce point, soutenu que : « En fait, le standard de traitement juste et équitable du Traité et ses relations avec l'exigence de stabilité et de prévisibilité de l'environnement commercial fondée sur des engagements résultant de la loi et du contrat ne sont pas différent du standard minimum du droit international et de son évolution en droit coutumier »[951].

Malgré cet ensemble de décisions favorables à l'assimilation de la règle du traitement juste et équitable à la norme coutumière du standard minimum international, la majorité des affaires

---

of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an "international minimum standard" that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith » .Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie, (affaire CIRDI n ° ARB / 99/2, 25) , sentence finale du 25 juin 2001, para. 367; voir aussi DOLZER Rudolf et STEVENS Margrete, "Bilateral investment treaties", The Hague ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 15 juin 1995, p.58.

[947] Occidental Exploration and Production Company (OEPC) c/ République de l'Equateur, London Court of international Arbitration (LCIA), No.UN3467 , sentence finale rendue le 1er juin 2004, para. 189.

[948] *ibid*., para. 183.

[949] *ibid*., para. 185.

[950] *ibid*., para. 192.

[951] CMS c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, para. 284.

relatives aux traités d'investissements évitaient de traiter complètement la relation entre le TJE et la norme minimale internationale[952] ;La décision Saluka c. République Tchèque figure parmi les plus significatives pour exprimer le caractère additif de la norme.Sous le fondement du traité d'encouragement et de protection des investissements, le tribunal a démontré que l'obligation de traitement juste et équitable était formulée sans aucune référence au droit international coutumier. Le tribunal soutient dans son analyse que l'absence de renvoi au droit coutumier vise justement à prévenir les difficultés rencontrées lorsque les clauses lient traitement juste et équitable et droit international général. Ainsi, les arbitres ont déduit le caractère autonome du standard de traitement juste et équitable. Les attentions des parties au traité ont été évoquées par les arbitres expliquant que :

"it should be kept in mind that the customary minimum standard is in any case binding upon a State and provides a minimum guarantee to foreign investors, even where the State follows a policy that is in principle opposed to foreign investment; in that context, the minimum standard of "fair and equitable treatment" may in fact provide no more than "minimal" protection. Consequently, in order to violate that standard, States' conduct may have to display a relatively higher degree of inappropriateness.

Bilateral investment treaties, however, are designed to promote foreign direct investment as between the Contracting Parties; in this context, investors' protection by the "fair and equitable treatment" standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreign investors. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that States' conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness."[953]

Les arbitres affirment que le droit coutumier serait moins exigeant que le droit conventionnel. En effet, les Etats, en concluant des traités de promotion et de protection des investissements, se sont

[952]DOLZER et VON WALTER soulignent qu'en dehors de l'ALENA, au moins trois tribunaux ont abordé le TJE tel qu'indiqué dans la norme minimale internationale. Tandis que plusieurs autres tribunaux n'avaient pas l'intention d'examiner le contenu du droit international coutumier ou de ses relations avec le TJE, mais ont plutôt procédé à une interprétation indépendante des termes «juste» et «équitable» selon la Convention de Vienne sur la Droit des traités. Ils constatent également que cela est à prévoir, puisque les arbitres sont liés à la règle en fonction des termes de l'accord voir DOLZER Rudolf and VON WALTER André, "Fair and Equitable Treatment-Lines of Jurisprudence on Customary Law", in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), *Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable t reatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law,* 2007, pp. 108 109.

[953]Saluka Investments c/ République tchèque, Cour permanente d'arbitrage, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006, paras. 292-293.

engagés à encourager l'investissement sur leur territoire, manifestant ainsi une attitude positive à leur égard.

Le tribunal d'Azurix c. L'Argentine, préoccupé par l'obligation TJE dans le TBI Argentine - États-Unis, a soutenu que :

"The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling, in order to avoid a possible interpretation of these standards below what is required by international law. "

Le tribunal de Saluka c. République Tchèque a tenté d'apaiser le débat en jugeant que la différence entre la norme de traité [TJE] et la norme minimale coutumière, lorsqu'elle est appliquée aux faits spécifiques d'une affaire, pourrait bien être plus apparente que réelle[954].

Ainsi et sur la base d'une étude des sentences arbitrales ayant interprété la clause de traitement juste et équitable, on constate que même lorsque l'énoncé conventionnel reste « vague »[955], on ne peut percevoir l'idée que les rédacteurs de ces instruments aient souhaité accorder aux investisseurs étrangers un traitement autre que celui qu'évoque le standard minimum international.

La question des rapports entre le traitement juste et équitable et le standard minimum semble, aujourd'hui, quelque peu dépassée. Seul l'examen de la teneur de la protection prévue par l'un et l'autre permettrait d'établir un rapprochement ou une différence entre les deux.

B) La teneur du traitement juste et équitable : l'interprétation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable

Le traitement juste et équitable est un concept définitivement évolutif qui recouvre un certain nombre d'éléments fondamentaux comme l'interdiction du déni de justice ou le bénéfice d'une procédure légale, éléments bien ancrés dans le droit international général[956]. Les éléments structurels de base du standard minimum usuel sur le traitement d'étrangers ont été établis en période de guerre. Dans l'identification de ces éléments, la célèbre sentence de la Commission Américano-mexicaine rendue le 15 octobre 1926 dans l'affaire L.F.H. Neer et

[954] Saluka Investments c/ République tchèque, Cour permanente d'arbitrage, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006, para. 291.
[955]SORNARAJAH M., The international law on foreign investment, 3rd edition, Cambridge New York Melbourne : Cambridge university press, 2010, p.204.
[956]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p.320.

Pauline Neer c/ Mexique, décida que le traitement juste et équitable d'un étranger pour être illégal en droit international devait démontrer de la part de l'Etat d'accueil « une offense, une mauvaise foi, une négligence grave de ses obligations ou une insuffisance de l'action gouvernemental tellement en deçà du standards minimaux du droit international coutumier que tout homme raisonnable et impartial ne manquerait a de la reconnaître »[957].

Depuis lors, les règles du droit international coutumier, en relation avec la protection des personnes et de la propriété étrangère, telles que reconnues par des décisions internationales, traitent principalement de situations d'expropriation et d'indemnisation. Mais c'est dans les années 1990 que le concept de traitement juste et équitable a commencé à être utilisé dans beaucoup de TBI(fer de lance dans presque tous les conflits en matière d'investissements) ; ce qui a généré une jurisprudence arbitrale désarticulée quant à son contenu. Selon des données de la CNUCED[958] relatives aux 10 dernières années du XXe siècle, les flux d'investissement étranger ont quadruplé. Le principe de traitement juste et équitable a été exprimé à plusieurs reprises dans les traités et instruments commerciaux et il a été établi en tant que pierre angulaire de la protection des investisseurs[959].

L'absence de consensus général sur le contenu de la norme du « traitement juste et équitable » a suscité un débat sur le rôle normatif réel que joue le principe, dans la protection des investissements internationaux et les contraintes imposées à la souveraineté des Etats[960] . La question des rapports entre le traitement juste et équitable et le standard minimum semble, aujourd'hui, quelque peu dépassée. Seul l'examen de la teneur de la protection prévue par l'un et l'autre permettrait d'établir un rapprochement ou une différence entre les deux[961]. De ce point de vue, la question pertinente demeure : vers quoi l'obligation TJE se penche-t-elle, dans la pratique ? Quel est le contenu précis du principe ? Et, surtout, quel type de protection accorde-t-il, dans les faits, aux investisseurs étrangers ?

---

[957]*L.F.H. Neer et Pauline Neer c/ Mexique*, sentence du 15 octobre 1926, Commission Américano-Mexicaine , *Report of International Arbitral Awards*, vol. IV, p.60, en particulier para. 4.

[958]Un rapport de l'UNCTAD, cité par Rudolf Dolzer et Chrisoph Schreuer dans *Principles of Investment* Law, Oxford University Press, la Grande-Bretagne, 2008, p.1

[959] Christoph SCHREUER considère le TJE comme la «beauté endormie», notant que malgré le fait que l'obligation a été contenue pendant des décennies dans les nombreux TBI, les accords commerciaux préférentiels et le Traité sur la Charte de l'énergie, ce n'est qu'en attendant l'augmentation spectaculaire de l'arbitrage conventionnel de la fin de 1990, que le principe inactif est entré en vigueur. SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable Treatment - Introduction", in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 92-93

[960]OCDE , « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/3, p. 28. http://dx.doi.org/10.1787/616018623408.

[961]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 319.

Une définition académique classique de la norme, à l'instar de F.A. Mann, dont les travaux portent surtout sur les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Royaume-Uni, est largement citée, par la plupart des observateurs qui ont écrit sur le sujet, comme étant la principale opinion discordante. Selon F.A. Mann, les termes « traitement juste et équitable » se rapportent à un comportement qui va bien au-delà de la norme minimale de traitement et accordent une protection plus large en vertu d'une norme beaucoup plus objective que toute expression jamais utilisée auparavant. Un tribunal donné [...] devrait établir si, dans tous les cas, le comportement en cause est ou non juste et équitable. [...] Les termes doivent être compris et appliqués comme étant indépendants et autonomies »[962]

A ce sujet, Vasciannie note que l'approche de la signification ordinaire des termes est sans doute tout à fait conforme aux règles de l'interprétation en droit international. Selon cette approche, le principe doit être basé sur le sens ordinaire des termes « justes » et « équitable ». Dans ce point de vue, le devoir des organes de règlement des différends est de déterminer si l'investisseur a fait l'objet de conditions « justes » et « équitables ». En vertu de cette interprétation, une définition de dictionnaire contribue à conclure que le traitement est équitable lorsqu'il est « exempt de partialité, de fraude ou d'injustice, équitable, légitime ... ne pas prendre un avantage indu, disposé à concéder toute réclamation raisonnable», et, du même coup, un traitement équitable est celle qui est « caractérisée par l'équité de l'équité ... équitable, juste, raisonnable »[963].

La notion de traitement juste et équitable n'étant pas définie par les traités ni par la loi nationale, il revient à la jurisprudence de déterminer au cas par cas les situations qui caractérisent le traitement juste et équitable. Cette notion implique notamment le droit pour l'investisseur de faire entendre sa cause de manière équitable et pour la protection contre les décisions arbitraires prises par les autorités étatiques. En effet, selon une interprétation attachée au sens ordinaire des termes[964], il s'agit de traiter l'investissement selon les règles de droit -internes et internationales- («juste»), en tenant compte des intérêts légitimes de l'investisseur au regard du droit international («équitable»).

---

[962]MANNF. A., « British Treaties for the Formation and Protectionof Investment », British Yearbook of International Law 52, 1981, p. 244, cité dans CARREAUDominique, JUILLARDPatrick, BISMUTHRégis, HAMANNAndrea (eds.), « Droit international économique », 6e édition, Paris, Dalloz, p. 610.

[963] VASCIANNIE Stephen, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", in Crawford, J. and V. Lowe (eds), *British Year Book of International Law* (2000),), vol. 70, Issue 1, (pp. 99-164), p. 103.

[964]Une telle interprétation est légitime en droit international comme en atteste l'article 31. 1 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit de traités.

Les obstacles rencontrés pour fournir une définition générale de la norme TJE peuvent être partiellement surmontés en décrivant le contenu du principe au regard des éléments qui le composent. Des commentateurs ont examiné en détails le corpus des décisions d'investissement et ont résumé les principales lignes qui résultent de la jurisprudence arbitrale[965].

Afin de mesurer l'ampleur des contraintes engendrées par l'existence du standard du traitement juste et équitable sur les pays d'accueil, on mettra en exergue, dans les prochains développements, les exigences auxquelles doivent se conformer les autorités qui sont délégataires de la souveraineté. Pour cela, on analysera en particulier les éléments qui semblent incarner les obligations fondamentales découlant de la norme TJE. En substance, le principe TJE incarne les obligations de «bonne gouvernance». Elles concernent : la transparence et le maintien d'un cadre réglementaire stable et prévisible (1); la régularité de la procédure (2); l'absence de conduite arbitraire et discriminatoire (3); et la bonne foi (4).

1. Les exigences d'assurer une transparence de l'action étatique et une stabilité de l'environnement juridique

Le concept de TJE a été étroitement lié à celui de transparence et à la mise en place d'un cadre réglementaire stable et prévisible[966]. Il est évident qu'un «traitement juste et équitable» exige que les lois, règlements, décisions administratives et autres règles contraignantes imposés aux

[965]Voir, principalement, SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade* (2005), Vol.6, No.3, pp. 373-385; DOLZERR. et SCHREUERC., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 133-149; PARADELLLluis, 'The BIT Experience of the Fair and Equitable Treatment Standard', in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 129-137; CHOUDHURY Barnali, " Evolution or Devolution?- Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", The Journal of World Investment & Trade, Vol.6, No.2, 2005, pp. 302-316; GRIERSON-WEILER Todd J. et LAIRDIan A., "Standards of Treatment", in P. Muchlinski , F. Ortino and C. Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 275-287; OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment,* 2004/03, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/675702255435.
L'analyse la plus complète et détaillée est proposée par Ioana Tudor,*The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford : Oxford University Press , 2008 , pp. 154-180.

[966] UNCTAD, Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2003/4, United Nations, New York and Geneva, 2004 http://unctad.org/en/Docs/iteiit20034_en.pdf. ; et KOTERAAkira, "Regulatory Transparency", in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and. Christoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 617-636.

investisseurs étrangers, notamment,soient dûment communiqués et rendus accessibles aux personnes concernées[967].

a) La transparence

Dans certaines affaires, les tribunaux arbitraux ont défini le traitement juste et équitable en se fondant sur un concept de la transparence qui n'est pas généralement considé comme constituant une norme du droit international coutumier, bien que, pour certains, il s'agisse de l'obligation la plus importante mise à la charge de l'État[968]. L'invocation du principe de transparence est de plus en plus fréquente, dans le cadre du contentieux de droit international économique, en matière d'investissement mais aussi d'échange[969] . On peut considérer que cette exigence de transparence des États est aujourd'hui l'une des illustrations les plus communes du droit à un traitement juste et équitable[970].

La transparence est un concept relativement nouveau dans les sentences arbitrales[971]. Elleest étroitement liée à la notion d'attentes légitimes[972]. Le concept a été accepté par plusieurs tribunaux mais aucune règle qui décrive l'étendue du principe n'a été appliquée. De fait, ce concept est l'élément le plus vague de la norme de traitement juste et équitable[973]. La transparence concerne principalement l'ouverture et la clarté de l'administration et des procédures juridiques de l'État hôte ; ce qui signifie que les textes juridiques et administratifs doivent être clairs, accessibles et explicites. Selon Kläger, il n'est pas nécessaire d'introduire le concept dans l'obligation générale de traitement juste et équitable lorsque des exigences de transparence sont prévues dans les accords d'investissement et que les accords sont soumis à l'arbitrage investisseur-État. Cependant, dans les accords d'investissement où le conceptestmanquant "it is

[967]UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), United Nations, New York and Geneva, 1999, p.51. http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v3.en.pdf.

[968] V. notamment sur ce point, SCHREUR C., "Fair and Equitable Treatment in arbitral practice", The Journal of World Investment and Trade, June 2005, Vol. 6, n°3, p. 373 et s.

[969]États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, rapport de l'organe d'appel, 10 février 1997, WT/DS24/AB/R, p. 21

[970]CAZALA Julien, « Traitement juste et équitable (transparence - protection des attentes légitimes) », Gazette du Palais - Les Cahiers de l'arbitrage, 2007, n° 348-349, pp. 44-48, p.45.

[971]OCDE, Droit international de l'investissement : Un domaine en mouvement, Complément aux Perspectives de l'investissement international, 2005, p. 118 .

[972]KLÄGER Roland, "Fair and Equitable Treatment" *in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 227-228.

[973]VANDEVELDE Kenneth J., "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 43, No. 1, 2010 (pp. 43-106), p. 83.

obvious that a relationship of fairness between the host state and the investor demands at least a minimum of transparency"[974] .

Au regard de la jurisprudence développée sur le contenu de l'obligation de transparence, on peut considérer celle-ci comme l'obligation d'assurer la publicité du cadre juridique à l'intérieur duquel évoluent les activités de l'investissement, y compris le cadre de coopération entre les pouvoirs administratifs et exécutifs des différents gouvernements. Elle vise aussi à assurer une obligation de communication des renseignements ou informations déterminants. Enfin, elle impose à l'Etat de s'assurer que l'investisseur ait bien connaissance de l'ensemble des éléments pertinents pour son activité, notamment des risques qu'il encourt dans l'ordre juridique national. La première décision contentieuse concernant la transparence et le traitement juste et équitable est ancrée dans l'affaire Metalclad c. Mexique[975]. En 2000, dans la sentence Metalclad, le tribunal a consacré l'inclusion de l'obligation de transparence, au sein du traitement juste et équitable, pour ensuite donner une définition de cette obligation. Les autorités fédérales et étatiques du Mexique ont délivré des permis de construction et d'exploitation pour la décharge de déchets dangereux de l'investisseur. Bien que l'investisseur ait recueilli un certain nombre de documents et de permis nécessaires, la municipalité a finalement refusé d'accorder ce permis de construire. L'investisseur s'est plaint du manque de transparence entourant la décision administrative municipale. Le tribunal arbitral a estimé que le Mexique n'avait pas accordé un traitement juste et équitable à Metalclad Corporation, en vertu de son obligation résultant de l'article 1105(1)[976]. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a considéré qu'un traitement juste et équitable supposait notamment et plus particulièrement la transparence des autorités de l'Etat d'accueil. Cette transparence dans leurs décisions en rapport avec l'investissement étranger concernait en l'occurrence une décision de refus de délivrer le permis de construire[977]. En effet, selon le tribunal, l'obligation de transparence est remplie si :

« Toutes les conditions légales requises pour engager, compléter et exploiter avec succès des projets d'investissement soumis, ou dont il était prévue qu'ils soient soumis à l'Accord doivent pouvoir être rapidement portées à la connaissance de tous les investisseurs concernés de l'autre Partie »[978].

[974]KLÄGER Roland, "Fair and Equitable Treatment", op.cit., p. 229.
[975]Ibid., p. 230.
[976]Metalclad Corporation c. Mexique, CIRDI n° ARB(AF)/97/1, décision sur le fond du 30 août 2000, para. 74.
[977]Ibid., para. 93.
[978]Ibid., para. 76.

Ainsi, pour le tribunal, l'investisseur avait le droit, en l'occurrence, de recevoir des notifications ou d'avoir la possibilité d'être entendu par le conseil municipal en charge de la délivrance du permis de construire. Il définit le concept de transparence comme une obligation aux termes de laquelle toutes les exigences juridiques pertinentes quant aux besoins de l'investissement doivent être communiquées rapidement à tous les investisseurs. Il fut jugé que le fait de ne pas avoir averti l'investisseur étranger de ce risque, ni même des conditions qu'il devait respecter, alors que l'autorisation lui avait été délivrée par les autorités centrales, constituait un manque évident de transparence. Cela revenaitdonc à une violation de l'article 1105, relatif au traitement juste et équitable[979]. Les arbitres avaient clairement indiqué que l'État avait violé le principe du traitement juste et équitable, en n'assurant pas à l'investisseur un cadre réglementaire prévisible et transparent[980]. Depuis, de nombreuses sentences permettent d'affirmer l'existence du principe de transparence en droit international positif[981] .

Par ailleurs, l'exigence de transparence n'a pas toujours été perçue de la même façon dans les jurisprudences. Alors qu'une appréciation large, dans le cadre de la sentence Metalclad, avait été fortement critiquée et censurée par la Cour suprême de Colombie britannique, une interprétation large avait été reprise, pour une autre affaire relative à l'exploitation défaillante d'une décharge au Mexique : le tribunal Tecmed c. Mexique a établi une définition complète des différents éléments d'obligation de transparence contenus dans la norme TJE. Comme dans l'affaire Metalclad c. Mexique, il a été dit que la disposition comprenait l'obligation de donner accès à l'investisseur à tous les règlements pertinents, ainsi que d'autres comportements non-transparents notés dans l'affaire Metalclad.

Le tribunal a considéré que le standard autonome de traitement juste et équitable exigeait de l'Etat d'accueil qu'il agisse : « de façon totalement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger, de façon à ce qu'il connaisse à l'avance toutes les lois et toute la règlementation qui s'appliqueront à l'investissements, aussi bien que les objectifs des différents

[979]Ibid., paras. 76, 99-101. Il convient de rappeler que, bien que la sentence Metalclad reste pertinente car elle a initié la jurisprudence pour inclure des éléments de transparence dans l'obligation TJE, la sentence elle-même a été annulée par la Cour suprême de Colombie-Britannique , jugeant que la transparenc n'était aucunement mentionnée par le chapitre 11 de l'ALENA et que le tribunal arbitral avait, sur ce point, excédé ces pouvoirs. voir Mexique c. Metalclad Corporation, 2 mai 2001, 2001BCSC 664, Décision de la Cour suprême de Colombie-Britannique, paras. 68-74.
[980]Metalclad Corporation c. Mexique, CIRDI n° ARB(AF)/97/1, décision sur le fond du 30 août 2000, para. 99.
[981]V. notamment TECMED c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003,, paras. 98 et 154. MTD. Equity Sdn. Bhd. & MTD. Chile S.A. c/ Chili , CIRDI, affaire n°ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, para.114. Emilio Augustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne, CIRDI, affaire n° ARB/97/7, sentence rendue le 13 novembre 2000, para. 83. Saluka B.V. c/ République Tchèque, Sentence partielle du 17 mars 2006, Cour Permanente d'Arbitrage, para. 309.. De manière nuancée : CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andrea (eds.), « Droit international économique », 6e édition, Paris, Dalloz, p. 611.

politiques et pratiques ou directives administratives, de façon à être en mesure de planifier son investissement et de satisfaire à cette règlementation. [982]».

En outre, la jurisprudence a considéré que l'obligation de transparence ne se limitait pas à rendre publique en amont les règles de droit qui s'appliquent aux activités des operateurs étrangers. Quelques sentences ont constaté une violation de l'obligation de traitement juste et équitable dans des cas où l'État n'avait pas divulgué les règles à appliquer ou par contre dans des cas où l'État a n'a pas su justifier les raisons des mesures qu'il avait prises ou avait refusé de prendre. Or, le principe de transparence s'applique non seulement pour accueillir la loi d'État, mais aussi sa politique.

Dans l'affaire Metalclad, le Tribunal a fait référence à la transparence de « toutes les lois pertinentes » lorsque le Tribunal, dans l'affaire Tecmed, est allé au-delà en renvoyant la transparence à « toutes les règles et réglementations » ainsi qu'aux objectifs des politiques et pratiques administratives pertinentes[983]. Ces sentences arbitrales démontrent que la notion de transparence est un concept très large souvent utilisé par les tribunaux. Les tribunaux ont également établi le lien entre la transparence et le traitement juste et équitable, bien que ces concepts ne soient pas étroitement liés dans les TBI entre les parties.

Ainsi définie, la transparence n'est qu'une obligation de nature plus procédurale que substantielle. Elleimpose à l'Etat de communiquer sur les raisons de son action et sur le fonctionnement des procédures administratives[984]. En ce sens, on peut donc considérer que le principe de transparence garantit à l'investisseur de connaître exactement le régime juridique qui lui est applicable[985]. Cela implique l'accessibilité de la réglementation, sa lisibilité, et son intelligibilité[986].

Un manque de transparence, au sein des procédures administratives, a soulevé le constat que la norme TJE avait été violée dans un certain nombre d'autres situations[987]. Par ailleurs, le tribunal de l'affaire Waste Management c. Mexique a sanctionné une absence totale de transparence dans

[982]TECMED c. Mexique, 29 mai 2003, affaire CIRDIn° ARB/00/2, sentence, para. 154.
[983] VASCIANNIE Stephen, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practise" , the British Yearbook of International Law, BYIL vol. 70, 2000, p. 176.
[984]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 331.
[985]CAZALA Julien., « Traitement juste et équitable (transparence - protection des attentes légitimes) », Gazette du Palais - Les Cahiers de l'arbitrage, 2007, n° 348-349, pp. 44-48, p. 45.
[986]KOTERAAkira, "Regulatory Transparency", The Oxford Hand book of International Investment Law, 2008, p.628.
[987]SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", The Journal of World Investment & Trade (2005), Vol.6, No.3, pp. 376-379; DOLZERR.etSCHREUERC., Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 135-140.

les procédures administratives du Mexique car il a estimé que cela constituait une violation au « standard minimum de traitement juste et équitable »[988].

De plus, selon la CNUCED les attentes envers le critère de transparence doivent être relativisées et cohérentes, compte tenu de la situation du pays. La CNUCED a ainsi constaté que:“ Very few countries can claim to be fully transparent in their regulatory decision-making and implementation process. An inflexible and unrealistic approach to these issues would in effect transfer the risk of operating in a developing country environment from an investor to the host State” [989] . Autrement dit, le niveau de transparence exigé peut varier en fonction des caractéristiques propres au pays d'accueil et par ailleurs « l'investisseur ne saurait rester dans un position passive »[990] pour obtenir des informations sur le droit en vigueur dans l'Etat où il souhaite mener ses activités.

Sans lier directement la décision à la notion de transparence, le tribunal MTD c. Chili a constaté une violation de la norme TJE dans ce qu'il a qualifié de : «the inconsistency of action between two arms of the same Government vis-à vis the same investor ». En particulier, le tribunal a conclu que, bien qu'il soit convenu que le Chili n'ait aucune obligation d'informer l'investisseur et qu'il aurait dû avoir connaissance par lui-même des informations relatives au cadre juridique de son opération projetée, des règlements et politiques du pays, la transparence induit que l'Etat est dans l'«obligation to act coherently and apply its policies consistently, independently of how diligent an investor is »[991]. À ce titre, le tribunal considère que « approval of an investment by the FIC [un agent de l'Etat] for a project that is against the urban policy of the Government is a breach of the obligation to treat an investor fairly and equitably »[992].

Sur le fond, la transparence est devenue une valeur fondamentale des sociétés occidentales et un élément crucial de l'Etat de droit, si bien que son appartenance à un standard de bonne

[988]Waste Management c. Mexique, décision sur le fond du 30 avril 2004, para. 98 : « the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety-as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process ».
[989]UNCTAD, «Fair and equitable treatment», UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, p.72.
[990]CAZALA Julien, La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international, Revue internationale de droit économique, 2009/1, (t. XXIII, 1), p. 25.
[991]M.T.D. Equity Sdn. Bhd. & M.T.D. Chile S.A. c/ Chili , affaire CIRDI n°ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, paras. 163 et 165.
[992]Ibid., para. 166.

gouvernance comme l'est le traitement juste et équitable semble s'imposer en toute logique[993]. D'ailleurs l'exigence de transparence garantit que les attentes légitimes des investisseurs étrangers ne sont pas contrariées par les variations impromptues et déraisonnables des autorités d'accueil. Les attentes des investisseurs concernent, notamment, le cadre juridique du pays d'accueil ainsi que les engagements et les représentations faites explicitement ou implicitement par les autorités du pays d'accueil[994].

Dans l'affaire Tecmed, le tribunal arbitral a fait observer, en référence au TJE, que:

« À la lumière du principe de bonne foi établi par le droit international, [la norme TJE] oblige les Parties contractantes à accorder aux investissements internationaux un traitement qui n'affecte pas les attentes fondamentales prises en compte par les investisseurs étrangers pour réaliser l'investissement [995] ».

De même, le tribunal CME c. République Tchèque a déclaré «que [le gouvernement hôte] a violé son obligation de traitement juste et équitable par éviscération des arrangements sur lesquels l'investisseur étranger a été amené à investir»[996]. Le tribunal du GAMI c. Mexique a reconnu qu'une allégation de mauvaise administration - comme l'omission de mettre en œuvre une réglementation clé relative à une politique gouvernementale (le «Programme Sucre»), que les autorités administratives étaient tenues d'exécuter - entraînerait une violation de la norme du TJE si elle équivalait à « une répudiation pure et simple et injustifiée de la réglementation [nationale] pertinente »[997].

Un autre aspect, lié à l'obligation de transparence, concerne le processus de coopération et d'application de la loi par les autorités nationales compétentes de chaque Etat et qui impose l'obligation d'échanger des informations entre les parties contractantes. Une telle obligation est considérée comme engagement réciproque entre le pays d'accueil et l'investisseur. De plus, elle est étendue au processus national d'élaboration des lois, en vue d'autoriser les investisseurs et dles

[993]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 330.
[994]DOLZER R. et SCHREUER C., Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 135.
[995]TECMED c. Mexique, affaire CIRDI, n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, para. 154.
[996] CME Czech Republic B.V. c. la République tchèque, Décisions de la cour d'arbitrage de la CNUDCI de Stockholm, sentence partielle du 13 septembre 2001, para. 611.
[997] GAMI Investments, Inc. c. États-Unis du Mexique, CNUDCI (ALENA), sentence finale du 15 Novembre 2004, para. 103-108; voir aussi CHOUDHURYBarnali, " Evolution or Devolution?- Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", The Journal of World Investment & Trade (2005), Vol.6, No.2, pp. 310-311.

autres personnes intéressées à y participer[998]. Dans l'affaire Maffezini c. le Royaume d'Espagne, par exemple, le tribunal arbitral a estimé que « le transfert non autorisé des fonds par un fonctionnaire espagnol est assimilable à la violation par l'Espagne de ces dispositions contenues dans le traité conclu avec l'Argentine et cette opération de transaction est caractérisée par un manque de transparence par l'Espagne qui devrait veiller à ce que l'investisseur reçoive un traitement juste et équitable conformément à l'article 4 (1) du TBI [999]». Or, le tribunal arbitral, qui a relevé le manque de transparence pour fonder sa décision, n'a pas précisé ce qu'il entendait par ces propos.

b) La stabilité et la prévisibilité

Un autre critère, plus général, qui est souvent identifié au sein des standards de traitement concerne l'existence d'un cadre juridique stable pour les opérations de commerce en général et plus particulièrement pour les investissements. De plus, l'ensemble des règles applicables à l'investisseur doit être prévisible afin qu'il puisse en prendre connaissance préalablement à l'investissement. Or, ces principes ne sont ni des principes absolus ni une garantie d'intangibilité des législations nationales[1000]. Dans de nombreuses affaires, les tribunaux ont conclu que la stabilité et la prévisibilité du cadre juridique de l'État hôte constituent l'élément clé d'un traitement juste et équitable[1001].

Toute modification du cadre juridique peut entraîner une violation du traitement juste et équitable. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'État hôte gèle son système juridique pour les avantages de l'investisseur. Exemple : dans le cas où l'État hôte doit adapter les réglementations environnementales aux normes internationales qui ne conduiraient pas à une violation de la norme si la législation est appliquée de bonne foi et sans discrimination[1002]. L'exemple d'un cas de figure où l'État hôte n'a pas maintenu un cadre stable pour l'investisseur qui a conduit à la violation de la norme TJE est celui de l'affaire Occidental c. Equateur. Dans cette affaire, le tribunal, constatant l'absence de définition du traitement juste et équitable dans le TBI, conclu

[998]CNUCED, « Etablissement de règles internationales en matière d'investissement: tendances, questions nouvelles et incidences », note du secrétariat de la CNUCED, 5 janvier 2007, TD/B/COM.2/73, P. 15.
[999] Emilio Augustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne, affaire CIRDI n° ARB/97/7, sentence rendue le 13 novembre 2000, para. 83.
[1000]Ibid., para. 64; Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, affaire CIRDI n°ARB(AF)/99/1, sentence rendue le 16 décembre 2002, para.112.
[1001]NEWCOMB Andrew et PARADELL Lluís, "Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment", Kluwer Law International, 2009; p. 286.
[1002]SCHREUER Cristoph, 'Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice', The Journal of World Investment and Trade, Vol. 6, 2005, pp. 374-375.

entre les Etats-Unis et l'Equateur, s'est ensuite fondé sur le préambule de celui-ci pour en extraire les objectifs communs prévus par les Parties.Il a finalement affirméque :

" The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment "[1003].

La juridiction saisie a en effet affirmé que l'énoncé conventionnel dans lequel le standard était incorporé, imposait à l'Etat récepteur d'offrir un cadre juridique et économique qui soit à la fois stable et prévisible. Ainsi, suite à une modification de la fiscalité par l'Etat équatorien ayant engendré une altération de l'environnement juridique et économique de l'investisseur étranger, les arbitres ont considéré que ce dernier n'avait pas bénéficié d'un traitement juste et équitable[1004]. Ils ont énoncé également que la question importante ne se posait pas quant à l'obligation rétroactive de remboursement des taxes mais uniquement au regard de la stabilité et la prévisibilité des règlementations, sous l'angle du droit international. Les arbitres avaient précisé que:

"There is certainly an obligation not to alter the legal and business environnent in which the investment has been made. In this case it is the later question that triggers a treatement that is not fair and equitable". Il en ressort donc que la rétroactivité seule ne peut être un argument de poids[1005].

L'autre cas où l'État hôte a violé la norme TJE est représenté par l'affaire CMS c. Argentine. En l'espèce, le Tribunal a noté que la norme TJE n'était pas définie dans le traité entre l'Argentine et les États-Unis. Toutefois, le préambule du Traité est clair quant au principal objectif de la protection envisagée : à savoir, un traitement juste et équitable est souhaitable dans le but « d'assurer un cadre fiable aux investissements et une maximisation de l'utilisation des ressources économiques ». Le Tribunal a noté qu'il ne faisait aucun doute, ici, qu'un environnement juridique et économique stable est un élément essentiel du traitement juste et équitable[1006]. En fin de compte, le Tribunal a déclaré que :

« Les mesures litigieuses ont en fait entièrement transformé et altéré l'environnement juridique et commercial dans lequel l'investissement a été décidé et réalisé. La discussion qui précède sur

[1003]Occidental Exploration and Production Company c. Equateur, LCIA, n° UN3467, CNUDCI, décision sur le fond du 1er juillet 2004, para. 183.
[1004]Ibid., para. 191.
[1005]Occidental Exploration and Production Company c. Equateur, LCIA, n° UN3467, CNUDCI, décision sur le fond du 1er juillet 2004, para. 190.
[1006]CMS c. Argentine, affaire CIRDIn° ARB/01/8, décision sur le fond du 12 mai 2005, para. 273 et 274.

régime tarifaire, sa relation avec le dollar et les mécanismes d'ajustements montre sans équivoque que ces éléments ne sont plus présents dans le régime applicable aux opérations commerciales de la demanderesse. Il est également établi que les garanties données à cet égard, dans un certain cadre juridique et ses diverses composantes étaient essentielles dans la décision d'investir »[1007]. Le Tribunal a estimé que le traitement juste et équitable est « inséparable » de la stabilité et de la prévisibilité et a conclu, en conséquence, que les mesures litigieuses constituaient une violation du critère établi par le traité. Il a ajouté que « le standard de traitement juste et équitable du Traité et ses relations avec l'exigence de stabilité et de prévisibilité de l'environnement commercial fondée sur des engagements résultant de la loi et du contrat ne sont pas différents du standard minimum du droit international et de son évolution en droit coutumier »[1008].

Dans cette perspective,également, le tribunal saisi de l'affaire PSEG Global c. Turquie a reproché à la Turquie son incapacité à assurer un environnement stable et prévisible pour les opérations de commerce gérées par l'investisseur étranger. Il a ainsi été conduit à constater une violation de l'obligation du traitement juste et équitable[1009].

Ces quatre affaires établissent l'obligation de l'État hôte d'offrir à l'investisseur un environnement stable et prévisible. L'obligation de stabilité et de prévisibilité s'étend au traitement de l'État hôte accordé à l'investisseur, non seulement par les organes de l'État, mais aussi par le cadre juridique de l'État hôte. Au moment où l'investisseur prend la décision d'investir, il ne s'attend pas à ce que l'environnement juridique soit identique tout au long de ces opérations. Cependant, il s'attend à ce que l'État hôte tienne compte du fait que ses décisions, au moment de l'investissement, ont été prises, à l'origine, par la loi de l'Etat et l'environnement des affaires de l'Etat[1010].

La stabilité des relations contractuelles entre l'investisseur et l'État hôte de l'investissement étranger s'élabore souvent par le biais d'un contrat avec l'Etat hôte. Ces contrats jouent un rôle majeur entre les parties, notamment entre les investisseurs et les pays en développement. Les affaires susmentionnées démontrent que le traitement juste et équitable protège la relation contractuelle entre l'investisseur et l'État hôte. La mesure pour une relation contractuelle considérée comme protégée dans le cadre du traitement juste et équitable reste cependant vague. Certains cas contiennent des dispositions larges et assez générales mais des tribunaux sont allés

[1007]Ibid., para. 275.
[1008]Ibid., paras. 276, 281 et 284.
[1009]PSEG Global c. Turquie, affaire CIRDI n° ARB/02/5, décision sur le fond du 19 janvier 2007, paras. 261-262.
[1010] VASCIANNIE Stephen, 'The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practise' , the British Yearbook of International Law, 17 BYBIL 1999, p. 172.

plus loin en adoptant des approches différentes[1011]. Un certain nombre de tribunaux a, par exemple, observé que le manquement de l'État hôte à fournir à l'investisseur un traitement juste et équitable ne fait que contrevenir aux attentes légitimes de l'investisseur si une telle violation impliquait l'exercice du pouvoir souverain de l'État. Dans la jurisprudence arbitrale, les attentes légitimes de l'investisseur sont souvent classées en trois catégories : la stabilité dans le cadre juridique dans son ensemble, la stabilité du comportement administratif et la stabilité dans les relations contractuelles avec l'État d'accueil[1012].

Evidemment, les accords relatifs aux investissements « ne sont pas des polices d'assurance au bénéfice des investisseurs »[1013]et l'obligation de fournir un cadre réglementaire stable en mesure de répondre aux attentes de l'investisseur existe si ces attentes sont raisonnablement fondées sur les lois et règlements en vigueur et sur l'évolution naturelle des politiques d'un pays. C'est ensuite à l'operateur économique qu'il appartient de collecter les informations pertinentes pour son activité et de comprendre les conditions économiques, politiques, juridiques et culturelles de l'État hôte pouvant affecter leurs activités économiques[1014]. Or, il ne bénéficie pas de la garantie d'une protection automatique. Il ne peut l'invoquer systématiquement c'est-à-dire à chaque fois qu'il estimequ'une action étatique lui a été préjudiciable. La jurisprudence arbitrale reconnaît que le comportement de l'investisseur est un paramètre fondamental qui détermine sa protection juridique.

La sentence arbitrale, rendue dans l'affaire LG&E Energy c. Argentine, a identifié, parmi les exigences du traitement juste et équitable, les conditions de transparence et d'établissement d'un cadre juridique stable pour les opérations d'investissement. Le tribunal a également justifié l'idée que le standard juste et équitable consiste en une conduite consistante et transparente de l'État hôte, libre d'ambiguïtés quant à l'obligation d'octroyer et de maintenir un cadre légal stable et prédictible, nécessaire pour répondre aux attentes légitimes de l'investisseur étranger. Le tribunal se prononait alors, dans les termes qui suivent :

« Le standard de traitement juste et équitable inclut l'obligation pour l'Etat d'accueil d'avoir un comportement cohérent et transparent, dépourvu d'ambiguïté, impliquant l'obligation de mettre

[1011]KLÄGER Roland, "Fair and Equitable Treatment", op.cit., p. 185.
[1012]Ibid., pp. 169, 175 et 180.
[1013] Emilio Augustin Maffezini c. le Royaume d'Espagne, affaire CIRDIn° ARB/97/7, sentence rendue le 13 novembre 2000, para. 64.
[1014]M.T.D. Equity Sdn. Bhd. & M.T.D. Chile S.A. c/ Chili , affaire CIRDIn°ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, para. 178. voir aussi Christoph Schreuer, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", op. cit., pp. 374-375.

en place et de maintenir un cadre juridique stable et prévisible nécessaire à la satisfaction des atteints légitimes de l'investisseur étranger»[1015].

En conclusion, l'on constate que la notion de transparence est un concept très large souvent utilisé par les tribunaux. Les tribunaux ont établi le lien entre la transparence et le traitement juste et équitable, bien que ces concepts ne soient pas étroitement liés dans les TBI entre les parties. Le fardeau de la preuve semble également dépendre du demandeur lui-même. La jurisprudence a conclu, de même, que la stabilité juridique et économique de l'investissement étranger constituait un élément essentiel de l'obligation du traitement juste et équitable.

2. Une procédure régulière (Le déni de justice): l'absence de déni de justice et régularité de la procédure

L'étude du droit des gens révèle que les obligations issues du standard minimum international proscrivent le déni de justice[1016]. En effet, le concept de déni de justice fait partie du droit international coutumier et comporte trois sens[1017]. Dans son sens le plus large, il englobe la responsabilité de l'État, dans son ensemble, et a été appliqué à tous les types d'actes arbitraires de l'État visant des étrangers. Il inclut donc les actes ou omissions des autorités d'un des trois pouvoirs : l'exécutif, le législatif ou le judiciaire. Dans son sens le plus étroit, il est appréhendé comme une notion liée exclusivement au comportement du pouvoir judiciaire, ce qui implique deux éléments.En premier lieu, un élément procédural qui couvre l'inaccessibilité aux tribunaux nationaux, en second lieu un élément principal qui se réfère à la défaillance de l'action du tribunal. Enfin, selon Adede, il existe un sens intermédiaire dans lequel le déni de justice renvoie à l'administration irrégulière de la justice civile et pénale, à l'égard des étrangers, y compris le déni d'accès aux tribunaux, des procédures inadéquates et des décisions injustes[1018].

Brownlie, qui a fourni la meilleure indication sur la signification du déni de justice, rappelle qu' il y a déni de justice lorsque l'accès aux tribunaux est refusé, retardé de manière injustifiée ou entravé, en cas d'insuffisance grave dans l'administration d'une procédure judiciaire ou corrective, d'omission de fournir des garanties généralement considérées comme

[1015]LG&E Energy c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/02/1, sentence sur la responsabilité du 3 octobre 2006, para. 131.
[1016]NEWCOMBE Andrew et PARADELL Lluís, Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment, The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, pp. 238-239.
[1017]GARCIA AMADORF. V., « La responsabilité de l'Etat », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 183, § 43.
[1018]ADEDE Andronico O., "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law", Canadian Yearbook of International Law, Volume 14 January 1977, (pp. 73-95), p. 91.

indispensables à la bonne justice ou de jugement manifestement injuste. L'erreur d'un tribunal qui n'engendre pasd'injustice manifeste ne constitue pas un déni de justice[1019].

Si l'on analyse les décisions rendues en matière de déni de justice, il semble que les arbitres abordent le traitement juste et équitable dans son sens intermédiaire, en incluant le refus d'accès aux tribunaux. Dans de nombreuses affaires, le déni de justice est analysé via la procédure régulière. Dans ce contexte, il se présente principalement sous deux formes: administrative et judiciaire régulière[1020].

Se fondant sur les sentences arbitrales, le lien habituel entre le TJE et la régularité de la procédure a été récemment codifié dans les traités bilatéraux d'investissement et le chapitre sur l'investissement des récents accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis[1021].

Plus précisément, les États-Unis ont expressément approuvé l'idée que la norme TJE entretient des liens très étroits avec le standard minimum dont le déni de justice est la composante la plus ancienne et la moins contestée. En ce sens, l'article 5 du nouvel accord type des Etats-Unis, pour les traités bilatéraux d'investissement, prend, sur cette question, une position qui a le mérite de la clarté et de la fermeté. Il stipule ainsi que:

« L'obligation de fournir un « traitement juste et équitable » inclut l'obligation de ne pas commettre de déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives de règlement des différends, conformément aux principes de respect des garanties inscrites dans les principaux systèmes juridiques du monde »[1022].

Selon les termes du tribunal de Waste Management contre le Mexique, il y a violation de la norme minimale de traitement à laquelle renvoie la norme du traitement juste et équitable lorsqu'un comportement « est le fait d'un manque de régularité dans la procédure débouchant sur un résultat qui heurte la correction juridique – comme ce pourrait être le cas d'une omission flagrante d'appliquer la justice naturelle dans les procédures judiciaires »[1023].

[1019]BROWNLIE Ian, Principles of Public International Law, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003,pp. 506-507.

[1020]YANNACA-SMALL Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments," in A. Reinisch (ed.) *Standards of Investment Protection* , New York : Oxford University Press, 2008, pp. 119-120.

[1021]Voir Accord de libre-échange Etats-Unis-Australie, signé le 1er mars 2004; Accord de libre-échange Etats-Unis-Amérique centrale (Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALEAC)), signé le 28 janvier 2004; Accord de libre-échange Etats-Unis-Chili, signé le 6 juin 2003; Accord de libre-échange Etats-Unis-Maroc, signé le 15 juin 2004; Accord de libre-échange Etats-Unis-Singapour, signé le 6 mai 2003.

[1022]Le texte de l'accord type est accessible en ligne à la page : http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/28923.htm.

[1023]Waste Management, Inc. contre les Etats-Unis du Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, para. 98

Le contenu exact du déni de justice ne saurait être fixé de manière définitive mais il est, sans doute, possible d'identifier un certain nombre de ses composantes. La première garantie offerte à l'investisseur étranger, à ce titre, est celle d'un accès au juge[1024]. Le déni de justice appliqué au mépris des droits de l'investisseur étranger est marqué par le refus d'un tribunal interne d'accorder à un investisseur le droit de faire appel ou pour un tribunal d'omettre de rendre un jugement sur un litige survenu entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. La caractéristique du déni de justice sera donc que cet accès soit ouvertement dénié ou qu'il le soit *de facto* en raison de l'imposition de conditions rendant matériellement impossible son exercice[1025]. La sentence rendue dans l'affaire Loewen Group, Inc et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique[1026] constitue un bon exemple de cette spécificité. Dans cette affaire, un investisseur canadien, d'origine africaine, était implanté au Texas. Un litige relatif à l'investissement effectué sur le territoire texan est apparu et l'investisseur est allé audevant du Tribunal texan qui a rendu un jugement ouvertement raciste. L'investisseur a souhaité interjeter appel de la décision.Or, pour ce faire, il lui a été demandé une caution qui valait cinq fois la somme demandée en première instance. L'investisseur a donc saisi un tribunal ALENA pour que soit constaté un déni de justice ;les conditions requises pour faire appel aboutissaient, en effet, à le priver d'accès au juge national. Dans le cadre de l'analyse, le tribunal arbitral « admet que c'est la responsabilité des États au regard du droit international et, par voie de conséquence, des juridictions États, d'organiser un procès équitable dans les affaires auxquelles un investisseur étranger est partie ». Il a également précisé qu' « il est de la responsabilité des tribunaux de l'État de veiller à ce que le litige est exempt de toute discrimination contre un plaideur étranger et que le plaideur étranger ne doit pas devenir la victime de préjudice sectoriel ou local »[1027]. En l'espèce, le tribunal a observé que « le juge de première instance a toléré que le jury soit influencé par des appels répétés au favoritisme local dirigé contre une partie étrangère », ce qui a abouti à un procès qui était une «honte»[1028]. Le tribunal arbitral a étudié ensuite les conséquences de ces constatations au regard du Chapitre 11 de l'ALENA. Pour les arbitres, la conjonction d'une rhétorique anti-canadienne, de l'arbitraire des procédures judiciaires, du caractère excessif du verdict du jury et de l'absence d'appel effectif constituait un déni de justice et une violation de l'obligation imposée par

[1024] DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 324.
[1025] Idem.
[1026]Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen c. États Unis d'Amérique, CIRDI, affaire ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003.
[1027]Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen c. États Unis d'Amérique, CIRDI, affaire ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, para. 123.
[1028]Ibid., paras. 119, 122 et 136.

l'ALENA. Obligation qui consistaità assurer aux investisseurs relevant de l'Accord un traitement juste et équitable. Le tribunal raisonnant en ces termes, Loewen n'a pas saisi la cour suprême. Ainsi, le Tribunal a considèré, en l'espèce, qu'il n'y a pas déni de justice dans la mesure où les voies de recours internes n'ont pas été épuisées[1029].

Il faut préciser que le juge international ne doit pas être un juge d'appel, en ce sens qu'il ne peut remettre en cause une décision qui aurait été rendue par le juge interne. La capacité d'un tribunal arbitral international de revoir le contenu d'une décision judiciaire interne est limitée, étant donné que « les tribunaux internationaux n'ont pas pour fonction d'agir en tant que cours d'appel » pour les jugements internes[1030]. En effet, lorsque l'arbitre est sur le point de statuer, s'il constate qu'il y a eu déni de justice, il engage la responsabilité internationale de l'État pour violation d'une obligation internationale (l'interdiction du déni de justice) et va condamner ainsi l'État d'accueil au versement de dommages et intérêts. Or, le tribunal arbitral n'a d'autre mission que de confronter le comportement de l'Etat aux normes internationales et d'en tirer les conséquences, dans ce contexte. Il ne juge donc pas la même affaire que les juges internes et n'applique pas les mêmes normes. Les arbitres n'en sont pas, en ce sens, les supérieurs hiérarchiques. Pour illustrer cela, on se référera à la sentence Azinian c. Mexique selon laquelle cette solution varie à la fois dans le contexte de l'ALENA et au-delà :

The possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seised has plenary appellate jurisdiction. This is not true generally, and

[1029]Ibid., para. 217.

[1030]Il est généralement admis que les tribunaux nationaux ne devraient pas traiter les réclamations présentées sur les raisons de déni de justice. Ceci est ainsi parce que c'est précisément la conduite du système légal domestique qui est mis en doute. Ces réclamations doivent être résolues devant un tribunal international. Cette séparation entre les tribunaux nationaux et internationaux est généralement admise. Dans l'affaire Mondev, le tribunal a tenu que la question est de savoir si, à un niveau international et en connaissant le standard général de l'administration de justice, un tribunal peut conclure que l'arrêt contesté était clairement incorrecte et compromettante, en conséquence l'investissement a était objet d'un traitement injuste et inéquitable. On peut dont dire que l'État d'accueil ne doit pas administrer irrégulièrement la justice nationale à l'égard des étrangers. En effet, le refus de juger par les juridictions internes, des procès soumis à des délais anormaux, une administration non satisfaisante de la justice par les juridictions ou une mauvaise application de la loi par les même sont considérés comme des dénis de justice et par là même un manquement au TJE. CIRDI, Mondev International Ltd c/ Etats Unis, affaire n° ARB(AF)/99/2, sentence du 11 octobre 2002, para. 126; SCHILLStephan W., "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", Institute for International Law and Justice, IILJ Working Paper 2006/6, 39 p.

it is not true for NAFTA. What must be shown is that the court decision itself constitutes a violation of the treaty[1031].

Il faut donc insister sur la distinction à opérer entre le déni de justice procédural et déni de justice substantiel. Le déni de justice substantiel se présentera dans l'hypothèse où la justice a été rendue mais mal rendue. Dans ce cas, l'arbitre ne saurait statuer dans la mesure où il n'est pas juge d'appel. C'est uniquement en présence d'un déni de justice dit procédural que l'arbitre pourra se prononcer ; dans la mesure où ce n'est pas le droit qui a été mal rendu mais la justice. S'il est donc évident qu'un jugement inique ou totalement infondé doit être sanctionné, ce n'est pas en tant que déni de justice mais en tant que comportement d'un organe de l'Etat contraire à une norme internationale.

Il faut, par ailleurs, indiquer que le déni de justice s'entend à la fois du refus de l'État d'accueil de permettre à l'investisseur étranger d'accéder à ses tribunaux mais également au refus par lui d'exécuter les décisions qu'il a rendues. Il a ainsi pu être caractérisé comme défaut d'exécution de décisions de justice favorables à l'investisseur étranger. Dans la sentence Siag , l'État d'accueil avait manqué d'exécuter, pendant plus de 12 ans, les décisions de justice favorables aux investisseurs, décisions qui avaient été rendues par les juridictions de l'État d'accueil. Le Tribunal considère en l'espèce que le fait pour l'État d'accueil de ne pas exécuter les décisions de justice en question constitue un déni de justice et que par conséquent, la norme du traitement juste et équitable a été violée[1032].

Sans apprécier le fond de la décision interne, une violation de la norme TJE peut exister en raison d'une inconduite, au cours de la procédure judiciaire ou administrative - notamment pour le refus à l'investisseur étranger du droit à un procès équitable. En ce sens, les conduites qui impliquent une violation de l'obligation ("régularité de la procédure" incorporée dans le principe TJE) comprennent : (i) l'omission de donner à l'investisseur étranger un avis de réunion où des questions clé concernant son investissement doivent être décidées[1033], ou (ii) le fait de ne pas adresser une "communication directe" à l'investisseur étranger selon laquelle ses biens sont

[1031]Robert Azinian et autres c. Mexique, affaire CIRDIn° ARB/AF/97/2, décision sur le fond du 1er novembre1999, para. 99.
[1032]Waguih Elie Georges Siag & Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte, CIRDI affair n°ARB/05/15, sentence du 1er juin 2009, paras. 453 et s.
[1033]Metalclad Corporation c. Les États-Unis du Mexique, CIRDI, affaire n° ARB (AF) / 97/1, sentence du 30 aout 2000, para. 91 et TECMED c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, paras. 162-163.

sur le point d'être mis aux enchères[1034] - même si aucun mandat légal n'existait dans cette direction.[1035]

3. Le comportement non-arbitraire et non-discriminatoire

La protection des investisseurs étrangers au regard de traitements arbitraires et discriminatoires joue un rôle majeur en matière de traitement juste et équitable.La lecture des différents TBI ainsi que des différentes sentences arbitrales conduit à constater que les critères de conduite arbitraire et de discrimination sont fréquemment invoqués en tant qu'indices de la violation du traitement juste et équitable exigé par divers textes. Ce lien entre le TJE et l'obligation d'agir de manière raisonnable et non-discriminatoire est reflété dans certains traités d'investissement.

Les exemples sont nombreux : l'article 2(3) du modèle de TBI de la Corée dispose que : « neither Contracting Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the operation, management, maintenance, use, enjoyments or disposal of investments in its territory by investors of the other Contracting Party »[1036].

Cette pratique étatique a également trouvé écho dans les sentences rendues par les tribunaux arbitraux statuant sur des questions liées à l'investissement international. L'examen de ces sentences et décisions révèle que l'absence d'arbitraire ou de discrimination dans les conduites de l'Etat d'accueil fait partie des composantes majeures des standards de traitement.

Ainsi, le tribunal, saisi de l'affaire CMS Gas c. Argentine, a exprimé que « « toute mesure qui impliquerait l'arbitraire ou la discrimination est en elle-même contraire au traitement juste et

---

[1034]Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.(Grèce) c. République arabe d'Égypte, CIRDI, affaire n° ARB / 99/6, sentence du 12 avril 2002 , para. 143. Dans cette affaire, Middle East Shipping a engagé des procédures d'arbitrage contre l'Egypte auprès du CIRDI en vertu du traité bilatéral d'investissement Grèce-Egypte afin de recouvrer les pertes subies dans le cadre d'un accord de concession. En se fondant sur l'article 2.2 du traité bilatéral d'investissement, le Tribunal a déclaré que « le traité bilatéral d'investissement demande que les investissements des investisseurs d'une partie contractante bénéficient à tout moment d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité totales sur le territoire de l'autre partie contractante. Cette disposition du traité bilatéral d'investissement doit être considérée comme présentant une pertinence particulière au regard de la protection spéciale accordée en vertu de l'article 4 contre les mesures assimilables à une expropriation, et à l'exigence relative à l'application régulière de la loi énoncée à l'article 4.a). Il aurait donc fallu qu'une initiative aussi importante que la saisie et la vente aux enchères d'un navire appartenant au plaignant lui ait été notifiée directement comme le prévoit l'article 7, paragraphe 7 de la loi n° 308 indépendamment de l'obligation ou de la pratique légale en vertu de laquelle cette notification s'effectue par courrier recommandé avec accusé de réception, comme l'a fait valoir le plaignant ». Le Tribunal estime que la procédure appliquée de fait ici ne respecte pas les exigences énoncées aux articles 2.2 et 4 du traité bilatéral d'investissement. Le Tribunal conclut par conséquent que « le [Poseidon] a été saisi dans le cadre d'une mesure dont les effets seraient assimilables à ceux d'une expropriation et que le plaignant est fondé à recevoir une compensation ».

[1035]SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", The Journal of World Investment & Trade (2005), Vol.6, No.3, p.382 et CHOUDHURY B., " Evolution or Devolution?- Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", The Journal of World Investment & Trade (2005), Vol.6, No.2, p. 306.

[1036]Modèle de TBI de la République de Corée, 2001, article 2(3).

équitable »[1037]. Dans ce contexte, le tribunal a analysé un certain nombre de mesures prises par le gouvernement de la République argentine. Cela a eu lieu au moment de la crise qui a culminé à la fin de l'année 2001 de la dévaluation du peso argentin et du gel des tarifs des services publics. Le tribunal arbitral a estimé que, bien que les mesures prises par l'État hôte avaient manifestement eu des effets négatifs sur les activités de distribution de gaz de la CMS, elles n'étaient pas arbitraires ni discriminatoires compte tenu du contexte dans lequel ces mesures avaient été prises[1038].

En outre, dans l'affaire Lauder c. République Tchèque où le tribunal a été appelé à se prononcer sur une lettre adressée aux requérants par le Conseil tchèque des médias, l'organisme de régulation des sociétés de radiodiffusion. L'autorité de ce Conseil a renversé la position traditionnelle concernant certains aspects du marché des services de radiodiffusion, se focalisant sur la dimension des relations commerciales entre l'exploitant de l'opérateur de radiodiffusion et les organismes de service : construites sur une base exclusive ou non-exclusive ? Le tribunal a estimé qu'il existait «des motifs raisonnables, même s'il n'est pas nécessairement concluants» pour la position des autorités et a conclu que cette lettre n'était ni arbitraire ni discriminatoire [1039].

Les notions de discrimination et d'arbitraire ne sont toutefois pas très claires. En ce qui concerne la définition d'un acte arbitraire et certains tribunaux se réfèrent à la définition donnée par la Cour internationale de justice dans son arrêt ELSI. Elle affirmait alors que « L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »[1040] .

En l'absence de définition précise, il faut donc se contenter d'une accumulation d'indices. Le caractère arbitraire du comportement des autorités de l'État d'accueil est souvent défini par la pratique arbitrale comme un comportement « fondé sur le préjudice et la préférence bien plus que sur la raison et les faits»[1041].

Pour tenter de donner un contenu à des expressions générales telles que « mesures déraisonnables ou discriminatoires », le tribunal dans l'affaire EDF (Services) Limited c. Roumanie a fait

[1037]CMS Gas Transmission c. Argentine, CIRDI, affaire n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, para. 290.
[1038]Ibid., paras. 292-295.
[1039]Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence final du 3 septembre 2001, paras. 284-285.
[1040]Elettronica Sicula S.p.A (ELSI), Etats-Unis c. Italie, Arrêt, Cour internationale de justice, 20 juillet 1989, Recueil 1989, p.15, para. 128.
[1041] Plama Consortium Limited c. Bulgarie; CIRDI affaire n° ARB/03/24, sentence du 27 aout 2008, para. 184 ;Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence final du 3 septembre 2001, paras. 221,222 et 232.

l'analyse, selon les termes proposés par le demandeur. Il s'est appuyé sur les catégories de mesures que son expert juridique, le professeur Christoph Schreuer, a décrites. De l'avis du spécialiste comme des arbitres, « la notion d'arbitraire s'entend ainsi de toute mesure qui a) cause un dommage à l'investisseur sans servir aucun but légitime apparent; b) n'est pas fondée sur une base légale établie, mais sur la discrétion, le préjudice ou la préférence personnelle; c) est guidée par des motifs différents de ceux qui sont affichés par son auteur et d) est prise au mépris du respect de toute forme de procédure et des principes du *due process of law* »[1042]. Un dénominateur commun pour l'identification de l'arbitraire peut émerger dans l'ensemble de ces solutions qui tiennent au caractère non objectivement justifié de la mesure portant atteinte, sans raison apparente, aux droits de l'investisseur étranger[1043].

Néanmoins, le traitement non-discriminatoire est, au sens large, également une composante du traitement juste et équitable. En effet, le tribunal a rappelé dans l'affaire Lauder que les mesures discriminatoires constituent une violation du traitement juste et équitable. Il convient cependant de préciser que la plupart des sentences arbitrales ne sanctionnent la discrimination que dans l'hypothèse où celle-ci est injustifiée. Selon les tribunaux, une mesure est discriminatoire lorsque, sans justifications, elle traite l'investisseur de manière différente par rapport aux investisseurs se trouvant dans la même situation. A ce sujet, la discrimination prohibée implique deux éléments complémentaires. Elle induit d'une part,une différence de traitement; d'autre part l'absence de justification raisonnable à cette différenciation[1044].

Le fait que l'investisseur se trouve spécifiquement visé en raison de sa nationalité étrangère est un autre élément déterminant, de nature à traduire une intention discriminatoire. Il pourrait l'être si toutefois ce n'est pas en tant que national que l'investisseur était traité de manière différente, mais en tant que relevant d'une nationalité déterminée[1045]. Plus récemment, l'existence d'une mesure discriminatoire a été invoqué devant le tribunal saisi de l'affaire Ulysseas c. Equateur, lors de laquelle, s'appuyant sur l'affaire Goetz c. Burundi, le requérant a affirmé :

"a measure is discriminatory in effect if it results in a treatment of an investor different from that accorded to other investors in a similar or comparable situation"[1046].

[1042]EDF (Services) Limited c. Roumanie, CIRDI, affaire n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009, para. 303.
[1043] DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 326.
[1044] Saluka Investments BV (Pays-Bas) c/ République Tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, para. 313.
[1045]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., p. 323.
[1046]Ulysseas, Inc. c. Equateur, CNUDCI, décision sur le fond du 12 juin 2012, para. 275.

Le tribunal a répondu en se fondant sur la sentence Goetz c. Burundi, selon laquelle: "discrimination supposes a differential treatment applied to people who are in similar situations"[1047].

En tant que tel, le tribunal a affirmé que pour qu'une mesure puisse être qualifiée de discriminatoire, il suffirait que les deux situations soient objectivement traitées de manière différentes sans qu'il y ait besoin de démontrer une discrimination fondée sur la nationalité de l'investisseur[1048].

Partant de ces constatations, il apparaît que la plupart des violations de la norme TJE ont été établies lorsque le nombre et la nature des mesures arbitraires ou discriminatoires prises contre les investisseurs étrangers ont atteint un niveau de coercition ou de harcèlement. La correction s'entend du fait de contraindre l'investisseur à suivre une conduite qu'il était en droit de ne pas tenir[1049]. La contrainte physique ou même toutes formes de pression peuvent priver l'investisseur du libre exercice de sa volonté dans le cadre légal. Dans ce cas, il y a lieu d'engager la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de la règle de traitement juste et équitable. En application du standard, le tribunal, dans Saluka, a tenu à ce que l'Etat hôte accorde une liberté à l'investisseur, sur n'importe quelle contrainte ou quel harcèlement que celui doté du pouvoir réglementaire [1050]. Dans l'affaire Tecmed, le refus de renouvellement d'un permis d'exploitation d'une décharge industrielle a été analysé come le moyen de pousser l'investisseur à relocaliser son investissement : « une telle pression implique des formes de coercition ». Le tribunal a considéré que cette pression coercitive était contraire à la règle conventionnelle et répréhensible du point de vue du droit international »[1051].

Dans Pope and Talbot c. Canada, le tribunal a analysé l'histoire des échanges entre le demandeur et les autorités canadiennes (la Division du bois de construction du Canada, SLD) dans le cadre d'un processus « d'examen de vérification ». Le tribunal a observé que « les relations entre la SLD et l'investissement en 1999 ressemblaient plus à un combat qu'à une réglementation coopérative, et le tribunal [a conclu] que le SLD a la responsabilité écrasante de cet état d'affaires ». Le tribunal a souligné, en particulier, que «l'investissement était soumis à des menaces, refusé

[1047]Antoine Goetz et autres. C. Burundi, CIRDI n° ARB/01/2, décision sur le fond du 21 juin 2012, para. 121
[1048]Ulysseas, Inc. c. Equateur, CNUDCI, décision sur le fond du 12 juin 2012, para. 293.
[1049]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., p. 325.
[1050]Saluka Investments BV (Pays-Bas) c/ République Tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, para. 308.
[1051]Tecmed c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, para. 163.

ses demandes raisonnables de renseignements pertinents, forcé d'entraîner des dépenses et des perturbations inutiles pour satisfaire aux demandes de renseignements de SLD, obligés de dépenser des frais juridiques et de subir probablement une perte de réputation dans les milieux gouvernementaux ». De l'avis du tribunal, ces conduites allaient « bien au-delà des péripéties et des erreurs innocentes qui peuvent caractériser le processus. Dans son ensemble, le traitement de l'investissement par la SLD [...] n'était rien de moins qu'un déni du traitement équitable»[1052].

Dans le même ordre d'idées, ce raisonnement a été également appliqué par le tribunal de l'affaire Eureko c. Pologne lors de laquelle l'examen des circonstances de fait a révélé, selon le tribunal, des motifs purement arbitraires à l'origine de la conduite des organes de l'Etat polonais[1053]. Le tribunal, sur la base de la conduite de l'État, a conclu que la République de Pologne a agi pour des raisons purement arbitraires liées à l'interaction de la politique polonaise avec des raisons nationalistes de caractère discriminatoires. Cela a amené le tribunal à observer la violation par la Pologne de l'exigence du traitement juste et équitable inclus dans le TBI, liant cette dernière aux Pays-Bas [1054].

Pour conclure, le standard du traitement juste et équitable contient un ensemble de prohibitions dont les tribunaux s'accordent à reconnaître qu'elles revêtent aussi un caractère coutumier. Elles imposent l'idée que la conduite dommageable de l'Etat ait un caractère non arbitraire, non discriminatoire ou non coercitif[1055]. Dans ces perspectives, le tribunal de Waste Management c. Mexique, résumant les conclusions d'un certain nombre de décisions arbitrales rendues par des tribunaux, institués en vertu de l'ALENA, décrit en termes généraux le contenu de la norme TJE relative à l'obligation d'absence de conduite arbitraire et discriminatoire. Le tribunal a considéré, à cet égard, que:

[1052]Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALENA), sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001, para. 181.

[1053]Powszechny Zaklad Ubezpieczen (« PZU ») était une compagnie d'assurance polonaise appartenant entièrement à l'État. En 1999, le Trésor public polonais a lancé un appel d'offres international pour vendre 30 % du capital de PZU. Après négociations, il a sélectionné Eureko B.V. (« Eureko »), société immatriculée aux Pays-Bas, et un autre acheteur, puis a conclu un contrat de vente d'actions. Selon les allégations d'Eureko, dès les quelques mois qui ont suivi la conclusion du contrat, le pouvoir politique polonais a commis plusieurs actes interférant avec le processus de privatisation qui s'est poursuivi à partir de 2000-2002, retardant ainsi l'introduction en bourse de la société. Eureko a soutenu qu'en investissant dans le capital de PZU, elle avait acquis des droits qui devaient être protégés par la République de Pologne en vertu du TBI et que les mesures prises par l'État polonais avaient porté atteinte auxdits droits.

[1054]Eureko B.V. contre la République de Pologne, sentence partielle d'un tribunal ad hoc, 19 août 2005, paras. 233-234.

[1055]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., p. 322.

« Il y a violation de la norme minimale de traitement à laquelle renvoie la norme du traitement juste et équitable en cas de comportement attribuable à un Etat et préjudiciable au plaignant lorsque ce comportement est arbitraire, manifestement inéquitable, injuste ou spécifique aux circonstances et discriminatoire, et expose le plaignant à un préjudice lié à son origine ou à sa race » [1056].

4. La bonne foi

La « bonne foi » est un principe primordial du droit municipal et international. Elle est inhérente au contenu juridique du droit international économique. En droit international coutumier, la bonne foi a constitué un élément intrinsèque du standard minimal de traitement des étrangers et les décisions arbitrales relatives aux investissements internationaux ont tiré parti de ces notions[1057]. A cet égard, le tribunal, dans l'affaire Tecmed c. Mexique,a interprété la norme du traitement juste et équitable comme découlant du principe de la bonne foi[1058]. On ignore, toutefois, si, pour le Tribunal, la bonne foi représentait une source d'obligations en soi. En d'autres termes, une obligation générale ou un principe régissant la création de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable[1059]. Les obligations de fournir le traitement juste et équitable à l'investissement étranger sont incluses dans la majorité de traités existants qui s'adressent à la protection de l'investissement étranger. Néanmoins, la façon avec laquelle les règles sont formulées peut être significativement différente, soulevant des questions à propos de l'interaction entre le traité et le droit coutumier.

De nombreux travaux ont été consacrés à cette notion en droit international, sans parvenir à l'identifier complètement car tel n'est sans doute pas le but. Dans le droit de l'investissement et dans le cadre du traitement juste et équitable, ce principe englobe les attentes fondamentales de l'investisseur[1060], à savoir recevoir de l'Etat hôte un traitement transparent et cohérent, c'est-à-dire non arbitraire et correspondant à ce qu'un observateur neutre considérerait comme juste et équitable.

Dans l'identification des éléments structurels de base du standard minimum sur le traitement des étrangers, l'onretrouve la décision Neer (États Units c. Mexique) à propos de la réclamation au titre de la mauvaise foi. Ainsi, la commission des réclamations Etats-Unis – Mexique considère

[1056]Waste Management c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, para. 98
[1057]Voir DOLZER R. et SCHREUER C., Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 5-6.
[1058]Le tribunal a remarqué, cependant, que la mauvaise foi de l'État n'est pas nécessaire pour une violation de la norme TJE. Voir TECMED c. Mexique, 29 mai 2003, affaire CIRDIn° ARB/00/2, sentence, para. 153.
[1059]OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. http://dx.doi.org/10.1787/616018623408.
[1060]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 327.

que le traitement d'un étranger ne doit pas correspondre à un outrage, à de la mauvaise foi, à une négligence intentionnelle des obligations, ni à une négligence des autorités publiques. Prouver une violation de ce traitement semble donc complexe car il faut démontrer l'intention qu'avait l'Etat de ne pas respecter ses obligations[1061]. Neer représente une étape importante dans le développement du standard international qui cite explicitement l'action procédurale des règles mieux établies de déni de justice et leurs applications sur toutes les règles du traitement des étrangers.

L'absence de bonne foi, en tant que critère de violation des standards de traitement, a été très peu invoquée devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Une première sentence, datée de 2001, a pu être perçue comme incluant l'obligation de bonne foi au sein des standards de traitement. En effet, dans l'affaire Genin c. Estonie, le tribunal du CIRD, après avoir constaté le contenu obscur et imprécis du standard de traitement juste et équitable, a fait valoir que ce standard requérait un standard minimum de traitement. La recherche du contenu de ce standard l'a ensuite conduit à considérer que :

« Les actes contraires à la norme minimale comprendraient les actes témoignant d'une omission délibérée de remplir son devoir et une insuffisance d'action nettement en deçà des normes internationales ou même d'une mauvaise foi subjective »[1062] .

Cependant, dans les quelques affaires ultérieures à celle-ci, affaires où l'absence de bonne foi de l'Etat d'accueil envers l'investisseur étranger a été invoquée, les tribunaux l'ont généralement écartée pour manque d'utilité. Certains tribunaux ont fait valoir que le contenu du principe de «bonne foi» est en lui-même ambigu et n'a donc guère servi à déterminer le contenu de la norme TJE[1063]. Bien que cela puisse être le cas, si l'on devait interpréter le principe selon ses propres termes, il est également vrai que le principe de bonne foi est bien respecté en droit international et qu'il peut constituer un cadre utile pour les différends relatifs aux investissements. Il est,par exemple, admis que le principe de bonne foi empêche un État d'exercer ses droits, y compris ses pouvoirs souverains de réglementation, d'une manière abusive ou d'utiliser des instruments juridiques d'une manière qui va à l'encontre des objectifs visés[1064].

[1061]Commission de réclamations Etats-Unis – Mexique, affaire Neer, 15 octobre 1926.
[1062]Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil Genin contre la République d'Estonie, CIRDI, affaire n° ARB/99/2, décision sur le fond du 25 juin 2001, para. 367.
[1063] Voir Group Inc. c. États-Unis, (affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janv. 2003, para. 191.
[1064]SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade* (2005), Vol.6, No.3, pp. 383-384 et Todd Weiler, "NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law", *Columbia Journal of Transnational Law* (2003), Vol. 42, No.1(35-85), pp. 81-82.

Ainsi, le tribunal de l'affaire ADF Group c. Etats-Unis, a soutenu que les Etats-Unis avaient négligé de se conformer de bonne foi à leurs obligations, en vertu de l'article 1105(1) et n'avaient pas rempli le devoir qui leur incombe, en vertu du droit international coutumier, de se conformer de bonne foi à leurs obligations. Le Tribunal a ensuite déclaré à cet égard que « l'affirmation selon laquelle il y a eu manquement à un devoir de bonne foi en vertu du droit coutumier est de peu d'utilité lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'une norme de traitement juste et équitable ou de conférer un contenu à cette norme»[1065] .

Cette affirmation a été ensuite confirmée par d'autres sentences rendues dans le cadre des tribunaux CIRDI et semble aujourd'hui faire l'unanimité. Par exemple, le tribunal de l'affaire CMS c. Argentine a qualifié l'obligation de bonne foi comme une exigence indépendante de l'intention délibérée ou de la mauvaise foi du défendeur dans l'adoption des mesures en question. Il a ensuite nuancé cette affirmation en admettant que l'absence de bonne foi de l'Etat d'accueil d'investissement pouvait constituer une « circonstance aggravante » sans être un élément essentiel des standards de traitement[1066].

Dans l'affaire Mondev, le tribunal avait estimé que, pour un esprit contemporain, ce qui est injuste ou inéquitable n'est pas nécessairement assimilable à ce qui constitue une atteinte à la dignité ou à ce qui est flagrant. En particulier, un Etat peut faire subir à un investissement étranger un traitement injuste ou inéquitable sans nécessairement agir de mauvaise foi[1067].

Le tribunal dans Loewen a aussi évalué que la mauvaise foi ou l'intention malveillante n'est pas l'élément essentiel d'un traitement injuste et inéquitable s'élevant à une infraction de justice international. cela signifie que le manque de procédure établie mène à une infraction des obligations internationales de l'État pour assurer un système juridique nécessaire, même sans le besoin de démontrer que cette infraction a été faite avec une mauvaise foi ou une intention malveillante[1068].

[1065]ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique, CIRDI, affaire ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, para. 191.

[1066]CMS c. Argentine, CIRDI ARB/01/8, décision sur le fond du 12 mai 2005, para. 280 : « The Tribunal believes this is an objective requirement unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question. Of course, such intention and bad faith can aggravate the situation but are not an essential element of the standard »

[1067]Mondev International LTD contre les Etats-Unis d'Amérique, CIRDI, Affaire ARB(AF)/99/2, sentence du11 octobre 2002, para.116.

[1068]Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique, CIRDI, affaire ARB(AF)/98/3, sentencse du 26 juin 2003, para. 132.

dans un nombre limité de cas, il a été décidé qu'une conduite gouvernementale fondée sur la mauvaise foi entraînerait une violation de la norme TJE. Dans l'affaire Waste Management c. Mexique, le tribunal a noté qu'une tentative délibérée des autorités de porter atteinte aux intérêts de l'investisseur constituerait en soi une violation de la norme TJE. En particulier, le tribunal a exprimé que:

« Une conspiration délibérée - c'est-à-dire une combinaison consciente de divers organismes gouvernementaux sans justification pour contourner les objectifs d'un accord d'investissement - constituerait une violation de l'article 1105 (1) de l'ALENA. Une obligation fondamentale de l'Etat en vertu de l'article 1105 (1) est d'agir de bonne foi et de la forme, et non délibérément pour but de détruire ou d'empêcher l'investissement au moyen impropre »[1069].

Dans l'affaire Bayindir c. Pakistan, selon l'allégation principale du requérant concernant la demande TJE son expulsion avait été motivée par le favoritisme local, l'iniquité et la mauvaise foi. Le tribunal a observé à cet égard que «les prétendus motifs d'injonction d'expulsion, s'il est prouvé, sont susceptibles de fonder une allégation de traitement juste et équitable en vertu du TBI[1070].

Il semblerait qu'une conduite gouvernementale, fondée en grande partie sur la mauvaise foi, qui sert délibérément à entraver les intérêts des investisseurs étrangers, constitue en tant que telle une violation de la norme TJE. Cependant, il a été souligné, dans un certain nombre de cas, que la preuve de mauvaise foi n'est pas en soi essentielle et qu'une violation de TJE peut être établie sur la base d' autres éléments inclus dans l'obligation TJE[1071].

Lors de l'analyse des différents éléments du contenu du traitement juste et équitable,identifiés par les tribunaux et systématisés par la doctrine, nous réalisons qu'ils sont tous liés à l'exigence plus générale de bonne foi imposée par le droit international des traités. Ainsi, l'utilité de la norme du traitement juste et équitable semble relative et discutable, dans la mesure où cette dernière peut être remplacée par celle de la bonne foi qui structure le standard du traitement juste et équitable, les éléments qui la composent y faisant tous référence.

[1069] Le tribunal a également insisté sur le fait que le fardeau de la preuve d'une telle allégation incombe au demandeur. Dans l'espèce, le tribunal a constaté qu'aucune preuve de ce type n'avait été produite. voir CIRDI, Waste Management c. Mexique, affaire n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, paras. 181-182.

[1070] Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique de Pakistan, affaire CIRDI n°ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 Novembre 2005, paras. 242-243 et 250.

[1071] Voir, par exemple, CIRDI, Mondev International Ltd c/ Etats Unis, affaire n° ARB(AF)/99/2 sentence du 11 octobre 2002, para. 166; CIRDI, Loewen Group Inc. C. Etats-Unis, affaire n°ARB(AF)/98/3 sentence sur le fond, para. 132; CIRDI, LG&E c. Argentine, n°ARB/02/1, 3 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, para. 129.

II. La protection et sécurité pleine et entière

La protection et sécurité pleine et entière, standard servant à la protection de l'investisseur, est en relation avec le traitement juste et équitable. Elle partagerait ainsi la même nature et la même mécanique juridique que le standard du traitement juste et équitable[1072]. A l'instar du standard de traitement juste et équitable, le standard de la pleine et entière sécurité et protection n'a pas d'origine conventionnelle mais il constitue un principe général du droit international coutumier. Il semble, toutefois, que cette norme constitue un standard minimal de protection placé par le droit international permettant de « corrige[r] la règle nationale de protection »[1073].

L'obligation de protection des investissements étrangers a été consacrée par la plupart des TBI. Ces obligations sont peu nombreuses et portent essentiellement sur la protection du droit de propriété. Cette protection s'est traduite par une obligation générale de « pleine et entière sécurité et protection » de l'Etat hôte au profit des investisseurs étrangers.

Une telle obligation trouve ses racines dans le droit coutumier international sur la protection des étrangers[1074] et dans la pratique conventionnelle traditionnelle des États-Unis qui a fait référence à un principe de "full protection and security"[1075]. Il s'agit actuellement d'une disposition commune dans les accords d'investissement, consacrée soit de façon autonome, soit expressément liée au traitement juste et équitable. Cette dernière formulation a été utilisée, par exemple, dans le TBI France - Hong Kong de 1995 :

[1072]SCHONARD Pascal, « La protection internationale des investissements étrangers : quel impact sur les politiques publiques des États d'accueil », Promotion Romain Gary 2003-2005, Ecole Nationale d'Administration, Mémoire sous la direction de THOUVENIN, J.-M., 2005: http://www.ena.eu/index.php/eng/Recherche-et documentation/Ressources documentaires/memoiresmasters/map/CIL-2005

[1073]Voir CARREAU D. et JUILLARD P., Droit international économique, Paris : Dalloz, 4ème éd., 2010, n. 1362.

[1074]Le droit international conventionnel tant bilatéral que multilatéral l'a intégré au titre des obligations générales de l'État hôte en suivant le modèle proposé par le projet de convention précité de l'OCDE de 1967 en matière de protection des biens étrangers. Ainsi, la pratique française précise que les investissements légalement constitués devront bénéficier de la part du pays d'accueil « d'une protection et d'une sécurité pleines et entières ». De son côté, la Charte de l'énergie accorde aux investissements existants le bénéfice de la « plus constante protection et sécurité » (most constant protection and security).

[1075]La plupart des traités d'investissement conclus par les Etats-Unis prévoient une « full protection and security as required by international law ». Voir DOLZER R. and SCHREUER C., Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p. 149 et SORNARAJAHM., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2004 (525 pages), p. 342. Pour une étude approfondie sur cette norme, voir CORDERO-MOSS Giuditta, "Full Protection and Security", in August Reinisch (ed.), Standards of Investment Protection, Oxford University Press, 2008, pp. 133-136.

Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie contractante doivent à tout moment bénéficier d'un traitement juste et équitable et jouir d'une protection et d'une sécurité pleines et entières dans la zone de l'autre Partie contractante[1076].

La sécurité pleine et entière renferme, pour l'État, l'obligation de prendre toute mesure utile et nécessaire en vue de protéger l'investissement de la destruction et de la spoliation, même par des tiers[1077]. En vertu de cette obligation, l'État hôte doit assurer à l'investissement étranger légalement constitué sur son territoire une « pleine et entière protection et sécurité ». Bien que le libellé de cette clause soit général, dans les traités bilatéraux, la doctrine a apporté certaines clarifications. En effet, il a été considéré que cette protection implique que « l'Etat [hôte] doit étendre le bénéfice de ses lois aux ressortissants étrangers qu'il a accepté d'accueillir en ce qui concerne le statut tant des personnes que de leurs biens»[1078].

Au-delà de la forme, cette disposition est défaillante quant au fond. Les rédacteurs ont simplement prévu que les investissements bénéficient d'une protection et d'une sécurité pleines et entières, sans précision aucune. Ce manque de précision a poussé la doctrine à considérer que cette norme constituait la deuxième composante du standard international minimal posé par le droit coutumier. Certains tribunaux arbitraux en ont même fait une composante du traitement juste et équitable sans avoir une « existence propre ». Telle fut la position des arbitres de la London Court of International Arbitration dans l'affaire Occidental Exploration and Production Co. c/Ecuador. Ils affirmèrent que « tout traitement qui n'est pas juste et équitable entraîne automatiquement une absence de pleine protection et sécurité de l'investissement »[1079]. Une telle analyse fait fi, à tort, de la spécificité de cette clause dont le but, certes plus spécifique était absolument fondamental du point de vue du droit des étrangers[1080]. Il s'agit d'une obligation plus précise dont le contenu peut être plus facilement détaillé. En particulier, l'obligation de « pleine et entière sécurité et protection » comporte deux caractéristiques principales.Elle protège la

[1076]L'article 2 (2) du TBI France - Hong kong, en ligne sur : http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1229. Par contre, L'article 2.2 du TBI de l'Ethiopie - Russie et l'article 4.1 du TBI Liban-Ukraine présentent , respectivement, des exemples de la protection et de la sécurité complète seule ou dans le cadre d'interdiction d'expropriation. Pour plus d'exemples, voir CORDERO-MOSS Giuditta, "Full Protection and Security", in A Reinisch (ed) Standards of Investment Protection 133–6 (OUP, Oxford 2008), pp. 133-134.

[1077]CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis [et al.], Droit international économique, 6e édition, Paris : Dalloz, DL 2017, p. 638.

[1078]CARREAU Dominique, « Investissements », Rép. Internat. Dalloz, 2008, p. 46, n. 303.

[1079]Voir dans ce sens, Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador, affaire n. UN 346 devant London Court of International Arbitration, sentence du 1er juill. 2004. Dans le même sens, Azurix Corp c. République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence du 14 juill. 2006.

[1080]CARREAU D. , « Investissements », op. cit., p. 41, n. 257.

sécurité physique de l'investisseur ou de l'investissentet elle le protège en principe, spécifiquement, contre l'inaction ou la passivité de l'Etat[1081]. Autrement dit, l'État doit étendre le bénéfice de ses lois aux ressortissants étrangers (investisseurs étrangers, personnes physiques ou morales) qu'il a accepté d'accueillir, s'agisssant du statut des personnes ou de leurs biens[1082]. Il en résulte que cette norme ne vise pas seulement à assurer l'égalité devant la loi et à éliminer la discrimination à ce niveau, mais surtout à protéger l'investisseur étranger contre l'arbitraire.

Le libellé de ces clauses suggère que l'État hôte est tenu de prendre des mesures actives pour protéger l'investissement contre les effets « indésirables ». Ces effets peuvent provenir de parties privées telles que les manifestants, les employés ou les partenaires commerciaux ou des actions de l'État hôte et de ses organes, y compris de ses forces armées. Dans certains cas, les tribunaux ont estimé que des dispositions de ce type garantissaient une sécurité juridique permettant à l'investisseur de faire valoir ses droits de manière efficace.

Pour comprendre la consistance du standard de sécurité pleine et entière, il est nécessaire d'isoler son objet afin de déterminer la nature des obligations qui en ressortent. Ce standard a pour objet la sécurité physique de l'investissement (A) tandis que certains tribunaux admettent son extension à la sécurité juridique (B)

A) La sécurité physique

Il ne fait aucun doute que la norme de protection et de sécurité pleine et entière a trait à la protection physique de l'investisseur et de ses actifs. Historiquement, la norme a été élaborée en au regard de la sécurité physique des personnes et des installations liées à l'investissement. Elle s'appliquait essentiellement lorsque l'investissement étranger avait été affecté par les troubles civils et la violence physique[1083]. En fait, dans plusieurs cas, les tribunaux ont supposé que cette norme s'appliquait exclusivement ou de manière prépondérante à la sécurité physique et au devoir de l'État hôte de protéger l'investisseur contre la violence envers les personnes et les biens émanant d'organes étatiques ou privés. Elle implique une obligation de vigilance et impose à l'État récepteur d'agir, dans une certaine mesure, avec la diligence requise[1084]. Ainsi que

[1081]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 364.
[1082]CARREAU D. , « Investissements », op. cit., p. 46, n. 303.
[1083]PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi c. République de Turquie, affaire CIRDIn° ARB/02/5, Sentence du 19 juillet 2007, para. 258; Saluka Investments B.V. c. République tchèque, Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), sentence partielle du 17 mars 2006, para. 483.
[1084]American Manufacturing & Trading Inc. (AMT) c. Zaire, CIRDI, affaire n°ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, para. 6.10. et TUDORIoana, "The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment", Oxford : Oxford University Press , 2008 , p. 138.

l'exprima, en termes clairs, la sentence AMT c. Zaïre, « l'obligation incombant à ce titre à l'État hôte est une obligation de vigilance, en ce sens que ce dernier doit prendre toutes les mesures nécessaires à une pleine jouissance, protection et sécurité des investissements sans qu'il lui soit permis d'invoquer sa propre législation pour s'en affranchir »[1085].

À l'origine, le standard minimum, en matière de protection et de sécurité, se limitait à l'obligation de l'État hôte de fournir la présence policière qui se révélait nécessaire, pour empêcher toute atteinte à l'investissement par la violence[1086]. En outre, la violence exercée contre l'investissement peut provenir de parties privées ou d'actions de l'État hôte et de ses organes.

L'action préjudiciable était directement perpétrée par les organes de l'État. Le devoir de l'Etat hôte ne se limite pas à empêcher les actes dommageables d'acteurs privés. La responsabilité de l'État s'étend aux actions perpétrées par ses organes. À cet égard, les tribunaux arbitraux ont constaté des violations de la norme de protection et de sécurité pleine et entière lorsqu'il est apparu que les dommages subis par les investisseurs étrangers pouvaient être attribués à des actions ou des omissions de l'État - surtout lorsque les acteurs étaient membres des organes de l'État.

C'est le cas dans l'affaire AAPL c. Sri Lanka, où les forces de sécurité avaient détruit l'investissement, durantles actions de combat contre les forces de guérilla. Le tribunal a examiné ces circonstances et a conclu que le traité applicable prévoyait que les investissements étrangers « bénéficient d'une protection et d'une sécurité complètes ». Le Tribunal a rejeté la suggestion selon laquelle cette disposition créait une responsabilité stricte de la part de l'État hôte. Le Tribunala, toutefois, estimé que la règle traditionnelle de la diligence raisonnable devait s'appliquer[1087]. Sur cette base, il a constaté que la force déployée par les forces armées était excessive et injustifiée par les circonstances et que la destruction des biens de l'investisseur aurait pu être évitée si les forces sri-lankaises avaient agi avec diligence : le défendeur a été jugé responsable[1088]. En outre, l'examen de la violation de la clause ne dépend aucunement de l'établissement ou non d'une intention maligne et d'une négligence de l'Etat. Il s'agit d'un test

[1085]Voir American Manufacturing and Trading c. Zaire, para.6.5.Cette position a été reprise dans l'affaire Wena Hotels Limited c. République Arabe d'Egypte, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000.
[1086]CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTHRégis [et al.], Droit international économique, 6e édition, Paris : Dalloz, DL 2017, p. 638.
[1087]Asian Agricultural Products AAPL c. Sri Lanka, affaire CIRDI n° ARB/87/J, sentence du 27 juin 1990, paras. 45-53.
[1088]Ibid., paras. 78-86.

objectif de sorte que la violation de l'obligation de protection peut être établie même si les autorités nationales sont de bonne foi[1089]

De même, dans l'affaire AMT contre Zaïre, l'investissement avait fait l'objet de pillages par des éléments des forces armées zaïroises. Le traité applicable disposait que « ... la protection et la sécurité de l'investissement doivent être conformes aux lois nationales applicables et ne peuvent être inférieures à ceux reconnus par le droit international ... ». Le Tribunal a estimé que la disposition du traité imposait au Zaïre une obligation de vigilance qui ne peut être inférieure au niveau minimum de vigilance et de prudence exigé par le droit international. Le Zaïre a manqué à cette obligation en ne prenant aucune mesure nécessaire pour assurer la pleine jouissance de la protection et de la sécurité de l'investissement. Il s'ensuit que le Zaïre a violé l'obligation du traité[1090]. Le Tribunal a ainsi déclaré que:

« Le Zaïre a manqué à son obligation en ne prenant aucune mesure tendant à assurer la protection et la sécurité de l'investissement en cause. Le Zaïre est responsable pour son incapacité à prévenir les conséquences désastreuses de ces événements affectant les investissements d'AMT qu'il avait l'obligation de protéger.

... Le Zaïre a manifestement manqué à son engagement de respecter le standard minimum requis par le droit international.

[...] La responsabilité de l'État du Zaïre est incontestablement engagée du seul fait même que le Zaïre se soit abstenue de prendre toutes mesure nécessaire tendant à protéger et à assurer la sécurité de l'investissement d'AMT sur son territoire »[1091].

Sans doute et la sentence CIRDI Tecmed en 2003 le nota, cette clause ne saurait imposer qu'une obligation de moyen et non une obligation de résultat de la part de l'État d'accueil, la garantie exigée de ce dernier n'étant en rien « absolue ». Il demeure que tout État d'accueil est tenu d'utiliser l'ensemble des moyens à sa disposition afin de protéger les investissements étrangers présents sur son territoire. Dans cette perspective, l'affaire Wena Hotels c. Égypte, concerne la saisie forcée de deux hôtels par les employés d'une entité publique (EHC) avec laquelle l'investisseur entretenait des relations contractuelles. En l'espèce, le traité applicable prévoyait que les investissements « bénéficient d'une pleine et entière protection et sécurité ». Les

[1089]Ibid. para. 77.
[1090]American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) c. la République de Zaïre, affaire CIRDIn° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, para. 6.05.
[1091]Ibid. paras. 6.08, 6.10 et 6.11.

représentants du gouvernement n'ont pas participé à la saisie forcée mais la police et les autres autorités n'ont pris aucune mesure efficace pour empêcher ou réparer la saisie. Le Tribunal ne doutait pas que l'Égypte ait violé son obligation d'accorder une pleine et entière protection et sécurité[1092]. Ce résultat était fondé sur la constatation que l'Égypte était informée des intentions de saisir les hôtels et n'a pris aucune mesure pour empêcher EHC de le faire. En outre, la police et le ministère compétent n'ont pris aucune mesure immédiate pour restaurer les hôtels de l'investisseur. De plus, aucune sanction substantielle, à aucun moment, n'a été imposée aux auteurs. Par conséquent, l'Egypte a manqué à son obligation de vigilance qui consiste à faire bénéficier aux investissements, implantés sur son territoire, une protection et sécurité pleines et entières.

Dans l'affaire l'Elletronica Siculo opposant les Etats-Unis à l'Italie, une chambre de la Cour internationale de Justice (CIJ) a appliqué une disposition d'un traité d'amitié et de commerce comportant une clause de pleine et entière protection. Les requérants allèguent que les autorités italiennes ont permis aux employés d'occuper l'entreprise en question, en violation de l'obligation de protection. La Cour jugea toutefois qu'une telle obligation ne pouvait être analyée comme l'assurance que l'opération ne rencontrerait jamais de « troubles de jouissance » et a estimé qu'en l'espèce, le traitement réservé par l'Italie à l'entreprise ne se situait pas « en dessous du niveau requis »[1093]. Par conséquent, ELSI démontre qu'en vertu d'une disposition conventionnelle de ce type, l'État hôte est dans l'obligation de prendre des mesures pour assurer la protection. Compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire, la CIJ a estimé que l'Italie avait répondu de manière adéquate. La Cour a décidé que la pleine et entière protection et sécurité n'impliquent pas que l'Etat d'accueil soit tenu d'assurer l'investissement étranger contre toute sorte de risque et n'implique pas non plus une obligation absolue du premier pouvant entraîner sa responsabilité de plein droit.

En conclusion, les États ont l'obligation de traiter les investisseurs étrangers de façon à leur permettre de conduire leur activité dans un environnement hospitalier, l'État est aussi obligé de

[1092]Wena Hotels Ltd. c. Egypt, affaire CIRDIn° ARB/98/4, sentence au fond du 8 décembre 2000, para. 84: "The Tribunal agrees with Wena that Egypt violated its obligation under Article 2(2) of the IPPA to accord Wena's investment 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security-.' Although it is not clear that Egyptian officials other than officials of EHC directly participated in the April 1, 1991 seizures, there is substantial evidence that Egypt was aware of EHC's intentions to seize the hotels and took no actions to prevent EHC from doing so. Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took no immediate action to restore the hotels promptly to Wena's control. Finally, Egypt never imposed substantial sanctions on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions".

[1093]Eletronica Sicula S.P.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, CIJ, Recueil des arrêts, 1989, § 108, p. 15.

protéger physiquement les investisseurs et les investissements en cas d'émeutes ou de manifestations de la population qui peut entraîner la destruction des investissements. En effet, il ne serait pas juste ni équitable que l'État d'accueil n'intervienne pas dans la protection de la propriété de l'investisseur ou pour investisseur.C'est, effectivement, l'obligation de l'État de créer les conditions de l'ordre public sur son territoire[1094].

L'obligation de diligence raisonnable est historiquement rattachée à la protection des « biens étrangers », à la sécurité « physique », ainsi qu'à la prévention des « dommages matériels ». Cependant, il semble que le concept de« diligence raisonnable »tende à recevoir une définition juridique de plus en plus large[1095] .

B) La sécurité juridique

Dans la pratique conventionnelle, l'objet de l'obligation est, parfois, précisé expressément par le traité indiquant la nature de la protection qu'il impose : soit une « sécurité et protection physiques intégrales » ou inversement « une protection juridique plein et entière ». Mais le plus souvent, le libellé n'entre pas dans ce niveau de précision et se contente de mentionner la sécurité pleine et entière sans renvoi à la coutume[1096].

Ainsi, le standard de protection et de sécurité pleine et entière a été invoqué dans des cas qui vont au-delà de la protection physique accordée par la police ou les forces analogues mais ces cas relèvent plutôt du droit des investisseurs à la protection juridique. Certains traités, en tout cas, le prévoient expressément. Dans ce sens, par exemple, le TBI Argentine - Allemagne de 1991, suggère que la norme peut comporter, outre la protection physique, des éléments de protection juridique, en faisant référence à la pleine protection et à la sécurité juridique dans le texte de la disposition [1097] . En outre, l'investissement peut être constitué exclusivement de droits intangibles qui ne sauraient évidement faire l'objet d'une atteinte physique ; la clause de protection devrait nécessairement impliquer la sécurité juridique[1098].

[1094]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 366.
[1095]CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis [et al.], Droit international économique, 6e édition, Paris : Dalloz, DL 2017, p. 639.
[1096]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., p. 315.
[1097] L'article 4(1) du TBI Argentine - Allemagne de 1991 : "Investments by nationals or companies of either Contracting,Party shall enjoy full protection as well as juridical security in the temtory of the other Contracting Party".
[1098]Siemens A.G. c. République argentine, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, para. 303.

Arrivant à la même conclusion, d'autres tribunaux ont observé que l'emploi des termes « plein », complet », « intégral » ou « entier » indiqueraient l'intention des parties de ne pas porter de restrictions à la protection et par conséquent, de ne pas la restreindre à la sécurité matérielle[1099].

Ainsi qualifiée, le tribunal Azurix c. Argentine, fondé sur l'OEPC c. Équateur, a jugé que la violation de la clause de protection pouvait être établie même si aucune atteinte physique à l'investissement n'était caractérisée[1100]. Cette position s'explique, en partie, par le fait que la clause figure souvent dans la même disposition que le traitement juste et équitable. Mais il conduit à une regrettable confusion entre les deux obligations, remettant en question la pertinence de leur distinction[1101].

Des raisonnements entretiennent l'idée selon laquelle la protection juridique « va au-delà » de la protection en matière de sécurité physique et matérielle, sous-entendant ainsi les obligations en matière contractuelles. On peut notamment citer le recours en arbitrage déposé contre le gouvernement argentin par la société Vivendi. Dans ce crecours,le Tribunal a statué sur la violation de la règle du TJE et assimilé les normes de protection et sécurité avec le traitement juste et équitable, en concluant que toute mesure qui échappe à la « protection et à la pleine sécurité » de l'investissement étranger entraînerait une violation des deux normes. Pour justifier sa décision, le tribunal avait alors repris les arguments invoqués par l'investisseur. A savoir : l'Etat argentin aurait manqué à son obligation de s'abstenir de prendre des mesures d'expropriation illégales directes ou indirectes sans garantie, violé son devoir d'offrir aux investisseurs une protection et une sécurité absolue et failli à son obligation d'offrir un traitement juste et équitable. Les demandeurs reprochaient à l'Etat hôte différentes omissions et mesures réglementaires prises par les autorités de régulation, aux fins de forcer les investisseurs à renégocier les termes de la concession ainsi que le refus injustifié de l'administration de ce pays d'augmenter les tarifs de l'eau et de son assainissement. À la suite de l'argumentaire du tribunal, les deux normes semblent être largement interchangeables - et les deux semblent avoir des

[1099]NOUVEL Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », op. cit., p. 316.

[1100]"The cases referred to above show that full protection and security was understood to go beyond protection and security ensured by the police. It is not only a matter of physical security; the stability afforded by a secure investment environment is as important from an investor's point of view. The Tribunal is aware that in recent free trade agreements signed by the United States, for instance, with Uruguay, full protection and security is understood to be limited to the level of police protection required under customary international law. However, when the terms "protection and security" are qualified by "full" and no other adjective or explanation, they extend, in their ordinary meaning, the content of this standard beyond physical security".Azurix Corp c. République d'Argentine, CIRDI Affaire No ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, paras. 406 et 408.

[1101]DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris : A. Pedone, 2014, p. 367.

éléments communs avec les dispositions contre l'expropriation. En particulier, le tribunal considère que:

" The text of Article 5(1) does not limit the obligation to providing reasonable protection and security from "physical interferences", as Respondent argues. If the parties to the BIT had intended to limit the obligation to "physical interferences", they could have done so by including words to that effect in the section. In the absence of such wordsof limitation, the scope of the Article 5(1) *protection should be interpreted to apply to reach any act or measure which deprives an investor's investment of protection and full security, providing*, in accordance with the Treaty's specific wording, *the act or measure also constitutes unfair and inequitable treatment".* [1102]

Le contenu de la norme de protection et de sécurité complète en matière de sécurité juridique demeure controversé, compte tenu notamment du chevauchement apparent avec la norme de TJE[1103]. La norme consacre incontestablement une obligation de diligence raisonnable envers les États pour assurer la protection des investissements étrangers par l'utilisation adéquate des pouvoirs de police et de sécurité.

Conclusion:

Malgré sa présence dans la grande majorité des traités pour la protection des investissements étrangers, la norme de protection et de sécurité intégrale a été utilisée avec parcimonie par les tribunaux d'investissement. Le concept de protection et de sécurité intégrale trouve son origine dans une garantie de sécurité physique pour les investisseurs et les investissements. L'État hôte est dans l'obligation de fournir une certaine protection contre toute ingérence, de la part de personnes privées telles que des employés, des partenaires commerciaux ou des manifestants. En outre, la protection et la sécurité intégrales sont également dirigées contre les interventions forcées d'organes de l'État telles que la police et les forces armées. Plus récemment, les tribunaux ont étendu la protection offerte par cette norme, au-delà de l'interférence physique, aux garanties juridiques de l'investissement. Selon cette interprétation, l'État hôte est dans l'obligation de fournir un cadre juridique permettant à l'investisseur de prendre des mesures efficaces pour protéger son investissement.

[1102]Vivendi Universal c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/97/3, sentence du 20Août 2007, para. 7.4. 15.
[1103]Pour une analyse du chevauchement entre les deux normes, voir CORDERO-MOSS Giuditta, "Full Protection and Security", in A Reinisch (ed), Standards of Investment Protection, op. cit., pp. 146-150.

Dans un certain nombre de cas, la protection et la sécurité complète ont persisté dans l'ombre d'une autre norme conventionnelle, le TJE. Certains tribunaux ont même douté que la première norme ait une existence indépendante de la seconde. D'autres tribunaux ont accepté la nature indépendante des deux normes. En substance, les deux normes peuvent être distinguées : le traitement juste et équitable exige que l'État hôte renonce à un comportement qui semble injuste et inéquitable. En revanche, la protection et la sécurité intégrales exigent que l'État fournisse activement un cadre qui protège l'investissement contre une interférence non souhaitée . L'obligation de fournir une protection et une sécurité complètes n'est pas illimitée et ne crée pas de responsabilité absolue. Les tribunaux ont toujours soutenu que ce qui est requis est une diligence raisonnable de la part de l'État hôte. La question de savoir si le degré de diligence requis d'un État hôte dépend de son état de développement et des ressources dont il dispose pose encore question .

Chapitre 2. Disciplines relatives aux normes minimales dans l'AGCS

Les règles d'investissement dans l'OMC évolueront plus probablement de façon incrémentielle. L'AGCS offre de loin le plus grand potentiel pour atteindre les deux objectifsde tous les accords existants, relatifs aux investissements, avec l'essentiel de l'attention accordée à l'élargissement de la portée des disciplines existantes en matière d'investissement, tout en recherchant une protection et une libéralisation progressives du régime d'investissement.[1104].

Il convient de noter que l'AGCS a tendance à être moins étendu en matière de protection des investissements, de sorte qu'il ne contient pas un ensemble complet de règles de protection des investissements. Plus précisément, L'AGCS ou tout autre accord de l'OMC ne contient pas de règles qui fixent la norme minimale de traitement[1105]. Il n'impose aucune norme sur le traitement des fournisseurs de services autre que les normes comparatives de la NPF et de TN. Dans cette perspective, les normes minimales de traitement visant la protection des investisseurs étrangers, en particulier le TJE et la pleine protection et sécurité, sont formellement absentes des disciplines générales de l'OMC[1106]. Certaines dispositions de l'AGCS, toutefois, imposent aux Membres de l'OMC des obligations qui sont étroitement liées au contenu des normes minimales de traitement énoncées dans les accords d'investissement. Comme cela a déjà été cité, les tribunaux arbitraux ont estimé que le « traitement juste et équitable » comportait des obligations en ce qui concerne, entre autres : la transparence ; la protection des atteintes légitimes ; l'équité procédurale et la régularité de procédure ; l'absence de conduite arbitraire ou discriminatoire ; et la bonne foi. Selon la jurisprudence pertinente, il doit être adapté de manière flexible aux circonstances de chaque cas et, par conséquent, ne peut être limité, in abstracto, à un ensemble de situations donné. Cependant, il semble y avoir un dénominateur commun se rapportant à la notion de « bonne gouvernance ». Dans le même ordre d'idées, et avec des intentions similaires, les éléments d'un traitement juste et équitable sont répartis sur diverses dispositions de l'AGCS. La couverture substantielle ne peut différer de manière significative [1107]. L'AGCS présente une gamme de dispositions en ce qui concere les éléments de la transparence, de l'équité procédurale et la

[1104]SAUVÉ Pierre et WILKIEAnn C., « Investment liberalisation in GATS », in Pierre Sauvé et Robert M. Stern (eds.), "GATS 2000: new directions in services trade liberalization", Center for business and governement, Harvard University; Washington, D.C. : Brookings Institution Press, 2000, p. 332.
[1105]UNCTAD, International Investment Agreements in Services , UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2005, p. 34.
[1106]ROY Martin, "Implications for the GATS of Negotiations on a Multilateral Investment Framework: Potential Synergies and Pitfalls", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 4, n° 6, 2003, p. 985.
[1107]ADLUNG Rudolf et MOLINUEVO Martin, "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit) Smoke?", Journal of International Economic Law, vol. 11, n° 2, 2008, p. 385.

procédure régulière, la raisonnabilité et la non-discrimination ainsi que le principe général de bonne foi. Les articles III sur la transparence et VI sur la réglementation intérieure de l'AGCS présentent un intérêt particulier, à cet égard. Il est intéressant de noter que les dispositions relatives aux contreparties dans le commerce de marchandises, dans le cadre du GATT, ont tendance à être plus rigoureuses et ont été interprétées de manière similaire à celles intégrées dans le concept de traitement juste et équitable[1108].

I. Transparence : article III de l'AGCS

La transparence est un impératif essentiel à toute réglementation et elle est particulièrement importante dans le cas de la législation du commerce qui constitue un cadre général appliqué dans le système commercial multilatéral. Elle est, depuis le début, un principe fondamental du système commercial multilatéral[1109]. Le GATT, conclu le 30 octobre 1947 à Genève, se présentait comme un extrait de la Charte de la Havane[1110]. Il prévoyait la création de l'Organisation Internationale du Commerce (OIC) et comportait des obligations pour que les gouvernements et les commerçants soient familiarisés avec tous les lois, règlements, décisions judiciaires et décisions administratives susceptibles d'affecter leurs activités commerciales.

Malgré le sort de la Charte de La Havane, ce mandat est entré en vigueur dans le sillage du cadre commercial multilatéral, sous la forme de l'article X du GATT. En outre, les groupes spéciaux et l'organe d'appel se sont, à de nombreuses reprises, référés aux obligations qui incombaient aux membres, en vertu de l'article X du GATT (publication et l'application des règlements relatifs au commerce). Dans de nombreux cas, les organes de règlement des différends de l'OMC ont jugé que les membres avaient failli aux obligations qui leur incombaient, au titre de cet article[1111].

[1108]Le Groupe spécial Argentine — Peaux et cuirs a souligné que «l'accent [de l'obligation de transparence] doit être mis sur le traitement accordé par les autorités gouvernementales aux commerçants en question», afin de permettre aux parties privées de se familiariser avec le règlement pertinent qui concerne leur activité. En revanche, l'article III de l'AGCS manque d'une référence spécifique aux opérateurs commerciaux (« les commerçants considérés individuellement»), présenté dans l'article X:1 du GATT, et se réfère uniquement aux obligations de transparence vis-à-vis d'autres Membres de l'OMC. Rapport du Groupe spécial Argentine — Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis, WT/DS155/R, parag 11.76.

[1109] OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Transparence, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002, p. 10.

[1110]La Charte de la Havane devait être signée le 24 mars 1948. Elle ne le fut jamais.

[1111]Dans certaines procédures, ils ont conclu que les membres avaient manqué à leurs obligations pour le motif qu'ils n'avaient pas publié une loi, un règlement, une décision judiciaire ou administrative relevant du champ d'application des dispositions de l'article. Dans d'autres, la raison était qu'ils n'avaient pas publiés ces textes « dans les moindres délais » ou « de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance ». Voir les affaires : CE – Viande de volaille, CE — Certaines questions douanières, République dominicaine — Importation et vente de cigarettes, CE — Produits des technologies de l'information, Thaïlande — Cigarettes (Philippines), Chine

Le système commercial multilatéral, mis en place par l'OMC, accorde une grande importance à la possibilité de faire du commerce international de manière prévisible et transparente. Dans l'AGCS, le concept de transparence joue un rôle de premier plan, au niveau des principes directeurs de l'accord. Il est inscrit dans le préambule de l'Accord et constitue l'un des deux principes fondamentaux de la discipline :

« Les Membres, désireux d'établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement »[1112].

Le principe de transparence constitue une condition majeure nécessaire à l'instauration d'un environnement favorable au commerce des services. Il sert encore de fondement juridique au mécanisme d'examen des politiques commerciales des membres. Cela a été reconnu par les organes juridictionnels de l'OMC, qualifiant la prescription en matière de transparence comme « un objet et un but » de l'AGCS et de l'OMC en général[1113].

L'obligation de transparence poséeaux membres se traduit par l'accomplissement d'obligations formelles de notification et d'information quant à la conduite des politiques commercial nationales et à l'état de leur réglementation en vigueur. La transparence, comme l'exige l'article III de l'AGCS, est une discipline essentielle de l'accord. Cette disposition appartient à la partie II de l'AGCS intitulée « Obligations et disciplines générales ». Elle énonce les principales obligations que les Membres de l'OMC doivent respecter en matière de transparence. En fait, l'art. III constitue actuellement l'obligation générale la plus puissante que les Membres doivent respecter, en ce qui concerne le commerce des services. Contrairement à d'autres principes clé de l'OMC tels que la NPF et le TN, les obligations en matière de transparence n'admettent aucune restriction sectorielle et s'appliquent sans condition à toutes les activités de services. En effet, un regard attentif sur Art. III révèle que tous les paragraphes sauf un (l'article III: 3) s'appliquent

— Matières premières, États-Unis — Vêtements de dessous, Japon — Film, États-Unis — Acier laminé à chaud, États-Unis — Crevettes, CE —Bananes III, Argentine — Peaux et cuirs, États-Unis — EPO.

[1112]Préambule de l'AGCS, deuxième paragraphe.

[1113]Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.107 et Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Jeux, WT/DS285/AB/R , para. 188.

indépendamment des engagements pris, c'est-à-dire inconditionnellement [1114]. Le concept de transparence tel qu'il ressort des Accords de l'OMC peut être considéré sous deux aspects: (A) l'obligation de publier, ou au moins de mettre à la disposition du public, toutes les réglementations pertinentes; et les dispositions concernant la notification à l'OMC et aux autres Membres des diverses formes de mesures prises par les États (B)[1115]. En outre, l'article VI sur la réglementation intérieure introduit d'autres éléments de transparence, en ce qui concerne les procédures administratives spécifiques [1116](C).

A) Exigences de publication (articles III: 1 et 2)

L'obligation de publication prévue à l'article III, 1 de l'AGCS est l'exigence de transparence la plus centrale de l'OMC, et l'AGCS ne peut pas constituer une exception à cette règle. S'appuyant sur les obligations énoncées à l'article X, 1 du GATT, l'article III,1 de l'AGCS exige que « chaque Membre publiera dans les moindres délais et, sauf en cas d'urgence, au plus tard au moment de leur entrée en vigueur, toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement du présent accord »[1117].

La référence aux « mesures» qui « affectent le commerce des services » délimite le champ d'application générale du principe, puisqu'il englobe, aux termes de l'article XXVIII: a), « toute mesure d'un Membre » ; que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme. Tout comme dans chaque accord de l'OMC où une obligation de transparence est identifiée, l'art. III étend sa couverture à toute la gamme de mesures possibles qui relèvent de l'AGCS, conformément à l'art. XXVIII. La portée de l'obligation ne se limite pas aux mesures qui ont été prises pour réglementer le commerce et l'investissement dans les services. Elle s'étend à toutes les mesures, quel que soit le secteur économique auquel elle est destinée, qui peuvent avoir un effet sur le commerce et

[1114]DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency, in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle (eds.), Max Planck Commentaries on World Trad Law, vol. 6: WTO - Trade in Services, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 93.

[1115]OMC, Les principes fondamentaux de l'OMC: le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, *Note d'information du Secrétariat*, WT/WGTCP/W/114, 14 avril 1999, p. 16.

[1116]THOMPSON Rachel et IIDA Keiya," Strengthening Regulatory transparency: Insights for the GATS from the Regulatory Reform Country Reviews", in OECD (ed),Trade in Services: Negotiating Issues and Approaches, Paris: OECD (2001) pp. 97-98.

[1117]Selon L'article X: 1 du GATT : « Les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par toute partie contractante qui visent la classification ou l'évaluation de produits à des fins douanières, les taux des droits de douane, taxes et autres impositions, ou les prescriptions, restrictions ou prohibitions relatives à l'importation ou à l'exportation, ou au transfert de paiements les concernant, ou qui touchent la vente, la distribution, le transport, l'assurance, l'entreposage, l'inspection, l'exposition, la transformation, le mélange ou toute autre utilisation de ces produits, seront publiés dans les moindres délais, de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance ».

l'investissement dans les services [1118]. En d'autres termes, bien que la plupart des mesures d'application générale prennent probablement la forme de lois, de réglementations ou de directives administratives , ces mesures ne doivent pas directement régir un service particulier. Le fait qu'elles visent ou affectent le fonctionnement de l'AGCS suffirait à les amener dans le champ d'application de l'art. III[1119].

La disposition indique, en outre, que la publication doit être « prompte ». En règle générale, la publication d'une mesure interne est jugée prompte à condition qu'elle se produise avant la mise en application ou l'exécution de cette mesure. L'article III , 1 de l'AGCS ne précise pas, comme le font les dispositions relatives au commerce des marchandises (l'article X : 1 du GATT), que la publication des réglementations commerciales doit avoir lieu « de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance » avant leur entrée en vigueur. Toutefois, l'art. III , 1 permet aux Membres de publier les mesures relevant de l'art. III, 1 au moment où ils entrent en vigueur. Bien que la disposition suggère, par l'utilisation du mot « et », que la publication simultanée et l'entrée en vigueur des mesures ne peuvent être considérées comme « promptes ». Cette approche est confirmée à l'héritage du GATT. L'exigence de publication « rapide » en vertu d'Art. X GATT 1947 a en effet été interprété très étroitement pour permettre la publication simultanée et l'entrée en vigueur d'une mesure nationale. Bien que des groupes spéciaux se soient prononcés en faveur de la conception selon laquelle une réglementation commerciale ne peut être appliquée que si elle a été publiée, l'article X n'a pas été interprété comme imposant la publication des réglementations commerciales, avant leur entrée en vigueur, ou comme obligeant à mettre l'information à la disposition des

[1118] Rapport du Groupe spécial, Chine — Publications et produits audiovisuels, WT/DS363/R, para. 7.971; et le Rapport de l'Organe d'appel, CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 220 selon lequel : " l'utilisation de l'expression "qui affectent" reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS. Le sens ordinaire de l'expression "qui affectent" implique qu'il s'agit de mesures qui ont "un effet sur", ce qui indique un vaste champ d'application. Cette interprétation est en outre renforcée par les conclusions de précédents groupes spéciaux selon lesquelles l'expression "qui affectent" dans le contexte de l'article III du GATT a une portée plus large que des expressions telles que "qui réglementent" ou "qui régissent". Nous notons également que l'article I:3 b) de l'AGCS dispose que "les "services" comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" et que l'article XXVIII b) de l'AGCS dispose que "la "fourniture d'un service" comprend la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service". Absolument rien dans ces dispositions ne donne à penser que l'AGCS a un champ d'application limité. Nous partageons également l'avis selon lequel l'article XXVIII c) de l'AGCS ne restreint pas "le sens de l'expression "qui affectent" en le ramenant à celui du terme "concernant"".

[1119] IIDA Keiya and NIELSON Julia, Transparency *in Domestic Regulation: Practices and Possibilities*, in Aaditya Mattoo and Pierre Sauvé (eds), "Domestic Regulation and Service Trade Liberalization", Washington, DC: World Bank 2003, p. 13. http://documents.worldbank.org/curated/en/377591468780874144/Domestic-regulation-and-service-trade-liberalization.

fournisseurs nationaux et étrangers en même temps[1120]. Ainsi dans le rapport de 1992 du Groupe Spécial sur l'importation, la distribution et la vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation (bière), un groupe spécial a constaté que l'article X, 1 GATT 1947 imposait des exigences relatives à la publication rapide des règles commerciales. Néanmoins, cette disposition n'entraînait pas l'exigence que les commerçants nationaux et étrangers aient l'accès à l'information en jeu, en même temps. Cette disposition n'exigeait pas non plus des parties contractantes qu'elles publient des règlements commerciaux avant leur entrée en vigueur[1121]. En d'autres termes, l'exigence de publication n'est pas mise en place pour assurer l'égalité entre les commerçants nationaux et étrangers.

Exceptionnellement, la publication peut avoir lieu après l'entrée en vigueur des mesures, si celles-ci concernent des « situations d'urgence ». Une situation d'urgence justifiant une publication ex-post consisterait en un événement inattendu et imprévisible qui se produit et qui ne permet pas à un Membre de publier la mesure que ce Membre adopte pour faire face au danger imminent. Évidemment, si l'on autorise une mesure spécifique à être publiée ex post, elle doit être évaluée au cas par cas, en fonction du dossier sur lequel le pouvoir judiciaire de l'OMC a été saisi[1122].

La portée de l'obligation de publication est vaste puisqu'elle couvre les « mesures de d'application générale » concernant toutes les questions visées par l'Accord. Cela signifie, en substance, que les décisions spécifiques concernant une personne ou un cas particulier ne doivent pas être publiées. Seuls , les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives qui s'appliquent à un éventail de situations ou de cas, et non à un champ d'application limité[1123] , peuvent être publiés.

[1120]OMC, « transparence » Note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002, p. 6. ;Panagiotis Delimatsis, Article III GATS: Transparency , op. cit.,p. 93. Les groupes spéciaux du GATT ont interprété l'article X: 1 du GATT 1947 pour permettre la publication des mesures jusqu'à l'entrée en vigueur. voir Rapport du Groupe spécial du GATT, CEE - Pommes (Chili), BISD/36S/93, para. 12.29, et Rapport du Groupe spécial du GATT, CEE Pommes (États-Unis), BISD/36S/135, paras. 5.21-5.22.

[1121]Rapport du Groupe spécial du GATT, Canada — Régies provinciales des alcools (États-Unis), BISD/39S/27, para. 5.34.

[1122]DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency , op. cit., p. 96.

[1123]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.116. « À cet égard, le Groupe spécial rappelle que l'obligation d'application uniforme énoncée à l'article X:3 a) du GATT de 1994 se rapporte aux "règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés [à l'article X:1 du GATT de 1994]". Quant à l'article X:1 du GATT de 1994, il se rapporte aux "lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale". pas d'italique dans l'original) Le sens ordinaire du terme "générale" qui est pertinent dans le contexte de l'article X:1 du GATT de 1994 est: "Not specifically limited in application; related to a whole class of objects, cases, occasions, etc; (of a rule, law, etc.) true for all or nearly all cases coming under its terms" (dont l'application n'est pas spécifiquement limitée; qui se rapporte à toute une catégorie d'objets, de cas, de circonstances, etc.; (en parlant d'une règle, d'une loi, etc.) qui est vrai pour l'ensemble ou la majorité des cas visés par ses termes). Le sens ordinaire du terme "application" qui est pertinent aux fins de l'article X:1 du GATT de 1994 est: "The

Alors que le système judiciaire de l'OMC n'a pas précisé la portée exacte du terme « d'application générale » à l'art. III: 1, ce terme a été interprété, dans le GATT de 1994, selon son art. X:3 a), pour couvrir certains mesures. Ces mesures sont celles qui affectent « un nombre indéterminé d'agents économiques »[1124] et qui s'appliquent à un éventail de situations ou de cas . Ainsi, les mesures qui traitent de situations spécifiques ne relèvent pas de l'art. III: 1.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont généralement opté pour une interprétation libérale de ces éléments et ont généralement insisté sur l'obligation de donner des renseignements complets, en temps utile et de manière non discriminatoire[1125].

Dans sa constatation confirmée par l'organe d'appel, le groupe spécial dans l'affaire États-Unis — Vêtements de dessous, a estimé que, dans la mesure où elle affecte un nombre indéterminé d'agents économiques, il s'agit d'une mesure d'application générale. Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial a fait observer que:

« L' article X:1 du GATT de 1994, qui emploie la formule "d' application générale", recouvre les "décisions administratives". Le simple fait que la limitation en cause était une ordonnance administrative ne l'empêche pas de conclure que cette limitation était une mesure d'application générale. Pas plus que le fait qu'il s'agissait d'une mesure visant un pays particulier n'exclut la possibilité que ce soit une mesure d'application générale. Si, par exemple, la limitation visait une société précise ou s'appliquait à une expédition précise, elle n'aurait pas rempli les conditions d'une mesure d'application générale. En revanche, dans la mesure où elle affecte un nombre

---

bringing of a general or figurative statement, a theory, principle, etc., to bear upon a matter" (action de faire porter sur une question une déclaration générale ou figurative, une théorie, un principe, etc.). Le Groupe spécial croit donc comprendre que les "lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale" visés à l'article X:1 du GATT de 1994 sont des lois, règlements, décisions judiciaires et administratives qui s'appliquent à un éventail de situations ou de cas, au lieu d'avoir un champ d'application limité. Par conséquent, les "règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés [à l'article X:1 du GATT de 1994]" auxquels l'article X:3 a) du GATT de 1994 renvoie sont des règlements, lois, décisions judiciaires et administratives qui s'appliquent à un éventail de situations ou de cas, au lieu d'avoir un champ d'application limité ».

[1124]Le Groupe spécial États-Unis — Vêtements de dessous a noté que « l' article X:1 du GATT de 1994, qui emploie la formule "d' application générale", recouvre les "décisions administratives". Le simple fait que la limitation en cause était une ordonnance administrative ne l'empêche pas de conclure que cette limitation était une mesure d'application générale. Pas plus que le fait qu'il s'agissait d'une mesure visant un pays particulier n'exclut la possibilité que ce soit une mesure d'application générale. Si, par exemple, la limitation visait une société précise ou s'appliquait à une expédition précise, elle n'aurait pas rempli les conditions d'une mesure d'application générale. En revanche, dans la mesure où elle affecte un nombre indéterminé d'agents économiques, comprenant des producteurs nationaux et étrangers, le Groupe spécial constate qu'il s'agit d'une mesure d'application générale. » Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/R, para. 7.65 et Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/AB/R, P. 21.

[1125]Japon – Commerce des semi-conducteurs, IBDD, S35/126, L/6309, rapport adopté le 4 mai 1988, et Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, WT/DS69/AB/R.

indéterminé d'agents économiques, comprenant des producteurs nationaux et étrangers, le Groupe spécial constate qu'il s'agit d'une mesure d'application générale »[1126].

En outre, le groupe spécial Japon - Film, s'appuyant sur le rapport du groupe spécial États-Unis - Vêtements de dessous, a élargi les exigences de publication et a jugé que les décisions administratives dans les cas particuliers devraient également être considérées comme des mesures d'application générale, chaque fois que ces décisions établissaient de nouveaux critères ou modifiaient les critères applicables à l'avenir. Néanmoins, il incombe au plaignant de démontrer que ces décisions n'ont pas été publiées. En particulier, le groupe spécial a estimé « qu'il est logique que, puisque la prescription énoncée à l'article X : 1 s'applique à toutes les décisions administratives d'application générale, elle devrait aussi s'appliquer aux décisions administratives, dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir »[1127].

Ainsi dans l'affaire Japon – Pellicules, le débat portait sur une allégation de violation de l'article X du GATT. Le Japon aurait omis de publier certaines actions menées, dans le cadre de l'exécution de la Loi sur les grandes surfaces. Il l'aurait aussi fait au regard les règlements locaux pertinents de la Commission japonaise (des pratiques commerciales loyales) et des conseils locaux (pour la promotion de ces pratiques), ainsi que des « directives » administratives émanant des bureaux régionaux du Ministère du commerce extérieur et de l'industrie et des autorités préfectorales gouvernementales et locales. En examinant la plainte, le groupe spécial a considéré que, au sens ordinaire de l'article X:1, la prescription de publication ne couvrait pas les décisions administratives adressées à des personnes ou entités précises. Il a ajouté que « puisque la prescription énoncée à l'article X:1 s'applique à toutes les décisions administratives d'application générale, elle devrait aussi s'appliquer aux décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir »[1128].

Ainsi dans l'affaire Japon – Pellicules portait sur une allégation de violation de l'article X du GATT au motif que le Japon aurait omis de publier certaines actions menées dans le cadre de l'exécution de la Loi sur les grandes surfaces et des règlements locaux pertinents par la

[1126]Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/R, para. 7.65; et Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/AB/R, p. 21.
[1127]Rapport du Groupe spécial, Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R, para. 10. 388.
[1128]Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R.

Commission japonaise des pratiques commerciales loyales et par les conseils locaux pour la promotion de ces pratiques, ainsi que les "directives" administratives émanant des bureaux régionaux du Ministère du Commerce extérieur et de l'industrie et des autorités préfectorales gouvernementales et locales. En examinant la plainte, le Groupe spécial a considéré que, au sens ordinaire de l'article X:1, la prescription de publication ne couvrait pas les décisions administratives adressées à des personnes ou entités précises. Il a ajouté que, "puisque la prescription énoncée à l'article X:1 s'applique à toutes les décisions administratives d'application générale, elle devrait aussi s'appliquer aux décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir"[1129].

Dans l'affaire CE - Viande de volaille, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle certaines licences d'expédition de viande de volaille congelée vers les Communautés européennes ne sont pas incompatibles avec l'article X. L'Organe d'appel a estimé qu' "une expédition précise "et" les licences délivrées à une société précise ou valant pour une expédition précise ne peuvent être considérées comme une mesure "d'application générale" au sens de l'article X[1130].

De même, le Groupe spécial États-Unis - Acier laminé à chaud, dans une constatation non examinée par l'Organe d'appel, a estimé que la mesure antidumping en cause ne constituait pas une mesure "d'application générale" au sens de l'article X: 1[1131].

L'AGCS instaure un véritable droit à l'information des membres, dans l'objectif de faciliter l'accès aux marchés des opérateurs économiques ressortissants des pays membres de l'OMC. En matière de services, et par conséquent, des investissements étrangers, l'outil privilégié d'ouverture des marchés passe par l'information. Il consiste à établir'une certaine transparencedes ordres juridiques d'accueil plutôt qu'il ne s'agit de garantir aux opérateurs économiques le traitement national.

[1129]Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs, WT/DS44/R.
[1130]Rapport du Groupe spécialCommunautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, WT/DS69/R, para. 269; et Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS69/AB/R, para. 113.
[1131]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, WT/DS184/R, para. 7.268.

B) Notification et autres exigences générales d'information : prescriptions en matière de notification

L'obligation de notifier à l'OMC et aux autres Membres les modifications apportées aux lois et réglementations est présente dans la plupart des Accords de l'OMC ;elle est généralement plus détaillée et complexe que l'obligation de publication[1132]. Ainsi l'article III: 3 de l'AGCS exige que chaque Membre informe le Conseil du commerce des servicesde l'adoption de toutes les nouvelles lois, réglementations ou directives administratives, ou de toutes les modifications de lois, réglementations ou directives administratives existantes, qui affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques souscrits au titre de l' accord[1133]. Ce, dans les moindres délais et au moins chaque année.

Contrairement à l'obligation de publication énoncée au paragraphe 1, cette obligation de notification se limite aux mesures affectant notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques souscrits par les membres. Cela réduit considérablement la portée sectorielle de la disposition. S'il est probable que nombre de mesures d'application générale prennent la forme de lois, réglementations ou directives administratives, elles ne doivent pas nécessairement réglementer directement un service spécifique et n'affectent ou ne visent que le fonctionnement de l'accord. Il ne s'agit donc pas de mesures qui affectent notablement le commerce des services. Il existe uniquement une obligation de publication pour ces mesures qui ne doivent pas faire l'objet d'une notification à l'OMC (comme dans le cas des mesures visées à l'Article III.3)[1134]. En outre, seule une catégorie spécifique de mesures nationales relève du

[1132]OMC, « transparence » Note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002, p. 6.

[1133]Le Conseil du commerce des services a adopté des lignes directrices spécifiques pour les notifications au titre de l'AGCS, qui établit un modèle type à utiliser pour toutes les notifications prescrites par l'accord. Le formulaire doit être complété dans l'une des trois langues officielles de l'OMC et devrait préciser a) le Membre adressant la notification. Il conviendrait d'indiquer, le cas échéant, l'autorité ou le gouvernement sous-central ou les organismes non gouvernementaux concernés ; b) la disposition de l'AGCS en vertu de laquelle la notification est faite; c) la date d'entrée en vigueur et la durée de la mesure en question; d) l'Organisme responsable de l'application de la mesure; e) une description complète de la mesure indiquant les modes de fourniture visés, l'effet sur le commerce des services (par exemple, restrictions/mesures de libéralisation) et l'incidence de la mesure sur les engagements énoncés dans la liste du Membre et dans sa liste d'exemptions de l'article II (NPF), le cas échéant . Les accords internationaux et les mesures de reconnaissance devraient également être décrits de manière exhaustive; f) les Membres spécifiquement affectés, le cas échéant par la mesure en cause; et (g) l'autorité auprès de laquelle le texte intégral de la mesure peut être obtenu. Cela peut être un point d'information, le Secrétariat de l'OMC ou d'autres sources (adresse, téléfax et téléphone d'un autre organisme) Pour éviter les doubles notifications, les Membres ne devraient pas avoir à notifier une mesure ou un accord international plus d'une fois. Il suffirait d'indiquer, dans la première notification, toutes autres dispositions de l'AGCS au titre desquelles la même question est notifiée. Voir OMC, « Lignes directrices pour les notifications au titre de l'Accord général sur le commerce des services », Décision du Conseil du commerce des services (1995).

[1134]IIDA Keiya and NIELSON Julia,Transparency in domestic regulation: practices and possibilities, Paris: OECD, 2002, p. 15.

champ d'application de l'art. III: 3 : les lois, réglementations ou directives administratives qui ont un impact « significatif » sur le commerce des services. En conséquence, la portée de cette disposition est plus étroite que celle de l'art. III: 1, puisque la portée de ce dernier, en couvrant toutes les mesures d'application générale affectant le fonctionnement de l'AGCS, semble être étendue [1135]. La portée de l'art. III: 3 est également limitée par le fait que les mesures soumises à notification doivent avoir un effet significatif sur le commerce des services, dans un secteur de services engagé.

En effet, ces termes impliquent que seules certaines lois et réglementations publiées sont soumises à notification mais il est également laissé aux autorités nationales le soin de déterminer quelles mesures «affectent de manière significative » leurs engagements dans le cadre de l'AGCS[1136].

La procédure d'information constitue donc une étape essentielle dans l'élimination des obstacles aux échanges commerciaux. L'identification des obstacles par un mécanisme interne permet ainsi d'informer les membres de l'état de la réglementation en révélant le contenu des mécanismes normatifs, appliqués aux différents secteurs des services.

Par ailleurs, l'article III: 4 oblige les Membres de l'OMC à établir des points d'information qui doivent servir à répondre dans des délais courts à toute demande d'information formulée par d'autres Membres au sujet de toute mesure relevant du champ d'application de l'accord. Les gouvernements ont un délai de deux ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord de l'OMC (ce délai est flexible pour les pays en développement) pour créer des points d'information dans leurs administrations. Les sociétés et gouvernements étrangers peuvent alors se référer à ces points d'information pour se renseigner sur les réglementations régissant tel ou tel secteur des services. Alors que les points d'information sont censés fournir des informations, il ne sera pas nécessaire qu'ils soient dépositaires des lois et réglementations. Cette obligation, relativement décevante, est, en quelque sorte, loin de son « potentiel » parce qu'elle est limitée aux contacts entre gouvernements et n'impose aucune obligation de répondre aux demandes d'information émanant de parties privées intéressées, comme les fournisseurs de services individuels et les sociétés civiles qui sont exclus de tout accès à l'information par le biais de ces points d'information. Le point d'information fonctionne suivant un mécanisme informel de consultation

[1135]DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency (2008), op. cit., p. 97.
[1136]MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J., MAVROIDIS Petros C., et HAHNMichael, "The World Trade Organization Law, Practice, and Policy", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2006, p. 234.

des entreprises locales afin de collecter leurs éventuelles questions sur les réglementations commerciales des autres membres. Cette consultation est purement discrétionnaire et facultative, dans la mesure où le fonctionnement de chaque point d'information est déterminé souverainement par chaque Etat.

Cette dernière lacune est partiellement compensée par l'article IV de l'AGCS qui prévoit une participation croissante des pays en développement. Les pays développés étaient tenus, conformément à l'art. IV: 2, d'établir des « points de contact » pour faciliter l'accès des fournisseurs de services des pays Membres en développement,aux renseignements, en rapport avec leurs marchés respectifs. En d'autres termes, l'art. IV: 2, contrairement à l'art. III: 4, prévoit un droit d'accès à l'information pour les fournisseurs de services individuels des pays en développement qui souhaitent accéder à un marché des pays développés[1137]. Les ponts de contacts ont une vocation plus directe puisqu' ils sont expressément tournés vers les fournisseurs de services et ne concernent ainsi pas seulement les Membres. En particulier, les demandes d'information peuvent concerner a) les aspects commerciaux et techniques de la fourniture de services; b) l'enregistrement, la reconnaissance et l'obtention des qualifications professionnelles; et c) la disponibilité de technologie des services.

Les pays développés membres sont tenus de contribuer à la croissance et à la consolidation des économies des pays en développement. Ils sont également tenus, en vertu de l'article IV, de négocier des engagements spécifiques, dans les négociations en cours et futures, relatives aux services. Il s'agitd'aider les pays en développement à renforcer leurs services nationaux, à améliorer leur accès aux réseaux de distribution et à l'information, et à obtenir un meilleur accès aux marchés pour leurs fournisseurs de services[1138].

Enfin, en vertu de l'article III: 5, tous les Membres de l'OMC ont le droit de notifier au Conseil du commerce des services les mesures adoptées par tout autre Membre s'ils estiment que les mesures que ce Membre n'a pas notifiées affectent le fonctionnement de l'AGCS.

C) Exigences d'information individuelle

L'autre élément important de la transparence, au sein de l'AGCS, se trouve à l'article VI: 3 qui porte sur la réglementation intérieure, notamment dans le contexte des procédures administratives

[1137]DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency (2008), op. cit., p. 99.
[1138]Secrétariat de l'OMC, Introduction à l'AGCS, n° 1397, Octobre 1999, p. 6.

engagées par les fournisseurs de services pour obtenir les autorisations ou permis nécessaires. L'article VI, troisième alinéa, de l'AGCS établit à cet égard :

« Dans les cas où une autorisation sera exigée pour la fourniture d'un service pour lequel un engagement spécifique aura été pris, les autorités compétentes d'un Membre informeront le requérant, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande jugée complète au regard des lois et réglementations intérieures, de la décision concernant la demande. À la demande du requérant, les autorités compétentes du Membre fourniront, sans retard indu, des renseignements sur ce qu'il advient de la demande ».

La disposition invite les autorités nationales à informer le requérant, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande jugée complète, au regard des lois et réglementations intérieures, de la décision concernant la demande. En outre, cet article ordonne aux autorités compétentes du Membre, et à la demande du requérant, de fournir sans retard indu des renseignements sur ce qu'il advient de la demande. À cet égard, l'AGCS comporte des normes encore plus élevées que le GATT dans son art. X où aucune disposition semblable à l'art. VI: 3 n'est envisagée[1139]. Sur la base de la fonction de l'article VI : 3, les termes d'« un délai raisonnable » et « un retard indu » doivent être interprétés en tenant compte des intérêts du fournisseur de services et de l'administration. La signification exacte des termes, cependant, ne peut être déterminée que sur la base des faits de chaque situation individuelle[1140].

Comme l'article III: 3, les exigences en matière d'information énoncées à l'article VI: 3 sont limitées à celles qui concernent les secteurs de services où le membre a pris des engagements spécifiques. Cet article impose aux Membres une obligation d'information des fournisseurs de services, dans les cas où une « autorisation » est requise dans les secteurs d'activités énoncés dans les listes d'engagements spécifiques des membres. Cette obligation vise les restrictions nées de la mise en œuvre des normes générales et des normes administratives applicables aux échanges internationaux de services imposées par l'Etat d'accueil, plus fréquente, par l'Etat d'origine. Bien qu'un peu affaibli par cette limitation sectorielle, l'article VI: 3 constitue une obligation clé dans le contexte du commerce et de l'investissement, dans le secteur de services, un secteur fortement soumis aux exigences d'autorisation et de licences. Ainsi, Delimatsis estime que « l'incorporation d'une telle obligation dans l'AGCS était nécessaire car il s'agissait des

[1139]DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency (2008), op. cit., p. 101.
[1140]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), *WTO - trade in services, Max Planck Institute for comparative public law and international law*, vol. 6, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, p. 176.

contours importants d'un cadre multilatéral provisoire pour réglementer le commerce des services. Les autorisations constituent effectivement un instrument très commun utilisé par les gouvernements et les autorités réglementaires nationales pour rationaliser la fourniture de services et l'entrée des fournisseurs de services (nationaux et étrangers) sur le marché intérieur »[1141].

Ce point de vue est repris par le groupe spécial dans l'affaire États-Unis — Jeux qui a démontré que l'article VI: 3 impose des obligations, en matière de transparence et de régularité de la procédure, pour le traitement des demandes d'autorisation en vue de la fourniture de services[1142].

Aussi les membres sont-ils tenus, au titre de l'article VI, troisième alinéa, de l'AGCS d'informer les fournisseurs des services de la décision des autorités de contrôle nationales compétentes. Le principe de transparence trouve ici une application directe ; l'obligation d'information est formulée au profit des sujets de droit interne, les fournisseurs et les investisseurs. Contrairement à l'article III de l'AGCS qui concerne uniquement les membres, l'article VI, troisième alinéa, dispose d'un engagement direct des membres envers les opérateurs du commerce international. Toutefois, cet engagement est dépourvu d'effet direct, en ce sens qu'il ne peut être invoqué par un fournisseur de services à l'encontre d'un membre. Il exige seulement des membres de modifier les dispositions nationales incompatibles avec les dispositions de l'Accord sur les services : l'obligation d'information posée à l'article VI, troisième alinéa, l'obligation générale de proportionnalité de l'article VI, premier alinéa, et l'obligation de consolidation et d'élimination des obstacles techniques, en matière de qualification, de normes techniques et de licences consacrés à l'article VI, quatrième et cinquième alinéas.

II. Administration des mesures Article VI : 1 de l'AGCS : administration raisonnable, objective et impartiale

L'Accord général sur le commerce des services est un accord multilatéral visant à éliminer les obstacles au commerce international des services. Il reconnaît la prérogative de chaque pays de réglementer le commerce des services dans sa propre juridiction, dans le cadre des compétences exclusives que les Membres de l'OMC ont. Par conséquent, l'AGCS renforce la diversité réglementaire. Néanmoins, l'AGCS et le système commercial multilatéral, en général, existent

[1141] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS" , Journal of International Economic Law, vol. 10, n° 1, 2007, p.32.
[1142]Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R; para. 6.432.

pour promouvoir l'expansion du commerce, grâce à une libéralisation progressive des politiques intérieures restrictives du commerce[1143]. Tandis que les obligations en matière de traitement de la NPF, de traitement national et d'accès au marché servent l'objectif de libéralisation progressive du commerce des services, les disciplines de l'AGCS sur la « réglementation intérieure » consacrées à l'article VI - veillent à ce que les mesures réglementaires des membres ne portent pas atteinte aux efforts de libéralisation. L'objectif consistait, en particulier, àétablir un mécanisme efficace qui permettrait aux membres de contester des règlements qui sont inéquitables, excessivement interventionnistes et de restreindre le commerce au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif souhaité (non-économique) qui motive l'action gouvernementale[1144].

De telles dispositions se trouvent dans l'article VI, qui aboutit finalement à des dispositions juridiquement contraignantes, de nature procédurale. Ces règles veilleront, essentiellement, à ce que la réglementation gouvernementale des membres, pour le commerce des services repose encore plus largement sur des principes d'efficacité économique et de bonne gouvernance[1145].

A) Le champ d'application de ces règles

Le principe général de bonne administration est reconnu au paragraphe 1 de l'article VI de l'AGCS ; ce texte oblige les Membres, dans des secteurs soumis à des engagements spécifiques, à veiller à ce que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services (et l'investissement) soient administrées de manière raisonnable, objective et impartiale. Celui-ci dispose :

« Dans les secteurs où des engagements spécifiques seront contractés, chaque Membre fera en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale ».

La portée de l'article VI: 1 est circonscrite aux lois, règlements, décisions judiciaires et administratives qui touchent les secteurs des services dans lesquels le membre a contracté des engagements spécifiques - plutôt que l'ensemble des services. On comprend toutefois assez mal la portée d'une telle disposition.

[1143]Préambule de l'AGCS.
[1144]DELIMATSIS Panagiotis, "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", Oxford; New York : Oxford University Press, 2007, p. 93.
[1145]MORRISON Peter, "Comment", in Pierre Sauvé and Robert M Stern (eds), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Brookings Institutuion, Washington, D.C., 2000, p. 322.

Il faut souligner, au préalable, à cet égard, que les dispositions en matière de réglementation intérieure ont une vaste portée.Elles s'appliquent, en effet, « aux mesures d'application générale qui affecte le commerce des services », que ces mesures soient discriminatoires ou non[1146]. Au sens large, le terme « mesure » s'entend, aux fins de l'AGCS, de toute mesure prise par un membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision administrative ou toute autre forme. Aux termes de l'AGCS, « les mesures des membres » s'entendent aussi explicitement de mesures prises par des gouvernements et administrations régionaux et locaux. Les membres doivent en outre prendre toutes mesures raisonnables en leur pouvoir pour que les gouvernements et administration régionaux et locaux respectent les obligations aux termes de l'Accord[1147].

Plus compliquée est la référence aux mesures « d'application générale ». On entend par « mesure d'application générale » une disposition abstraite qui vise indistinctement toute les personnes soumises à la compétence normative exclusive de l'Etat attachée au périmètre de sa souveraineté. Toutefois, ni les groupes spéciaux ni l'organe d'appel n'ont émis d'avis sur le sens de cette phrase, dans le contexte de l'article VI: 1 de l'AGCS, mais il existe des éclaircissements dans le contexte de l'article X: 3 (a) du GATT[1148].

Inspiré de ce dernier, l'article VI: 1 de l'AGCS porte sur l'application des mesures d'application générale et ne couvre pas les mesures prises dans une situation particulière ni les fournisseurs de services individuels[1149]. Telle est l'interprétation que les organes juridictionnels de l'OMC ont avancée dans leur examen du terme « mesures d'application générale » prévue à l'article X du GATT[1150]. Ils concluaient ainsi que les mesures « d'application générale » sont celles qui

[1146]GUEVREMONT Véronique, « Valeurs non marchandes et droit de l'OMC », Bruxelles : Bruylant, DL 2013, p. 312.

[1147]OCDE, « Commerce des services: questions et enjeux des négociations », (OCDE), Paris , 2001(152 pages), p. 135.

[1148]L'article X: 3 a) du GATT stipule :Chaque partie contractante appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable, tous les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés au paragraphe premier du présent article.

[1149]Cette exigence est identique à celle prévue à l'article X: 3 a) du GATT. Selon le critère utilisé, cette dernière disposition peut être considérée plus large ou plus étroite que l'article VI: 1; il est plus restreint parce que l'article VI: 1 de l'AGCS couvre également les mesures qui affectent le commerce des services, alors que l'article X: 3 a) du GATT s'applique aux catégories spécifiques de mesures. Toutefois, dans une autre perspective, l'article X: 3 a) a une portée plus large, car il couvre l'ensemble des réglementations commerciales relatives aux échanges de marchandises, alors que l'article VI: 1 couvre les mesures d'application générale uniquement dans les secteurs où des engagements spécifiques ont été pris.

[1150]Rapport du Groupe spécial États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/R, para. 7.65 et Rapport de l'Organe d'appel États-Unis — Vêtements de dessous, WT/DS24/AB/R, p. 21. Dans l'affaire CE — Viande de volaille, le Groupe spécial et l'Organe d'appel se sont prononcés sur le sens du terme «d'application générale» prévu à l'article X du GATT. L'Organe d'appel a soutenu la constatation du Groupe spécial selon laquelle ce terme ne vise pas des transactions spécifiques (en cause, le traitement des expéditions spécifiques), mais plutôt des règles "d'application

s'appliquent à un éventail de situations et d'opérateurs économiques, ainsi qu'aux mesures individuelles qui établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir[1151].

Comme dans l'article X: 3 a) du GATT, l'obligation énoncée à l'article VI: 1 de l'AGCS est de nature procédurale, puisqu'elle ne s'applique qu'à l'administration des mesures[1152]. L'obligation exige que les gouvernements agissent de manière raisonnable, objective et impartiale, dans la mise en œuvre pratique d'une mesure et non pas nécessairement que la mesure elle-même soit raisonnable, objective et impartiale - qui est évaluée au titre d'autres obligations de l'OMC.

L'organe d'appel a exprimé, en ce, que le texte de l'article X:3 a) indique clairement que les dispositions exigeant qu'il soit procédé d'une manière « uniforme, impartiale et raisonnable » ne visent pas les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives mais l'application de ces lois, règlements, décisions judiciaires et administratives. Dans la mesure où les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives en tant que tels sont discriminatoires, ils peuvent être examinés du point de vue de leur compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'accord de l'OMC[1153]. Néanmoins, la teneur substantielle de l'instrument juridique qui régit l'application ou la mise en œuvre des mesures d'application générale peut être contestée en vertu de l'article X:3 a) du GATT (et de l'article VI:1 de l'AGCS), lorsqu'il aboutit à l'absence d'application uniforme, impartiale ou raisonnable de cet instrument juridique[1154].

---

générale". Voir le rapport de l'Organe d'appel CE — Viande de volaille, WT/DS69/AB/R, paras. 111 et 113. En outre, dans l'affaire Japon — Film, le Groupe spécial, en interprétant le terme «d'application générale», a suggéré que ce terme devrait aussi s'appliquer aux décisions administratives dans les cas particuliers où celles-ci établissent de nouveaux critères ou modifient les critères applicables à l'avenir. Voir le rapport du Groupe spécial Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Japon - Film), WT / DS44 / R, para. 10.388.

[1151] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS",Journal of International Economic Law, vol. 10, n° 1, 2007, p. 20.

[1152]Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris, WT/DS285/R, para. 6.432 ; et le raport du Groupe spécial CE — Viande de volaille, WT/DS315/R, para. 7.119. Voir aussi DELIMATSIS Panagiotis, "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", op. cit., p. 93.

[1153]Rapport de l'Organe d'appel, CE- Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 200.

[1154]L'Organe d'appel dans l'affaire CE — Certaines questions douanières a conclu ainsi:

«Aux termes de l'article X:3 a), une distinction doit être établie entre l'instrument juridique qui est appliqué et l'instrument juridique qui régit l'application ou la mise en œuvre de cet instrument. Bien que la teneur substantielle de l'instrument juridique qui est appliqué ne soit pas contestable au titre de l'article X:3 a), nous ne voyons pas pourquoi un instrument juridique qui régit l'application ou la mise en œuvre de cet instrument ne pourrait pas être examiné au titre de l'article X:3 a) s'il est allégué qu'il aboutit à l'absence d'application uniforme, impartiale ou raisonnable de cet instrument juridique. Si un Membre de l'OMC conteste au titre de l'article X:3 a) la teneur substantielle d'un instrument juridique qui régit l'application d'un instrument juridique visé à l'article X:1, il devra prouver que cet instrument aboutit nécessairement à un manque d'application uniforme, impartiale ou raisonnable. Il

La distinction entre une mesure (procédure) d'exécution et une mesure (procédure) substantielle peut parfois être floue. La question pertinente est celle de savoir si la substance d'une telle mesure est de nature administrative ou si, au contraire, elle implique des questions de fond qu'il est plus approprié de traiter au regard d'autres dispositions de l'accord. À titre d'exemple, les mesures qui retrouvées dans le champ d'application de l'article X: 3 a) du GATT incluent les lois qui prévoient des sanctions et les procédures des États Membres de l'UE parce qu'elles contiennent des instruments de mise en œuvre de la législation douanière des Communautés européennes[1155] ; ainsi qu' un règlement offrant un moyen d'associer des personnes privées au travail des fonctionnaires des douanes, dans l'application et l'exécution des règles de fond (celles qui régissent le classement des marchandises et les droits d'exportation)[1156]. Au lieu de cela, d'autres types de mesures constituaient des mesures de fond. Ce mesures échappaient à la portée de la disposition, y compris les lois et règlements qui imposent l'application de régimes de licences d'importation différents à des produits similaires importés de Membres différents[1157] ; un règlement qui établit les modalités du contingent tarifaire pour la viande de volaille congelée[1158] ; et les lois et règlements prévoyant l'auto-engagement des réexamens à l'extinction au titre de l'Accord[1159].

L'obligation d'impartialité posée à l'article VI, primer alinéa, de l'Accord suppose l'application par les membres d'un traitement non-discriminatoire, sinon égal, entre les nationaux et les étrangers à l'égard de la loi. La qualité d'étranger ne doit pas pouvoir constituer, au terme des normes nationales d'accueil, un critère de discrimination, sinon de limitation de l'activité des fournisseurs de services étrangers sur un marché tiers. Ainsi, toutes les mesures nationales

---

ne suffit pas que le plaignant se borne à citer les dispositions de cet instrument juridique. Le plaignant doit démontrer comment et pourquoi ces dispositions conduisent nécessairement à une application inadmissible de l'instrument juridique visé à l'article X:1 ». Rapport de l'Organe d'appel, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/AB/R, paras. 200-201.

[1155]Rapport de l'Organe d'appel, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/AB/R, para. 211.

[1156]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R/Corr.1, paras. 11.71-11.72.

[1157]Rapport de l'Organe d'appel, CE- Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 200.

[1158]Rapport de l'Organe d'appel, Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles, WT/DS69/AB/R, para. 115.

[1159]DELIMATSIS propose un examen détaillé de la jurisprudence sur la portée de l'article X du GATT; voir DELIMATSIS Panagiotis*, International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, Oxford University Press, 2007, pp. 97-103. Également pour une analyse de l'historique des négociations de l'article X du GATT, ainsi que de la jurisprudence principale sur la question, voir Padideh Ala'i, "From the Periphery to the Center?The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", Journal of International Economic Law, vol. 11, n° 4, 2008, p. 782.

susceptibles d'affecter la libre circulation des services[1160] sont-elles visées par les dispositions de l'article VI : 1 de l'AGCS. De même, le champ d'application de l'article est circonscrit aux « secteurs où des engagements spécifiques seront contractés ». Il s'agit dessecteurs pour lesquels des engagements au titre du traitement national et de l'accès aux marchés ont été pris. Ainsi, les membres « feront en sort que » leur dispositif normatif en matière de services réponde bien aux critères d'impartialité et d'objectivité , au regard des secteurs soumis aux principes d'accès aux marchés et de traitement national.

B) Contenu substantiel

Le premier paragraphe de l'article VI de l'AGCS prévoit donc une administration raisonnable, objective et impartiale des mesures d'application générale qui affectent le commerce et l'investissement, dans les secteurs de services. Ces exigences de bonne gouvernance visent visiblement l'administration «uniforme, impartiale et raisonnable» prescrite par l'article X: 3 a) du GATT. Les exigences énoncées dans ces deux dispositions servent l'objectif de l'OMC, celui d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans l'environnement commercial[1161] en veillant à ce que

[1160]GUEVREMONT Véronique, « Valeurs non marchandes et droit de l'OMC », Bruxelles : Bruylant, DL 2013, p. 313.

[1161]Le préambule de l'Accord instituant l'OMC spécifie que celui-ci a, entre autres, pour but "l'accroissement … du commerce de marchandises et de services". Il dit aussi que les Membres doivent contribuer à cette expansion "par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et autres obstacles au commerce". Dans l'affaire CE – Matériels informatiques, l'Organe d'appel a dit ceci: "La sécurité et la prévisibilité des "accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce" constituent un objet et un but de l'Accord sur l'OMC, de manière générale, ainsi que du GATT de 1994." (Rapport de l'Organe d'appel CE – Matériels informatiques, paragraphe 82) Cette vue a été réaffirmée récemment par l'Organe d'appel dans l'affaire CE – Morceaux de poulet (paragraphe 243). L'Organe d'appel a aussi évoqué l'objectif de la sécurité et de la prévisibilité dans le contexte de l'article III du GATT de 1994 (relatif au traitement national). Dans l'affaire Japon – Boissons alcooliques II, en particulier, il avait dit: "Notre interprétation de l'article III est en conformité avec les "règles coutumières d'interprétation du droit international public". Les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables. Elles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel. Elles seront plus utiles au système commercial multilatéral si nous les interprétons en gardant cela présent à l'esprit. De cette manière, nous instaurerons "la sécurité et la prévisibilité" que les Membres de l'OMC souhaitent donner au système commercial multilatéral en établissant le système de règlement des différends." (Rapport de l'Organe d'appel Japon – Boissons alcooliques II, pages 34 à 36) Enfin, l'objectif de la sécurité et de la prévisibilité a été évoqué dans le contexte du Mémorandum d'accord. Dans l'affaire États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur, le Groupe spécial avait examiné l'argument des Communautés européennes faisant valoir que l'article 301 était incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord ("Renforcement du système multilatéral") ainsi qu'avec divers articles du GATT de 1994. Dans son examen, ce groupe spécial avait étudié l'importance de la notion de "sécurité et prévisibilité", disant: "Garantir la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral est un autre objet et but essentiels du système, qui pourraient contribuer à la réalisation des grands objectifs inscrits dans le préambule. De toutes les disciplines de l'OMC, le Mémorandum d'accord est l'un des instruments les plus importants lorsqu'il s'agit de protéger la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral et, ce faisant, celles du marché et des différents intervenants. Les dispositions du Mémorandum d'accord doivent donc être interprétées à la lumière de cet objet et de ce but et de manière à les promouvoir le plus efficacement possible. À cet égard, nous évoquons non seulement le texte du préambule, mais aussi les dispositions de droit positif inscrites dans le

les opérateurs privés soient traités (selon les termes du groupe CE - Certaines questions douanières), d'une manière équitable et cohérente, lorsqu'ils cherchent à importer en provenance, ou à exporter à destination, d'un pays d'un Membre donné de l'OMC[1162].

Les trois prescriptions (l'application des lois, règles et règlements douaniers doit être uniforme, impartiale et raisonnable) énoncées à l'article V: 1 de l'AGCS, comme celles de l'article X: 3 a) du GATT, sont des obligations juridiquement indépendantes, en ce sens que les lois, règles et règlements douaniers doivent satisfaire à chacune d'entre elles[1163].

En ce sens, le groupe spécial dans l'affaire République Dominicaine - Importation et vente de cigarettes a considéré que l'obligation découlant de l'article X:3 a) du GATT vise à ce que les Membres appliquent les dispositions relevant de cet article, d'une manière uniforme, d'une manière impartiale et d'une manière raisonnable. Il ne s'agit pas de prescriptions cumulatives. Les actes qui ne sont pas conformes à l'une de ces conditions seraient donc considérés comme constituant une violation de l'obligation. Dans la terminologie du groupe spécial, un Membre peut ainsi agir contrairement à ses obligations au titre de l'article X:3 a) du GATT, s'il applique les dispositions d'une manière déraisonnable, même s'il n'y a aucun élément de preuve indiquant que ce Membre a également appliqué les dispositions d'une manière non-uniforme ou d'une manière partiale[1164].

L'objet des exigences du caractère raisonnable de l'uniformité et de l'impartialité repose sur l'application des mesures, à l'égard du commerçant ou de l'investisseur en question, plutôt que sur des catégories générales d'opérateurs économiques. Comme le groupe spécial Argentine - Peaux et cuirs a statué en ce qui concerne l'article X: 3 (a) GATT, « l'accent doit être mis sur le traitement accordé par les autorités gouvernementales aux commerçants en question »[1165]. Pour tenter d'élaborer ce point, le groupe a suggéré que l'article X:3 a) exige un examen de l'effet réel qu'une mesure pourrait avoir sur les commerçants qui participent aux échanges. Pour cela, il ne s'agit pasde vérifier l'existence d'un dommage commercial [...] mais de savoir s'il y a une incidence éventuelle sur la situation concurrentielle, en raison d'une application des règles, décisions ou règlements douaniers dont il est allégué qu'elle serait partiale, non raisonnable et

---

Mémorandum d'accord lui-même." (Rapport du Groupe spécial États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur, paragraphe 7.75); Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, note n° 742.

[1162]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.431.

[1163]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, para. 11. 86.

[1164]Rapport du Groupe spécial, République Dominicaine — Importation et vente de cigarettes, WT/DS302/R, para. 7.383.

[1165]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, para. 11.76.

non uniforme[1166]. Il s'ensuit que l'objectif principal du premier alinéa de l'article VI est de s'assurer que les fournisseurs de services étrangers ne sont pas entravés dans leur travail par l'administration arbitraire ou partielle de la réglementation nationale, affectant le commerce des services dans des secteurs où des engagements spécifiques ont été pris. Conformément à l'article X: 3 a) de la jurisprudence du GATT, l'article VI: 1 exige que les Membres respectent les principes réglementaires de cohérence et de prévisibilité lorsqu'ils administrent leurs réglementations nationales[1167].

Cet article ne s'applique clairement qu'aux services et fournisseurs de services pour lesquels des engagements spécifiques ont été pris. Il n'impose pas aux pays membres d'adopter ou de maintenir des réglementations nationales raisonnables, objectives et impartiales. Il exige seulement que les mesures internes soient administrées de manière raisonnable, objective et impartiale[1168]. L'intention de l'article VI est d'empêcher les Membres de refuser, d'annuler ou de compromettre les avantages découlant de l'AGCS à d'autres membres de l'OMC, en recourant à des mesures administratives nationales onéreuses.

Compte tenu de l'insuffisance de la jurisprudence de fond sur l'article VI: 1 de l'AGCS, la jurisprudence relative à l'article X: 3 a) du GATT peut aider à comprendre les exigences minimales de l'article VI: l de l'AGCS. Afin d'établir la signification des termes, la définition des termes « raisonnable » et « impartial » peut être empruntée à l'article X: 3 a) du GATT, alors que le terme « uniforme » figurant à ce dernier est remplacé par le terme « objectif » à l'article VI: 1 de l'AGCS[1169]. Bien que chacune de ces exigences soit distincte et indépendante, les différents termes englobent certains concepts et certaines considérations qui sont communs[1170]. De même, l'organe d'appel a déclaré que les membres de phrase « neutres dans leur application et administrées de manière juste et équitable » à l'article 1:3 de l'Accord sur les licences, et « appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable » à l'article X : 3 a) du GATT de

[1166]Ibid., para. 11.83.
[1167] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., p. 28.
[1168]JARREAU J. Steven, "Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services: The Lawyer's Perspective", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 25, n° 1, 1999, p. 65.
[1169]MITCHELL Andrew et VOON Tania, "Reasonableness, Impartiality and. Objectivity", in Aik Hoe Lim and Bart De Meester (eds), WTO Domestic Regulation and. Services Trade: Putting Principles into Practice, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 74.
[1170] Rapport du Groupe spécial, Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, WT/DS394/R ,WT/DS395/R, WT/DS398/R, paras. 7.707 et 7.740.

1994 sont, à toutes fins utiles, interchangeables[1171]. Le paragraphe 1 de l'article VI dispose, de manière générale, que les réglementations nationales, appliquées dans un secteur qu'un membre a accepté d'inclure dans des engagements de libéralisation spécifiques, doivent être administrées de « manière raisonnable, objective et impartiale ». Il est possible que cette exigence - en particulier, son caractère raisonnable - puisse être utilisée et développée, dans le cadre du règlement des différends de l'OMC pour imposer des obligations matérielles (de fond) de proportionnalité, en rapport avec la réglementation intérieure[1172]. Toutefois, nous examinons ci-après l'interprétation que les groupes spéciaux et l'organe d'appel ont donnée du caractère raisonnable et de l'impartialité au titre de l'article X: 3 a) du GATT. Ces termes sont également présents explicitement dans l'article VI: l de l'AGCS, ainsi que le terme « objectif » qui figure dans ce dernier et qui remplace le terme « uniforme » dans l'article X: 3 a) du GATT.

1. Caractère raisonnable

Quant au contenu substantiel de la disposition, le groupe spécial de l'affaire République dominicaine — Importation et vente de cigarette a trouvé une aide dans les définitions du dictionnaire et a noté que le sens ordinaire du mot "reasonable" (raisonnable) renvoie à des notions telles que :

" in accordance with reason " (conforme à la raison) " not irrational or absurd " (qui n'est pas irrationnel ou absurde), " proportionate " (proportionné), " having sound judgement " (ayant un jugement sûr), " sensible " (avisé), " not asking for too much " (qui n'en demande pas trop), "within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate" (dans les limites de la raison, pas beaucoup moins ou pas beaucoup plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié), " articulate " (bien structuré) [1173].

En l'occurrence, le groupe spécial a noté qu'il est évident que la République Dominicaine n'a pas clairement étayé sa détermination de la base d'imposition, pour l'application de l'impôt sélectif sur la consommation aux cigarettes importées, en recourant à l'une des trois méthodologies énoncées dans la législation en vigueur, à l'époque. La législation de la République Dominicaine ne semblait pas ici donner aux autorités le pouvoir discrétionnaire de s'écarter des méthodes décrites. Elle ne donnait pas non plus le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte des prix

[1171]Rapport de l'Organe d'appel, CE- Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 203.
[1172]TRACHTMANJ oel P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation", in Aaditya Mattoo and Pierre Sauvé (eds.), *Domestic Regulation & Service Trade Liberalization*, The World Bank and Oxford University Press, 2003, p. 65.
[1173]Rapport du Groupe spécial, République Dominicaine — Importation et vente de cigarettes, WT/DS302/R, para. 7.385.

de vente au détail et de privilégier les valeurs déclarées en douane"[1174]. De ce point de vue, l'administration des mesures s'écartait de la réglementation applicable et des pratiques normalisées d'une manière qui n'était pas conforme à l'exigence du caractère raisonnable[1175].

Le Groupe spécial Argentine - Peaux et cuirs a analysé la prescription relative au caractère raisonnable, en ce qui concerne l'accès à l'information et a évalué s'il était raisonnable de permettre à des personnes d'avoir accès à certains renseignements qui ne sont pas pertinents, pour l'objectif déclaré de la législation en question. Le Groupe spécial n'a pas approfondi la notion de caractère raisonnable au regard de l'article X: 3 a) du GATT, mais il semblait plutôt s'appuyer sur le sens ordinaire du terme. Ce qui lui a permis de conclure qu'il n'est pas raisonnable de permettre aux représentants de l'ADICMA d'assister au processus de dédouanement, eu égard à la possibilité d'accéder aux renseignements qui en résultent et de leur donner accès à des renseignements, qui sont de nature confidentielle et qui sont communiqués au titre de leur participation au processus de dédouanement, en vue d'un classement correct des marchandises, pour empêcher la fraude et les erreurs, dans l'évaluation des droits d'exportation et l'octroi des "remboursements" à l'exportation[1176].

2. Objectivité

S'agissant du sens ordinaire des termes « l'administration objective », ils peuvent être compris comme nécessitant un processus qui ne tient pas compte des intentions irrationnelles, affectives ou personnelles. L'application d'une mesure ne devrait pas être arbitraire[1177]. Étant donné que l'objet de la disposition est l'application effective des règles, décisions ou règlements, il semble logique que l'objectivité soit non seulement requise dans la disposition elle-même (du jure), mais également dans l'application de facto de cette mesure, aux commerçants et aux investisseurs concernés.

[1174]Ibid., para. 7.387.

[1175]Dans les mots de group spécial : la manière dont la République dominicaine a appliqué les dispositions régissant l'impôt sélectif sur la consommation, en particulier en ce qui concerne la détermination de la base d'imposition pour l'application de l'impôt aux cigarettes, et l'utilisation à cet égard du "produit le plus similaire sur le marché intérieur", était déraisonnable. Le fait que les autorités de la République dominicaine n'ont pas étayé leurs décisions concernant la détermination de la base d'imposition pour les cigarettes importées en recourant aux règles en vigueur à l'époque et qu'elles ont décidé de ne pas tenir compte des prix de vente au détail des cigarettes importées, ne correspond pas aux notions: "conforme à la raison", "ayant un jugement sûr", "avisé", "dans les limites de la raison", ni "bien structuré". ibid., para. 7.388.

[1176]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, paras. 11.91-11.94.

[1177]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), *WTO - trade in services, Max Planck Institute for comparative public law and international law*, vol. 1, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, p. 171.

Il convient de noter que, contrairement à l'article X:3 a) du GATT de 1994, l'article VI 1 ne fait pas référence à l'uniformité de l'application d'une mesure. Appréhendé dans le contexte de l'article X:3 a), le mot (uniforme) prend le sens classique suivant: qui est de forme, de caractère ou de nature invariable; qui est ou reste le même dans des circonstances ou des lieux différents, ou à des moments différents … qui est de même forme, caractère ou nature qu'un autre ou que d'autres; conforme à une norme, une règle ou un modèle; semblable, similaire[1178]. Cette interprétation du traitement uniforme est conforme à celle qui est proposée par le groupe spécial Argentine – Peaux et cuirs. Dans le cadre du commerce des marchandises, l'obligation d'uniformité exige que les membres veillent à ce que leurs lois soient appliquées de manière cohérente et prévisible, en ce qui concerne les opérateurs économiques individuels, et aussi bien à des moments et en des endroits différents que par rapport à d'autres personnes[1179].

Compte tenu de l'insuffisance de la jurisprudence de fond sur l'article VI: 1 de l'AGCS et le manque d'éléments sur l'historique des négociations qui pourraient aider à clarifier la différence entre cette disposition et l'article X: 3 a) du GATT, la jurisprudence relative à l'article X: 3 a) du GATT peut aider à comprendre les exigences minimales de l'article VI: l de l'AGCS. Le sens ordinaire des termes suggère toutefois que les rédacteurs de l'AGCS ont l'intention de renforcer les moyens de garantir la sécurité et la prévisibilité de l'administration des mesures prévues, dans l'accord sur les services. En effet, «l'uniformité» et «l'objectivité» sont des qualités de l'administration qui aident les opérateurs privés à prévoir l'application d'une mesure.

Il est douteux qu'« uniforme» et «objectif» aient un sens identique et soient interchangeables. Le sens ordinaire des termes semblent par trop différents[1180]. L'uniformité fait référence à l'application cohérente et prévisible d'une mesure[1181]. Il est donc généralement nécessaire de prendre en compte plus d'une décision pour déterminer l'uniformité. L'objectivité d'autre part se réfère aux circonstances d'une décision individuelle. La première application d'une mesure générale peut donc déjà violer l'exigence d'objectivité mais il serait difficile de faire valoir l'idée qu'elle pourrait également violer l'exigence d'uniformité[1182] . Les concepts résident donc dans le

[1178] Rapport du Groupe spécial, Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, WT/DS394/R ,WT/DS395/R, WT/DS398/R, para. 7. 747.
[1179]L'exigence d'une application «uniforme» n'implique toutefois pas que l'administration d'une mesure doit se faire de manière identique dans tous les cas. En effet, des variations administratives mineures peuvent se produire sans que cela implique une violation de l'article X: 3 a) du GATT, comme il est indiqué dans le rapport du Groupe spécial du GATT, EEC- Dessert Apples(Chile), BISD/36S/93, para.12.30.
[1180]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS : Domestic Regulation", op.cit., p. 172.
[1181]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, paras. 11.83; Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.123-7.135.
[1182]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", op.cit., p. 172.

fait que l'évaluation de l'uniformité requiert un examen des modes de comportement, dans un certain nombre de situations similaires, alors qu'un comportement qui n'est pas objectif peut être évalué de son propre chef.

En outre, l'on pourrait faire valoir l'argument qu'un écart par rapport à la pratique courante - c'est-à-dire l'absence d'uniformité dans l'administration de la mesure - peut créer une présomption selon laquelle la mesure n'est pas appliquée objectivement. Au contraire, une conduite peut être uniforme, mais non objective. En ce sens, le concept d'administration objective inclut, dans une certaine mesure, l'exigence d'uniformité, alors que le contraire peut ne pas nécessairement être.L'exigence d'une administration «objective» semble renforcer les éléments de bonne gouvernance de l'article VI: 1 de l'AGCS, qui permettent aux parties de contester l'administration biaisée ou inéquitable d'une mesure, sans qu'il soit nécessaire de se référer à d'autres situations antérieures.[1183] D'autres commentateurs ne semblent pas attacher d'importance à cet écart entre le libellé de l'article VI: 1 et l'article du GATT X: 3 (a) . Ils comptent plutôt sur le fait que les deux notions incarnent les éléments d'une procédure régulière, donnant ainsi aux deux dispositions un contenu substantiel essentiellement identique. En fait, l'application régulière de la procédure est un concept inhérent à la logique de l'article X: 3 a) du GATT. La même chose s'applique mutatis mutandis à l'article VI: 1 de l'AGCS. Puisque les deux dispositions ont la même fonction.Ils servent en effet à des fins de régularité de la procédure en ce qui concerne l'administration des mesures internes ; on pourrait logiquement imaginer une interprétation similaire en ce qui concerne la juxtaposition de l'article X: 3 a) du GATT avec l'article VI: 1 de l'AGCS. L'exigence d'une administration uniforme, impartiale et raisonnable dans le cadre du GATT serait ensuite interprétée comme couvrant une gamme identique de questions à l'administration objective, impartiale et raisonnable de l'AGCS[1184].

3. Impartialité

Comme l'objectivité, en soutenant les attentes légitimes des fournisseurs de services dans la recherche d'une administration équilibrée des mesures, la notion de « l'impartialité » prend en compte la position et les intérêts de toutes les parties sans favoriser les unes par rapport aux autres.

[1183]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS : Domestic Regulation', op.cit., pp. 171-172.
[1184]Pour cette vue, voir DELIMATSISPanagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., pp. 20, 26, et note de bas de page 27.

Étant donné la forte présence de l'administration dans de nombreux marchés de services – pour diverses raisons, notamment les objectifs de politique sociale ou l'existence de monopoles naturels – l'Accord vise à faire en sorte que les mesures en cause ne compromettent pas les obligations générales, par exemple le traitement NPF ou des engagements spécifiques dans tel ou tel secteur. Ainsi, chaque Membre est tenu de veiller à ce que, dans les secteurs où des engagements spécifiques sont contractés, les mesures d'application générale soient administrées d'une manière impartiale.

Les exigences d'impartialité et d'objectivité concernent le principe fondamental de la non-discrimination. En permettant un examen plus approfondi de l'application des mesures, plutôt que leur substance, ces exigences soutiennent les principes de la NPF et du traitement national en vue d'assurer un marché concurrentiel impartial[1185]. Alors que l'exigence d'impartialité contient des éléments du principe fondamental de la non-discrimination, il diffère des dispositions de l'article II (traitement de la nation la plus favorisée) et l'article XVII (traitement national)[1186].

Les articles II et XVII interdisent le traitement moins favorable du fournisseur de services par rapport à un fournisseur de service ou de service « similaire », quels que soient les buts et objectifs poursuivis par l'administration, ce qui peut éventuellement justifier un traitement différent. En outre, contrairement aux obligations en matière de NPF et de traitement national, l'exigence d'impartialité révèle si un fournisseur de services individuel a subi un traitement partiel vis-à-vis d'autres fournisseurs de services étrangers ou même un fournisseur de services de sa propre nationalité. Toutefois, l'application d'une mesure qui traite différemment des situations comparables ("similaires") à juste titre ne viole pas nécessairement le critère de l'article VI : 1.

La notion d'impartialité, synonyme d'équité, peut être considérée comme un critère de justice qui se fonde sur des décisions prises objectivement. Le Groupe spécial Argentine - Peaux et cuirs a examiné l'exigence d'impartialité, en matière daccès aux renseignements. Impartial, signifie qu'une décision est prise sans accorder une considération ou des privilèges spéciaux à une partie ou à un intérêt commercial concerné, sans accorder le même degré de considération ou de privilèges aux autres parties ou intérêts qui sont également affectés par la décision. Le groupe spécial a observé que les lois, règles et règlements douaniers sont appliqués d'une manière

[1185]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, paras. 11.77,
[1186]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", op.cit., p. 172.

partiale lorsque les personnes ayant des intérêts commerciaux opposés sont autorisées à obtenir des renseignements confidentiels auxquels elles n'ont aucun intérêt juridique pertinent [1187].

De même, l'organe d'appel dans l'affaire États-Unis — Crevettes a déterminé que : « Le manque de transparence et la nature ex parte des procédures gouvernementales internes ... ainsi que le fait que les pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pas formellement avisés, pas plus qu'ils ne le sont des raisons du rejet, et aussi le fait qu'il n'existe pas de procédure juridique formelle de réexamen du rejet d'une demande ni d'appel de cette décision, sont tous contraires à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3 du GATT de 1994 »[1188].

Même si les trois exigences de l'article VI: 1 sont étroitement liées et servent des fonctions similaires, ce sont des obligations juridiques distinctes. Les trois exigences doivent être satisfaites si l'article VI: 1 n'est pas violé. Un membre de l'OMC peut contester l'application d'une mesure générale sur la base d'une, de deux ou destrois exigences de l'article VI: 1.

III. Procédure administrative régulière

La notion de transparence procédurale est incorporée dans l'article X du GATT qui contient des dispositions sur l'administration des mesures commerciales et sur le droit d'examen des mesures prises dans le cadre de celles-ci. L'article X: 3 oblige les Membres à administrer les règles et règlements d'une manière « uniforme, impartiale et raisonnable ». Ces termes n'ont pas fait l'objet d'une interprétation juridique. Des dispositions plus détaillées, expliquant les règles de procédure qui doivent être suivies pour remplir l'obligation de «procédure régulière», peuvent être trouvées dans de nombreux autres accords de l'OMC. L'article VI de l'AGCS fournit une illustration du type d'exigences procédurales détaillées que les Membres doivent respecter pour assurer la transparence. Des dispositions détaillées décrivant les règles de procédure qui doivent être suivies pour satisfaire le droit d'appel et d'examen peuvent aussi être trouvées dans l'AGCS. L'AGCS (en particulier l'article VI: 2) incorpore une série de «droits» procéduraux visant à améliorer la transparence et l'équité des processus administratifs, y compris le droit à la notification préalable et à la consultation aussi que le droit de déposer une plainte et le droit d'appel. L'article VI: 3 prévoit que «lorsque l'autorisation est requise pour la fourniture d'un service sur lequel un engagement spécifique a été pris, les autorités compétentes d'un Membre

[1187]Rapport du Groupe spécial, Argentine — Peaux et cuirs, WT/DS155/R et WT/DS155/R Corr. 1, para. 11.100.
[1188]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, para. 183.

doivent, dans un délai raisonnable après la présentation d'une demande considérée comme complète en vertu des lois nationales et les règlements, informer le demandeur de la décision concernant la demande ». De plus, à la demande du demandeur, « les autorités compétentes du Membre fournissent, sans délai, des informations concernant l'état de la demande ». L'article VI: 3 de l'AGCS a en outre chargé le Conseil du commerce des services d'élaborer des exigences et des disciplines afin de s'assurer que les mesures relatives aux exigences et aux procédures de qualification, aux normes techniques et aux exigences en matière de licences ne constituent pas des obstacles inutiles au commerce des services.

A) Accès aux tribunaux : article VI : 2 de l'AGCS(le droit à un tribunal)

L'effet direct des dispositions de l'article VI :1 supposerait l'existence d'un droit à réparation pour les opérateurs économiques, au titre de l'AGCS, devant les juridictions compétentes. Or, ils ne sont pas habilités à déposer une plainte auprès de l'ORD de l'OMC. Les membres en tant que sujets de droit international et selon le même mécanisme de la protection diplomatique, peuvent déposer la plainte auprès de l'ORD en endossant la plainte de leurs ressortissants. Les juridictions de l'Etat d'accueil sont ainsi compétentes, à titre exclusif, pour connaître des litiges entre ces opérateurs économiques, en tant que sujet de droit interne, et l'Etat d'accueil. C'est d'ailleurs en ce sens que se justifie l'article VI :2 de l'AGCS, qui introduit la notion de procédure régulière, dans le contexte du commerce et de l'investissement, dans les secteurs des services et pose un véritable droit d'accès aux juridictions locales.

Les fournisseurs de services de tous les secteurs doivent être en mesure de recourir aux tribunaux nationaux ou procédures judiciaires pour contester des décisions administratives qui affectent le commerce des services. Le paragraphe premier consacre le droit à un recours effectif, quelle que soit sa forme, contre l'Etat d'accueil pour tout prestataire ou investisseur ressortissant d'un pays Membre. Il prévoit que les Membres doivent maintenir des mécanismes intérieurs ("tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives") auxquels des fournisseurs individuels de services peuvent s'adresser pour obtenir un redressement judiciaire. À la demande d'un fournisseur affecté, ces mécanismes devraient permettre de « réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées ».

Il dispose à cet effet :

a) Chaque Membre maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et, dans les cas où cela sera justifié, de prendre des mesures correctives appropriées. Dans les cas où ces procédures ne seront pas indépendantes de l'organisme chargé de prendre la décision administrative en question, le Membre fera en sorte qu'elles permettent en fait de procéder à une révision objective et impartiale[1189].

La disposition consacre l'obligation de prévoir un contrôle judiciaire, arbitral ou administratif indépendant des décisions administratives affectant le commerce des services. Le but de la présente procédure de révision est de faire en sorte qu'un négociant lésé par la décision d'un organisme administratif puisse faire réviser la décision défavorable par un tribunal ou une procédure indépendants de l'organisme ayant initialement pris la décision défavorable[1190].

Comme tel, l'article VI: 2 de l'AGCS incarne l'obligation internationale de garantir l'accès aux tribunaux, aux personnes touchées par des mesures internes. Il ne distingue, en effet, pas les prestataires étrangers des prestataires nationaux. Il s'insère dans le dispositif de l'OMC comme une garantie élémentaire des droits économiques des sujets de droit interne[1191].

Selon le sens ordinaire du terme, une « décision administrative » peut être considérée comme constituant un acte juridiquement contraignant par toute autorité du pouvoir exécutif qui régit une situation particulière et individuelle [1192] . Généralement, une décision administrative est l'application d'une mesure générale à un cas spécifique, avec un effet contraignant. Une décision administrative peut donc être distinguée des actes d'application générale qui s'appliquent à un grand nombre de cas, comme les lois ou réglementations et les activités administratives qui n'ont pas d'effet contraignant et réglementaire[1193]. Les membres de l'OMC doivent établir ou maintenir des procédures de la révision des décisions administratives, dans tous les secteurs de services. Ces obligations procédurales sont donc contraignantes, indépendamment des engagements

[1189]Article VI : 2 de l'AGCS
[1190]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.536.
[1191] CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis et HAMANN Andrea, Droit international économique, 6e édition, Dalloz, Paris, 2017, § 1093, p. 419.
[1192]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", op.cit., p. 173.
[1193]Idem.

spécifiques pris dans la liste d'engagements d'un Membre[1194]. En d'autres termes, et contrairement à l'article VI: 1, l'article VI: 2 s'applique plutôt à toutes les mesures relevant de l'AGCS. Il n'est pas nécessaire que la mesure administrative touche les secteurs de services où des engagements ont été contractés par le membre de l'OMC concerné, mais seulement que cette mesure ait une incidence sur le commerce des services et les conditions de concurrence dans la fourniture d'un service, et qu'elle régisse directement ou affecte indirectement la fourniture du service[1195].

Comme le précise le deuxième paragraphe de l'article VI alinéa 2 de l'AGCS, les dispositions relatives à l'institution de mécanisme de révision des décisions administratives ne peuvent être *« interprétées comme obligeant un Membre à instituer de tels tribunaux ou procédures dans les cas où cela serait incompatible avec sa structure constitutionnelle ou la nature de son système juridique ».* L'Accord invite les Membres à prévoir, dans leur institution de mécanisme de révision, quelle que soit la forme, pour tous les prestataires nationaux ou étrangers. L'article VI: 2 ne contient pas d'exigences supplémentaires quant à la structure institutionnelle du mécanisme de la révision[1196]. La révision peut, donc, être effectuée par tout type d'entité juridictionnelle, qu'elle soit judiciaire, arbitrale ou administrative. Cette disposition permet au membre de l'OMC d'utiliser le système de contrôle qui convient le mieux à leur cadre institutionnel ou constitutionnel, pour autant qu'il agisse indépendamment des organes administratifs concernés et prévoie une révision objective et impartiale. En outre, les procédures doivent envisager rles mesures correctives appropriées pour remédier à la situation au cas où la décision administrative examinée serait illégitime.

La disposition exige également que les mécanismes permettent de réviser les décisions administratives et de prendre les mesures correctives appropriées « dans les moindres délais » . Alors qu'il n'y a pas d'autre précision sur ce qui peut être considéré comme « dans les moindres délais » dans ce contexte, il est entendu que cela signifie : le temps le plus court possible et éviter des retards injustifiés pour ce type de procédures[1197].

[1194] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., p. 29.

[1195]Rapport de l'Organe d'appel CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 220.

[1196]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, paras. 7.491- 7.556 en ce qui concerne l'article X: 3 du GATT de 1994. Voir, KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", op.cit., p. 174.

[1197]L'article 21 du Mémorandum d'accord suggère "[p]our que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD". Cependant, étant donné que "donner suite dans les moindres délais" peut ne pas toujours vouloir dire se conformer "immédiatement", le texte introductif de l'article 21:3 dispose ce qui suit: "S'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions [de l'ORD], ce Membre aura un délai

Tandis que l'article VI: 2 de l'AGCS n'a pas encore été examiné par les organes juridictionnels de l'OMC, dans l'affaire CE — Certaines questions douanières, le groupe spécial a interprété, pour la première fois, son équivalent dans le GATT, à savoir l'article X: 3 b). Plus précisément, le Groupe spécial a du appliquer l'article X: 3 b) du GATT dans le contexte complexe de la révision et de la rectification de mesures administratives de l'UE alors que certaines décisions des tribunaux administratifs de l'UE ne lient que certains États membres de l'UE[1198]. Cette affaire soulève d'importantes questions sur le caractère supranational et les mécanismes du système juridique communautaire relatifs à l'union douanière et à la politique commerciale commune de la Communauté ainsi qu'aux obligations de la Communauté vis-à-vis de ses Étatsmembres[1199].

Le groupe spécial a procédé à l'analyse des termes de l'article X: 3 (b). En interprétant le terme « indépendant » au titre de l'article X: 3 a) du GATT, le Groupe spécial considère que les tribunaux ou les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives aux fins de la révision et de la rectification des mesures administratives doivent être libres de tout contrôle ou de toute influence exercée par les organismes administratifs dont les décisions font l'objet d'une révision. Plus précisément, ces tribunaux et procédures doivent être en mesure de procéder à la révision prévue à l'article X:3 b) du GATT de 1994, en étant à l'abri d'un point de vue institutionnel et pratique d'une ingérence des organismes dont les décisions sont révisées[1200].

En ce qui concerne le niveau d'examen prévu à l'article X: 3 b) - et l'article VI :1 de l'AGCS - le groupe spécial a noté que les deux parties au différend sont d'avis que cette disposition se rapporte à la révision en premier ressort. Il a donc conclu que « l'article X:3 b) du GATT de 1994 s'applique à la révision en premier ressort à laquelle procèdent des tribunaux et des procédures qui sont indépendants de l'autorité administrante ayant pris la mesure administrative qui fait

---

raisonnable pour le faire." L'octroi d'un "délai raisonnable" pour procéder à la mise en œuvre est donc basé sur le fait qu'il est irréalisable pour le Membre de se conformer "immédiatement". Voir à ce sujet, entre autres, décision de l'arbitre, Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles (article 21.3(c)), WT/DS207/13, para. 33, et décision de l'arbitre, États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (article 21.3(c)), WT/DS217/14, WT/DS234/22, para. 40.

[1198] Le Groupe spécial limitera son analyse à la question de savoir si l'article X:3 b) du GATT de 1994 exige ou non que les décisions des tribunaux ou procédures aux fins de la révision et de la rectification des mesures administratives se rapportant aux questions douanières régissent la pratique de tous les organismes chargés de l'application des mesures administratives sur l'ensemble du territoire d'un Membre particulier. Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.496.

[1199]Les États-Unis ont fait valoir en l'espèce exclusivement que les Communautés européennes, en tant que membre de l'OMC, contreviennent à l'article X:3 b) du GATT de 1994; ils n'allèguent pas que les États membres des Communautés européennes contreviennent eux aussi à l'article X:3 b) du GATT de 1994. Ibid., para. 7.548.

[1200] Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7. 520.

l'objet de la révision[1201]. De l'avis du groupe spécial, cette conclusion est également corroborée par le principe de régularité de la procédure qui sous-tend l'article X du GATT[1202].

Le groupe spécial a donc conclu que les Communautés européennes ne contreviennent pas à l'article X:3 b) du GATT de 1994 simplement parce que les décisions concernant la révision des mesures administratives, se rapportant aux questions douanières, qui sont rendues par les autorités des États membres agissant en qualité d'organes des Communautés européennes, ne s'appliquent pas et ne déploient pas leurs effets sur l'ensemble du territoire des Communautés européennes[1203].

L'organe d'appel a souscrit au raisonnement du Groupe spécial à cet égard et a soutenu que « ni le texte, ni le contexte, ni l'objet et le but de l'article X: 3 b) du GATT (et, implicitement, l'article VI: 2 de l'AGCS) n'exigent que les décisions des tribunaux ou procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs aux fins de la révision et de la rectification des mesures administratives se rapportant aux questions douanières doivent régir la pratique de tous les organismes chargés de l'application des mesures administratives sur l'ensemble du territoire d'un Membre [de l'OMC] particulier »[1204]. Selon l'interprétation de l'Organe d'appel, ce que cette disposition envisage simplement est la « possibilité de réviser et de rectifier de façon indépendante les mesures administratives de chaque organisme chargé de l'application des mesures douanières sur l'ensemble du territoire d'un Membre de l'OMC »[1205].

En résumé, les obligations procédurales de l'article VI: 2 signifient que les membres doivent établir (ou maintenir) un processus de révision et d'appel rapide et un forum indépendant pour connaître de manière impartiale les litiges impliquant des mesures qui affectent le commerce (et l'investissement) des services[1206].

B) Le droit à une procédure équitable

Les dispositions de l'Accord général sur le commerce des services, concernant au premier chef les opérateurs privés, encadrent les procédures nationales uniquement en imposant la mise en place de recours juridictionnels effectifs au profit des opérateurs. Si les personnes privées sont

[1201]Ibid., paras. 7.521 et 7.522. Voir aussi la note de bas de page 894 du rapport du Groupe spécial.
[1202]Ibid., para. 7.536.
[1203]Ibid., paras. 7.554 et 7.556.
[1204]Rapport de l'Organe d'appel, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/AB/R, para. 304.
[1205]Ibid., para. 302.
[1206]DELIMATSIS Panagiotis, "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", Oxford University Press, 2007, p. 105.

prises en compte ce n'est qu'au titre de défendeurs devant être informés, en temps utile, des mesures qui pourraient être prises contre elles.

Ainsi, dans le cadre de l'AGCS, la bonne administration des réglementations intérieures relatives au service passe-t-elle par l'existence de recours juridictionnels effectifs du fournisseur de services, affecté par une mesure préjudiciable auprès des tribunaux administratifs, judiciaires ou arbitraux (l'article VI : 2 du GATS).

Tandis que l'article VI: 2 consacre l'obligation primordiale d'accorder l'accès aux tribunaux ou à des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives et de prendre des mesures correctives appropriées, le concept de procédure régulière, dans sa dimension liée à régularité de la procédure, s'étend au-delà de l'obligation de ne pas nier la justice telle qu'elle est reflétée dans cette disposition unique. Tous les concepts reflétés sur les trois premiers paragraphes de l'article VI de l'AGCS,comportent différents éléments d'une procédure régulière et d'équité procédurale. Ils prévoient le principe général. Selon ce principe, les mesures intérieures doivent être administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale, les fournisseurs étrangers doivent être en mesure de contester les décisions administratives devant un tribunal et ils doivent être dûment informés du rejet d'une demande d'autorisation. Les paragraphes 1-3 de l'article VI de l'AGCS contiennent des disciplines qui n'affectent que le volet procédural du droit et ne contiennent aucune prescription de fond.[1207]. Agrégées, toutes ces dispositions introduisent le principe de régularité de la procédure dans l'AGCS.

Une lecture analogue, dans le contexte du commerce des marchandises, a été reprise par les organes juridictionnels de l'OMC, dans plusieurs affaires concernant l'article X: 3 du GATT. Il est de notoriété que, en l'absence de toute orientation spécifique, les fondateurs de l'AGCS ont rédigé plusieurs dispositions de l'Accord sur la base des dispositions du GATT correspondantes. Par conséquent, l'article VI de l'AGCS et l'article X: 3 du GATT englobent tous deux des critères minimaux, en matière de régularité de la procédure. En ce sens, l'organe d'appel dans l'affaire États-Unis — Crevettes a observé que :

« Il est également clair que l'article X:3 du GATT de 1994 établit certains critères minimaux concernant la transparence et l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux, et, selon nous, ces critères ne sont pas respectés en l'espèce. Le manque de transparence et la nature ex parte des procédures gouvernementales internes appliquées par les

[1207]Le Groupe spécial États-Unis - Jeux a confirmé que " l'article VI:1 et VI:3 contient des disciplines de nature procédurale ". Rapport du groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.432.

fonctionnaires compétents de l'Office de la protection du milieu marin, du Département d'État et du Service national des pêches maritimes des États-Unis dans le cadre du processus de certification au titre de l'article 609, ainsi que le fait que les pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pasformellement avisés, pas plus qu'ils ne le sont des raisons du rejet, et aussi le fait qu'il n'existe pas de procédure juridique formelle de réexamen du rejet d'une demande ni d'appel de cette décision, sont tous contraires à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3 du GATT de 1994 »[1208].

Le groupe spécial CE - Certaines affaires douanières a adopté la même approche lorsqu'il a interprété l'article X: 3 a) et l'exigence d'une administration uniforme. Il a reconnu que l'ensemble de l'article X: 3 du GATT comportait des obligations en matière de régularité de la procédure et l'équité procédurale. De l'avis du Groupe spécial, si la forme, la nature et l'ampleur de l'application en cause pouvaient varier d'un cas à l'autre « l'application ne devrait pas tomber en deçà de certains critères minimaux en matière de régularité de la procédure, lesquels comprennent des notions comme l'avis, la transparence, l'impartialité et l'équité »[1209] . Le Groupe spécial a ajouté que ces critères découlent du contexte plus large de l'article X:3 a) du GATT de 1994, en matière de régularité de la procédure. Le groupe spécial a également fait remarquer que de tels éléments d'équité procédurale sont nécessaires au regard de chaque opérateur économique concerné, en soulignant que le but de cet article est « d'assurer que les négociants bénéficient des garanties d'une procédure régulière lorsqu'ils effectuent des importations ou des exportations »[1210]. Des interprétations similaires devraient être attendues, dans le contexte de l'article VI de l'AGCS[1211].

La phase d'acceptation de l'opérateur étranger sur le marché ne doit pas constituer une source de discrimination et un frein à la libre circulation des prestations de services. Aussi les membres sont-ils tenus, au titre de l'article VI, troisième alinéa, de l'AGCS d'informer les prestataires de la décision des autorités de contrôle nationales compétentes. L'article VI: 3 reconnaît que les procédures de demande d'autorisation peuvent générer des obstacles à la fourniture de services, en particulier si elles prennent beaucoup de temps à être complétées. Cette disposition est donc une concrétisation de la règle générale de l'article VI: 1, en ce qui concerne le traitement des demandes d'autorisation pour la fourniture de services, dans un secteur où des engagements

[1208]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, para. 183.
[1209]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.134.
[1210]Ibid., para. 7.107.
[1211] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., p. 35.

spécifiques ont été pris. À ce jour, les organes juridictionnels de l'OMC n'ont pas encore examiné en détails les composantes relatives à l'application régulière de l'article VI, ou l'AGCS en général. Seul le groupe États-Unis-Jeux a fait une brève remarque à ce sujet, notant que « l'article VI: 3 impose des obligations en matière de transparence et de régularité de la procédure »[1212]. Cette observation est toutefois déterminante dans la mesure où elle signifie que l'article VI: 3 doit être interprété comme introduisant l'obligation, pour les autorités nationales, dans le cas où une autorisation serait exigée pour la fourniture d'un service pour lequel un engagement aura été pris, de se prononcer sur les demandes et d'informer le fournisseur de services de la décision concernant la demande dans un délai raisonnable. Cela implique, en outre, que l'administration soit également tenue de prendre cette décision dans un délai raisonnable[1213] . Cependant, cet article prend également en compte l'intérêt légitime de l'administration à traiter une demande complètement dans la période de temps nécessaire. Il vise à équilibrer les intérêts des fournisseurs de services et de l'administration. En effet, une violation de l'article VI : 3 de l'AGCS présuppose l'existence d'un système qui conduirait à l'octroi d'autorisations. En l'absence de toute procédure d'autorisation, un Membre ne peut être considéré comme étant en violation de ses obligations découlant de l'article VI : 3[1214]. Cela signifie que non seulement l'article VI de l'AGCS doit être interprété comme une obligation procédurale générale découlant d'une procédure régulière, analogue à l'article X: 3 du GATT, mais que contrairement à cette dernière disposition, elle consacre également l'obligation spécifique de prendre une décision concernant des procédures administratives individuelles, dans un délai raisonnable - un mandat de bonne gouvernance qui est absent de l'accord sur le commerce des marchandises.

IV. La bonne foi

Les Accords de l'OMC représentent des obligations juridiquement contraignantes pour leurs membres et sont régis par les principes généraux du droit international public. Les règles de l'OMC ne peuvent donc pas être considérées comme un régime « autonome » et ne doivent pas être interprétées comme « isolées du droit international public ». Par conséquent, Conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, les principes généraux du droit international public régissent les accords de l'OMC. Présente dans pratiquement tous les

[1212]Rapport du groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.432.
[1213]KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation", op.cit., p. 176.
[1214] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS" op.cit.,p. 32.

systèmes juridiques du monde, la bonne foi est l'un des « principes généraux » du droit les plus largement acceptés. Dans cette perspective, le principe de la bonne foi joue un rôle important en prévoyant une norme de conduite à suivre par les membres de l'OMC, dans l'organisation et la mise en œuvre de leurs activités commerciales. Cependant, rien, dans le préambule ou le corps de l'AGCS, n' établit de lien explicite entre ses dispositions et le principe de la bonne foi. Le seul accord de l'OMC qui comporte une référence explicite à la bonne foi en tant que règle de conduite pour les membres de l'OMC est le Mémorandum d'accord dont l'article 3:10 fait obligation aux Membres de l'OMC, si un différend survient, d'engager les procédures de règlement des différends « de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend »[1215].

Cela ne signifie pas pour autant que le principe de bonne foi, en droit international, soit absent du cadre commercial multilatéral. Au contraire, l'organe d'appel a reconnu que le système de l'OMC est fondé sur « le principe "général" de la bonne foi qui sous-tend tous les traités », de sorte que tous les accords conclus sont fondés sur le concept de bonne foi, en droit international. Ce principe, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États[1216].

Généralement, le fait que les accords de l'OMC fassent partie intégrante du système du droit international public et doivent donc être lus par ses principes directeurs[1217] implique que le principe de bonne foi couvre tous les aspects du cadre de l'OMC ;il peut sous-tendre les Accords de l'OMC dans leur ensemble[1218]. Le concept de l'obligation de bonne foi a divers corollaires et émane des trois sources connues du droit international public, de la coutume (pacta sunt servanda), des principes généraux du droit (l'interdiction de l'abus de droit) et du droit des traités. En particulier, la jurisprudence de l'OMC a reconnu comme manifestations du principe de bonne foi : la règle coutumière de *pacta sunt servanda*; le principe

[1215]La bonne foi est également mentionnée dans plusieurs dispositions de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). L'article 24, qui concerne les négociations visant à accroître la protection des indications géographiques, contient trois références à la bonne foi. Celles-ci les références portent sur la « bonne foi » des ressortissants ou des personnes domiciliées sur le territoire des Membres de l'OMC lorsqu'ils demandent ou enregistrent des marques et utilisent des marques ou des indications géographiques. Les articles 48.2 et 58 c) de l'Accord sur les ADPIC font référence à la "bonne foi" des pouvoirs publics ou des fonctionnaires dans l'administration des lois relatives à la protection ou au respect des droits de propriété intellectuelle. Ces dispositions n'imposent toutefois pas l'obligation d'agir de bonne foi aux membres de l'OMC, mais consacrent plutôt certains droits et obligations aux membres lorsque d'autres parties privées ont agi de bonne foi. Elles concernent la bonne foi des personnes au sein des Membres de l'OMC plutôt que la bonne foi des Membres de l'OMC eux-mêmes.

[1216]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Fils de coton, WT/DS192/AB/R, para. 81. Voir également le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Acier laminé à chaud, WT/DS184/AB/R, para. 101.

[1217]Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Essence, WT/DS2/R, para. 17.

[1218] MITCHELL Andrew D., "Good Faith in WTO Dispute Settlement", Melbourne Journal of International Law,MelbJIL 14; vol. 7, n°2, 2006, pp. 351 et 352.

de la négociation et de la mise en œuvre de bonne foi ; la doctrine de *l'abus de droit* ; le principe de l'estoppel ; et la protection des attentes légitimes[1219]. En outre, le concept de bonne foi a été fréquemment appliqué aux aspects procéduraux du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, en plus de sa fonction importante dans l'interprétation des traités, conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne.

Le principe de la bonne foi a fait l'objet d'une analyse, dans diverses affaires jugées par l'ORD. Les membres de l'OMC sont censés respecter leurs obligations de bonne foi et cet élément est censé être présent dans la conduite des membres de l'OMC. À cet égard, dans une affaire historique (CE - Sardines), l'Organe d'appel a conclu que :

« Nous devons supposer que les Membres de l'OMC se conformeront à leurs obligations conventionnelles de bonne foi, comme le prescrit le principe pacta sunt servanda énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. Et, toujours dans le cadre du règlement des différends, chaque Membre de l'OMC doit supposer la bonne foi de tous les autres Membres »[1220].

Il est donc nécessaire, lors de l'analyse de la performance d'un Membre, de supposer que l'élément de bonne foi est présent dans ses actions. Mais, comment ce principe est-il structuré ? Il a été suggéré que la bonne foi est constituée de deux éléments importants : la doctrine de l'abus de droit et la protection des attentes légitimes, qui ensemble « renforcent la légitimité d'un système juridique en plaçant chaque participant sur un pied d'égalité »[1221].

Bien que l'utilisation de la doctrine de l'abus de droit ait été acceptée dans la jurisprudence et la méthode d'interprétation de l'OMC, le principe de la protection des attentes légitimes légitime, lui, ne l'a pas été.

Dans la plupart des affaires, la notion de bonne foi dans le droit de l'OMC a été invoquée comme argument complémentaire pour renforcer une obligation existante dans différents accords de l'OMC[1222]. Ce faisant, les organes juridictionnels de l'OMC ont dérivé du principe de la bonne foi

[1219]PANIZZON Marion, "Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law", in Julian Chaisse and Tiziano Balmelli (eds.), Essays on the Future of the World Trade Organization, Volume II, The WTO Judicial System: Contributions and Challenges, Lausanne: Éditions Interuniversitaires Suisses, 2008, p. 4.

[1220] Rapport du Groupe spécial Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines, (WT/DS231/AB/R), para. 278

[1221]COTTIER Thomas et SCHEFER Krista N., "Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO", in Marco Bronkers & Reinhard Quick (eds), New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson - The Hague [u.a.] : Kluwer Law International, 2000, p.50.

[1222]ZEITLER Helge-Elisabeth, 'Good Faith' in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?", Journal of International Economic Law, vol. 8, n° 3, 1 September 2005 (pp. 721–758), p. 741. l'organe d'appel États-Unis — Acier laminé à chaud donne un exemple sur la façon dont le principe de bonne

d'autres canons juridiques qui peuvent aider, dans chaque cas, à élucider le sens des dispositions existantes.

A) L'abus de droit

La doctrine de l'abus des droits découle du principe de la bonne foi. Ce principe « empêche une partie d'un accord d'exercer ses droits d'une manière qui est déraisonnable compte tenu de l'esprit de l'accord »[1223].

La meilleure exposition de ce principe au sein de la jurisprudence de l'OMC se trouve dans l'affaire États-Unis - Crevettes. En l'espèce, l'Organe d'appel a déclaré que «[le principe de la bonne foi], en tant que principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits. Cette application prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable"[1224]. L'exercice abusif, par un Membre, de son propre droit conventionnel, se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres, ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle". L'Organe d'appel a proposé cette interprétation dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT, pour appuyer son objectif de donner un sens à l'article qui impliquait qu'« un point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les

---

foi a servi de soutien aux obligations codifiées. en l'espèce, l'organe d'appel a estimé que le paragraphe 2 de l'Annexe II autorise les autorités chargées de l'enquête à demander qu'il soit répondu aux questionnaires sur un support déterminé (par exemple, bandes pour ordinateur) mais indique, dans le même temps, que cette demande ne devrait pas être "maintenue" si le fait de s'y conformer imposerait une "charge supplémentaire excessive" à la partie intéressée, c'est à dire "entraîn[erait] des frais et une gêne supplémentaires excessifs". (pas d'italique dans l'original) Cette disposition oblige les autorités chargées de l'enquête à établir un équilibre entre l'effort qu'elles peuvent attendre que les parties intéressées fassent pour répondre aux questionnaires et la possibilité que ces parties intéressées ont dans la pratique de se conformer pleinement à toutes les demandes que leur adressent les autorités chargées de l'enquête. l'organe d'appel a conclu par conséquent que "cette disposition est une autre expression détaillée du principe de la bonne foi, qui est en même temps un principe juridique général et un principe du droit international général, qui éclaire les dispositions de l'Accord antidumping ainsi que des autres accords visés. Ce principe fondamental de la bonne foi, dans ce contexte particulier, empêche les autorités chargées de l'enquête d'imposer aux exportateurs des charges qui, compte tenu des circonstances, ne sont pas raisonnables". Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Acier laminé à chaud, WT/DS184/AB/R, para. 101.

[1223]COTTIERThomas et SCHEFERKrista N., "Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO", in Marco Bronkers & Reinhard Quick (eds), New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson - The Hague [u.a.] : Kluwer Law International, 2000, p. 51.

[1224]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, paras. 158.

autres Membres tient t de diverses dispositions de fond (par exemple, l'article XI) du GATT de 1994»[1225].

Dans l'affaire États-Unis - Acier laminé à chaud, l'organe d'appel n'a pas expressément fait référence au principe de bonne foi mais il a appliqué de facto des concepts de la doctrine de l'abus de droit. L'Organe d'appel a estimé que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités pour déterminer la «valeur normale» au sens de l'article 2.2.1 de l'Accord antidumping n'était pas sans limites : en particulier, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une manière impartiale, qui soit équitable pour toutes les parties touchées par une enquête antidumping[1226].

B) Pacta sunt servanda

Une autre expression du principe de bonne foi adoptée par les organes juridictionnels de l'OMC est la notion de pacta sunt servanda. La Convention de Vienne codifie le concept de pacta sunt servanda à l'article 26. Cet articleétablit que « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». L'Organe d'appel a déclaré que les tribunaux de l'OMC ne devraient pas présumer que les membres ont agi de mauvaise foi., l'inverse, L'Organe d'appel a déclaré que les tribunaux de l'OMC ne devraient pas présumer que les membres ont agi de mauvaise foi et, à l'inverse, ils doivent « supposer que les Membres de l'OMC se conformeront à leurs obligations conventionnelles de bonne foi, comme le prescrit le principe pacta sunt servanda énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. Et, toujours dans le cadre du règlement des différends, chaque Membre de l'OMC doit supposer la bonne foi de tous les autres Membres »[1227]. Ces déclarations donnent à penser que les Membres sont tenus de s'acquitter de bonne foi de leurs obligations conventionnelles et que, dans des circonstances appropriées, la présomption qu'ils l'ont fait pourrait être réfutée avec succès.

L'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd) a fait observer que le principe de bonne foi joue un rôle non seulement dans l'interprétation, mais aussi dans l'exécution des traités. Cela implique que, suivant le principe pacta sunt servanda reconnu à l'article 26 de la Convention de Vienne, « les Membres de l'OMC [devaient] s'acquitter de bonne

[1225]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Crevettes, WT/DS58/AB/R, paras. 158-159. Voir aussi, COTTIER Thomas et SCHEFER Krista N., "Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO", op. cit.,p. 65, où Cottier et Schefer confirment que l'Organe d'appel dans sa décision « historique » dans l'affaire États-Unis-crevettes donne sa « première reconnaissance explicite de l'abus de droit dans le droit de l'OMC.
[1226]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Acier laminé à chaud, WT/DS184/AB/R, para. 148.Voir aussi, ZEITLER Helge-Elisabeth, "Good Faith' in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?", Journal of International Economic Law, vol. 8, n° 3, 1 September 2005, p. 740.
[1227]Rapport de l'Organe d'appel CE — Sardines, WT/DS231/AB/R, para. 278.

foi de leurs obligations au titre des accords visés »[1228]. L'organe d'appel a toutefois rejeté la conclusion formulée par le Groupe spécial selon laquelle « les États-Unis n'ont pas agi de bonne foi » s'agissant de leurs obligations découlant de l'article 5.4 de l'Accord antidumping et de l'article 11.4 de l'Accord SMC [1229]. Bien que l'Organe d'appel ait semblé mal comprendre l'utilisation par le Groupe spécial du principe fondamental de la bonne foi, il a ensuite accepté l'applicabilité indépendante d'un tel principe. Les États-Unis maintiennent qu'il n'y a « dans l'Accord sur l'OMC aucune base ni justification permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC de conclure qu'un Membre n'a pas agi de bonne foi, ou de faire respecter un principe de bonne foi en tant qu'obligation de fond acceptée par les Membres de l'OMC ». En réponse, l'Organe d'appel s'est référé à sa reconnaissance antérieure de "la pertinence du principe de bonne foi" dans un certain nombre d'affaires. Il a ainsi déclaré : « Il existe donc manifestement une base permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'a pas agi de bonne foi »[1230]. Cependant, rien dans les accords visés n'étaye la conclusion selon laquelle, simplement parce qu'il a été constaté qu'un Membre de l'OMC a violé une disposition de fond d'un traité, ce Membre n'a par conséquent pas agi de bonne foi[1231].

C) Les attentes légitimes

Le principe des attentes légitimes est la deuxième excroissance de la doctrine de la bonne foi. Ila été largement exposé dans la jurisprudence de l'OMC. L'une des plus grandes confusions sur le principe de la bonne foi dans la jurisprudence de l'OMC est la perception que le principe est intrinsèquement associé aux plaintes, en situation de non-violation. En conséquence, l'expression "annulation ou réduction d'avantages" a toujours été exposée dans le contexte d'une plainte en situation de non-violation[1232]. Cependant, le principe de bonne foi, en particulier dans son aspect de pacta sunt servanda, a été interprété comme étayant la notion de plaintes de non-violation dans le système de l'OMC.

Par exemple, dans l'affaire Corée - Marchés publics, le Groupe spécial a déclaré qu'il a été convenu par les Membres de l'OMC que la notion d'exécution de bonne foi s'étendait aux

[1228]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, para. 296.
[1229]Ibid., para. 295.
[1230]Ibid.,para. 297.
[1231]Ibid., para. 298.
[1232] LEESun Hyeong, JUNGYoungjin, "The Legacy of the Byrd Amendment Controversies—Rethinking the Principle of Good Faith", in Journal of World Trade, vol. 37, n° 5, 2003(pp. 921–958), p. 927.

mesures ultérieures qui pourraient annuler ou compromettre les avantages auxquels les autres parties aux négociations en question s'attendent raisonnablement à bénéficier[1233].

Le groupe spécial a, en outre, observé que la capacité de recours, « en situation de non-violation » s'agit là d'une évolution du principe pacta sunt servanda dans le contexte de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1947 et des différends relevant de cet article, puis des Accords de l'OMC, en particulier de l'article 26 du Mémorandum d'accord[1234]. Sur la base de ces éléments, le Groupe spécial a ensuite examiné s'il y avait des éléments, dans la phase de négociation de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. Le groupe spécial a conclu que le requérant n'avait pas établi qu'il avait des attentes raisonnables (avoir obtenu un avantage), comme l'exige l'article XXIII: 1 du GATT[1235].

En outre, et concernant l'utilisation du principe de la protection des "attentes légitimes" pour interpréter les obligations des Membres au titre des Accords de l'OMC, l'Organe d'appel dans l'affaire Inde - Brevets (Etats-Unis) a clairement indiqué ce qui suit :

« Toutefois, en invoquant les "attentes légitimes" des Membres concernant les conditions de concurrence, le Groupe spécial confond les bases juridiquement distinctes des plaintes "en situation de violation" et "en situation de non-violation" au titre de l'article XXIII du GATT de 1994 pour en faire un seul motif d'action uniforme. Cela n'est compatible ni avec l'article XXIII du GATT de 1994 ni avec l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC. La faculté de formuler des plaintes "en situation de non-violation" pour des différends relevant de l'Accord sur les ADPIC est une question qui doit encore être examinée par le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (le "Conseil des ADPIC") conformément à l'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC. Ce n'est pas une question qui doit être réglée par le biais d'une interprétation donnée par des groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel »[1236].

Dans l'affaire CE - Matériels informatiques, l'Organe d'appel a également examiné l'inapplicabilité du principe de protection des "attentes légitimes" de Membres et a introduit le concept d'intention commune des parties. A cet égard, l'Organe d'appel a indiqué que:

« nous ne partageons pas l'avis du Groupe spécial selon lequel interpréter une concession reprise dans la liste d'un Membre à la lumière des "attentes légitimes" de Membres exportateurs est

[1233]Rapport du Groupe spécial, Corée — Marchés publics, WT/DS163/R, para. 7.94.
[1234]Ibid., para. 7.93.
[1235]Ibid., paras. 7.119, 7.25.
[1236]Ibid., paras. 41 et 42.

compatible avec le principe de l'interprétation de bonne foi énoncé à l'article 31 de la Convention de Vienne. Récemment, le Groupe spécial Inde - Brevets a dit que l'interprétation de bonne foi conformément à l'article 31 exigeait "la protection des attentes légitimes". Nous avons constaté que le Groupe spécial avait mal appliqué l'article 31 de la Convention de Vienne....

Le but de l'interprétation des traités conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne est d'établir les intentions communes des parties. Ces intentions communes ne peuvent pas être établies sur la base des "attentes" subjectives et déterminées de manière unilatérale d'une des parties à un traité. Les concessions tarifaires reprises dans la liste d'un Membre - dont l'interprétation est en cause dans la présente affaire - sont réciproques et résultent d'une négociation mutuellement avantageuse entre Membres importateurs et Membres exportateurs. Une liste devient partie intégrante du GATT de 1994 en vertu de l'article II:7 du GATT de 1994. En conséquence, les concessions reprises dans cette liste font partie des termes du traité. De ce fait, les seules règles qui peuvent être appliquées pour interpréter une concession sont les règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne »[1237].

D) La bonne foi est-elle une obligation autonome ?

Le principe de la bonne foi est bien ancré dans la structure juridique de l'OMC et sa valeur juridique a été clairement établie, comme l'indiquent les différentes affaires examinées plus haut. Les organes juridictionnels de l'OMC ont donné, au principe de bonne foi, un rôle de premier plan dans le cadre de l'OMC en élaborant des directives juridiques afin de mieux répondre aux desiderata de chaque affaire. Néanmoins, ces principes ont été, dans tous les cas, utilisés comme aide interprétative pour définir le contenu précis des dispositions existantes de l'OMC. L'application systématique du principe de la bonne foi, en interprétant les Accords de l'OMC et en analysant les actions des Membres, contribue à renforcer la légitimité du système de l'OMC et renforce la perception de l'équité de ses actions. Ce principe de la bonne foi fournit une norme de comportement déterminante, à cet, et constitue un principe directeur dans l'interprétation de la portée des obligations des parties à un accord. La question demeure donc de savoir si la "bonne foi" en tant que telle implique une obligation au regard du droit de l'OMC qui peut donner lieu à une demande fondée sur son propre mérite.

Jusqu'à présent, l'organe d'appel de l'OMC a systématiquement rejeté toute autonomie normative du principe de bonne foi, en l'absence de dispositions plus précises du principe dans le droit de

[1237] Rapport de l'Organe d'appel Irlande — Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R, paras. 83 et 84.

l'OMC[1238]. Une seule affaire semble soutenir l'idée selon laquelle un différend pourrait être fondé entièrement et singulièrement sur le principe du droit international de la «bonne foi», sans qu'un accord ou une disposition spécifique de l'OMC ne soit invoqué. L'Organe d'appel dans l'affaire États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd) a déclaré qu' "il existe donc manifestement une base permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'a pas agi de bonne foi"[1239]. L'organe d'appel a rejeté la conclusion du groupe spécial selon laquelle les États-Unis avaient agi de mauvaise foi en se fondant sur les éléments de preuve suivants : "Rien cependant dans les accords visés n'étaye la conclusion selon laquelle, simplement parce qu'il a été constaté qu'un Membre de l'OMC a violé une disposition de fond d'un traité, ce Membre n'a par conséquent pas agi de bonne foi. Selon nous, il serait nécessaire de prouver davantage qu'une simple violation pour étayer une telle conclusion"[1240]. En outre, l'Organe d'appel a tenu compte de ces considérations dans le contexte de l'interprétation d'autres dispositions de l'OMC (à savoir le texte introductif de l'article XX du GATT).

Les décisions ultérieures des groupes spéciaux de l'OMC et de l'organe d'appel, telles qu'adoptées par l'ORD de l'OMC, ont également émis des doutes quant à la reconnaissance d'une obligation de la bonne foi indépendante, s'ajoutant à une obligation de fond contenue dans les accords visés[1241].

D'autre part, les groupes spéciaux et l'organe d'appel ont plus facilement accepté l'utilisation du principe des obligations de bonne foi si elles se concrétisaient par des manifestations plus concrètes ou des bases normatives, telles que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit destraités.En particulier si elles sont utilisées pour interpréter un accord de l'OMC [1242]. Cette approche est, en principe, solide et valable, compte tenu du mandat limité de l'ORD "de ne

[1238]ZIEGLER Andreas R. et BAUMGARTNER Jorun, “Good Faith as a General Principle of (International) Law”, in Mitchell A., Sornarajah M., Voon T. (eds.), Good Faith and International Law: Trade and Investment Implications, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2015(pp.9-36), p. 15.
[1239]Rapport de l’Organe d’appel, États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, para. 297.
[1240]Ibid., para. 298.
[1241] Voir par exemple, Rapport du Groupe spécial, Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l’Inde-Recours à l’article 21:5 , WT/DS141/RW, paras. 6.89-6.91; Rapport du Groupe spécial, Argentine — Droits antidumping sur la viande de volaille, WT/DS241/R, paras. 7.34-7.36.
[1242]Voir par exemple, Rapport du Groupe spécial, Corée — Marchés publics, WT/DS163/R, para. 7.101; Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO), WT/DS384/R et WT/DS386/R, para. 7.605.

pas accroître ou diminuer les droits et obligations prévus dans les accords visés[1243]. Par ailleurs, comme d'autres chercheurs l'ont souligné, l'adoption d'une obligation de bonne foi indépendante risquerait de brouiller la distinction entre les plaintes pour violation et celles en situation de non-violation[1244]. Basé sur la jurisprudence de l'OMC, il semble que le principe de la «bonne foi » soit bien établi dans le cadre de l'OMC. Il est même susceptible de s'étendre au fur et à mesure que les groupes spéciaux et l'organe d'appel sont confrontés à des situations nouvelles et davantage complexes. Il est encore douteux donc que les organes de l'OMC décident de reconnaître un principe aussi vague comme une obligation autonome dans le cadre multilatéral[1245].

V. Autres standards minimaux de traitement dans l'AGCS : des exigences minimales concernant le traitement des fournisseurs de services

En plus des obligations «générales» en matière de transparence, de l'administration des mesures d'application générale, de la de la procédure et de la bonne foi précisées ci-dessus, l'AGCS comporte un certain nombre d'autres dispositions qui établissent certaines exigences minimales concernant le traitement des fournisseurs de services. Elles sont d'une grande portée, car, au lieu d'émettre un principe général de bonne gouvernance, elles énoncent des obligations spécifiques, substantielles et procédurales qui doivent être incorporées dans la réglementation intérieure du membre. Néanmoins, ces disciplines ont une portée plus limitée car elles ne s'appliquent qu'à quelques secteurs de services sélectionnés ou sont soumises à d'autres limitations importantes. En particulier, en ce qui concerne le principe de transparence, l'article VI de l'AGCS contient des dispositions précises. Ellesvisent à améliorer la transparence en ce qui concerne la relation verticale entre l'autorité de régulation nationale et une personne privée, c'est-à-dire le fournisseur de service affecté[1246]. L'Article VI s'efforce de définir les normes que devraient respecter les réglementations intérieures concernant la fourniture de services et cet aspect est plus important encore.

A) Aucun obstacle non-nécessaire au commerce des services: article VI: 4-5 de l'AGCS

[1243]Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Annexe 2) articles 3.2 et 19.2

[1244]ZEITLERHelge-Elisabeth, "'Good Faith' in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?", op. cit., pp. 751-753.

[1245]Ibid., p. 751.

[1246]DELIMATSISPanagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS" , Journal of International Economic Law, vol. 10, n° 1, 2007,p. 35.

L'article VI introduit dans l'AGCS une norme, importante du point de vue de la réglementation interne, affectant le commerce et l'investissement dans les secteurs de services. Dans l'esprit de l'AGCS, le quatrième paragraphe de l'article VI vise en effet à faire en sorte que les réglementations intérieures ne constituent pas des obstacles non-nécessaires au commerce des services[1247]. À cet effet, le Conseil du commerce des services de l'OMC est chargé de mettre en place des organismes spécialisés chargés d'élaborer des disciplines internationales « afin de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non-nécessaires au commerce des services ». En particulier, l'article VI: 4 de l'AGCS oblige les membres à élaborer des disciplines multilatérales. Ces disciplines visent à garantir que les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences qui: a) sont fondées sur des critères objectifs et transparents, telles que la compétence et l'aptitude à fournir le service; b) ne sont pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service; c) dans le cas des procédures en matière de licences, ne constituent pas une restriction à la fourniture du service.

Il convient de noter que le paragraphe 4 de l'article VI, au lieu de comporter une obligation simple, établit un programme de travail, pour l'élaboration de disciplines. Cettte partie del'article vise à faire en sorte que les mesures, en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions et procédures en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services[1248]. Cependant, en raison de contraintes de temps et de difficultés inhérentes à la mise en place d'obligations de réglementation intérieure dans les négociations multilatérales, les gouvernements impliqués dans le cycle d'Uruguay n'ont pas été en mesure de parvenir à un accord sur le contenu spécifique d'une telle règle ; ils sontconvenus de poursuivre les négociations sur la question.

En substance, le critère énoncé à l'article VI: 4 de l'AGCS constitue une liste indicative des caractéristiques et des normes minimales que les mesures nationales relatives aux qualifications, aux licences et aux normes techniques devraient respecter[1249]. En attendant les résultats des négociations sur les disciplines multilatérales spécifiques, l'article VI:5 énonce une obligation générale. Il s'agit de faire en sorte que les engagements spécifiques ne soient pas annulés ou

[1247]Rapport du Groupe spécial États-Unis - Jeux, WT/DS285/R, para. 6.303.
[1248] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., p. 36.
[1249]DELIMATSIS Panagiotis, "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", Oxford University Press, 2007, p. 113.

compromis par des prescriptions réglementaires (prescriptions en matière de licences et de qualifications et normes techniques) qui ne sont pas conformes aux disciplines envisagées, et auxquelles on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre au moment où l'engagement a été pris[1250].

Le paragraphe 5 interdit aux États membres de l'OMC d'appliquer leurs dispositions de réglementation intérieure si elles « annulent ou compromettent ces engagements spécifiques, d'une manière qui n'est pas conforme aux critères indiqués aux alinéas 4(a), (b) ou (c)». A savoir d'une manière qui (a) ne repose pas sur des critères objectifs et transparents, ; est plus rigoureuse qu'il est nécessaire pour assurer la qualité du service ; et, dans le cas des procédures en matière de licences, est en soi une restriction sur la fourniture du service. D'autre part, le paragraphe 5 n'exige pas de l'État membre qu'il agisse de cette manière si l'on ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce que le Membre agisse de cette façon au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris. Les deux exigences susmentionnées sont cumulatives en ce sens qu'elles devraient toutes deux être satisfaites pour que l'article VI: 5 soit applicable[1251]. Toutefois, Le paragraphe 5 fixe des limitations eu égard à son délai d'application et à la mesure dans laquelle un État membre de l'OMC est lié par ses obligations. Il ne s'applique que sur la période pendant laquelle les disciplines relatives à un secteur de services particulier n'ont pas encore été élaborées.

Bien que de nature transitoire, les Membres sont tenus en vertu du paragraphe 5, d'appliquer leurs prescriptions et normes existantes d'une manière qui soit conforme aux trois critères énoncées à l'article VI: 4 (a) à (c) de l'AGCS en tant qu'un principe directeur pendant que des négociations multilatérales sont en cours[1252].

[1250]L'article VI:5 de l'AGCS se lit comme suit:
a) Dans les secteurs où un Membre aura contracté des engagements spécifiques en attendant l'entrée en vigueur des disciplines élaborées dans ces secteurs conformément au paragraphe 4, ledit Membre n'appliquera pas de prescriptions en matière de licences et de qualifications ni de normes techniques qui annulent ou compromettent ces engagements spécifiques, d'une manière:
i) qui n'est pas conforme aux critères indiqués aux alinéas 4 a), b) ou c); et
ii) à laquelle on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre de la part de ce Membre au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris.
b) Pour déterminer si un Membre se conforme à l'obligation énoncée au paragraphe 5 a), on tiendra compte des normes internationales des organisations internationales compétentes appliquées par ce Membre.
[1251] DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS", op.cit., p. 40.
[1252]DELIMATSIS Panagiotis„ "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", Oxford University Press, 2007, p. 117.

En décembre 1998, après plusieurs années de projets et de discussions, le Conseil du commerce des services de l'OMC a adopté un document intitulé Disciplines en matière de réglementation intérieure pour le secteur comptable (les « disciplines comptables »). Ces disciplines ont été mises au point par un organisme dénommé Groupe de travail des services professionnels (Working Party on Professional Services, WPPS) de l'OMC et approuvées par le Conseil de l'OMC, composé de tous les États membres de l'OMC.Depuis l'adoption des disciplines comptables, les Membres de l'OMC (et d'autres) ont poursuivi leurs discussions sur l'adoption éventuelle et sur la manière d'adopter des disciplines qui soient susceptibles de s'appliquer à d'autres secteurs de services, notamment les services professionnels [1253]. Les "disciplines comptables" ont précisé que les mesures concernant les prescriptions et procédures de qualification, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences sont soumises à un « critère de nécessité », pour lequel ces mesures ne devraient pas être plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Les objectifs légitimes sont, entre autres, la protection des consommateurs - y compris tous les utilisateurs de services comptables et le public en général -, la qualité du service, la compétence professionnelle et l'intégrité de la profession[1254].

Ainsi, on peut conclure que même si les Membres de l'OMC ne sont pas en mesure de convenir de disciplines horizontales, le paragraphe 5 de l'Article VI de l'AGCS signifie que la question du second axe de l'AGCS et des disciplines est potentiellement extrêmement significative.

B) Engagements additionnels en matière de réglementation intérieure

L'AGCS offre aux membres la possibilité d'assumer des obligations spécifiques en matière de réglementation et de procédures nationales sous la forme d'engagements additionnels ». Conformément à l'article XVIII[1255], un Membre peut, dans un secteur donné, prendre des engagements pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services qui ne sont pas à inscrire dans les listes en vertu des articles XVI (l'accès aux marchés) et XVII (le traitement national). De tels engagements peuvent avoir trait, mais ne sont pas limités, aux qualifications

[1253]OMC, « Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables », *décision du Conseil du commerce des services*, OMC Doc. S/L/64 (Communiqués de presse, 1998, press/118 du 14 décembre 1998 : « l'OMC adopte des Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables » ; en ligne : OMC. https://www.wto.org/french/news_f/pres98_f/pr118_f.htm.

[1254]OCDE, "Regulatory issues and the Doha development agenda",*an explanatory issues paper for the 25 March 2003 Global Forum on Governance*, Geneva, 2003, p. 9.

[1255]L'article XVIII de l'AGCS dispose ce qui suit:« Les Membres pourront négocier des engagements pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services qui ne sont pas à inscrire dans les listes en vertu des articles XVI ou XVII, y compris celles qui ont trait aux qualifications, auxnormes ou aux questions relatives aux licences. Ces engagements seront inscrits dans la Liste d'un Membre. »

professionnelles, aux normes techniques, aux prescriptions ou procédures en matière d'octroi de licences et autres réglementations intérieures qui sont compatibles avec l'article VI. Il convient néanmoins de noter que le champ d'application de cet article est plus large que celui de l'article VI.4. L'article XVIII offre en effet la possibilité de négocier des engagements concernant des questions autres que les qualifications, les normes ou les licences. Ces engagements additionnels doivent être exprimés sous forme d'engagements positifs, et non de limitations.

Près de la moitié des membres de l'OMC ont pris des engagements additionnels dans un certain nombre de secteurs de services. La majeure partie de ces engagements principalement liés aux services de télécommunications, les services de transports maritimes et les services financiers. Plusieurs listes contiennent également des engagements additionnels relatifs aux services professionnels et aux services de distribution[1256].

Les types de mesures figurant dans la colonne des engagements additionnels des listes des membres de l'OMC varient. Les Membres ont utilisé différentes méthodes pour consigner leurs engagements additionnels. Dans la plupart des cas, en particulier, le secteur des télécommunications et les services maritimes, les engagements additionnels étaient liés à un document annexe ou complémentaire. Les engagements additionnels sont particulièrement répandus dans le secteur des télécommunications où ils sont contractés par de nombreux Membres pour intégrer dans leurs listes certaines "auto" disciplines liées à la concurrence. Ces disciplines sont énoncées dans un "document de référence" qu'un groupe informel de Membres avait élaboré au cours des longues négociations qui ont été menées sur ce secteur. Les documents de référence que de nombreux Membres ont inscrits dans leurs Listes à l'issue des négociations sur les services de télécommunications qui se sont déroulées entre 1995 et 1997 constituent un bon exemple d'engagements additionnels. Le Document de référence sur les télécommunications de base reprend en grande partie les « meilleures pratiques » en matière de réglementation des télécommunications, notamment: les sauvegardes contre les pratiques anticoncurrentielles, les garanties en matière d'interconnexion, la transparence des procédures de licences, et l'indépendance des organes réglementaires[1257].

Les Membres se sont parfois contentés de décrire les engagements pris par des inscriptions individuelles portées dans la quatrième colonne de leurs Listes. Ces inscriptions reflètent

[1256]OMC, « Engagements additionnels au titre de l'article XVIII de l'AGCS» Note du Secrétariat, S/CSC/W/34, 16 juillet 2002, p. 2.
[1257]OCDE, "Regulatory issues and the Doha development agenda",*an explanatory issues paper for the 25 March 2003 Global Forum on Governance*, Geneva, 2003, p. 9.

généralement des principes de bonne gouvernance largement couverts par les dispositions de l'accord sur la réglementation intérieure et la transparence (articles VI et III de l'AGCS) et impliquent des obligations positives qui doivent être reflétées dans le cadre réglementaire et les pratiques du membre. Les inscriptions spécifiques figurant dans la colonne sont généralement plus propres aux Membres, alors que la teneur des « annexes » est généralement plus standard.

Des exemples d'inscriptions relevés dans la colonne concernant les engagements additionnels comprennent :

- Lorsqu'une licence sera nécessaire, le public aura accès aux informations suivantes: a) tous les critères en matière de licences et le délai normalement requis pour qu'une décision soit prise au sujet d'une demande de licence; et b) les modalités et conditions des licences individuelles.

- Il peut être fait appel des décisions de l'Organe de réglementation devant la Haute Cour.

- Les demandes concernant de nouveaux produits seront examinées et il y sera répondu dans un délai de trois mois à compter de la date de réception de la documentation complète; les demandes concernant des produits qui ont déjà été approuvés pour d'autres institutions financières seront examinées et il y sera répondu dans un délai de 15 jours à compter de la date de réception de la documentation complète.

- Pour la libéralisation de ces services, le gouvernement oblige tout fournisseur de services de télécommunications à: (…) la contribution à l'effort national de formation et de recherche dans le domaine des télécommunications.

- L'examen obligatoire servant à déterminer la compétence et l'aptitude à fournir le service aux fins d'immatriculation auprès des organismes professionnels sera passé en anglais.[1258]

C) Les autres dispositions de l'AGCS prévoyant certaines garanties en matière de traitement des fournisseurs de services étrangers

L'AGCS requit, comme nous l'avons évoqué, une application égalitaire et impartiale des dispositions liées au commerce international et conforme aux principes de bonne administration et d'équité. Le traitement accordé par l'Etat d'accueil ne doit pas être discriminatoire ou bien constituer des obstacles aux échanges commerciaux. Les obligations des Membre au titre de

[1258]Pour plus d'exemples d'inscriptions relevés dans la colonne concernant les engagements additionnels, voir OMC, « Engagements additionnels au titre de l'article XVIII de l'AGCS» Note du Secrétariat, S/CSC/W/34, 16 juillet 2002, pp. 28-32.

l'ACGS ne se limitent pas à ces obligations. D'autres dispositions d'application générales sont liées à la spécificité du commerce des services et de ses obstacles. Telles dispositions, bien que leur lien avec le « traitement » des commerçants et des investisseurs particuliers semble moins direct, prévoient des règles impliquant des obligations substantielles qui aboutissent à un environnement commercial plus ouvert pour le commerce et l'investissement dans les secteurs de services. Ces dispositions ne visent pas à imposer une obligation générale en matière de traitement des fournisseurs de services étrangers, mais elles offrent certaines garanties que le traitement accordé par le gouvernement hôte n'affectera pas certaines conditions spécifiques énoncées dans ces articles. Les dispositions de l'AGCS sur l'accès au marché, figurant à l'article XVI, jouent un rôle clé à cet égard, car ils interdisent aux membres de maintenir ou d'introduire des restrictions quantitatives dans les secteurs où des engagements spécifiques ont été pris. Les restrictions interdites concernent :

1. le nombre de fournisseurs de services;
2. la valeur totale des transactions ou avoirs;
3. le nombre d'opérations de services ou la quantité de services produits;
4. le nombre de personnes physiques fournissant un service;
5. le type d'entité juridique ou de coentreprise par l'entremise de laquelle le service est fourni;
6. toute limitation concernant le niveau maximal de participation étrangère au capital doit être progressivement supprimée.

Ces mesures, à l'exception des points 5) et 6), ne sont pas nécessairement discriminatoires ; autrement dit, elles peuvent affecter les services ou fournisseurs de services tant nationaux qu'étrangers.

Compte tenu de la spécificité du commerce des services, il est apparu essentiel de garantir que l'ouverture des marchés à la concurrence n'est pas compromise par des pratiques discriminatoires, qu'elles soient d'ordre monopolistique, l'article VIII de l'AGCS sur les Monopoles et fournisseurs exclusifs de services, ou d'ordre restrictif, l'article IX de l'AGCS sur les pratiques commerciales. Ces dispositions de l'AGCS sur la concurrence loyale dans le secteur des services, tout en exigeant un traitement non-discriminatoire pour la mise en œuvre des pouvoirs réglementaires, visent à assurer un traitement équitable à tous les fournisseurs de services[1259]. De

[1259]L'article VIII:1 demande aux Membres de faire en sorte que les monopoles ou les fournisseurs exclusifs de services n'agissent pas d'une manière incompatible avec l'obligation et les engagements concernant le traitement

même, l'article XIII de l'AGCS garantit que les principes de transparence et d'administration équitable consacrés aux articles III et VI s'appliquent aux marchés publics de services, bien que l'AGCS n'impose pas le principe de non-discrimination aux achats publics[1260]. On peut observer que les marchés publics ne sortent pas du champ de ces dispositions.

NPF. L'article IX vise les pratiques commerciales autres que celles relevant des dispositions relatives aux monopoles de l'article VIII qui limitent la concurrence et partant restreignent le commerce. L'article exige que chaque Membre se prête, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer ces pratiques.

[1260]L'article XIII:1 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) dispose que les marchés publics de services ne sont assujettis ni à la clause de la nation la plus favorisée de l'AGCS (article II) ni aux engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés (article XVI) et de traitement national (article XVII). Au titre de l'AGCS, les Membres de l'OMC ne sont donc assujettis à aucune obligation concernant l'accès aux marchés ou la non discrimination dans le domaine des marchés publics de services.

Chapitre 3. Appréciation comparative des normes minimales dans le cadre de l'AGCS et des accords d'investissement

L'approche relative aux normes minimales de traitement dans l'AGCS et les accords d'investissement diffère considérablement. On s'accorde en général sur le fait que les buts principaux de ces accords sont de procurer une stabilité et une sécurité aux investisseurs étrangers en limitant l'étendue d'éventuelles interventions gouvernementales légitimes dans leurs affaires et en leur garantissant une compensation dans le cas où les gouvernements ne respecteraient pas ces normes[1261]. En fait, on pourrait faire valoir que le fait de parler de norme minimale de traitement dans l'AGCS est quelque peu hors de propos, dans la mesure où l'accord multilatéral ne comporte aucune disposition directement équivalente au «traitement juste et équitable» ou à «la pleine protection et la sécurité ». De tels principes sont énoncés dans l'AGCS par des dispositions traitant plus directement de différents aspects de la réglementation intérieure, de sorte que leur lecture conjointe construit des obligations s'apparentant au principe de « traitement juste et équitable ».

Dans une note issue du Groupe de travail sur les relations entre le commerce et l'investissement et publiée par le secrétariat de l'OMC, les rapports entre le traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement ont été éclaircis[1262]. Cette note énonce en effet que « le traitement juste et équitable a ses origines dans le droit international coutumier » et il englobe entre autres le principe de non-discrimination de façon plus abstraite que les règles du traitement NPF et du traitement national. Elle continue en affirmant que le traitement juste et équitable« …est une règle absolue, que l'on peut mesurer au sens premier de ce terme, mais que l'on est venu à considérer couramment comme une règle internationale minimale en matière de traitement. Elle doit donc être interprétée au cas par cas, compte tenu des conditions particulières dans lesquelles elle est utilisée »[1263]. Il s'agit donc, selon cette note, d'un principe de traitement qui correspond au standard minimum de traitement, mais qui pourrait se concrétiser de diverses manières suivant les circonstances de chaque cas d'espèce.

[1261] VANDEVELDE Kenneth J., U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave, Michigan Journal of International Law, vol. 14, n° 4, 1993, p. 632.
[1262] OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Non-discrimination, traitement de la nation la plus favorisée et traitement national, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002.
[1263] Ce document rappelle la difficulté qu'il y a à donner une définition précise du principe et renvoie aux documents et à l'expérience de l'OCDE (Projet de convention sur la protection de la propriété privée) et de la CNUCED (document sur le traitement juste et équitable).

I. La transparence

L'exigence de transparence découlant du standard du traitement juste et équitable est en constant développement dans la pratique arbitrale relative à l'investissement. Afin de programmer son investissement et de se conformer à celui-ci, l'investisseur doit pouvoir avoir connaissance en amont de toutes les règles et réglementations, ainsi que de leurs objectifs, qui s'appliqueront à son activité[1264]. La CNUCED note que cela implique également que l'Etat d'accueil est tenu de rendre publiques les lois, réglementations et pratiques applicables aux investisseurs étrangers[1265]. Selon cette exigence, l'Etat hôte est tenu de codifier et publier toute restriction aux investissements étrangers, à informer les investisseurs de toute modification de la politique d'investissement, à garantir l'équité et la prévisibilité des procédures tout en prévoyant des délais bien définis de façon raisonnable. Le standard du traitement juste et équitable dont découle la protection des attentes légitimes serait inséparable de l'exigence de stabilité et de prévisibilité des règles de droit de l'État d'accueil de l'investissement. Le principe est affirmé de manière très claire dans la sentence arbitrale. En général, le principe de transparence fait peser sur l'État une obligation d'avoir « un comportement cohérent et transparent, dépourvu d'ambiguïté impliquant l'obligation de mettre en place et de maintenir un cadre juridique stable et prévisible »[1266].

La transparence est, depuis le début, un principe essentiel du système commercial multilatéral. Les obligations en matière de publication et de notification inscrites dans les Accords de l'OMC sont larges: elles couvrent les "lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale" qui concernent, dans chaque domaine, l'éventail complet des questions visées par l'accord en question. Comme on l'a vu dans les sections précédentes, cette obligation est inscrite en détail dans l'article III: 1-2 de l'AGCS.

Comparée à l'obligation générale de transparence inscrite dans le standard de traitement juste et équitable, l'article III : 1-2 de l'AGCS apparaît comme une disposition plus solidement construite et plus claire, puisqu'elle énonce en détail les règles qui doivent être publiées et dans quel délai. Il fait obligation aux Membres de publier toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement de l'Accord, ainsi que les accords internationaux visant ou affectant le commerce des services et dont un Membre est signataire. Il

[1264]CAZALA Julien, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », Revue internationale de droit économique 2009/1 (t. XXIII, 1), (pp. 5-32), p. 25.
[1265]UNCTAD, *Transparency*, Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2003/4, 2004, p. 63. http://unctad.org/en/Docs/iteiit20034_en.pdf.
[1266]LG&E Energy c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/02/1, sentence sur la responsabilité du 3 octobre 2006, para. 131.

dit que « [d]ans les cas où la publication … ne sera pas réalisable, ces renseignements seront mis à la disposition du public d'une autre manière ». Ce qui est encore plus le cas lorsqu'une telle disposition est lue conjointement avec d'autres obligations de transparence qui complètent les exigences de publication. En particulier, les articles III: 3-5 et VI: 3 comportent des règles supplémentaires sur la notification des mesures à l'OMC et aux autres membres de l'OMC, la création de points d'information, et l'obligation de la part des pays développés pour répondre aux demandes des opérateurs et des investisseurs des pays en développement.

Considérées dans leur ensemble, ces disciplines de l'OMC semblent non seulement reconnaître le principe de transparence en tant qu'élément central des règles commerciales multilatérales - comme c'est le cas pour le principe de traitement juste et équitable et les obligations de transparence qui en découlent - mais aussi elles attachent à ce principe une gamme de fonctions spécifiques qui le précisent et garantissent l'établissement d'un cadre réglementaire plus transparent et prévisible[1267].

De ce point de vue, on peut soutenir que les obligations de transparence en matière de commerce et l'investissement dans les secteurs de services tel elles sont énoncées dans l'AGCS vont bien au-delà des exigences générales de transparence énoncées dans le principe de traitement juste et équitable, car elles prévoient des exigences précises d'information et de notification qui semblent échapper des obligations découlant du principe de traitement juste et équitable. Contrairement à la plupart des accords d'investissement, l'AGCS est soutenu par une base institutionnelle qui rend ces notifications publiques et accessibles à toute partie intéressée par le biais de son site Web, ce qui évite à l'utilisateur de rassembler les renseignements dont il a besoin à partir de sources disparates. En outre, la transparence dans l'AGCS est renforcée dans certains secteurs des services par l'utilisation d'engagements supplémentaires en vertu de l'article XVIII de l'accord.

Les dispositions en matière de transparence inscrites dans les traités d'investissement bilatéraux et régionaux – quand elles existent – sont généralement moins détaillées et normatives que les prescriptions similaires en vigueur à l'OMC. Plusieurs traités d'investissement bilatéraux imposent de mettre à la disposition du public toutes les lois relatives à l'investissement – tant pour

[1267]Selon un document présenté par le Secrétariat de l'OMC au Groupe de travail des liens entre commerce et investissement sur le concept de transparence, le principe du traitement juste et équitable a été dans certaines affaires interprété comme « exigeant des parties qu'elles adhèrent à des normes élémentaires de transparence » (OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Transparence, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002).

faire en sorte que les régimes d'investissement soient compréhensibles que pour empêcher que des lois occultes ou inconnues ne soient ensuite invoquées pour justifier un traitement discriminatoire ou arbitraire. Certaines règles d'application générale – telle que le "traitement juste et équitable" – qui figurent souvent dans les traités d'investissement bilatéraux ont aussi été interprétées comme exigeant des parties qu'elles adhérent à des normes élémentaires de transparence.

D'autre part, certains tribunaux arbitraux ont interprété l'élément de transparence de la disposition relative au traitement juste et équitable à des niveaux qui iraient sans doute au-delà des obligations de transparence inscrites dans l'AGCS. En particulier, selon les tribunaux arbitraux sur le fondement de l'ALENA dans les affaires Metalclad et Tecmed contre le Mexique, l'objectif principal des exigences de transparence était de faire en sorte que «tous les investisseurs concernés» puissent avoir facilement accès à toutes les exigences juridiques pertinentes, Y compris «toutes les lois et toute la règlementation qui s'appliqueront à l'investissements, aussi bien que les objectifs des différents politiques et pratiques ou directives administratives pertinentes», afin qu'ils puissent planifier, engager, compléter et exploiter avec succès leur investissement[1268].

Cette focalisation sur la publication de toutes les mesures intéressant les investisseurs étrangers constitue sans doute une exigence de publication plus rigoureuse que celle qui est énoncée à l'article III: 1-2 de l'AGCS. En effet, cette disposition prescrit la publication rapide de toutes les mesures «d'application générale» qui affectent le commerce et l'investissement dans les secteurs de services. La disposition de l'AGCS semble accorder au gouvernement hôte une plus grande marge d'appréciation pour décider si des mesures qui ne sont pas d'application générale doivent être publiées.[1269]

En somme, de petites différences peuvent être constatées entre les exigences de transparence énoncées dans l'AGCS et celles énoncées dans le principe de traitement juste et équitable des accords d'investissement. En particulier, on peut dire que les obligations de l'AGCS s'ajoutent à celles généralement énoncées dans les TBI et les accords commerciaux préférentiels en ce qui

[1268] Metalclad Corporation c. Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, décision sur le fond du 30 août 2000, para. 76 et TECMED c. Mexique, affaire CIRDI n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003,, para. 154.

[1269] Cependant, on pourrait faire valoir que l'obligation de garantir que chaque investisseur individuel a accès à toutes les mesures pertinentes, qu'elles ne soient pas d'application générale, pourrait découler d'une lecture conjointe des articles III: 1 et VI: 1 de l'AGCS. Tandis que l'article III concerne la publication de mesures d'application générale, la nécessité de rendre disponibles les mesures individuelles pertinentes, même si ce n'est pas nécessairement au moyen d'une publication stricto sensu, découlerait de l'obligation d'une administration équitable des mesures d'application énoncées dans l'article V: 1 de l'AGCS.

concerne les détails spécifiques des exigences de publication et dans la mesure où ils introduisent d'autres obligations en matière de notification et d'information à d'autres Membres de l'OMC et aux investisseurs étrangers en provenance de pays en développement. À son tour, l'attention portée au traitement de chacun des investisseurs individuels qui régit l'interprétation de la disposition du traité d'investissement semble donner lieu à une exigence de publication un peu plus stricte en vertu du principe de traitement juste et équitable que celle reconnue par l'AGCS. L'article III de l'AGCS contient des prescriptions en matière de transparence obligeant les Membres à publier toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services. Comme il n'est pas établi que les dispositions relatives au traitement juste et équitable des traités d'investissement exigent des États hôtes qu'ils garantissent la transparence pour les investisseurs, les investisseurs pourraient recourir à l'article III pour accéder aux mesures les concernant.

Il apparaît que le principe de transparence qui régit le principe de traitement juste et équitable dans les accords d'investissement et dans les disciplines de l'AGCS est essentiellement le même dans sa fonction principale d'imposer aux autorités nationales un comportement transparent et cohérent, conduisant à l'établissement d'un cadre réglementaire stable et prévisible.

En ce sens, tant les organes juridictionnels de l'OMC que les tribunaux arbitraux investisseur-État ont reconnu la valeur fondamentale du principe de transparence dans leurs disciplines, dans le but d'assurer des conditions de concurrence équitables pour les commerçants et les investisseurs étrangers.

II. La régularité de la procédure

La notion de «procédure régulière» comprend l'obligation d'accorder l'accès aux tribunaux aux parties intéressées et de veiller à ce que les procédures judiciaires et administratives soient menées de façon juste et appropriée.

Dans le droit international de l'investissement, les sentences arbitrales et la pratique conventionnelle ont reconnu ces deux aspects du principe général du «procès équitable» en tant qu'éléments du traitement juste et équitable. En ce sens, les accords récents promus par les États-Unis relient expressément le principe de traitement juste et équitable à « l'obligation de ne pas refuser de rendre justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives conformément

aux principes d'application régulière de la loi appliqués dans les principaux systèmes juridiques du monde »[1270].

Divers aspects du principe de procédure régulière ont été explorés par des tribunaux internationaux qui ont conclu que la non-conformité d'un Etat à un aspect de la procédure régulière entraîne une situation de « déni de justice arbitraire » et constitue de ce fait une violation du principe du « traitement juste et équitable ».

Comme on l'a vu précédemment, les tribunaux arbitraux ont considéré que la composante du standard de traitement juste et équitable relative à la procédure régulière est violée non seulement lorsque les autorités nationales n'ont pas fourni l'accès aux tribunaux, mais aussi lorsqu'elles n'ont pas garanti un procès équitable pendant ces procédures[1271]. Une violation de ce standard peut exister en raison d'une inconduite au cours de la procédure judiciaire ou administrative - notamment en refusant à l'investisseur étranger le droit à un procès équitable. Dans cette perspective, le principe de déni de justice porte sur l'administration irrégulière de la justice à l'égard des étrangers ou « le mauvais fonctionnement de la justice »[1272]. En vertu de cette conception, des conduites qui impliquent une violation de l'obligation « régularité de la procédure » incorporée dans le principe TJE comprennent plutôt des situations où l'investisseur étranger a été indûment exclu de la discussion publique concernant son investissement ou lorsqu'il n'a pas été directement informé de la saisie de ses biens.

Tel que décrit dans les sections précédentes, l'article VI : 2 de l'AGCS incarne l'obligation de veiller au contrôle judiciaire, comportant une disposition détaillée qui obligent les membres d'établir (ou maintenir) un processus de révision et d'appel rapide et un forum indépendant pour connaître de manière impartiale les litiges impliquant des mesures qui affectent le commerce (et l'investissement) des services.

[1270]Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Chili, Article 10.4.2.a. Le texte intégral de l'Accord peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/text.jsp?file_id=196024.

[1271] Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen c. États Unis d'Amérique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, para. 123.

[1272]BROCHARD considère que la mauvaise foi, la fraude, les atteintes à la dignité qui entraînent des préjudices ne peuvent être défendues au motif qu'ils sont des coutumes du pays auquel les nationaux doivent également se soumettre. Il ajoute que bien qu'il soit difficile de définir ce qu'est le contenu proprement dit de la norme, il doute moins, en ce qui concerne la procédure, que des tribunaux justes, véritablement ouverts aux étrangers, qui administrent la justice de façon honnête et impartiale sans influence ou contrôle politique paraissent être des éléments essentiels d'un procès juste et d'une justice objective tels que le requièrent tous les systèmes. Voir BORCHARD Edwin, « The 'Minimum standard' of the treatment of aliens », Michigan Law Review, vol. 38, n° 4, 1940, pp. 445-461.

Dans le cadre de l'AGCS, la bonne administration des réglementations intérieures relatives au service passe-t-elle par l'existence de recours juridictionnels effectifs du fournisseur de services affecté par une mesure préjudiciable auprès de tribunaux administratifs, judiciaires ou arbitraux. Le concept d'une procédure régulière, dans son angle lié à régularité de la procédure, s'étend au-delà de l'obligation de ne pas nier la justice telle qu'elle est reflétée dans cette disposition unique. Cette obligation implique de veiller à ce que les procédures concernées soient également conformes au principe général de la régularité de la procédure. En effet, l'article VI: 2 de l'AGCS serait dénué de sens si les membres de l'OMC étaient autorisés à ne prévoir qu'une procédure de révision nominale qui n'offre pas à la partie une juste opportunité d'être entendu et de faire valoir sa position.

La notion de régularité de la procédure figure en outre dans l'AGCS à l'article VI: 1, qui couvre les procédures administratives ainsi que judiciaires. Étant donné que ces procédures impliquent l'application de mesures d'application générale à une situation spécifique, l'administration de la justice doit, comme toute autre tâche administrative de l'OMC, respecter (peut-être plus que tout autre) les exigences figurant dans l'article VI: 1 de l'AGCS. Ainsi, chaque Membre est tenu de veiller à ce que dans les secteurs où des engagements spécifiques sont contractés, les mesures d'application générale soient administrées d'une manière impartiale, raisonnable et objective. En ce sens, les groupes spéciaux de l'OMC ont interprété que les exigences de la procédure régulière et les éléments d'équité procédurale doivent être respectés à l'égard de chaque opérateur économique concerné[1273].

En ce qui concerne la notion de déni de justice, l'AGCS semble aller légèrement au-delà des exigences du principe de traitement juste et équitable, dans la mesure où son article VI: 2 comporte une obligation spécifique non seulement de prévoir l'accès aux tribunaux, mais aussi de veiller à ce que ces procédures répondent aux certains critères minimaux en matière de régularité de la procédure. Toutefois, la jurisprudence d'investissement en la matière suggère que le principe d'une procédure régulière en tant que composante de l'obligation de traitement juste et équitable inclut également de tels éléments. En l'absence de clarification supplémentaire des définitions dans l'AGCS et la jurisprudence pertinente, il est difficile de circonscrire ces obligations plus précisément et de les comparer à ce que pourrait impliquer le principe du "traitement juste et équitable". En tout état de cause, les exigences d'une administration raisonnable et impartiale semblent exclure les mesures arbitraires ou

[1273]Rapport du Groupe spécial, CE — Certaines questions douanières, WT/DS315/R, para. 7.134.

discriminatoires susceptibles d'être couvertes par ce principe également. En résumé, si l'inclusion explicite des obligations découlant de la procédure régulière peut être considérée comme une vertu de l'AGCS, dans la pratique, pas de grandes différences semblent exister entre l'AGCS et les obligations de traitement juste et équitable des accords d'investissement en ce qui concerne l'obligation d'assurer l'accès aux tribunaux nationaux.

Une évaluation semblable peut être faite en ce qui concerne l'élément procédural de la procédure régulière. Tandis que l'application spécifique de ce principe peut parfois différer, tant l'AGCS que l'accord sur l'investissement garantissent aux investisseurs individuels que l'administration ne devrait pas tomber en deçà de certains critères minimaux en matière de régularité de la procédure, lesquels comprennent des notions comme l'avis, la transparence, l'impartialité et l'équité [1274].

Néanmoins, une différence se trouve entre l'élément de régularité de la procédure dans l'AGCS et les traités d'investissement. Dans ces derniers instruments, un tel élément est une composante du principe général de traitement juste et équitable, et s'applique donc à tous les secteurs couverts par le traité. La portée de ce principe peut être légèrement plus étroite dans l'AGCS. Plus précisément, l'obligation d'agir équitablement dans les procédures juridictionnelles découle d'une lecture exhaustive de l'article VI: 2 a) de l'AGCS, qui s'applique à toutes les mesures affectant le commerce et l'investissement dans les services indépendamment de l'existence d'engagements spécifiques. Il n'est pas nécessaire que la mesure administrative touche les secteurs de services où des engagements ont été contractés par le membre de l'OMC concerné, mais seulement que cette mesure a une incidence sur le commerce des services et les conditions de concurrence dans la fourniture d'un service, et qu'elle régisse directement ou affecte indirectement la fourniture du service. Bien que cela ne soit pas expressément mentionné, sa justification sous-jacente est d'assurer une procédure régulière dans l'administration de la justice, un élément clé de l'obligation de traitement juste et équitable. Le champ d'application de cette disposition se limite toutefois aux mesures relatives aux procédures juridictionnelles, qu'elles soient conclues par un tribunal judiciaire, arbitral ou administratif, au lieu de procédures administratives régulières telles que la délivrance de licences ou d'autorisations. De telles mesures administratives qui échappent au contrôle juridictionnel ne sont pas couvertes par l' article VI : 2 et relèvent plutôt de l'obligation général de bonne administration de l' article VI: 1. La portée sectorielle de cette disposition est toutefois limitée aux secteurs de services où le membre a pris des engagements spécifiques - étant ainsi plus restreint que l'article VI: 2. Cela donne à penser que si l'AGCS, ainsi que le principe de

[1274]Voir, idem. etRapport du groupe spécial, États-Unis — Jeux, WT/DS285/R, para. 6.432.

traitement juste et équitable dans les traités d'investissement, imposent un principe général de « procédure régulière » à tous les secteurs de services, l'obligation relative à la régularité des procédures administratives ne s'applique qu'aux secteurs de services assujettis à des engagements spécifiques.

III. L'absence de conduite arbitraire et discriminatoire

Il ne fait aucun doute que l'absence d'arbitraire ou discrimination dans les conduites de l'Etat d'accueil fait partie des composantes majeures des standards de traitement juste et équitable, dont la violation serait au demeurant établie par une mesure présentant une seule de ses deux caractéristiques. À cet égard, le tribunal saisi de l'affaire CMS Gas c. Argentine a exprimé que « Le standard de la protection contre l'arbitraire et la discrimination est liée à celle d'un traitement juste et équitable. Toute mesure qui impliquerait l'arbitraire ou la discrimination est en elle-même contraire au traitement juste et équitable »[1275] . Rappelant l'affaire Lauder c. République Tchèque, le tribunal a également expliqué que l'arbitraire peut être réputé constitué dès lors qu'une mesure apparaît fondée sur une opinion subjective plus que sur une réflexion rationnelle et factuelle[1276].

Les situations où cette composante du principe de traitement juste et équitable a été appliquée comprennent: i) l'allocation discriminatoire d'un soutien financier d'État aux banques en situation de crise [1277] ; (ii) la modification arbitraire du cadre réglementaire affectant l'investissement étranger;[1278] (iii) le lancement d'un processus d'examen de vérification contre l'investissement étranger qui a été jugé conflictuel et agressif, en refusant au investisseur ses demandes raisonnables de renseignements pertinents et en le forçant d'entraîner des dépenses et des perturbations inutiles;[1279] et, éventuellement, (iv) les cas où il pourrait être démontré qu'une conspiration délibérée contre les intérêts de l'investisseur étranger existait de la part des autorités[1280].

[1275]CMS Gas Transmission c. Argentine, affaire CIRDIn° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, para. 290.
[1276]Ibid. para. 291; Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence final du 3 septembre 2001, para. 221
[1277]Saluka Investments BV (Pays-Bas) c/ République Tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, paras. 310, 322 et 323.
[1278]TECMED c. Mexique, CIRDI, affaire n° ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, para. 154.
[1279]Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALENA), sentence sur le fond, phase 2, 10 avril 2001, para. 181.
[1280]Waste Management c. Mexique, décision sur le fond du 30 avril 2004, para. 138. Voir également, SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", The Journal of World Investment & Trade, (2005) 6:3, pp. 380-382.

Il est absolument certain que les mesures arbitraires et discriminatoires ou les comportements des autorités nationales qui constituent une correction ou un harcèlement contre l'investissement étranger sont des violations des disciplines de l'AGCS. De telles situations ne répondraient pas clairement aux exigences de l'administration "raisonnable, objective et impartiale" des mesures énoncées dans l'article VI : 1 de l'AGCS. L'accord requiert en ce sens une application égalitaire et impartiale des dispositions liées au commerce international et conforme aux principes de bonne administration et d'équité. Le traitement accordé par l'Etat d'accueil ne doit pas constituer une source de discrimination ou d'obstacle aux échanges commerciaux. De plus, dans la mesure où certaines de ces situations conduisent à la modification des conditions des concours en faveur des entreprises nationales, elles entraîneraient un traitement discriminatoire à l'égard des investissements étrangers qui ne répond pas à l'obligation de traitement national de l'article XVII de l'AGCS. Ainsi, les membres feront en sort que leur dispositif normatif en matière de services réponde aux critères de partialité et d'objectivité dans les secteurs soumis aux principes d'accès aux marchés et de traitement national. En outre, les membres de l'OMC ont pris des engagements supplémentaires en vertu de l'article XVIII qui s'ajoutent aux obligations d'une administration équitable, en particulier dans les secteurs des services financiers et des télécommunications, améliorant ainsi les garanties que les investisseurs étrangers seront accordées et le traitement adéquat.

En laissant de côté les divergences subjectives que comporte l'application au cas par cas d'un concept tel que raisonnable, arbitraire, objectif et impartial, on pourrait dire en termes généraux, que toutes les situations couvertes par cet aspect du principe de traitement juste et équitable relèveraient également de la portée substantielle des articles VI et / ou XVIII de l'AGCS.

Cependant, bien que la portée substantielle de ces dispositions semble identique, la couverture sectorielle des articles VI: 1 et XVII de l'AGCS est limitée par les listes d'engagements spécifiques du Membre de l'OMC. Par conséquent, la portée sectorielle de ces principes dans l'AGCS est en deçà de la portée générale du principe de traitement juste et équitable dans les accords d'investissement.

IV. La bonne foi

Le principe général de la bonne foi a souvent été invoqué tant dans les décisions arbitrales des investisseurs-États que dans les rapports des groupes spéciaux et des organes d'appel de

l'OMC. Cependant, les deux instances se sont généralement référées au principe comme une directive interprétative des dispositions et des obligations déjà existantes, plutôt que comme une obligation autonome.

Comme on le voit ci-dessus, aucune décision d'arbitrage investisseurs-État ou des juridictions de l'OMC a constaté à ce jour, une violation de l'accord concerné au motif d'une violation du principe de bonne foi en droit international. Dans les deux cadres, cependant, il existe des décisions qui soutiendraient cette possibilité. Dans l'arbitrage investisseur-État, le tribunal dans l'affaire Bayindir c. Pakistan, a observé à cet égard que « les prétendus motifs d'injonction d'expulsion (l'iniquité et la mauvaise foi), s'il est prouvé, sont susceptibles de fonder une allégation de traitement juste et équitable en vertu du TBI »[1281]. À l'OMC, l'organe d'appel a reconnu qu' « il existe une base permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'a pas agi de bonne foi », mais n'a pas répondu à la question de savoir si, au cas où un comportement de mauvaise foi se trouve, le membre en question serait en violation du droit de l'OMC[1282].

La pratique suggère donc que le principe de bonne foi en tant que ligne directrice générale du droit international joue un rôle important dans l'interprétation des accords d'investissement et de commerce international, ainsi que d'une norme pour qualifier le comportement des parties dans le différend. Cependant, le tribunal arbitral et les organes de l'OMC semblent réticents à reconnaître le principe comme une obligation autonome qui pourrait servir de base juridique à un différend. L'exclusion de l'obligation de bonne foi du contenu des standards de traitement constitue donc aujourd'hui une certitude. En ce sens, il semble que la nature de la bonne foi dans le droit du commerce et de l'investissement soit d'un principe directeur plutôt que d'une obligation opérationnelle.

V. La pleine et entière protection et sécurité

L'obligation d'assurer « la pleine et entière protection et sécurité » est un standard unique aux traités d'investissement, qui se rapporte historiquement à la garantie que la propriété des investisseurs étrangers a obtenu une protection adéquate contre les actes de violence, en

[1281]Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique de Pakistan, affaire CIRDI n°ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 Novembre 2005, paras. 242-243 et 250.
[1282]Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Loi sur la compensation (Amendement Byrd), WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, paras. 297 et 298.

particulier en cas de troubles civils[1283]. L'État d'accueil doit assurer la protection policière de tout bien ou actif appartenant à des étrangers.

L'AGCS, qui se concentre sur les échanges internationaux et les opérations commerciales plutôt que sur les actifs physiques, ne comporte aucune disposition visant à couvrir des situations de cette nature. Toutefois, le principe du traitement national figurant à l'article XVII et les obligations relatives à l'administration équitable des mesures prévues à l'article VI: 1 peuvent être utiles. En vertu de ces dispositions, les autorités nationales sont tenues de veiller à ce que les investissements étrangers bénéficient d'un niveau de protection égal à celui des investissements nationaux, et les mesures de protection sont en effet raisonnables à cette fin. Ces dispositions imposent en fait aux autorités nationales une obligation générale d'agir sur une base raisonnable et non discriminatoire, y compris dans des situations de bouleversements civils, même si elles n'ont pas la spécificité du principe de « pleine protection et sécurité ».

Conclusion de seconde partie

Les investissements étrangers sont généralement réglementés au niveau international par le biais d'un réseau global d'accords bilatéraux. La plupart de ces accords comportent de fortes dispositions sur des questions clés touchant l'investissement, en particulière en matière de traitement. Certains accords plus récents, notamment ceux promus par les États-Unis et le Canada, consacrent également des obligations en matière d'admission et de droits d'établissement. Une comparaison détaillée entre les obligations de traitement dans l'AGCS et les accords d'investissement donne à penser qu'il n'existe qu'un chevauchement partiel entre les TBI et l'AGCS pour ce qui est des secteurs de services. Dans les TBI rédigés sur le modèle européen, ce chevauchement paraît concerner essentiellement le traitement NPF/ traitement national. Dans les TBI conçus sur le modèle des Etats-Unis, le chevauchement peut aller jusqu'à l'établissement d'une présence commerciale.

Comme il a été mentionné précédemment, l'AGCS traite des questions d'investissement par le concept de mode de fourniture de la présence commerciale. Bien que l'accord comporte un certain nombre de dispositions concernant directement ou indirectement des questions liées aux investissements, ses disciplines ne sont pas aussi complètes que celles fournies par la grande majorité des accords bilatéraux d'investissement. En outre, les différents accords aux

[1283]Voir CORDERO-MOSS Giuditta, 'Full Protection and Security' in A. Reinisch (ed.), Standards of Investment Protection, Oxford University Press, 2008, p. 138.

niveaux bilatéraux, régionaux et multilatéraux pointent aux innombrables d'éléments qui composent ensemble les principes bien connus de la NPF et TN ainsi que les différentes approches choisi par différents pays pour chacun de ces éléments.

D'une coté, Les principes de la nation la plus favorisée et de traitement national constituent deux des principaux fondements de tout accord sur les services, tout comme pour les échanges de marchandises. Les deux principes dans L'AGCS et les autres accords d'investissement, en particulier, les accords commerciaux préférentiels et les TBI qui ont suivi le modèle de l'ALENA, sont sensiblement identiques en termes de définition et de la couverture substantielle. à l'opposé, les TBI rédigés sur le modèle européen en ne déterminant pas une base légitime de comparaison permettent l'extension des obligations de TN à des situations qui autrement ne seraient pas considérées "similaires", et offre ainsi une portée plus large que les autres accords bilatéraux ou multilatéraux. Par contraste, la portée des NPF et TN de l'AGCS semble plutôt être plus large que les quelques rares accords qui comportent une base de comparaison des « situations identiques ».

De l'autre coté, en ce qui concerne la couverture sectorielle des disciplines de traitement, une distinction est nécessaire. En termes généraux, il semble que l'obligation de TN des accords bilatéraux et les accords commerciaux préférentiels ont tendance à avoir une plus grande couverture sectorielle que l'AGCS. Cela est d'autant plus clair dans les TBI de la libéralisation et les listes négatives des accords commerciaux préférentiels, qui présentent généralement une portée sectorielle considérablement supérieure à celle de l'accord multilatéral. Au contraire, le principe NPF de l'AGCS semble offrir sur l'ensemble d'une couverture sectorielle plus grande que les accords d'investissement. Cela est dû au fait que les listes d'exemptions de l'obligation NPF de l'AGCS tendent à exclure moins de secteurs que des listes similaires dans TBI et accords commerciaux préférentiels, et que l'article V de l'AGCS admet une exception beaucoup plus étroite au principe NPF que la plupart des accords d'investissement.

L'analyse ci-dessus suggère que, bien qu'un «standard minimum de traitement» en tant que tel ne soit pas adopté dans l'AGCS, le fond des obligations qui sont liées à une telle norme est bien couvert par les disciplines de l'accord multilatéral sur les services.

L'obligation essentielle du principe du «traitement juste et équitable» se reflète dans un certain nombre de dispositions de l'AGCS. En effet, alors que le concept de traitement juste et équitable est en soi étranger à l'AGCS, toutes ses composantes sont abordées dans le texte des accords. Encore plus, les disciplines de l'AGCS dépassent le concept de traitement juste

et équitable dans la mesure où elles consacrent des obligations spécifiques en matière de transparence, de procès équitable et d'administration équitable, en précisant certaines des obligations qui façonnent le principe.

En ce sens, il est révélateur que le principe de l'administration équitable consacré à l'article X: 3 a) du GATT et à l'article VI: 1 de l'AGCS a été interprété par les organes juridictionnels de l'OMC comme « interchangeables » avec le concept de l'administration « juste et équitable » des mesures énoncées à l'article 1.3 de l'Accord sur les licences[1284].

Un aperçu des dispositions de l'OMC relatives à l'administration des réglementations intérieures du commerce montre que les obligations principales du principe de traitement juste et équitable sont régies par plusieurs dispositions de l'AGCS, ce qui entraîne une couverture presque identique à la fois dans l'OMC et dans les accords d'investissement. En effet, les principales composantes du traitement juste et équitable, à savoir les exigences en matière de transparence, de procédure régulière, de manque de conduite arbitraire et discriminatoire et de bonne foi sont reconnues par l'AGCS.

Les standards minimaux de la régularité de procédure de l'OMC tels qu'ils sont interprétés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont substantiellement, sinon entièrement, conformes à la protection de traitement juste et équitable accordée par les accords internationaux sur l'investissement. Dans le contexte des différends relatifs à l'administration de la réglementation intérieure dans le cadre de commerce et d'investissement , la norme minimale internationale en tant que lex generalis, c'est-à-dire la coutume en tant que droit international général, pourrait alors être pertinente dans l'interprétation des dispositions concordantes de l'OMC ou des accords internationaux sur l'investissement sur les exigences minimales de procédure régulière en tant que « règle pertinente du droit international » (applicable, comme coutume générale, aux relations juridiques de tous les Membres de l'OMC) en vertu de l'article 31 (3) (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

La différence principale entre les deux systèmes semble être celle de l'approche du principe des standards minimaux de traitement, plutôt que de son contenu. La CNUCED indique que l'une des

[1284]Dans les termes de l'organe d'appel:Nous n'attachons pas d'importance à la différence entre les membres de phrase "neutres dans leur application et administrées de manière juste et équitable" à l'article 1:3 de l'Accord surl es licences, et "appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable" à l'article X:3 a) du GATT de 1994. A notre avis, les deux membres de phrase sont, à toutes fins utiles, interchangeables. Nous souscrivons en conséquence à l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions de l'article X:3 a) du GATT de 1994 et de l'article 1:3 de l'Accord sur les licences ont un champ d'application identique. Voir le rapport de l'Organe d'appel, CE — Bananes III, WT/DS27/AB/R, para. 203.

difficultés dans ce domaine du droit international est d'identifier les éléments communs que cette règle pourrait contenir[1285]. On pourrait dire que le principe de traitement juste et équitable implique une sorte d'analyse déductive, pour laquelle l'interprète doit obtenir la règle particulière d'un principe très largement rédigé. À la place, l'AGCS offre un exercice inductif, pour lequel un équivalent principe du « traitement juste et équitable » est construit à travers la lecture commune de plusieurs dispositions individuelles qui concernent différentes situations spécifiques.

Ces différences d'approche et d'architecture entre l'AGCS et les accords d'investissement aboutissent à de petites différences dans la couverture du principe de traitement juste et équitable entre les deux cadres. Ces différences comprennent :

- les obligations de transparence dans l'AGCS s'étendent bien au-delà de celles généralement constatées dans les accords d'investissement en ce qui concerne les exigences de publication, car elles comprennent en outre des obligations de notification et d'information à d'autres membres de l'OMC et aux investisseurs étrangers dans les services des pays en développement. D'autre part, certains tribunaux arbitraux ont lu dans le respect du traitement juste et équitable que les exigences de publication peuvent être plus strictes que celles exigées par l'AGCS.

- les obligations en matière de procédure régulière relatives à la propriété procédurale dans les procédures administratives ordinaires, qui ne concernent pas un processus juridictionnel, sont plus étroites dans la couverture sectorielle au titre de l'AGCS, car elles s'appliquent uniquement aux secteurs de services soumis à des engagements spécifiques.

- cette limitation sectorielle s'applique également à la disposition contre les comportements arbitraires et discriminatoires de la part des autorités nationales. Cela peut être la différence la plus importante entre les accords d'investissement et l'AGCS sous l'angle du principe de traitement juste et équitable.

Au lieu de cela, les accords d'investissement garantissent une garantie renforcée dans le but d'assurer une « pleine protection et sécurité », alors que certaines dispositions de l'AGCS peuvent également couvrir de telles situations, exigeant un comportement raisonnable et non-discriminatoire de la part des autorités nationales. De plus, ces dispositions sont assujetties à la programmation des engagements sectoriels.

[1285] CNUCED, « Fair and Equitable Treatment », Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, 1999, p. 5.

Partie conclusive

I. Aperçu et résumé

Les investisseurs étrangers dans les services occupent une position particulière dans le droit économique international : ils sont couverts par des accords internationaux d'investissement ainsi que par des disciplines multilatérales sur le commerce des services. Contrairement à ce que la pratique actuelle suggère, les deux principales composantes du droit économique international, à savoir le droit commercial et le droit des investissements, fusionnent [1286]. Ils partagent non seulement des principes et des règles essentiellement équivalents, mais leurs disciplines s'appliquent également aux mêmes sujets et situations. Ceci est dû en partie à l'inséparabilité des deux domaines et à un environnement commercial mondial en constante évolution. Les accords internationaux d'investissement et les disciplines de l'AGCS, bien que de nature très différente, présentent des principes communs qui favorisent l'investissement international dans les services. En particulier, les deux ensembles d'accords consacrent des obligations de non-discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux dans les services. Dans cette situation, les investisseurs étrangers profitent également des obligations que les deux ensembles d'instruments imposent aux États contractants. Ces instruments prévoient de solides mécanismes de règlement des différends en cas de violation de leurs obligations. Les investisseurs étrangers dans les secteurs de services peuvent donc avoir recours à deux mécanismes alternatifs de règlement des différends pour contester les mesures de leurs pays hôtes qui enfreignent les obligations internationales.

A) Le chevauchement entre les disciplines commerce/investissement dans le domaine des services

L'investissement direct étranger dans le secteur des services est le principal domaine de chevauchement entre les accords internationaux d'investissement et les règles de l'OMC sur le commerce des services. De toute évidence, la portée des deux cadres juridiques est plus grande que cela. Les accords d'investissement contiennent très souvent une définition large et souple de « l'investissement », envisagé comme une forme de propriété et généralement défini par le biais d'une liste indicative et non-exhaustive d'actifs : biens mobiliers et immobiliers, droits de

[1286] PUIG Sergio, "The Merging of International Trade and Investment Law", Berkeley Journal of International Law, Volume 33, Issue 1, 2015, pp. 1-59 : http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol33/iss1/4.

propriété dans des sociétés, créances monétaires et droits de propriété intellectuelle, par exemple. Ils s'appliquent à tous les investissements, y compris dans les secteurs des biens et services, et dans la plupart des cas couvrent également les investissements de portefeuille. La portée des accords d'investissement est également plus grande dans la mesure où ces instruments couvrent généralement la participation des minorités étrangères. Un autre aspect important est la définition des personnes et des sociétés réputées être investisseurs de l'une des parties. À cet égard, il y a entre les accords bilatéraux des différences assez marquées, surtout en ce qui concerne la définition de la nationalité des sociétés.

D'un autre côté, les règles de l'OMC sur le commerce des services couvrent non seulement les investissements étrangers, mais aussi tous les autres modes de fourniture de services. L'intégration de l'investissement et du commerce transfrontalières dans le cadre de l'OMC est des plus évidentes dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Comme il a été indiqué, la fourniture de nombreux services sur un marché est difficile voire impossible sans la présence physique du fournisseur des services. L'article I:2 de l'Accord définit le « commerce des services » comme englobant quatre modes de fourniture, dont la fourniture « par un fournisseur de services d'un Membre grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre ». L'expression « présence commerciale » est définie à l'article XXVIII d) comme s'entendant de « tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service ». Par conséquent, l'AGCS couvre des formes d'établissement qui correspondent à la notion d'investissement étranger direct (IED). Autre mode de fourniture visé à l'article I:2 qui a un rapport avec l'investissement : la fourniture « par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre ». Ce mode de fourniture est étroitement lié à celui qui prend la forme d'une présence commerciale dans la mesure où il inclut l'entrée temporaire de personnes en voyage d'affaires et de personnes transférées à l'intérieur d'une société qui font partie du personnel d'encadrement ou autre personnel indispensable. En outre, la jurisprudence de l'OMC a clairement indiqué que l'AGCS ne visait que les sociétés exonérées qui opèrent exclusivement dans le secteur des services, telles que les banques, les télécommunications ou les entreprises de construction, mais aussi les entreprises productrices de biens dans la mesure où elles offrent des services liés à ces biens, y

compris leurs services de distribution, d'entretien et de réparation, leurs conseils techniques, etc. Toutefois, en ce qui concerne les investissements dans les services, les règles de l'AGCS sont quelque peu plus étroites que celles des accords d'investissement, car elles exigent que l'investisseur étranger soit propriétaire ou contrôle des sociétés de services pour être couvert par l'accord. Cela exclut généralement les investisseurs étrangers qui ne détiennent qu'une participation minoritaire dans la société.

Tant que le terme d'investissement direct est issu du langage économique ; il a servi à caractériser une forme d'investissement qui ne se limite pas à un placement financier, mais qui entraîne aussi le contrôle d'un investisseur sur les activités d'une entreprise, ou un pouvoir de décision dans les organes d'une société. Ainsi, les investisseurs étrangers qui possèdent ou contrôlent des sociétés de services - y compris celles qui offrent des services en tant que ligne secondaire - sont donc au centre des deux disciplines de commerce et d'investissement. Cela signifie donc que les investisseurs dans les services peuvent bénéficier des forums de règlement des différends des deux cadres juridiques.

B) L'accès des parties privées aux forums règlement des différends en matière du commerce et d'investissement

Même si l'on trouve des dispositions relatives au règlement des différends aussi bien dans le domaine du commerce que dans celui de l'investissement, une différence importante tient à ce que les différends relatifs à l'investissement peuvent opposer les investisseurs et les États, tandis que les différends commerciaux ne peuvent opposer que des États. L'accès des personnes privées à la procédure de règlement des différends en matière du commerce et d'investissement diffère radicalement. Le mode privilégié de règlement des différends en droit international de l'investissement est naturellement l'arbitrage. Il est conçu pour offrir aux investisseurs étrangers une procédure simple permettant de porter plainte contre leur pays d'accueil devant un tribunal international. Les investisseurs sont libres de choisir quand lancer une action, ou quand y mettre fin, sans qu'il soit nécessaire de consulter d'autres acteurs. De plus, la plupart des accords d'investissement permettent aux investisseurs de choisir le lieu et les règles d'arbitrage. Contrairement à un « investisseur » au sens du droit de l'investissement bénéficiant de la protection d'un accord d'investissement, un opérateur protégé par le droit de l'OMC ne sera pas en mesure de saisir un tribunal pour faire valoir sa cause.

Cela ne signifie toutefois pas que les parties privées sont complètement étrangères aux différends à l'OMC. Les parties privées sont activement impliquées dans les procédures de règlement des

différends de l'OMC, non seulement par les moyens limités des mémoires d'amicus curiae, mais les opérateurs économiques accompagnent étroitement les gouvernements des Membres de l'OMC dans les procédures contentieuses. Certes, la position des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel a changé concernant l'amicus curiae. Mais concernant l'action directe des personnes privées, certains sont d'avis de lever ce voile et d'admettre officiellement ce qui existe officieusement. Un certain nombre de membres ont établi des procédures juridiques pour faciliter la participation des parties privées au règlement des différends à l'OMC, ce qui a permis aux représentants privés de participer activement à toutes les étapes des procédures de règlement des différends de l'OMC. En cas de différend de l'OMC en matière d'investissement dans les services, la nécessité de partenariats public-privé est encore plus grande que dans d'autres questions commerciales. Les disciplines de l'AGCS concernent directement les investisseurs étrangers d'une manière qui fait de la participation active des investisseurs étrangers dans les services une exigence de facto pour la réussite du contentieux dans des différends à l'OMC concernant la présence commerciale. Cependant, la possibilité de présenter une réclamation dans le cadre des disciplines de l'OMC implique un effort supplémentaire de la part des investisseurs étrangers, étant donné qu'ils sont subordonnés aux politiques gouvernementales et qu'ils doivent travailler conjointement pour le succès d'une affaire.

De plus, en raison des règles de l'AGCS sur la présence commerciale et du Mémorandum d'accord sur la qualité pour agir, les investisseurs étrangers ne sont pas nécessairement tenus d'obtenir le soutien de leur gouvernement d'origine pour présenter la réclamation. Au contraire, tous les membres de l'OMC ont le droit de déposer une plainte pour la protection de toute présence commerciale, indépendamment de la nationalité réelle de l'investissement étranger.

C) Les droits substantiels

Malgré les fortes différences entre le droit du commerce international et le droit de l'investissement, la protection substantielle de l'investissement étranger représentée par les deux systèmes est étonnamment similaire. Si les AII sont de forme et de portée très variables, ils présentent, en règle générale, une série commune de disciplines-clés régissant le commerce et l'investissement dans les services qui figurent également dans l'AGCS, même si la charge impliquée en termes d'obligation diffère. Les domaines où l'on observe la plus grande convergence en matière d'élaboration des règles entre les niveaux multilatéral, régional et bilatéral ont trait au champ de couverture de l'accord ; aux disciplines en matière de transparence, traitement national, traitement de la nation la plus favorisée. En revanche, on constate une

moindre convergence en ce qui concerne les aspects de l'élaboration de la réglementation qui ont posé des difficultés dans le cadre de l'AGCS. Cela recouvre notamment des questions telles que les restrictions quantitatives à caractère non-discriminatoire (accès au marché dans la terminologie AGCS) et la réglementation intérieure.

Certaines disciplines clés, telles que celles sur la non-discrimination, sont présentes dans les deux domaines juridiques dans des termes très similaires. En général, les membres de l'OMC ont souligné l'importance du principe de non-discrimination comme l'une des pierres angulaires du système commercial multilatéral. Définir clairement les normes de traitement pour les investissements étrangers est généralement un objectif majeur des TBI. La plupart de ceux qui ont été signés par les pays ont la norme générale «traitement juste et équitable» comme caractéristique principale, le plus souvent au début, juste après la section des définitions. Un commentateur de premier plan a toutefois noté que cette norme générale est « invariablement combinée avec le traitement national et le traitement NPF »[1287]. Malgré les variations de formulation, l'essentiel est que la grande majorité des TBI contiennent des dispositions sur la norme de traitement pour les investisseurs étrangers. À cet égard, il semble y avoir une pratique établie selon laquelle un TBI serait gravement déficient sans une telle disposition.

Pourtant, même les obligations qui semblent uniques à un domaine, comme la disposition sur le traitement juste et équitable des traités d'investissement, trouvent une obligation correspondante dans l'autre domaine du droit économique international, soit sous la forme d'une seule disposition, soit par l'effet combiné de plusieurs dispositions. En ce sens, on peut dire que les disciplines contenues dans l'AGCS et les accords d'investissement, en ce qui concerne les droits et obligations substantiels en matière d'investissement étranger, sont essentiellement équivalentes.

1. Traitement de l'investissement dans le domaine des services : L'identification du chevauchement au stade de l'établissement

Le traitement de l'investissement couvre les obligations qui sont à charge de l'Etat d'accueil de l'investissement, toute au long d'investissement. La plupart de traités ne n'ont pas de dispositions concernant l'admission, donc les réglementations du droit international général (coutumier) continuent à s'appliquer qui consistent dans la souveraineté et le pouvoir discrétionnaire d'un

[1287] SACERDOTI Giorgio, "Private foreign investments in the present international economic system: financial flows, economic function and legal regulation", in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, 1997, t. 269, p. 345.

Etat d'autoriser un investissement étranger sur son territoire. L'une des différences les plus importantes entre les deux systèmes réside dans le traitement des droits d'entrée et d'établissement pour les investisseurs étrangers dans le domaine des services. Au niveau multilatéral, l'AGCS (et l'OMC d'une façon plus large) ne contient pas un ensemble exhaustif de disciplines en matière d'investissement (l'AGCS) ne mentionne pas les questions relatives à la protection des investissements) mais incorpore l'investissement dans les services ("présence commerciale" selon la terminologie de l'AGCS) comme étant l'un des quatre modes de fourniture de service. Cette approche s'oppose à celle adoptée par l'ALENA et les ACR de type similaire, dans lesquels les règles et disciplines relatives à l'investissement couvrant à la fois les questions de protection de l'investissent (traitées traditionnellement dans des accords commerciaux bilatéraux) et la libéralisation (généralement s'agissant des questions soulevées avant et après l'établissement), conjuguées avec des dispositions concernant le règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat ou entre autorités étatiques, s'appliquent de façon générique aux biens et services dans un chapitre distinct.

Dans ce domaine, l'AGCS va bien au-delà de la plupart des accords d'investissement, car il renferme des dispositions accordant aux fournisseurs de services étrangers le droit de s'établir sur les marchés hôtes et accorde le traitement national aux entreprises de services étrangères pour ce qui est des obligations et des avantages du marché. En d'autres termes, les règles de l'AGCS exigent que les membres de l'OMC accordent un traitement national aux investisseurs étrangers dans le domaine des services. Cependant, ces droits ne s'appliquent que lorsque les pays Membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques concernant les différents secteurs de Services. Dans l'AGCS, le traitement national n'est qu'un « engagement spécifique », les Etats membres ayant le droit de présenter des listes nationales d'exceptions qui peuvent être modifiées après l'écoulement d'un certain délai.

La plupart des accords d'investissement, au contraire prévoient que, sans préjudice de la législation nationale, les parties doivent encourager et admettre sur leur territoire les investissements effectués par des ressortissants et sociétés de l'autre partie. La référence à la législation nationale signifie que l'engagement d'encourager l'investissement étranger est subordonné aux restrictions à l'admission de tels investissements qui sont déjà prévues par le droit interne ou qui peuvent l'être à l'avenir. La règle de traitement national a une portée assez limitée en tant que mécanisme d'ouverture des marchés en droit des investissements internationaux. S'agissant d'une règle uniquement conventionnelle, le droit international

n'impose pas le devoir d'accorder aux investisseurs étrangers le même degré d'ouverture des marchés dont bénéficient les nationaux.

À cet égard, la plupart des accords bilatéraux d'investissement conclus par les Etats-Unis et le Canada, ainsi que les disciplines d'investissement figurant dans la plupart des accords commerciaux préférentiels, sont fondés sur une approche fondamentalement différente. Ils prévoient l'application du régime NPF et du traitement national au moment de l'admission des investissements, mais aussi ultérieurement, sous réserve, toutefois, du droit de chaque partie d'énoncer ou de maintenir des exceptions pour des secteurs ou questions spécifiés dans une annexe aux accords.

La plupart de ces instruments vont au-delà du traité multilatéral dans leur champ d'application sectoriel, couvrant un plus large éventail de secteurs de services que ceux qui figurent dans les listes d'engagements de la plupart des membres de l'OMC figurant dans l'AGCS.

2. Les enjeux du chevauchement au stade du traitement : la non-discrimination après l'établissement

Une fois l'établissement de l'investissement rendu possible par le biais des engagements relatifs à l'accès aux marchés et avec les limites au traitement national que ces engagements contiennent, l'activité déployée sur le territoire de l'État hôte est soumise à deux catégories de règles. C'est dans ce cadre que l'on peut évaluer en quoi l'interaction entre ces deux régimes est susceptible de présenter des opportunités pour les investisseurs[1288].

Les accords d'investissement et l'AGCS comportent généralement des obligations de la NPF et de traitement national, qui sont essentiellement identiques en termes de définition et de couverture substantielle. Toutefois, certaines différences rédactionnelles entre les traités d'investissement peuvent donner lieu à une application plus large de ces obligations de non-discrimination. En considérant l'investissement comme l'un des éléments du commerce des services, l'AGCS traite non seulement des modalités et conditions régissant l'accès aux marchés des investisseurs étrangers, mais aussi du « commerce par le biais d'un établissement » - en d'autres termes, des conditions d'exploitation dans la phase postérieure à l'investissement, ce qui est aussi une caractéristique d'un grand nombre des accords d'investissement bilatéraux et régionaux. En définissant le traitement national comme une obligation qui porte uniquement sur les

[1288] BISMUTH Régis, « La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements », in Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées, Bruxelles, Bruylant, 2017, (pp. 87-116) p. 111.

engagements inscrits dans les listes, l'AGCS s'écarte d'un certain nombre d'autres accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans lesquels le traitement national a le même statut que le traitement NPF, à savoir celui d'un principe d'application générale (mais soumis, dans bien des cas, à des réserves). Par ailleurs, il établit une structure dans laquelle il est possible pour les gouvernements, en accord avec les partenaires commerciaux, d'accorder le traitement national sous certaines conditions, ou en partie seulement.

L'énoncé exact des clauses relatives au traitement NPF et au traitement national peut être très différent d'un accord à l'autre. En particulier, c'est le cas de la plupart des TBI, qui ne comportent aucune norme de comparaison limitant la portée de l'application des obligations de la NPF et de traitement national. Au contraire, l'AGCS, les disciplines d'investissement de la plupart des accords commerciaux préférentiels et quelques TBI visent à limiter la portée des obligations de traitement en exigeant un certain degré d'identité entre les investisseurs soumis à la comparaison - à savoir, « des services et fournisseurs de services similaires » dans le cas de l'AGCS, et des «circonstances similaires» dans les accords promues par les États-Unis et le Canada. Les principes de la NPF et de traitement national de l'AGCS semblent plutôt être plus larges que quelques accords conclus par le Royaume-Uni qui exigent que les sujets se trouvent dans la « même situation ».

Les principes de la nation la plus favorisée et de traitement national constituent deux des principaux fondements de tout accord sur les services, tout comme pour les échanges de marchandises. A l'instar de l'AGCS, les AII ne formulent que très rarement ces principes sous une forme non qualifiée, qu'ils soient ou non définis comme des obligations générales(ce qui est le cas du principe de la nation la plus favorisée dans pratiquement tous les accords et du traitement national dans les accords adoptant une approche par liste négative en matière de libéralisation) ou comme des obligations s'appliquant uniquement aux secteurs dans lesquels les engagements en termes de libéralisation sont effectivement mis en œuvre.

Lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application d'un accord, on peut faire une distinction entre la méthode de la liste "négative" et celle de la liste "positive". Bien que l'AGCS soit souvent présenté comme un accord représentatif de l'approche par liste positive, il serait plus juste de parler de modèle hybride dans lequel les engagements spécifiques concernant l'accès aux marchés (article XVI) et le traitement national (article XVII) prennent la forme d'une liste positive de secteurs, tandis que les limitations sont présentées sous la forme d'une liste négative. En ce qui concerne la couverture sectorielle de l'obligation de traitement national, les accords

d'investissement, en particulier les TBI européens, tendent à offrir une couverture plus large que l'AGCS. Cela est également vrai pour les TBI américains et la plupart des accords commerciaux préférentiels, bien que dans ces cas, la différence de portée ne soit pas aussi grande. Au contraire, le principe NPF de l'AGCS offre une plus grande couverture sectorielle que les accords d'investissement, du fait que les listes d'exemptions de la NPF de l'AGCS tendent à exclure moins de secteurs que les listes équivalentes dans les TBI et les accords commerciaux préférentiels. Dans l'AGCS, le principe NPF est une obligation générale qui s'applique à tous les secteurs de services couverts, sauf exemptions (liste négative). Autre caractéristique des listes AGCS, les limitations sont présentées par mode de fourniture. Dans ce sens, deux modèles d'engagements de libéralisation sont identifiables. Le premier modèle est représenté par l'ALENA ; premier grand ACR traitant des questions d'investissement, il regroupe les dispositions relatives à l'investissement dans tous les secteurs et prévoit le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée dans tous les secteurs couverts tout en dressant une liste négative de réserves. Le second modèle correspond à l'approche choisie pour l'AGCS, qui est reprise dans d'autres types d'accords et combine une liste positive de secteurs pour lesquels les pays prennent des engagements et une liste négative de limitations qu'ils souhaitent maintenir dans les secteurs inscrits sur leur liste d'engagements.

En outre, l'article V de l'AGCS admet une exception beaucoup plus étroite que la plupart des accords d'investissement.

3. Normes absolues de traitement

En termes de traitement, il est nécessaire de déterminer si le standard de traitement juste et équitable ou celui de pleine et entière protection et sécurité existant dans les TBI ont leur contrepartie dans le cadre de l'AGCS et si celui-ci peut améliorer la protection conférée par les TBI. Sans revenir en détail sur ces standards, on peut néanmoins indiquer que le premier a trait à une discipline de bonne gouvernance (transparence et prévisibilité du cadre juridique, due procès, bonne foi, etc.) et le second à la sécurité physique des investissements ainsi que - mais cela reste controversé - à leur sécurité juridique[1289].

Le respect des normes absolues de traitement est ce que les disciplines d'investissement et de l'AGCS diffèrent le plus distinctement. Dans les accords d'investissement, deux obligations plutôt vagues sont généralement prévues pour assurer un « traitement juste et équitable » et une «

[1289]SCHREUER Christoph, "Full Protection and Security", Journal of International Dispute Settlement, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 353 et s.

protection et sécurité intégrale ». Tous les traités internationaux parlent du traitement juste et équitable, mais pas touts parlent du standard de pleine et entière protection. En effet, certains traités n'invoquent pas la « protection », mais seulement un traitement juste et équitable et sans entraves. A côté de l'obligation coutumière du standard minimum de traitement, le standard juste et équitable figure dans les traités bilatéraux et aussi dans les conventions et les accords de libre échange. La norme de traitement juste et équitable en particulier, compte tenu de sa large portée, est devenue un élément important de l'arbitrage entre investisseurs et États. L'idée du traitement juste et équitable est que l'investisseur est traité conformément au droit local. Evidement, cela comporte le droit de l'investisseur que la législation soit porté à sa connaissance (selon le principe de transparence). Les droits de l'investisseur doivent être appréciés et traités avec équité, cet à dire de manière non-discriminatoire et loyale. Dans les traités bilatéraux, chaque partie s'engage que le droit juste et équitable de investisseurs ne soit pas entravé ni en droit ni en fait. Quant à son contenu, une définition est impossible, donc le rôle de la juridiction est très important. A l'heure actuelle, on voit apparaître dans la jurisprudence, qu'il s'agit d'un faut problème.

Si les standards de traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité sont formellement absents des accords de l'OMC, plusieurs des dispositions de l'AGCS sont de nature à s'y rapporter indirectement et permettent d'enrichir matériellement, en les précisant, les protections dont peuvent bénéficier les investisseurs étrangers sous les auspices de l'AGCS.

Malgré cette différence d'approche, il semble que les principales exigences substantielles concernant les normes minimales de traitement figurant dans les accords d'investissement et dans l'AGCS soient essentiellement les mêmes. En effet, ce que les accords d'investissement tendent à couvrir dans le cadre de l'obligation générale de "traitement juste et équitable" se trouve dans l'AGCS dans des dispositions spécifiques concernant la transparence, la régularité de la procédure et l'administration des mesures de manière objective, raisonnable et impartiale. Plus encore, il apparaît que les dispositions de l'AGCS imposent des obligations spécifiques qui, en fin de compte, offrent aux investisseurs étrangers de meilleures conditions que celles exigées par le principe de traitement juste et équitable.

Néanmoins, alors que les exigences substantielles concernant les normes minimales de traitement peuvent être effectivement les mêmes dans le cadre de l'AGCS et des accords d'investissement, l'obligation TJE a une portée sectorielle plus large. Dans les accords d'investissement, ce principe a généralement une portée générale et ne peut faire l'objet de réserves sectorielles. Au contraire,

certaines obligations de l'AGCS relatives à la régularité de la procédure et à l'administration équitable des mesures ne s'appliquent qu'aux secteurs des services où des engagements spécifiques ont été pris.

En conclusion il faut remarquer que l'AGCS est un accord multilatéral contraignant et obligatoire. Il peut être utilisé par les gouvernements, si telle est leur volonté, pour attirer l'investissement étranger dans les secteurs qui en ont besoin.

Il garantit la stabilité des politiques dirigées vers les investisseurs potentiels, mais ne comporte aucune obligation de prendre des engagements. Il permet par ailleurs aux gouvernements d'imposer aux fournisseurs étrangers de services toutes les conditions qu'ils souhaitent, y compris celles qui ont trait à l'emploi de personnel local ou au transfert de technologie. Si l'on peut identifier une forme de chevauchement entre les disciplines de l'AGCS et les standards des TBI, celles de l'AGCS relatives à la réglementation intérieure et à la transparence viennent toutefois préciser les obligations des États tout en permettant l'instauration de procédures institutionnelles au sein de l'OMC afin de surveiller leur mise en œuvre.

D) des recours et le système d'exécution

On peut enfin formuler quelques précisions en ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends qui sont susceptibles d'être exploités en droit des investissements et en droit international du commerce. Le chevauchement et la coexistence de divers systèmes de droit et juridictions, ainsi que le manque de cohérence entre ces derniers, faisaient l'objet d'une réflexion dans la première partie de cette étude.

1. Remèdes

Dans la mesure où le mécanisme de règlement des différends en matière de commerce et d'investissement diffère en ce qui concerne les règles de la qualité juridique, les remèdes et les procédures d'exécution et d'enfoncement qu'ils offrent sont également différents. Les opérateurs du commerce international ont récemment pris conscience du fait qu'ils pouvaient, dans un nombre de situations de plus en plus fréquentes, demander directement à l'Etat d'accueil réparation des dommages causés à leurs investissements internationaux. De telles demandes peuvent être portées devant les juridictions, étatiques ou arbitrales, désignées à cet effet par l'instrument de protection des investissements dont la violation est alléguée[1290]Alors que les

[1290]GAILLARD Emmanuel, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, in Revue de l'arbitrage, Paris, N° 3, juillet-septembre 2003, p. 854

différends commerciaux sont résolus par l'Organe de règlement des différends ("ORD") de l'OMC, comme indiqué précédemment, les TBI prévoient généralement le règlement des différends relatifs aux investissements par voie d'arbitrage dans un forum international, tel que le CIRDI ou des centres d'arbitrage tels que le Tribunal International d'Arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce. Plus important encore, il existe également une différence significative dans la forme de l'allégement fourni. En ce qui concerne le recours disponible lorsqu'une partie chercher à obtenir réparation en cas de violation d'obligations et obtient une décision favorable, les deux systèmes présentent également des différences importantes. Les remèdes offerts par les sentences arbitrales dans les différends d'investissement prévoient généralement une réparation prospective sous la forme d'une indemnité compensatoire. Cette position prévoyant qu'une «indemnisation prompte, adéquate et efficace» est la forme de réparation la plus appropriée dans un litige d'investissement[1291]. Les pays en développement ont également accepté de signer des accords bilatéraux prévoyant une compensation, car les TBI offrent la possibilité de négocier et d'offrir des concessions à un investisseur potentiel en concurrence. La plupart des TBI exigent également que les différends entre États soient réglés par des consultations, faute de quoi le différend est soumis à l'arbitrage. L'arbitre rend une décision, qui peut inclure une indemnité.

Dans le cadre des Accords de l'OMC, toutefois, l'accent est mis sur l'obligation pour un Membre de mettre ses pratiques en conformité avec l'accord sans exiger une réparation rétrospective. Dans la mesure où la compensation est fournie, c'est habituellement comme un moyen d'assurer la conformité et sur une base volontaire seulement. Ainsi, le cadre actuel de l'OMC, et en particulier le cadre de règlement des différends, est en contradiction avec les normes qui ont été élaborées en droit international pour le règlement des différends en matière d'investissement. Aux termes de l'article 3: 7 du Mémorandum d'accord, l'objectif principal du mécanisme de règlement des différends est d'obtenir le retrait des mesures commerciales jugées incompatibles avec les Accords de l'OMC et de faciliter ainsi les échanges. [1292]". La compensation est disponible à titre temporaire et seulement si le retrait immédiat de la mesure commerciale en cause est irréalisable. L'article 3: 7 du Mémorandum d'accord privilégie explicitement la compensation sur

[1291]SORNARAJAH Muthucumaraswamy, “The international law on foreign investment”, 3rd edition, Cambridge New York Melbourne : Cambridge university press, 2010, p.220. En général, les pays importateurs de capitaux (principalement les pays en développement) ont eu tendance à s'opposer à l'applicabilité de la formule de Hull en faveur de la «formule de compensation partielle». Voir ibid. à 258-259.

[1292]Mémorandum d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends, article 3: 7.

la suspension de concessions[1293]. Cependant, le système est conçu de telle manière que la compensation n'est pas toujours une option viable, alors que la suspension de concessions l'est souvent. Selon l'article 22.2, les membres doivent engager des négociations avec l'autre partie en vue de "trouver une compensation mutuellement acceptable "[1294]. Non seulement la possibilité de parvenir à une décision mutuellement acceptable en matière de compensation est-elle très faible, mais le Mémorandum d'accord ne prévoit que 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration pour mettre fin aux négociations. Si ces négociations échouent, le plaignant peut retirer les concessions commerciales qu'il a faites au contrevenant (à savoir, représailles ou rétorsion) pour un montant "équivalent" au préjudice causé par la violation. L'ampleur de la suspension de concessions est également soumise à un arbitrage contraignant.

Si la mesure incompatible n'est pas mise en conformité dans le délai raisonnable, le niveau recommandé d'annulation ou de réduction d'avantages est considéré comme une compensation et entre en vigueur.

Le membre plaignant devrait alors avoir la possibilité d'invoquer l'indemnité accordée ou de demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions. La recommandation diverge de l'accord actuel à deux égards majeurs. Premièrement, la compensation n'est pas négociée par les membres qui sont partis au différend, mais c'est un recours qui est décidé par une tierce partie adjudicatrice. Cela renforce la disposition et rapproche le cadre de l'OMC de la conformité avec le cadre d'investissement international, dans lequel la décision du tribunal arbitral lie dans la plupart des cas les parties. Deuxièmement, il perd sa nature en tant qu'option volontaire pour le membre en violation de l'accord et fournit au membre plaignant, pour qui les représailles sont une option irréaliste, un outil alternatif pour assurer la conformité et rétablir le déséquilibre créé par la mesure incompatible. La solution la plus appropriée dans le cadre de l'OMC devrait encore être qu'un membre mette ses mesures en conformité avec les accords de l'OMC. Cependant, un mécanisme de compensation plus solide encouragerait non seulement la conformité dans son ensemble, mais permettrait également d'améliorer les positions des pays en développement dans le processus de règlement des différends.

Cependant, dans les cas où le contrevenant se conforme à son comportement dans un « délai raisonnable », l'opinion dominante est que le plaignant n'a aucun droit de compensation ou de

[1293]Ibid.
[1294]Ibid., article 22.2.

représailles, ni de compensation de quelque nature que ce soit. Le système de l'OMC semble limiter les remèdes en cas de violations de l'OMC à la « cessation, la non-répétition et la satisfaction », et apparaît avoir réglementé de manière approfondies les conséquences juridiques des violations des dispositions de l'OMC.

Les remèdes fournis par les différents forums sont des éléments pertinents pour la sélection du forum afin de présenter la demande, car ils sont en fin de compte les facteurs qui détermineront la satisfaction des intérêts des demandeurs. Les mécanismes de règlement des différends de l'OMC et l'arbitrage investisseur-État offrent deux solutions radicalement différentes. Alors que l'arbitrage d'investissement permet aux investisseurs de demander une compensation pécuniaire rétroactive pour les dommages qu'ils ont subis, les procédures de règlement des différends de l'OMC permettent plutôt aux investisseurs de demander le retrait des mesures qui ont donné lieu à la plainte, obtenant ainsi un recours éventuel. Ces deux remèdes contrastés offrent des avantages et des inconvénients, et doivent être considérés à la lumière des conditions spécifiques de chaque cas afin de déterminer quelle réparation offre au demandeur un résultat plus satisfaisant. Chacune de ces alternatives a des côtés positifs et négatifs pour les investisseurs étrangers dans les services. D'une part, l'indemnisation des dommages peut être particulièrement intéressante pour les investisseurs qui ont vu leurs investissements saisis par les autorités du pays d'accueil et la poursuite des activités commerciales est devenue impossible. La compensation matérielle de l'arbitrage des investissements semble plus adéquate dans les cas où les biens de l'investisseur ont été détruits ou fortement endommagés, ce qui peut se produire dans des cas d'expropriation directe. En outre, dans tous les cas où la relation avec les autorités nationales a été rompue et où l'investisseur ne souhaite plus se réinstaller sur le marché du pays d'accueil, requissent une compensation monétaire rétroactive. D'un autre côté, si l'on se place du point de vue du fournisseur de services établi de façon pérenne dans un autre Etat par le biais du Mode 3, il n'est pas exclu que l'investisseur préfère obtenir le retrait de la mesure contestée et bénéficier du mécanisme de surveillance de la mise en œuvre des recommandations des juridictions de l'OMC plutôt que de s'engager dans une procédure arbitrale longue et coûteuse afin d'obtenir une indemnisation par le biais d'une sentence dont l'exécution est soumise à plusieurs obstacles. La suppression éventuelle de mesures incohérentes semble plutôt constituer un remède plus adéquat pour les violations persistantes du traitement à l'encontre de l'investisseur étranger, mais qui n'empêche pas l'investisseur de poursuivre son activité économique. Dans ces cas, si l'intérêt stratégique de l'investisseur étranger réside dans la poursuite de ses activités dans le pays hôte, le

retrait de ces mesures constitue un avantage pour l'investisseur. Bien qu'il convienne de garder à l'esprit les obstacles relatifs au mécanisme de règlement des différends de l'OMC qui n'est pas accessible aux investisseurs, un tel mécanisme est de nature à présenter principalement des avantages par rapport à la procédure arbitrale. Pour les investisseurs étrangers dans le domaine des services, les procédures de règlement des différends de l'OMC pourraient s'avérer un moyen plus efficace d'assurer un environnement compétitif approprié dans l'État hôte.

En conclusion, les procédures de règlement des différends de l'OMC peuvent offrir, en fonction des besoins de l'investisseur, des raisons valables pour que les investisseurs étrangers dans le domaine des services supportent la charge de la nature intergouvernementale des litiges de l'OMC en vue d'une activité commerciale rentable à long terme dans l'État hôte.

2. Mécanismes d'exécution

Les mécanismes d'exécution mis en place par les systèmes de règlement des différends commerciaux et d'investissement reflètent les différents remèdes qu'ils offrent. L'arbitrage des investissements, axé sur le paiement monétaire des dommages, permet au demandeur d'invoquer les sentences devant les tribunaux nationaux et de bénéficier des procédures d'exécution forcée des juridictions nationales. L'OMC, au contraire, prévoit un mécanisme d'exécution entièrement "international" fondé sur l'adoption de sanctions commerciales et la pression politique d'appartenance à l'OMC.

En réalité, les deux systèmes ont en commun le fait que les différends n'atteignent que rarement le stade de l'exécution, mais tendent plutôt à se conclure par un règlement à l'amiable de la mise en œuvre entre les parties. Toutefois, lorsque des mesures d'exécution sont effectivement requises, le système de l'OMC est plus efficace. L'expérience de l'exécution des sentences arbitrales suggère que la nécessité de recourir au système judiciaire national et à l'application des lois nationales, en particulier celles relatives à l'immunité des États, peut effectivement devenir un obstacle insurmontable pour les investisseurs étrangers Dans le cas d'une sentence contre un État, les règles normales d'immunité contre l'exécution seront applicables. En pratique, cela signifie généralement que l'exécution n'est pas possible contre des actifs qui servent les fonctions publiques de l'État.

II. Observations finales

A) Implications systémiques

La double couverture de l'investissement étranger dans le service par les deux branches du droit économique international dans les termes observés dans cette analyse apporte des implications importantes pour le système et les acteurs impliqués. D'un point de vue systémique, le chevauchement des disciplines et des systèmes de règlement des différends introduit un élément de tension dans le cadre juridique international. Il est possible qu'un même différend, ou divers aspects d'un même différend, soient réglés devant des instances différentes. Des juridictions différentes peuvent arriver à des conclusions différentes, voire opposées ou incompatibles, compromettant ainsi la stabilité et la prévisibilité de tout l'environnement économique international. Les conclusions contradictoires qui, à plusieurs reprises, ont été formulées par des tribunaux d'arbitrage ont conduit à des divergences dans l'interprétation de dispositions identiques ou similaires et dans l'examen au fond d'affaires concernant les mêmes faits. D'où des incertitudes quant au sens des principales obligations découlant des accords et une difficulté à prévoir de quelle manière elles seront interprétées dans des affaires ultérieures[1295]

Il a été constaté que, malgré la tendance actuelle de considérer le droit du commerce et de l'investissement en tant que deux domaines distincts et non liés du droit international, les cadres juridiques du commerce et de l'investissement imposent des règles sur le traitement de l'investissement international dans les services. Ces règles sont substantiellement équivalentes au niveau de protection qu'elles offrent ; cependant, ils sont loin d'être parfaitement assortis. Leur approche et leur structure en matière de réglementation des investissements dans les services diffèrent grandement et un certain nombre de différences dans la formulation des accords peuvent entraîner des décisions disparates. Par exemple, bien que les deux systèmes soient essentiellement semblables pour accorder le traitement national aux investisseurs étrangers, il peut arriver qu'en raison de la différence dans la rédaction des dispositions relatives au traitement national de certains TBI et de l'AGCS, un investisseur relève de l'obligation nationale de traitement d'un champ, mais pas l'autre. Il a été suggéré que l'affaire Explorations Occidental peut être un exemple des différentes lectures que de petites différences textuelles peuvent apporter.

[1295]Dans certains cas, des interprétations contradictoires peuvent s'expliquer par une différence de formulation dans les accords. Dans la plupart des cas, cependant, elles sont le fait de divergences de vues entre les arbitres

En effet certaines spécificités permettant le rapprochement des deux systèmes. Or, le traitement national n'est pas strictement le même dans l'un et l'autre de ces mécanismes, puisqu'il apparaît en réalité considérablement plus large dans le domaine de droit de l'investissement. Outre la différence dans le champ d'application, il semble que l'obligation de traitement national dans le droit d'investissement et le droit de l'OMC ne soient pas à ce point proches qu'ils puissent être parfaitement assimilés [1296]. Il semble ainsi possible de soutenir qu'il existe en réalité une différence de nature entre le traitement national imposé dans es deux systèmes. C'est d'ailleurs cette différence de nature qui a conduit un auteur à imputer l'incohérence de la jurisprudence arbitrale en matière de droit de l'investissement à une trop importante tendance des tribunaux arbitraux à s'inspirer des solutions dégagées dans le droit de l'OMC alors même qu'elles ne sont pas pertinentes[1297]

Sur le fond, les accords présentent un degré considérable de consensus pour ce qui est du contenu principal. Des dispositions relatives au traitement et à la protection de l'investissement, telles que le traitement national et le traitement NPF, le traitement juste et équitable, l'indemnisation des expropriations, le droit à la liberté de transfert et les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États et entre États, figurent dans une très large majorité d'accords. Toutefois, le libellé précis de ces dispositions varie dans des proportions importantes et parfois surprenantes. La plupart des AII ont principalement un effet protecteur, et seulement un effet modéré de libéralisation. En d'autres termes, les obligations visent, dans leur immense majorité, à protéger les flux d'investissement en limitant le pouvoir discrétionnaire de l'État d'accueil en matière de réglementation. La libéralisation était rarement un objectif dans les accords conclus pendant environ les cinquante premières années d'après-guerre. Toutefois, bien des choses ont changé avec l'entrée en vigueur de l'AGCS et les ALE les plus récents.

De plus, la couverture sectorielle d'un certain nombre de disciplines clés de l'AGCS reste en deçà de la couverture de la plupart des TBI et d'un certain nombre d'accords commerciaux préférentiels. Là encore, même si les dispositions substantielles peuvent être identiques, la

[1296]MOLTKE K. Von avait mis en avant plusieurs éléments expliquant cette différence, et justifiant les limites du rapprochement entre le traitement national tel qu'il est conçu à l'OMC et tel qu'l apparait dans le droit de l'investissement. MOLTKE Konrad von, "Discrimination and Non-Discrimination in Foreign Direct Investment Mining Issues", OECD global forum on international investment, Conference on Foreign Direct Investment and the Environment: Lessons to be Learned from the Mining Sector, 7 - 8 February 2002: https://www.oecd.org/env/1819921.pdf

[1297]KURTZ Jürgen, The Use and Abuse of WTO Law in Investor–State Arbitration: Competition and its Discontents, European Journal of International Law, Volume 20, Issue 3, 2009, pp. 749–771, spec. p. 765. https://doi.org/10.1093/ejil/chp040 .

couverture diversifiée de ces accords fait que les investisseurs dans des positions similaires sont couverts différemment par les accords d'investissement et l'AGCS. Par exemple, un gouvernement aurait le droit de prendre un certain nombre de mesures en vertu d'un accord ; tandis que l'autre accord peut interdire les mêmes actions. Il se pourrait surtout que le droit de l'investissement aboutisse à la condamnation de certaines mesures encouragées par l'AGCS qui comporte des dispositions relatives la participation des pays en développement au commerce mondial, dont l'application pourrait entrer en contradiction total avec les règles de protection des investissements internationaux[1298]. On peut souligner que les obligations pesant sur les Etats en vertu de deux disciplines sont cohérentes, et s'articulent autour d'un principe général de non-discrimination fondé sur la nationalité. Toutefois, les correctifs que l'OMC porte à ce principe au titre du traitement spécial et différencié qui posent ici problème. L'on comprend donc les nécessités qui peuvent présider à un rapprochement entre les deux disciplines.

La séparation qui existe entre les mécanismes de règlement des différends des systèmes de commerce et d'investissement aggrave leurs divergences. Sur la base de ce qui précède, il ne semble y avoir aucun risque significatif de concurrence entre les juridictions de l'OMC et des investissements. Les organes de règlement des différends de l'OMC et les tribunaux investisseurs-États ne sont pas compétitifs. En effet, les procédures dans le cadre des deux régimes sont essentiellement complémentaires. Néanmoins, ces procédures peuvent donner lieu à certaines tensions et inefficacités. Étant donné que la compétence des groupes spéciaux de l'investissement et de l'OMC se limite aux dispositions énoncées dans leurs propres accords, les arbitres et les pénalistes ne regardent pas en dehors de leur propre domaine pour des directives d'interprétation. Chaque système a plutôt tendance à développer ses propres interprétations

[1298]L'article IV de l'AGCS incite les Etats membres à accorder un traitement préférentiel aux services proposés par les opérateurs de pays peu développés ; il dispose :
« 1. La participation croissante des pays en développement Membres au commerce mondial sera facilitée par des engagements spécifiques négociés pris par différents Membres conformément aux Parties III et IV du présent accord et se rapportant: a) au renforcement de leur capacité nationale de fournir des services ainsi que de l'efficience et de la compétitivité de ce secteur, entre autres choses, par un accès à la technologie sur une base commerciale; b) à l'amélioration de leur accès aux circuits de distribution et aux réseaux d'information; et c) à la libéralisation de l'accès aux marchés dans les secteurs et pour les modes de fourniture qui les intéressent du point de vue des exportations.
2. Les pays développés Membres et, autant que possible, les autres Membres établiront des points de contact dans les deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour faciliter l'accès des fournisseurs de services des pays en développement Membres aux renseignements, en rapport avec leurs marchés respectifs, concernant: a) les aspects commerciaux et techniques de la fourniture de services; b) l'enregistrement, la reconnaissance et l'obtention des qualifications professionnelles; et c) la disponibilité de technologie des services.
3. Une priorité spéciale sera accordée aux pays les moins avancés Membres dans la mise en oeuvre des paragraphes 1 et 2. Il sera tenu compte en particulier des graves difficultés que les pays les moins avancés ont à accepter des engagements spécifiques négociés en raison de leur situation économique spéciale et des besoins de leur développement, de leur commerce et de leurs finances.».

idiosyncratiques de règles qui trouvent une correspondance dans l'autre domaine du droit économique international sans tenir compte des décisions antérieures prises par d'autres instances, augmentant ainsi le risque d'aboutir à des décisions divergentes. L'Organe d'appel de l'OMC, pour maintenir la prévisibilité et la sécurité du système OMC va donc, lors de l'interprétation des dispositions légales, adopter des choix « systémiques », c'est à-dire orientés par la nécessaire harmonisation du système et par sa stabilité. L'Organe d'appel s'applique, pratiquement dès le début de son fonctionnement, à donner une cohérence à l'ensemble du système en développant une unité au sein de ses interprétations, et en se montrant méfiant vis à vis de tout ce qui pourrait nuire à cette cohérence. En outre, comme mentionné ci-dessus, la prolifération de l'arbitrage investisseur-État prouve que, pour le moment, la gouvernance bilatérale et régionale de l'investissement par l'intermédiaire des TBI et des chapitres d'investissement des ALE sera le principal moyen de gouverner l'IDE. Cela dit, l'arbitrage entre l'investisseur et l'État est à l'origine de problèmes de sentences arbitrales contradictoires et de forum shopping. Alors qu'au niveau national, la problématique est traitée par l'adoption de règles, de règlements, de mécanismes et d'initiatives institutionnelles, au niveau international, l'action concerne un réseau complexe d'AII (principalementd'ABI, d'ALE contenant des dispositions sur l'investissement, d'accords de partenariat économique et d'accords d'intégration régionale). Cette complexité, qui expose le système des AII aux lacunes, aux chevauchementset aux incohérences, fait partie des problèmes à résoudre; s'y ajoute la nécessité d'équilibrer les droits et les obligations des États et des investisseurs et de veiller à ce que les dispositions relatives à la promotion de l'investissement soient plus concrètes.

Les investissements étrangers directs sont généralement considérés comme le facteur le plus important du développement économique. Le climat d'investissement d'un pays est déterminé par des facteurs économiques, politiques et juridiques[1299]. Parmi les facteurs juridiques, un système impartial et efficace de règlement des différends joue un rôle essentiel. Cet environnement juridique est déterminé à son tour par un certain nombre de facteurs, notamment la stabilité des conditions juridiques dans lesquelles un investisseur peut travailler, la qualité de l'administration publique locale dans l'application de règlementations pertinentes, la transparence du système de réglementation locale et un système efficace pour le règlement des différends.

[1299] CNUCED, Le règlement des différends, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, UNCTAD/EDM/Misc.232 , New York et Genève, 2003, p. 5.

Ces problèmes découlent de la nécessité de faire en sorte que les AII atteignent leur objectif consistant à assurer à l'investissement un cadre stable, transparent et cohérent, tout en ménageant aux pays d'accueil une marge de manœuvre réglementaire suffisante pour pouvoir exécuter leurs politiques de développement économique.

La stabilité et la prévisibilité du droit économique international ne peuvent être fondées sur des règles et des décisions contradictoires. Les règles contradictoires ne profitent à aucun des acteurs des relations économiques internationales. Que pourrait-on faire pour renforcer la cohérence des politiques dans le cadre de l'élaboration de règles internationales en matière d'investissement ? Le mieux serait pour les pays de commencer par adopter une stratégie préventive en cherchant à éviter les incohérences. La promotion de la cohérence dans l'actuel système des AII a notamment consisté à modifier le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États.

B) Suggestions pour un système de droit économique international plus cohérent

Ces résultats démontrent que le droit commercial et le droit de l'investissement, loin d'être deux domaines distincts et bien définis du droit international, doivent être considérés comme des branches étroitement liées au droit économique international. Il a été noté que les règles principales que chaque système prévoit en matière d'investissement dans le domaine des services sont largement équivalentes, mais la portée des accords et les différences de formulation peuvent entraîner des incohérences importantes entre ces systèmes. Les conclusions attirent également l'attention sur l'impact négatif que la séparation des deux principaux domaines du droit économique international entraîne pour le système et ses principaux acteurs.

En effet, les dispositions relatives à l'investissement dans les accords comparés n'abordent pas pleinement les nombreuses questions d'investissement telles que la sécurité juridique, la cohérence des politiques ou la transparence des engagements gouvernementaux, etc. Il ne fait aucun doute que le traitement de ces questions plus en détail améliorerait les conditions des affaires et faciliterait l'investissement. L'état actuel met tous les pays et leurs politiques économiques au défi de s'engager dans les efforts en cours pour améliorer et libéraliser davantage les régimes d'investissement.

À la lumière de cette situation, compte tenu des principales conclusions de cette étude, y a-t-il des leçons à tirer ?

Une première leçon s'applique aux investisseurs étrangers qui, attirés par l'accès facile à l'arbitrage investisseur-État, ont fait de ce système le seul mécanisme apparent de règlement des

différends internationaux capable de protéger les investissements étrangers. En droit contemporain de l'investissement international, l'arbitrage international s'est imposé comme la voie royale permettant aux investisseurs étrangers de faire aboutir leurs réclamations à l'égard d'un État hôte nées d'un différend relatif aux investissements. Il a longtemps été considéré comme le moyen par excellence d'aborder et de régler les différends entre investisseurs et État, et c'est encore le cas, dans une certaine mesure, aujourd'hui[1300]. Cette procédure enlève tout caractère politique aux différends, garantit l'indépendance et la neutralité des décisions rendues et est souvent perçue comme rapide, peu coûteuse, souple et rassurante. L'arbitrage international est considéré aussi comme offrant aux parties la possibilité de garder dans une grande mesure la maîtrise de la procédure contentieuse. Il garantit également le caractère exécutoire des décisions rendues et crée un sentiment de légitimité

Les conclusions de cette étude ont confirmé que les règles « commerciales » de l'OMC offrent un niveau de protection comparable à celui accordé par les accords d'investissement, avec un mécanisme sophistiqué de règlement des différends.

Il est clair que l'accès au système multilatéral de règlement des différends demeure plus lourd pour les parties privées que celui prévu par les accords d'investissement, puisqu'ils sont tenus d'avoir l'appui d'un gouvernement. Pourtant, plutôt que d'éviter les intérêts des parties privées, les gouvernements ont tendance à rechercher ce type de coopération. En outre, il semble que les caractéristiques du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, en particulier celles qui concernent les recours et le système d'exécution, peuvent constituer une solution plus adéquate pour un grand nombre de situations que celles de l'arbitrage des investissements. Dans ce sens, les investisseurs étrangers dans le domaine des services seraient bien avisés de bénéficier de leur position pivot unique dans le droit économique international, et considèrent les avantages et les inconvénients des deux juridictions économiques internationales ouverts à leurs préoccupations.

Même si le commerce et l'investissement étaient étroitement liés et parfois même substituables d'un point de vue commercial et économique, leur cadre juridique avait été dissocié. On a cité plusieurs similitudes entre le commerce et l'investissement et noté que l'on pouvait trouver dans les deux domaines des dispositions de fond en partie identiques, comme celles relatives à la non-discrimination. Cependant, même si l'on trouve des dispositions relatives au règlement des

[1300]CNUCED, Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2010.

différends aussi bien dans le domaine du commerce que dans celui de l'investissement, une différence importante tient à ce que les différends relatifs à l'investissement peuvent opposer les investisseurs et les États, tandis que les différends commerciaux ne peuvent opposer que des États. En outre, le commerce et l'investissement sont traités conjointement dans les ACR et qu'actuellement, un plus grand nombre de mesures peuvent être contestées au titre du droit commercial ou au titre du droit de l'investissement. Il était difficile de priver les investisseurs du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États qu'ils ont si souvent utilisés. Mais une volonté d'harmoniser les procédures se dessine, comme l'atteste la critique constante de l'absence de règlement des différends entre États, de la non-utilisation des voies de recours locales et de l'incohérence partielle de l'interprétation du droit de l'investissement. Il faut donc trouver le bon équilibre entre les deux systèmes et procédures de règlement des différends.

Il se peut en outre que le système de règlement des différends prévu dans les traités bilatéraux d'investissement s'appuie de plus en plus sur la jurisprudence de l'OMC, malgré les différences entre la réglementation juridique du commerce (multilatérale, sans accès direct pour les parties privées) et celle des investissements (principalement bilatérale et entre les mains des investisseurs privés), qui mettent en garde contre la perspective d'un rapprochement rapide des deux systèmes.

L'Accord de Marrakech et ses annexes peuvent être décrits comme un traité énonçant les obligations des gouvernements membres de l'OMC entre eux, mais cette description est incomplète. L'une des avancées les plus importantes du Cycle d'Uruguay a été d'étendre les règles du commerce mondial afin qu'elles atteignent l'État-nation afin d'ajuster le statut des individus qui y résident. En intégrant les droits à une procédure régulière pour les individus dans les systèmes juridiques nationaux, le Cycle d'Uruguay établit un "système commercial multilatéral plus viable et plus durable". En contrôlant les actions gouvernementales arbitraires, l'OMC permet à l'individu de mieux faire face à la concurrence dans l'économie mondiale. Bien qu'il soit loin de devenir un palladium des droits individuels, l'OMC renforce les droits des acteurs économiques.

En plus des intérêts des parties privées, peut-il y avoir des lignes directrices pour une plus grande cohérence avec le cadre actuel du droit économique international ?
La présente étude suggère que l'élaboration de règles internationales sur le commerce et l'investissement a toujours manqué d'une approche qui rassemblerait les différents domaines du droit économique international, plutôt que de les différencier.

Il appartient en premier lieu aux principaux acteurs du système international, les Etats, de redresser cette tendance et de rechercher un cadre juridique international plus cohérent en matière économique. Les équipes de négociation en matière de commerce et d'investissement devraient travailler en étroite collaboration pour élaborer des règles sur le commerce et l'investissement dans les services qui élimineraient les incohérences et assureraient une plus grande cohérence. Comme on l'a vu, de petites différences textuelles peuvent entraîner d'importantes contradictions juridiques.

Les négociateurs devraient s'efforcer de rendre les dispositions compatibles entre les différents instruments des relations économiques internationales. Il existe depuis longtemps déjà un certain niveau de communication et d'échange entre les États sur les questions liées aux accords d'investissement et aux différends entre investisseurs et État, dont il est possible de tirer des enseignements utiles pour déterminer la manière de formaliser davantage une telle pratique. Les notes interprétatives, sous forme de notes de bas de page ou d'échange de lettres, peuvent également contribuer grandement au développement d'un ensemble de règles plus cohérent même pour les textes déjà existants. Des stratégies globales de négociation, tenant compte des implications systémiques du chevauchement des disciplines internationales, aboutiraient à des règles plus claires et plus cohérentes. En tant qu'acteurs principaux du droit économique international, les États seraient également les principaux bénéficiaires de ces développements.

Pourtant, si les pratiques améliorées dans les négociations aboutissent à un cadre plus stable à long terme, certaines améliorations pourraient même être apportées dans le cadre dual actuel. Cette étude repose sur les principaux interprètes des règles économiques internationales. Les groupes d'arbitrage des investissements et les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent ignorer les principes et les règles de l'autre et agir comme si leurs disciplines étaient les seules dans le domaine des relations économiques internationales. Même dans les règles strictes actuelles en matière de compétence, les arbitres, les membres des groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC peuvent prêter attention aux règles et principes de l'ensemble du droit économique international et devraient tenir compte des constatations et interprétations des autres juridictions. Les liens très étroits qui unissent les disciplines du droit de l'investissement et celles du droit de l'OMC incitent donc à penser qu'elles devraient à l'avenir tenir cote davantage l'une de l'autre. Sur le fond, le rapprochement est certain : règles identiques et recoupement des champs d'application. Par contre, les traductions institutionnelles de ces influences réciproques

sont encore aujourd'hui très limitées[1301]. Quoiqu'à une fréquence relativement faible, les tribunaux arbitraux statuant sur le fondement des traités de protection des investissements se sont parfois appuyés expressément sur les solutions dégagées par l'organe de règlement des différends lorsque la question se posait dans les mêmes termes[1302]. Il existe donc des facteurs d'influences réciproques, mais celles-ci démurent limitées : la question se pose alors de savoir si leur développement est réaliste, et même souhaitable. Est-il possible, en d'autres termes, de continuer à voir ces deux aspects des relations économiques internationales se développer l'un sans l'autre, ou faut-il se résoudre à accepter un rapprochement inéluctable ?

Il serait possible, au prix d'un effort collectif, d'améliorer sensiblement l'efficacité du fonctionnement du système actuel de règles internationales en matière d'investissement et de le rendre plus favorable à la croissance et au développement. Une telle approche pourrait accroître progressivement la transparence et la stabilité des relations en matière d'investissement, améliorer la cohérence des règles, servir de base à l'élaboration de règles dans le domaine de l'investissement international à tous les niveaux et garantir la participation sur un pied d'égalité à ce processus de tous les pays, indépendamment de leur degré de développement[1303].

Les juges doivent donc, par le biais de l'interprétation, servir dans son ensemble le système juridique auquel ils appartiennent : pour cela, ils doivent chercher à consolider son unité, sa cohérence, par « le maintien ou la restauration de [s]a rationalité »[1304], par son « harmonisation ». Ils doivent connaître « l'ordonnancement général qui préside au système, la vue permanente de l'architecture qui range les principes en une perspective, assurant leur superposition organique et leur cohérence logique »[1305]. En d'autre termes, il leur faut « isole[r] le juridique et le situe[r] dans le système »[1306], voire restructurer ce dernier, s'il n'est pas suffisamment bien organisé[1307]. Ainsi, les arbitres investisseur-État et les organes juridictionnels de l'OMC devraient s'efforcer d'interpréter leurs accords d'une manière qui rapproche les disciplines du commerce et de

[1301] DE NANTEUIL Arnaud, « Droit de l'investissement et droit de l'OMC », in Charles Leben (éd.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2016, p. 584.
[1302] Ibid., p. 583.
[1303] CNUCED, Définition de règles internationales en matière d'investissement: état des lieux, défis à relever et perspectives, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York et Genève, 2008, p. 75.
[1304] OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Le "jeu" de l'interprétation en droit – Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in Archives de philosophie du droit, t. 27, 1982(pp. 395-409), p. 407.
[1305] DU PASQUIER Claude, « Valeur et nature de l'enseignement juridique », Genève : Librairie de l'Université, 1950, p. 22, cité par François OST et Michel van de Kerchove, « Le "jeu" de l'interprétation en droit – Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in Archives de philosophie du droit, t. 27, 1982, p. 408.
[1306] Idem.
[1307] PATTARO Enrico, « Interprétation, systématisation et science juridique », in Paul Amselek (dir), Interprétation et droit, Bruxelles : Bruylant, 1995,p. 104.

l'investissement, plutôt que de souligner leurs différences. Les juges internationaux, conscients des similitudes entre les deux domaines du droit économique international tels que décrits dans cette étude, feraient une grande faveur au système juridique international en interprétant leurs règles d'une manière plus compatible, qui contribuerait à faire cohérence au système juridique international.

En résumé, tous les acteurs impliqués dans le développement, l'application et l'interprétation des règles du commerce et de l'investissement peuvent contribuer à la construction d'un cadre cohérent de droit économique international. C'est en effet aux législateurs, en tout premier lieu, mais aussi aux juges et surtout aux justiciables de déterminer le degré d'insécurité qu'ils sont prêts à accepter, et que le système juridique peut supporter[1308]. Si le droit international général a la réputation d'être particulièrement incertain, le domaine des transactions commerciales requiert souvent une sûreté plus importante. Ceci explique sans doute le soin apporté par l'Organe d'appel à la réalisation de cet objectif, et qu'il ait fait, de la sécurité juridique, « un principe d'interprétation»[1309].

Les investisseurs étrangers, les gouvernements et les juges internationaux sont dans une position unique et précise de renforcer le droit international économique, améliorer l'environnement des affaires internationales, et finalement, d'améliorer les conditions pour les investisseurs, les commerçants, et ceux qui les entourent. À cette fin, ils doivent être conscients que les relations économiques ne suivent pas forcément des classifications juridiques artificielles et que seul un cadre juridique international solide et cohérent qui s'adapte au monde réel peut assurer la «sécurité et la prévisibilité» prévues par le droit international.

[1308] HUGLO Jean-Guy, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), décembre 2001.Disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securitejuridique.52121.html.

[1309] DE SALVIA Michele, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), décembre 2001, p. 7. Disponible sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-duconseil/cahier-n-11/la-place-de-la-notion-de-securite-juridique-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeennedes-droits-de-l-homme.52122.html.

Bibliographie

Ouvrages généraux

ARUP Christopher, “The New World Trade Organization Agreements: globalizing law through services and intellectual property”, Cambridge, Cambridge University Press. 2000, 340 p.

AUST Anthony, Handbook of International Law, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2005, 505 p.

BROWNLIE Ian, "Principles of Public International Law", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003, 742 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, « Droit International Economique », Paris : Dalloz, 2003, 706 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique, 2e édition, Paris : Dalloz, 2005, 718 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique, 4e éd., Paris, Dalloz, 2010, 770 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit international économique 5e édition, Paris, Dalloz, 2013, 802 p.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andrea (eds.), « Droit international économique », 6e édition, Paris, Dalloz, 941 p.

COLLIER John et LOWE Vaughan, "The Settlement of Disputes in International Law :Institutions and Procedures", Oxford ; New York : Oxford University Press, 1999, 395 p.

COMBACAU Jean et SUR Serge, Droit international public, 8e édition, Paris: Montchrestien, 2008, 818 p.

CULOT Henri, Les sanctions dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Bruxelles : Larcier, 2014, 691 p.

DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, PELLET Alain, Droit international public, 8ème édition, Paris, LGDJ, 2009, 1709 p.

DEVILLE Hervé, L'intégration des espaces économiques : politiques commerciales et économiques, Louvain-la-Neuve : Bruylant, 2003, 206 p.

DIXON Martin, Textbook on international law, 6th edition, London ; New-York : Oxford university press, 2007, 372 p.

FOX Hazel, "The Law of State Immunity", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002, 572 p.

GUEVREMONT Véronique, Valeurs non marchandes et droit de l'OMC, Bruxelles : Bruylant, 2013, 640 p.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, La médiation, 6e édition, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 126 p.

JASINSKI Pierre, Régime juridique de la libre circulation des capitaux, L.G.D.J., Paris , 1967, 340 p.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, RIGOZZI Antonio, Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd., Berne (Weblaw) 2010, 594 p.

LAWRENCE Robert Z., "Crimes and Punishments?: Retaliation under the WTO", Peterson Institute, Washington (D.C.) : Institute for International Economics, 2003, 108 p.

LESAFFRE Hubert, Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale, Paris : LGDJ, 2007, 614 p.

MERRILLS John Graham, International Dispute Settlement, Sixth edition, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2017, 374 p.

MUCHLINSKI Peter T., Multinational enterprises and the law, 2nd edition, Oxford ; New York (N.Y.) : Oxford University Press, 2007, 767 p.

PALMETER David et MAVROIDIS Petros C., Dispute settlement in the World Trade Organization : practice and procedure, 2e éd., Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2004, 330 p.

REDFERN Alan et HUNTER Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", London, Sweet & Maxwell, 2004, 659 p.

ROBSON Peter, *The Economics of International Integration*, Routledge, 4th ed., London,1998, 350 p.

SCHIFF Maurice et WINTERS L. Alan, Regional integration and development, Washington, DC : World Bank ; [s.l.] : Oxford University Press, 2003, 321 p.

STOLL Peter-Tobias, SCHORKOPF Frank, WTO: World Economic Order, World Trade Law, Leiden/ Boston, M. Nijhoff, 2006, 291 p.

VILLALPANDO Santiago, ABI-SAAB Georges, L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États, Genève : Graduate Institute Publications, 2014 ; VILLALPANDO Santiago, L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats, Paris : Presses universitaires de France, 2005, 528 p.

VINCENT Philippe, Institutions économiques internationales, Bruxelles : Larcier, DL 2009, 347 p.

Ouvrages spécialisés

BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), Acteurs non étatiques et droit international [Texte imprimé] / VIIe Rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 6, 7 et 8 avril 2006 , Paris, A. PEDONE, 2007, 398 p.

CREPET-DAIGREMONT Claire, La clause de la nation la plus favorisée, Paris, Pedone, 2015, 506 p.

DELIMATSIS Panagiotis, "International Trade in Services and Domestic Regulations - Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity", Oxford ; New York : Oxford University Press, 2007, 375 p.

DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Paris, A.Pedone, 2014, 431 p.

DIEBOLD Nicolas F., "Non-discrimination in international trade in services : "likeness" in WTO/GATS" , Cambridge University press, 2010, 390 p.

DIMSEY Mariel, "The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Practical Solutions", in Schwenzer (ed.), International Commerce and Arbitration (vol. I), Eleven International Publishing, 2008, 251 p.

DOLZER Rudolf et SCHREUER Christoph, "Principles of international investment law", Oxford ; New York : Oxford University Press, first edition, 2008, 433 p.

DOLZER Rudolf et STEVENS Margrete, Bilateral investment treaties, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1995, 330 p.

DUNNING John H. et NARULA Rajneesh, Foreign direct investment and governments : catalysts for economic restructuring, London ; New York : Routledge, 1996, 455 p.

FOURET Julien et KHAYAT Dany, Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007), Bruxelles : Bruylant, 2009, 710 p.

GAILLARD Emmanuel, La jurisprudence du CIRDI , Paris : A. Pedone, 2004, 1105 p.

GAILLARD Emmanuel, La jurisprudence du CIRDI. Volume II, 2004-2008, Paris : A. Pedone, 2010, 750 p.

HAMANN Andrea, « Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de L'O.M.C.», Leiden ; Boston, Brill : Nijhoff, 2014 , 840 p.

KRAJEWSKI Markus, National regulation and trade liberalization in services: the legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on national regulatory autonomy, The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2003, 245 p.

MANCIAUX Sébastien, « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI », Paris : Litec, 2004,727 p.

MATSUSHITA Mitsuo, SCHOENBAUM Thomas J., MAVROIDIS Petros C., and HAHN Michael, The World Trade Organization Law, Practice, and Policy, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2006, 989 p.

MUNIN Nellie, Legal Guide to GATS, Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, 2010, 494 p.

PREISWERK Roy, La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, Thèse : Université de Genève, Faculté de droit., Zürich : Éditions Polygraphiques, 1963, 242 p.

REED Lucy, PAULSSON Jan, BLACKABY Nigel, "Guide to ICSID Arbitration", The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2004, 224 p.

SABAHI Borzu, Compensation and restitution in investor-state arbitration: principles and practice, Oxford ; New York : Oxford university press, 2011, 256 p.

SCHILL Stephan W., The Multilateralization of International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 451 p.

SHADIKHODJAEV Sherzod, Retaliation in the WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law International, 2009, 292 p.

SHAFFER Gregory, Defending Interests : Public-Private Partnerships in WTO Litigation, Washington, D.C. : Brookings Institution press, 2003, 227 p.

SORNARAJAH Muthucumaraswamy, The international law of foreign investment, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, 430 p.

SORNARAJAH Muthucumaraswamy, The International Law on Foreign Investment, Cambridge : Cambridge University Press, second edition 2004, 525 p.

SORNARAJAH Muthucumaraswamy, The International Law on Foreign Investment, Cambridge ; New York ; Melbourne : Cambridge University Press, 3rd Edition 2010, 524 p.

TUDOR Ioana, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment .Oxford : Oxford University Press , 2008, 315 p.

VAN DEN BOSSCHE Peter, ZDOUC Werner, The law and policy of the World Trade Organization : text, cases, and materials, 3rd edition, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2013, 1045 p.

Thèses

ABDEL MONEIM Yasmine, *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, sous la dir. de Jacques Raynard, Univ. Montpellier I, 19 décembre 2008, 536p.

BAE Jaeng Saeng, *Le règlement des différends dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce*, sous la dir. de Pierre Eckly, Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 1999, 418 p.

FORINA Christine, *Les compétences de l'Organisation mondiale du commerce en matière d'investissements internationaux*, sous la dir. de Olivier Audeoud, Université Panthéon-Sorbonne ; Paris, 2003, 418 p.

KIEFFER Bob, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, sous la dir. de Yves Petit, Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 13 juillet 2006, 780p.

MENETREY Séverine, *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, sous la dir. de Catherine Kessedjian, Sylvette Guillemard, Univ. Panthéon- Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, 536p.

TELLES Olivia Raposo da Silva, *La règle du traitement national comme mécanisme d'ouverture des marchés en droit des investissements internationaux* , sous la dir. de Dominique Carreau, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), 2001, 401 p.

Mémoires

EL-HOSSENY Farouk, *L'accès de la société civile à la justice internationale économique*, sous la direction de Emmanuel Sibidi Darankoum, Université de Montréal, décembre 2009, 175.p.

SCHONARD Pascal, *La protection internationale des investissements étrangers : quel impact sur les politiques publiques des États d'accueil*, Promotion Romain Gary 2003-2005, Ecole Nationale d'Administration, Mémoire sous la direction de THOUVENIN, J.-M., 2005.

Dictionnaires et répertoires

CARREAU Dominique, « Investissements », *Rép. internat. Dalloz*, Dalloz, Paris, 1998.

CARREAU Dominique, « Investissement », répertoire de droit international Dalloz, août 2008.

CARREAU Dominique, « Services », *Rép. internat. Dalloz*, Dalloz, Paris, 1998.

CARREAU Dominique, « Commerce International Multilatéral (Droit matériel commun) », *Rép. internat. Dalloz*, Dalloz, Paris, 1998.

CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, « Négociations Commerciales Multilatérales (Cycle de l'Uruguay) », *Rép. internat. Dalloz*, Dalloz, Paris, 1998.

KISS Alexandre Charles, Répertoire de la pratique française en matière de droit international public. Tome IV , Paris : Éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1962, 477 p.

LEBEN Charles, « Arbitrage (CIRDI) », Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 2010, (214-526) Consultable sur la base Dalloz.fr .

SALMON Jean (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant/ AUF, 2001, 1198 p.

Mélanges, Actes de Colloque et Ouvrages collectifs

ALEXANDER Kern and ANDENAS Mads (eds.), The World Trade Organization and trade in services, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, 1006 p.

BEN ACHOUR Rafâa et LAGHMANI Slim (dir.), Acteurs non étatiques et droit international [Texte imprimé] / VIIe Rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 6, 7 et 8 avril 2006 , Paris, A. PEDONE, 2007, 398 p.

BOURGEOIS Jaques H.J., BERROD Frédérique and GIPPINI FOURNIER Eric (eds.); College of Europe, Bruges [ed.], The Uruguay Round Results: a European lawyers' perspective, Brussels : European interuniversity press, 1995, 541 p.

Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux de la Faculté de droit et des sciences économiques de Dijon, « Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées : la convention BIRD du 18 mars [1965] », Paris : A. Pedone, 1969, 194 p.

DRABEK Zdenek, MAVROIDIS Petros C. (eds.), Regulation of foreign investment : challenges to international harmonization, New Jersey : World Scientific, 2013, 491 p.

ECHANDI Roberto, SAUVÉ Pierre (eds.), Prospects in international investment law and policy : World Trade Forum , Cambridge : Cambridge University Press, 2013, 474 p.

HORCHANI Ferhat (dir.), Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du Colloque organisé à Tunis le 3-4 Mars 2006, Paris, A-Pedone, 338 p.

LEBEN Charles (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris : Pedone, 2015, 1141 p.

ORTINO Federico and PETERSMANN Ernst-Ulrich (eds.), The WTO dispute settlement system 1995-2003, The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2004, 607 p.

ROBERT-CUENDET Sabrina (dir.), Droit des investissements internationaux : perspectives croisées, Bruxelles, Bruylant, 2017, 672 p.

SAUVÉ Pierre, STERN Robert M. (eds.), "GATS 2000: new directions in services trade liberalization", Center for business and governement, Harvard University ; Washington, D.C. : Brookings Institution Press, 2000, 544 p.

SCHREUER Christoph H., « Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork Sin the Road», Journal of World Investment and Trade, Vol. 5: 2, 2004, pp. 231-256.

SCHREUER Christoph H., MALINTOPPI Loretta, REINISCH Aufust, SINCLAIR Anthony (eds.),The ICSID Convention : a commentary : a commentary on the Convention on the

Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, second edition, 2009, 1524 p.

WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, FEINÄUGLE Clemens ; Max Planck Institute for comparative public law and international law (eds.), WTO - trade in services , Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, 784 p.

WOLFRUM Rüdiger, STOLL Peter-Tobias, KAISER Karen ; Max Planck Institute for comparative public law and international law (eds.), WTO: institutions and dispute settlement, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2006, 671 p.

YERXA Rufus, WILSON Bruce (eds.), Key issues in WTO dispute settlement : the first ten years, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, 289 p.

Articles et Contributions à des ouvrages collectifs

ACCONCI Pia, Determining the Internationally Relevant Link between a State and a Corporate Investor: Recent Trends concerning the Application of the "Genuine Link" Test, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 5, No. 1, 2004, pp 139-175.

ACHTOUK-SPIVAK Laurie, « Les voies de recours contre les sentences en matière d'investissement », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 885-940.

ACHTOUK-SPIVAK Laurie et BEN MANSOUR Affef, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement », in Charles Leben (dir.), Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 999-1023.

ADEDE Andronico O., A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law, Canadian Yearbook of International Law, Volume 14 January 1977, pp. 73-95.

ADLUNG Rudolf, MOLINUEVO Martín, "Bilateralism in Services Trade: Is There Fire Behind the (Bit-)Smoke?", Journal of International Economic Law, vol. 11, n° 2, 2008, pp. 365-409.

ADLUNG Rudolf , CARZANIGA Antonia, "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?", Journal of International Economic Law Vol. 12, n° 2, 2009, pp. 357-392.

ADLUNG Rudolf, ROY Martin, "Turning hills into mountains?Current commitments under the GATS and prospects for change", *WTO Staff Working Paper ERSD (*2005).

ALA'I Padideh, "From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance", Journal of International Economic Law, vol. 11, n° 4, 2008, pp. 779–802.

ALEXANDROFF Alan S., LAIRD Ian A., "Compliance and enforcement", in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 1171–1187.

ALEXANDROV Stanimir, "Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention", Tansnational Dispute Management, 1, 2009.

ALLEN Brooks E., "The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners", in Michael E. Schneider and Joachim Knoll (eds.), Performance as a Remedy : Non-monetary Relief in International Arbitration, New York, NY : Juris, 2011, (pp. 281-310).

ASANTE Samuel K.B., " International law and investment ", in M. Bedjaoui (dir), International Law: achievements and prospects, Uneco Paris, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 667-689.

AUDIT Bernard, « l'arbitrage transnational et les contrats d'Etat : bilan et perspectives », in L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat, Académie de droit international de La Haye, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht ; Boston ; Lancaster : M. Nijhoff, 1988, 129 p.

BACHAND Rémi , « La nouvelle donne en matière d'accords sur l'investissement pour les Etats-Unis : Entre les voeux et la réalité », La Chronique Des Amériques n°11, mars 2004, 6 p.

BALDWIN Edward, KANTOR Mark, NOLAN Michael, "Limits to Enforcement of ICSID Awards", Journal of International Arbitration, Vol. 23, No. 1, 2006, pp. 1–24.

BARTHE-GAY Clarisse, Réflexions sur la satisfaction en droit international, in: Annuaire français de droit international, volume 49, 2003, pp. 105-128.

BEN HAMIDA Walid, « Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?», in Journal du droit international, 2007, pp. 1127-1162.

BISMUTH Régis, La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements, in Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 87-116.

BLIN Olivier, Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce, Journal du droit international (Clunet), n° 2, 2008, pp. 441-466.

BORCHARD Edwin, " The 'Minimum standard' of the treatment of aliens ", Michigan Law Review, vol. 38, n° 4, 1940, pp. 445-461.

BRONCKERS Marco, "Private appeals to WTO Law: An update", Journal of World Trade, vol. 42, n° 2, 2008, pp. 245-260.

BURDA Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC: vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », Revue québécoise de droit international, vol. 18, n°2, 2005, pp. 1-37.

CATBAGAN Aaron, "Rights of Action for Private Non-State Actors in the WTO Dispute Settlement System", Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 37, no. 2, 2009, pp. 279-302.

CAZALA Julien, « Les standards indirects de traitement : Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et arbitrage transnational, Pedone, Paris, 2015, pp. 265-286.

CAZALA Julien, « Traitement juste et équitable (transparence - protection des attentes légitimes) », Gazette du Palais - Les Cahiers de l'arbitrage, 2007, n° 348-349, pp. 44-48.

CAZALA Julien, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », Revue internationale de droit économique, 2009/1, (t. XXIII, 1), pp. 5-32.

CHARNOVITZ Steve, The WTO and the rights of the individual, Intereconomics: Review of European Economic Policy, 2001, vol. 36, issue 2, pp. 98-108.

CHO Sungjoon, The Nature of Remedies in International Trade Law. University of Pittsburgh Law Review, Vol. 65, No. 4, 2004, pp. 763-809.

CHOUDHURY Barnali, " Evolution or Devolution?- Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", The Journal of World Investment & Trade, Vol.6, No.2, 2005, pp. 297 – 320.

COMBACAU Jean et SUR Serge , « Droit international public », 4e éd., Paris, Montchrestien, 1999, 801 p.

CORDERO-MOSS Giuditta, 'Full Protection and Security' in A. Reinisch (ed.), Standards of Investment Protection, Oxford University Press, 2008, pp. 131–150.

COSSY Mireille, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?",*WTO Staff Working Paper* No. ERSD-2006-08, September 2006.

COTE Charles-Emmanuel , « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in Olivier BLIN (dir.), Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), collection FEDUCI, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 33-68.

COTTIER Thomas, NADAKAVUKAREN SCHEFER Krista, Non-Violation Complaints in GATT/WTO Dispute Settlement: Past, Present, and Future, in: Ernst – Ulrich Petersmann, (ed.), International Trade Law and the GATT-WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law Publishers, 1997, pp.145-183.

COTTIER Thomas, N. SCHEFER Krista, "Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO", in Marco Bronkers & Reinhard Quick (eds), New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson - The Hague [u.a.] : Kluwer Law International, 2000, pp. 47-68.

CREPET DAIGREMONT Claire, « Consentement à l'arbitrage et clause de la nation la plus favorisée », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 727-757.

CREPET DAIGREMONT Claire, «Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international», in Ch., LEBEN (dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements, LGDJ, Paris, 2006, pp. 107-162.

DELANOY Louis Christophe et PORTWOOD Tim, « La Responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement », Revue de l'Arbitrage,2005, N° 3, pp. 603-643.

DELAUME Georges-René, « La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autre Etat », JDI, 1966, pp. 26-49.

DELAUME Georges-René, "ICSID Arbitration", in Julian Lew (ed.), "Contemporary Problems in International Arbitration", Dordrecht ; Boston : M. Nijhoff, 1987, pp. 23-39.

DELAUME Georges-René, "ICSID Arbitration and the Courts", The American Journal of International Law, Vol. 77, No. 4, Oct., 1983, pp. 784-803.

DELIMATSIS Panagiotis, "Due Process and 'Good' Regulation Embedded in the GATS - Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS" , Journal of International Economic Law, vol. 10, n° 1, 2007, pp. 13-50.

DELIMATSIS Panagiotis, "Don't Gamble with GATS—The Interaction between Articles VI, XVI, XVII and XVIII GATS in the Light of the US—Gambling Case", Journal of World Trade, vol. 40, n° 6, 2006, pp. 1059–1080.

DELIMATSIS Panagiotis, Article III GATS: Transparency, in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle (eds.), Max Planck Commentaries on World Trad Law, vol. 6: WTO - Trade in Services, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 92-107.

DELIMATSIS Panagiotis, MOLINUEVO Martin, "Article XVI GATS: Market Acces"', In: Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle ; Max Planck Institute for comparative public law and international law (eds.), WTO - trade in services , Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, pp. 367-426.

DE MEESTER Bart, COPPENS Dominic, "Mode 3 of the GATS: A Model for Disciplining Measures Affecting Investment Flows?," World Scientific Book Chapters, in Zdenek Drabek, Petros Mavroidis, "Regulation of Foreign Investment: Challenges to International Harmonization", World Scientific, 2013, chapter 4, pp. 99-151.

DE NANTEUIL Arnaud, « Droit de l'investissement et droit de l'OMC », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 581-611.

DERAINS Bertrand, HAUTOT Isabelle, VAN LEUWEEN Mélanie, « L'exécution des sentences arbitrales », in Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement? Journée d'études Conventions du 27 mars 2013, Dossier d'orientation, pp. 39-48.

DE SALVIA Michele, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), décembre 2001, 9 p.

DESIERTO Diane A., "Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions", Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference SIEL, Working Paper No. 2012/47, 67 p.

DIMASCIO Nicholas, PAUWELYN Joost, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" , American Journal of International Law, 2008, vol. 102, n° 1, pp. 48-89.

DOLZER Rudolf, VON WALTER André, "Fair and Equitable Treatment-Lines of Jurisprudence on Customary Law", in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 99-117.

DURLING James, HARDIN David, "Amicus curiae participation in the WTO dispute settlement: Reflections on the past decade", in Rufus Yerxa and Bruce Wilson (eds.), Key issues in WTO dispute settlement : the first ten years, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, pp. 221-231.

EHRING Lothar, The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations, in Chad P. Bown et Joost Pauwelyn (eds.), The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, Cambridge University Press, 2010, pp. 244-266.

EHRING Lothar, "De Facto Discrimination in World Trade Law National and Most-Favoured-Nation Treatment—or Equal Treatment?", Journal of World Trade, (2002), vol. 36, n° 5, pp. 921–977.

ENDICOTT Martin, " Remedies in Investor-State Arbitration : Restitution, Specific Performanceand Declaratory Awards", in Ph. KAHN/Th. WÄLDE (dir), Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 517-552.

FADLALLAH Ibrahim, « La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI? », in *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution : liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris : International Chamber of Commerce (ICC), 2005, pp. 259 -267.

FINK Carsten, MOLINUEVO Martín, "East Asian Free Trade Agreements in Services: Roaring Tigers or Timid Pandas ?", in Trade Issues in East Asia: Liberalization of Trade in Services (East Asia and Pacific Region Poverty Reduction and Economic Management), 2007, 95 p.

FINK Carsten, MOLINUEVO Martín, "East Asian preferential trade agreements in services: liberalisation content and wto rules", World Trade Review, vol.7, n°4, 2008, pp. 641–673.

FONTOURA COSTA José Augusto, Comparing WTO Panelists and ICSID Arbitrators: the Creation of International Legal Fields, Oñati Socio-Legal Series, 2011, Volume 1, n. 4,pp. 1-25.

FORTEAU Mathias, « Nationalité des investisseurs personnes physiques et nationalité des investisseurs personnes morales, actionnaires (minoritaires) », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 161-199.

FOSTER George K., "Collecting from Sovereigns: The Current Legal framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and their Instrumentalities, and Some Proposals For Its Reform", Arizona Journal of International and Comparative Law , Vol. 25, No. 3, 2008, pp. 665–731.

FRAPPIER Mathilde, « l'expropriation indirecte en droit international des investissements », Le petit Juriste, n° 16, Janvier 2011, pp.1-39.

FRANCISCO REZEK José, Le droit international de la nationalité, R.C.A.D.I., 1986, vol. III, tome 198, pp. 333-400.

GAILLARD Emmanuel, « Reconnaitre ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence CIRDI », in Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle, En hommage aux Professeurs Dominigue Carreau et Patrick Juillard, Paris, Pedone, 2009, pp. 17-32.

GAILLARD Emmanuel, Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause, New York Law Journal, Volume 233, No. 105, JUNE 2, 2005.

GAILLARD Emmanuel, L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements, in Revue de l'arbitrage, Paris, N° 3, juillet-septembre 2003, pp. 853-875.

GANESAN A.V., "Developing Countries and a Possible Multilateral Framework on Investment: Strategic Options ", Transnational Corporations, vol.7: n°2, 1997, pp.1-38.

GARCIA-AMADOR F. V., « La responsabilité de l'Etat », in Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, DOCUMENT A/CN.4/96, pp. 176-231.

GHERARI Habib , Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international : l'exemple des investisseurs étrangers, in Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani (dir.), Acteurs non étatiques et droit international. Colloque des 6,. 7 et 8 avril 2006, Pedone, Paris, 2007, pp. 315-346.

GOH Gavin, ZIEGLER Andreas R., "Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather", Journal of International Economic Law Vol. 6, n° 3, 2003, pp. 545-564.

GRANÉ Patricio, "Remedies Under WTO Law", Journal of International Economic Law Vol. 4, n° 4, pp. 755-772.

HILPOLD Peter, "Regional Integration Agreements According to Art. XXIV GATT – Between Law and Politics", Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 7, 2003, pp. 219-260.

HOBÉR Kaj, "remedies in investment disputes", in Andrea Bjorklund , Ian A. Laird and Sergey Ripinsky (eds), Investment Treaty Law: Current Issues III: Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law, The British Institute of International and Comparative Law, 2009, p. 3-14.

HOEKMAN Bernard, "Towards a More Balanced and Comprehensive Services Agreement", Preparing for the Seattle Ministerial, Institute for International Economics, Washington DC, October 26, 1999, 24 p.

HOEKMAN Bernard, SAUVÉ Pierre, "Liberalizinlg Trade in Services ", World Bank discussion papers ; no. WDP 243. Washington, D.C. : The World Bank, 100 p.

HOUDE Marie-France et YANNACA-SMALL Katia, « Relations entre les accords internationaux sur l'investissement », Document de travail sur l'investissement international, n° 2004/1, Publications OCDE, mai 2004, pp. 1-26.

HOUDE Marie-France, KOLSE-PATIL Akshay et MIROUDOT Sébastien, « Les interactions entre le chapitre sur l'investissement et le chapitre sur les services dans une sélection d'Accords Commerciaux Régionaux », document de travail de l'OCDE sur la politique des échanges n° 55, 2007, COM/DAF/INV/TD(2006)40/FINAL, 92 p.

HOWSE Robert, TUERK Elisabeth, "The WTO Impact on Internal Regulations: A Case Study of the Canada–EC Asbestos Dispute", in Gráinne de Búrca and Joanne Scott (eds.), The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues, Oxford ; Portland (Or.) : Hart Publ., 2001, pp. 283-328.

HUGLO Jean-Guy, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), décembre 2001, 15 p.

IIDA Keiya and NIELSON Julia, Transparency in Domestic Regulation: Practices and Possibilities, in Aaditya Mattoo and Pierre Sauvé (eds), "Domestic Regulation and Service Trade Liberalization", Washington, DC: World Bank 2003, pp. 7-26.

JARREAU J. Steven, "Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services: The Lawyer's Perspective", North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 25, n° 1, 1999, pp. 1-74.

JOHNSON Jon R., "Essential Disciplines of the National Treatment Obligation under NAFTA Chapter Eleven", 2 déc. 2001, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/treatment-e.pdf

JUILLARD Patrick, « L'évolution des sources du droit des investissements », R.C.A.D.I. 1994, t. 250, vol. VI, p. 9-215.

JUILLARD Patrick, « A propos du décès de l'A.M.I. », Annuaire français de droit international, vol 44, 1998, pp. 595-612.

JUILLARD Patrick, « Le "suivi" des instruments O.C.D.E. du 21 juin 1976 (Déclaration et Décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) », in RUIZ FABRI, H. et al. (dir.), L'effectivité des organisations internationales, Mécanismes de suivi et de contrôle, Société hellénique pour le droit international et les relations internationales, Société française pour le droit international, Journées franco-helléniques, 7-8 mai 1999, Ant. N. Sakkoulas / Pedone, Athènes / Paris, 2000, (338 p.) pp. 181-197.

JUILLARD Patrick, Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004. pp. 669-682.

KANTOR Mark, "The Limitations of Arbitration", The Journal of Structured Finance, Vol. 8, No. 3, 2002, pp. 42-51.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité - entre intérêts privés et intérêt public. In: Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international, 2004, n° 32, p. 9-15.

KHALIL Mohamed I.,, "Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties", International Centre for the Settlement of Investment Disputes Review; Foreign Investment Law Journal vol. 7, n°2, 1992, pp 339- 427.

KLÄGER Roland, "Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law, Cambridge ; New York :Cambridge University Press, 2011, 361 p.

KLINE John M. and LUDEMA Rodney D., "Building a multilateral framework for investment : comparing the development of trade and investment accords", Transnational corporations.- New York, NY : United Nations Vol 6, No. 3, December 1997, pp. 1-31.

KOTERA Akira, "Regulatory Transparency", ", in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and. Christoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 617-636.

KOVAR Robert, La compétence du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, colloque SFDI de Dijon, 1968, Centre de Recherche sur le Droit des Marches et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Dijon , Paris, Pedone,1969.

KOZAWA Sumio, "Depoliticization of International Dispute Settlement: A Comparison of the Dispute Settlement Provisions of the WTO and the Energy Charter Treaty", Journal of World Investment, vol. 3, no. 5, 2002, pp. 793 - 829.

KRAJEWSKI Markus, "Article VI GATS: Domestic Regulation ", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO - trade in services, Max Planck Institute for comparative public law and international law, vol. 6, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, pp. 165-196.

KRAJEWSKI Markus, ENGELKE Maika, "Article XVII GATS : National Treatment", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO –trade in services, Max Planck Institute for comparative public law and international law, vol. 6, Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2008, pp. 396-420.

KRIEBAUM Ursula, “ Partial expropriation”, The Journal of World Investment and Trade, vol. 8, no. 1, 2007, pp. 69–84.

KURTZ Jürgen, The Use and Abuse of WTO Law in Investor–State Arbitration: Competition and its Discontents European Journal of International Law, Volume 20, Issue 3, 1 August 2009, pp. 749–771.

KUYPER Pieter Jan, Remedies and Retaliation in the WTO: Are They Likely to Be Effective? The State Perspective and the Company Perspective, American Society of International Law Proceedings ,Vol. 91, 1997, pp. 282-288.

LABIDI Hind, « Où va la clause de la Nation la plus favorisée en droit international des investissements », in Ferhat Horchani (dir.), Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Paris, Pedone, 2006, pp. 31-44.

LATTY Franck, « Arbitrage transnational et droit international général », chronique in Annuaire français de droit international, 2008, pp. 467-512.

LATTY Franck , Arbitrage transnational et droit international général , Annuaire français de droit international, vol. 55, 2009. pp. 683-726.

LATTY Franck, JACOB Patrick, Arbitrage transnational et droit international général, Annuaire français de droit international, Vol. 57, n° 1, 2011, pp. 533-595.

LEBEN Charles, « L'évolution du droit international des investissements », S.F.D.I, journée d'études ; Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociations à l'autre, Paris, Pedone, 1999, pp. 7- 28.

LEE Sun Hyeong, JUNG Youngjin, "The Legacy of the Byrd Amendment Controversies—Rethinking the Principle of Good Faith", in Journal of World Trade, vol. 37, n° 5, 2003, pp. 921–958.

LESHER Molly, MIROUDOT Sébastien, “Analysis of the Economic Impact of Investment Provisions in Regional Trade Agreements.” OECD Trade Policy Papers, No. 36, OECD Publishing, Paris, 2006.

LOW Patrick and MATTOO Aaditya, "Is There a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization Underthe GATS", in Pierre Sauv , Robert M. Stem (éds) , GATS 2000 : New Directions in Services Trade Liberalization, Washington, D.C.:Brookings Institution Press et Center For Business AND Gouvernement Harvard University, 2010, pp. 449-472.

MALINTOPPI Loretta, « Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI», in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 641-679.

MARCEAU Gabrielle, Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme, in European Journal of International Law, vol. 13, n°14 , septembre, pp. 753-814.

MARCEAU Gabrielle; STILWELL Matthew, "Practical Suggestions for Amicus. Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies", Journal of International Economic Law, Vol. 4, Issue 1, 2001, pp. 155–187.

MATTOO Aaditya, "National treatment in the GATS: Corner stone or Pandora's Box", WTO Staff Working Papers TISD-96-02, World Trade Organization (WTO), Economic Research and Statistics Division, Geneva, 1997, 35 p. / Journal of World Trade, Vol. 31, No. 1, 1997, pp. 107–135.

MATTOO Aaditya, "MFN and GATS", in Thomas Cottier and Petros C. Mavroidis (eds), Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law, Ann Arbor: The Univirsity of Michigan Press, 2000, pp. 51-99.

MAVROIDIS Petros C., "Remedies in the WTO Legal System: between a Rock and a Hard Place", European Journal of International Law, vol.11, n°4, 2000, pp. 763–813.

MAVROIDIS Petros C., « All clear on the investment front : a plea for a restatement », in J.E. ALVAREZ et K.P. SAUVANT (eds), The Evolving Investment Regime : Expectations, Realities, Options, New York; Oxford : Oxford University Press, 2011, pp. 96 et s.

MAVROIDIS Petros C., "Regulation of Investment in the Trade Régime: From ITO to WTO," World Scientific Book Chapters, in Zdenek Drabek, Petros Mavroidis, "Regulation of Foreign Investment: Challenges to International Harmonization", World Scientific, 2013, chapter 2, pp. 13-55.

MAYER Pierre et SILVA Ana Carolina Simões e, Le consentement à l'arbitrage », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 681-726.

MITCHELL Andrew D., "Good Faith in WTO Dispute Settlement", Melbourne Journal of International Law, vol. 7, n°2, 2006, pp. 339–371.

MITCHELL Andrew D., VOON Tania, "Reasonableness, Impartiality and. Objectivity", in Aik Hoe Lim and Bart De Meester (eds), WTO Domestic Regulation and. Services Trade: Putting Principles into Practice, New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 65-78.

MOLTKE Konrad von, An International Investment Regime: Issues of Sustainability, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg 2000, 76 p.

MOLTKE Konrad von, "Discrimination and Non-Discrimination in Foreign Direct Investment Mining Issues", OECD global forum on international investment, Conference on Foreign Direct Investment and the Environment: Lessons to be Learned from the Mining Sector, 7 - 8 February 2002, 25 p.

MORRISON Peter, "Comment", in Pierre Sauvé and Robert M Stern (eds), GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Brookings Institutuion, Washington, D.C., 2000, pp. 322-330.

NELSON Timothy G., " Passport, S'il Vous Plaît?: Investment Treaty Protection and the Individual Investor's Citizenship", Suffolk Transnational Law Review, Vol. 32, n° 2, 2009, pp. 451-474.

NIKIEMA Suzy H. , "Bonnes Pratiques :Définition de l'investisseur", 'Institut international du développement durable, mars 2012, 20 p.

NOL′DE Boris Èmmanuilovič, « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation» [Texte imprimé] : rapport / présenté par M. le Baron B. Nolde ; [publié par l']Institut **de** droit international, 1934, Quinzième commission, Annuaire de l'Institut de Droit international, 1934, pp. 414-472.

Nouvel Yves, « les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière, », in ch. leben (dir.), droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 287-344.

ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in Mathieu Arès et Éric Boulanger (dir.), L'investissement et la nouvelle économie : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp.115-149.

ORLU NMEHIELLE Vincent O., "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)," Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 7: Iss. 1, Article 4, 2001, pp. 21-47.

ORTINO Federico, The principle of non-discrimination and its exceptions in GATS: Selected legal issues, in Kern Alexander and Mads Andenas (eds.), The World Trade Organization and trade in services, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, pp. 173-206.

ORTINO Federico, "Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US Gambling: A Critique". Journal of International Economic Law. 2006 Mar; vol. 9, n° 1, pp. 117–148.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « Le "jeu" de l'interprétation en droit – Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in Archives de philosophie du droit, t. 27, 1982, pp. 395-409.

PANIZZON Marion, "Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law", in Julian Chaisse and Tiziano Balmelli (eds.), Essays on the Future of the World Trade Organization, Volume II, The WTO Judicial System: Contributions and Challenges, Lausanne: Éditions Interuniversitaires Suisses, 2008, pp. 1-54.

PARADELL Lluis, 'The BIT Experience of the Fair and Equitable Treatment Standard', in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 117-146.

PARRA Antonio R., The scope of new investment laws and international instruments, Transnational Corporations, vol. 4, no. 3, December 1995, pp. 27-48.

PAUWELYN Joost H. B., Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach, The American Journal of International. Law Vol. 94, 2000, pp. 335-347.

PAUWELYN Joost H. B., The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators are from Venus, The American Journal of International Law Vol. 109, No. 4 (October 2015), pp. 761-805.

PETERSMANN Ernst-Ulrich, "Violation and Non Violation Complaints in Public International Trade Law", German Yearbook of International Law, vol. 34, 1991, pp. 175-214.

POULAIN Bruno, « L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger » , in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 967-997.

PUIG Sergio, "The Merging of International Trade and Investment Law", Berkeley Journal of International Law, Volume 33, Issue 1, 2015, pp. 1-59.

QIN Julia Ya, Defining Nondiscrimination Under the Law of the World Trade Organization.Boston University International Law Journal, Vol. 23, No. 2, 2005, pp. 215-297.

RAUX Mathieu, Les conséquences de la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil de l'investissement, », in Charles Leben (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Paris, Pedone, 2015, pp. 463-499.

ROY Martin, "Implications for the GATS of Negotiations on a Multilateral Investment Framework; Potential Synergies and Pitfalls", Journal of World Investment, vol. 4, n° 6, 2003, pp. 963-986.

ROY Martin, MARCHETTI Juan, LIM Hoe, "Services liberalization in the new generation of preferential trade agreements (PTAs): how much further than the GATS?", World Trade Review, vol. 6: n°2, 2007, pp.155-192.

SABAHI Borzu, "The Calculation of Damages in International Investment Law ", in Ph. KAHN/Th. WÄLDE (dir), Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 553-595.

SACERDOTI Giorgio, "Private foreign investments in the present international economic system: financial flows, economic function and legal regulation", in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, 1997, t. 269, pp. 251-460.

SAUVÉ Pierre, "Qs and As on trade, investment and the WTO", Journal of World Trade, Vol. 31, No. 4, 1997, pp. 55-79.

SAUVÉ Pierre, WILKIE Ann C. , " Investment liberalisation in GATS ", in Pierre Sauvé et Robert M. Stern (eds.), "GATS 2000: new directions in services trade liberalization", Center for

business and governement, Harvard University; Washington, D.C. : Brookings Institution Press, 2000, pp. 331-363.

SCHEIBACH Ralf, Foreign Direct Investment, in Jaques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod and Eric Gippini Fournier (eds.); College of Europe, Bruges [ed.], The Uruguay Round Results: a European lawyers' perspective, Brussels : European interuniversity press, 1995, pp. 445-470.

SCHILL Stephan W., "Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law", Institute for International Law and Justice, IILJ Working Paper 2006/6, 39 p.

SCHREUER Christoph, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", Arbitration International, vol. 20, n°4, 2004, pp. 325-332.

SCHREUER Christoph, "Consent to Arbitration", in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, pp. 830-867.

SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable Treatment - Introduction", in Federico Ortino, Lahra Liberti, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds), Investment treaty law : current issues. II, Nationality and investment treaty claims, fair and equitable treatment in investment treaty law, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 92-96.

SCHREUER Christoph, "Fair and Equitable treatment in Arbitral Practice", The Journal of World Investment & Trade, vol. 6, n° 3, 2005, pp. 357-386.

SCHREUER Christoph, "Full Protection and Security", Journal of International Dispute Settlement, vol. 1, n° 2, 2010, pp. 353–369.

SHAFFER Gregory, "What's new in EU trade dispute settlement? Judicialization, public–private networks and the WTO legal order", Journal of European Public Policy, Vol. 13, No. 6, 2006, pp. 832-850.

SHENKMAN Ethan G., "Investor-State Arbitration: An Increasingly Powerful Tool for Resolving Disputes With Sovereigns", The International Comparative Legal Guide to International Arbitration, Global Legal Group Ltd, London 2006, 5 p.

SIMMA Bruno, "Self-Contained Regimes", Netherlands Yearbook of International Law (The Hague), vol. XVI, 1985, pp. 111-136.

STEINMANN Arthur, “Article 21 DSU “, in Rüdiger Wolfrum,Peter-Tobias Stoll,Karen Kaiser (eds.), WTO - Institutions and Dispute Settlement, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2006, pp. 495-522.

STEGER Debra P., Amicus Curiae: Participant or Friend? The WTO and NAFTA Experience, in Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, Yves Mény (eds.), European integration and international co-ordination : studies in transnational economic law in honour of Claus-Dieter Ehlermann, The Hague ; London ; New York : Kluwer law international, 2002, pp. 419-450.

STEGER Debra P., “ International trade and investment : towards a common regime ? “, in R. ECHANDI et P. SAUVÉ (eds), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 156-165.

STEPHENSON Sherry M., Approaches to liberalizing services, étude présentée à la Banque mondiale, No. 2107, Washington DC, 1999, 93 p.

STEPHENSON Sherry M., GATS and Regional Integration, in: P. Sauvé & R. M. Stern (eds), GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization, Bookings Institution Press, Washington, 2000, pp. 509–530.

STOLL Peter-Tobias, " Article 22 DSU", in Rüdiger Wolfrum,Peter-Tobias Stoll,Karen Kaiser (eds.), WTO: Institutions and Dispute Settlement, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2006, pp. 523-556.

SUNDBERG Drew, VERMULST Edwin, 'The EC Trade Barriers Regulation—An Obstacle to Trade?' , Journal of World Trade , 2001 : Vol. 35, Issue 5, pp. 989–1013.

THIERRY Hubet, « L’évolution du droit international – Cours général de droit international public », R.C.A.D.I., vol. III, t. 222,1990, pp. 9-186.

THOMPSON Rachel, IIDA Keiya, “ Strengthening Regulatory transparency: Insights for the GATS from the Regulatory Reform Country Reviews”, in OECD (ed),Trade in Services: Negotiating Issues and Approaches, Paris: OECD (2001), pp. 93-114.

TIETJE Christian, « Perspectives on the interaction between international trade and investment regulation», in R. ECHANDI et P. SAUVÉ (eds.), Prospects in International Investment Law and Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 166-172.

TRACHTMAN Joel P., Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation, in Aaditya Mattoo and Pierre Sauvé (eds.), Domestic Regulation & Service Trade Liberalization, The World Bank and Oxford University Press, 2003, pp. 57-82.

VALLES Cherise M. et MCGIVERN Brendan P., The right to retaliate under the WTO agreement : the "sequencing" problem, Journal of world trade, Vol. 34, n°2, 2000, pp. 63-84.

VANDEVELDE Kenneth J., 'The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", Cornell International Law Journal. Vol. 21, n°2, 1988, pp. 201-276.

VANDEVELDE Kenneth J., U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave, Michigan Journal of International Law, vol. 14, n° 4, 1993, pp. 621-704.

VANDEVELDE Kenneth J., A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment, New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 43, No. 1, 2010, pp. 43-106.

VASCIANNIE Stephen, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", in Crawford, J. and V. Lowe (eds), *British Year Book of International Law* (2000),), vol. 70, Issue 1, pp. 99-164.

VERDROSS Alfred, « Les Règles internationales concernant le traitement des étrangers », in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, Brill , Nijhof,, Leiden , Boston, 1931, (Volume 037), pp. 323-412.

VERHOOSEL Gaetan, "The use of investor-state arbitration under bilateral investment traities to seek relief for braeaches of WTO law ", Journal of international economic law, vol. 6, n°. 2, 2003, pp. 493–506.

WEILER Todd, "Saving Oscar Chin: non discrimination in international investment law," in Todd Weiler (ed.), "International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law", London: Cameron , 2005, pp. 557- 596.

WEILER Todd J., LAIRD Ian A., "Standards of Treatment", in P. Muchlinski , F. Ortino and C. Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, pp. 259–304.

WEILER Todd, "NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42, No.1, 2003, pp. 35-85.

WILSON Bruce, "Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date", Journal of International Economic Law, Volume 10, Issue 2, 2007, pp.397-403.

YANG Pei-Kan, Some Thoughts on a Feasible Operation of Monetary Compensation as an Alternative to Current Remedies in the WTO Dispute Settlement, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 3, No. 2, 2008, pp. 423-464.

YANNACA-SMALL Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments," in August Reinisch (ed.) Standards of Investment Protection, Oxford University Press, 2008, pp. 111-130.

ZACHARIAS Diana, "Article I GATS : scope and definition", in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Clemens Feinäugle (eds), WTO - trade in services, Leiden ; Boston : M. Nijhoff, 2008, pp. 31–69.

ZEITLER Helge Elisabeth, "Good Faith' in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?", Journal of International Economic Law, vol. 8, n° 3, 1 September 2005, pp. 721–758.

ZDOUC Werner, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS. Journal of International Economic Law, Vol. 2, No. 2, June 1999, pp. 295-346.

ZDOUC Werner, WTO Dispute Settlement Practice Relating to the General Agreement on Trade in Services, in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), "The WTO Dispute Settlement System 1995-2003", pp. 381-420.

ZDOUC Werner, "Cross-retaliation and Suspension under the GATS and TRIPS Agreements", in Chad P. Bown, Joost Pauwelyn (eds.), The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, Cambridge University Press, 2010, pp.515-535.

ZIEGLER Andreas R, BAUMGARTNER Jorun, "Good Faith as a General Principle of (International) Law", in Mitchell A., Sornarajah M., Voon T. (eds.), Good Faith and International Law: Trade and Investment Implications, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2015, pp. 9-36.

Textes et instruments conventionnels

Conventions

Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 1867 R.T.N.U.3, 33 I.L.M. 844, préambule, al.1, 15 avril 1994.

Accord général sur le commerce des services, in : Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay - textes juridiques, Secrétariat du GATT, Genève, 1994, pp. 344-371.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT 1994), in : Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay - textes juridiques, Secrétariat du GATT, Genève, 1994, pp. 511-591.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 28 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

Convention de Vienne sur le droit des traités, ouverte à la signature le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 18.

Commission du droit international

Projet d'article sur la protection diplomatique, adopté par la CDI en 2006, article 13.

Texte soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de la 58ème session (A/61/10) de la Commission du droit international et reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2006, vol. II (2).

Principe directeur n° 2, Annuaire de la Commission du droit international, 2006, vol. II (2), p. 38.

OCDE

OCDE, Code de la libération des mouvements de capitaux, adopté en 1961.

Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1962, notes et commentaires relatifs à l'article 1er, §4-a.

Projet d'article

Projet d'article sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs. Adopté 2001.

Jurisprudence

A. Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), CIJ, 1970, arrêt, 24 juillet 1964; arrêt, 5 février 1970 .

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

- Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Demande en indemnité) (Fond), Cour Permanent De Justice Internationale CPJI, arrêt du 13 septembre 1928.

B. Décisions de l'Arbitrage

- L.F.H. Neer et Pauline Neer (Etats-Unis) c/ Mexique, sentence de la Commission Américano-Mexicaine (General Claims Commission) rendue le 15 octobre 1926, Recueil des sentences arbitrales, Nations Unies, 2006.

- L'affaire du Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande c. France), sentence arbitrale du 30 avril 1990.

- S.D. Myers Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11) Sentence partielle du 13 novembre 2000.

- Pope & Talbot Inc. c. le Gouvernement du Canada, CNUDCI (ALÉNA - Chapitre 11), Sentence sur le fond du 10 avril 2001.

- Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence final du 3 septembre 2001.

- CME Czech Republic B.V. c. la République tchèque, Décisions de la cour d'arbitrage de la CNUDCI de Stockholm, sentence partielle du 13 septembre 2001.

- CME Czech Republic B.V. c. République tchèque, CNUDCI, sentence finale, 14 mars 2003.

- GAMI Investments, Inc. c. États-Unis du Mexique, CNUDCI (ALENA), sentence finale du 15 Novembre 2004.

- Affaire Occidental Exploration and Production Company c/ Republique équatorienne, Cour internationale d'arbitrage de Londres (LCIA), Affaire n° UN3467, CNUDCI, sentence finale du 1er juin 2004.

- Methanex corp. c. Etats-Unis, (ALENA), CNUDCI, sentence finale sur la compétence et le fond, 5 août 2005.

- Eureko B.V. contre la République de Pologne, sentence partielle d'un tribunal ad hoc, 19 août 2005

- Saluka Investments c/ République tchèque, Cour permanente d'arbitrage, CNUDCI, sentence partielle, 17 mars 2006.

- National Grid, plc c. La République d'Argentine, décision sur la compétence, CNUDCI (20 juin 2006).

- AWG Group Ltd. c. La République d'Argentine, décision sur la compétence, CNUDCI (3 août 2006).

- RosInvest Co. UK Ltd. c. La Fédération de Russie, arrêt sur la compétence, SCC, affaire no V079/2005 (1er octobre 2007).

- Société générale (DR Energy Holding Limited et Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A.) c. République dominicaine, CNUDCI/LCIA, aff. n° UN 7927, sentence sur les objections préliminaires à la compétence du 19 septembre 2008 .

- Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique, Affaire CNUDCI/ALÉAN, Sentence arbitrale du 8 juin 2009.

- Ulysseas, Inc. c. Equateur, CNUDCI, décision sur le fond du 12 juin 2012.

C. Sentence arbitrales CIRDI

- Amco Asia c. Indnésie (affaire CIRDI n° ARB/81/1) décision sur la compétence du 25 septembre 1983.

- KLockner c. Cammeron, (affaire CIRDI n° ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983.

- SOABI c. Sénégal, (affaire CIRDI n° ARB/82/1), décision sur la compétence du1er août 1984.

- *SPP c. Egypte*, affaire CIRDI n° ARB/84/3), décision sur la compétence du 27 novembre 1985.

- Letco c. Liberia, (affaire CIRDI n° ARB/83/2), Sentence du 31 mars 1986.

- Amco Asia c. Indonésie, (affaire CIRDI n° ARB/81/1), Décision sur la compétence du 10 mai 1988.

- Asian Agricultural Products AAPL c. Sri Lanka, affaire CIRDI n° ARB/87/J, sentence du 27 juin 1990.

- Vacuum Salt c. Ghana , (affaire CIRDI n°ARB/92/1), sentence du 16 février 1994.

- *Tradex c. Albania*, (affaire CIRDI n° ARB/94/2) décision sur la compétence du 24 décembre 1996.

- American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre, (affaire CIRDI n ° ARB / 93 / 1), sentence du 21 février 1997.

- Fedax N.V. c. Vénézuela, (affaire CIRDI n° ARB / 96/3), décision sur la compétence du 11juillet 1997.

- Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, (affaire CIRDI n° ARB/95/3), sentence du 10 février 1999.

- CSOB c/ Slovaquie, (affaire CIRDI n° ARB /97 /4), décision sur la compétence du 4 mai 1999.

- Československa obchodní banka, A.S. c. République slovaque, (affaire CIRDI n° ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999.

- Robert Azinian et autres c. Mexique, affaire CIRDI n° ARB/AF/97/2, décision sur le fond du 1er novembre 1999.

- Maffezini c. le Royaume d'Espagne, (affaire CIRDI n° ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

- Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 97/1), sentence du 30 août 2000.

- Wena Hotels Limited c. République Arabe d'Egypte, affaire CIRDI n° ARB/98/4, sentence du 8 décembre 2000.

- Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. la République d'Estonie, (affaire CIRDI n ° ARB / 99/2, 25) , sentence finale du 25 juin 2001.

- Eudoro A. Olguin c/ Paraguay, (affaire CIRDI n° ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001.

- Salini c/ Maroc, (affaire CIRDI n° ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

- Aucoven c. Venezuela, (affaire CIRDI n° ARB/00/5), décision sur la compétence du 27 septembre 2001.

- Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Egypte, (affaire CIRDI n ° ARB / 98/4), sentence du 5 février 2002.

- Mihaly International Corporation contre Sri Lanka, (affaire CIRDI n° ARB /00 /2), Sentence du 15 mars 2002.

- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A.(Grèce) c. République arabe d'Égypte affaire CIRDI n° ARB / 99/6, sentence du 12 avril 2002.

- Mondev International LTD contre les Etats-Unis d'Amérique, CIRDI, Affaire ARB(AF)/99/2, sentence du11 octobre 2002.

- Marvin Roy Feldman Karpa c. États-Unis du Mexique, affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du16 décembre 2002.

- ADF Group Inc. c. États-Unis, (affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janv. 2003.

- Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. le Mexique, (affaire CIRDI n°ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003.

- Loewen Group Inc. c. Etats-Unis, (affaire CIRDI n° ARB (AF) / 98/3), sentence sur le fond, 26 juin 2003.

- SGS c. Pakistan, (affaire CIRDI n° ARB/01/13) décision sur la compétence du 6 aout 2003.

- Tokios Tokelés c. Ukraine, (affaire CIRDI n° ARB/02/18), décision sur la compétence, 29 avril 2004 (20 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 205 (2005)).

- Waste Management, Inc. c. Mexique, (affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3), sentence du 30 avril 2004.

- MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. le Chili, (affaire CIRDI n° ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004.

- Soufraki c. Emirates Arabes Unis, (affaire CIRDI n° ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004.

- Joy Minning c. Egypt, (affaire CIRDI n°ARB/03/11), décision sur la compétence du 6 aout 2004.

- Salini Costruttori SpA, Italstrade SpA c. Jordanie, aff. CIRDI n°ARB/02/13, décision sur la compétence du 15 novembre 2004.

- Plama Consortium Limited c. Bulgarie, affaire CIRDI n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005.

- CMS Transmission Company gaz c. République argentine, (affaire CIRDI n ° ARB / 01/8), sentence du 12 mai 2005.

- Gas Natural SDG, S.A. c. La République d'Argentine, Décision sur la compétence, CIRDI, affaire no ARB/03/10 (17 juin 2005).

- Camuzzi International SA c/ Argentine, décision sur la compétence, CIRDI, affaire no ARB/03/7 (10 juin 2005).

- Aguas del Tunari S.A. c. la République de Bolivie, (affaire CIRDI n° ARB/02/3), décision sur la compétence, 21 octobre 2005.

- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique de Pakistan, affaire CIRDI n°ARB/03/29, décision sur la compétence du 14 Novembre 2005.

- Metalpar S.A. & Buen Air S.A. c. Argentine, affaire CIRDI n° RB/03/5 , décisions sur la compétence du 27 avril 2006.

- Azurix Corp c. République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/01/12, Décision finale rendue le 14 juillet 2006.

- Suez Sociedad General de Aguas de Baecelona, SA & Vivendi Universal SA c/ Argentine, affaire CIRDI n° ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, aussi CIRDI, affaire no ARB/03/19, décision sur la compétence du 3 août 2006.

- Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie, (affaire CIRDI n° ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006.

- ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ld C/Hongrie, (affaire CIRDI n° ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006.

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

- Champion Trading Company et Ameritrade International Inc. c. République Arabe d'Egypte, affaire CIRDI n° ARB/02/ 9, sentence du 27 octobre 2006.

- PSEG Global c. Turquie, affaire CIRDI n° ARB/02/5, décision sur le fond du 19 janvier 2007.

- Siemens A.G. c. République argentine, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007.

- Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, CIRDI Affaire No ARB / 01/3, sentence du 22 mai 2007.

- Vivendi Universal c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/97/3, sentence du 20Août 2007.

- Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. Chili (affaire CIRDI n° ARB/98/2), sentence du 8mai 2008.

- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie, (affaire CIRDI n° ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008.

- Plama Consortium Limited c. Bulgarie; CIRDI affaire n° ARB/03/24, sentence du 27 aout 2008.

- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie, (affaire CIRDI n° ARB/05/20), décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008.

- Waguih Elie Georges Siag & Clorinda Vecchi c. République arabe d'Égypte, CIRDI affair n°ARB/05/15, sentence du 1er juin 2009.

- Saipem S.p.A. c. Bangladesh, (affaire CIRDI n° ARB/05/07), sentence du 30 juin 2009.

- EDF (Services) Limited c. Roumanie, CIRDI, affaire n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009.

- ATA Construction c. Jordanie, affaire CIRDI n° ARB/08/2, sentences du 18 mai 2010.

- Joseph Charles Lemire c. Ukraine, affaire CIRDI n° ARB/06/18, décision sur la compétence et sur la responsabilité, 14 janvier 2010; la sentence finale rendue le 28 mars 2011.

- Antoine Goetz et autres. C. Burundi, CIRDI n° ARB/01/2, décision sur le fond du 21 juin 2012.

- Mr. Franck Charles Arif c. Moldavie, affaire CIRDI n° ARB/11/23, sentence du 8 avril 2013.

Rapports et décisions de l'OMC

- Décision, WT/L/162, *« Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales* », le Conseil général de l'OMC, 18 juillet1996.

-Rapport du Conseil consultatif, « *L'avenir de l'OMC : relevé les défis institutionnels du nouveau millénaire* », Genève, OMC, 2004.

-WT/DS87/15, WT/DS110/14, *chili - taxes sur les boissons alcooliques*, *Arbitrage au titre de l'article 21 :3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 23 mai2000.

-WT/DSB/14, « décision de l'ORD de 1995 concernant l'établissement de l'organe d'appel »,1995.

A. **Rapports des groupes spéciaux**

- WT/DS2/R, *États-Unis — Essence*, Rapport du Groupe spécial du 29 janvier 1996.

- WT/DS24/R, *États-Unis — Vêtements de dessous*, Rapport du Groupe spécial du 8 novembre 1996.

- WT/DS27/R/USA, *CE-Bananes III (EU),*Rapport du Groupe spécial du 22 mai 1997.

- WT/DS69/R, *Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, Rapport du Groupe spécial du 12 mars 1998.

- WT/DS44/R, *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs,* Rapport du Groupe spécial du 31 mars 1998.

- WT/DS27/RW/ECU, *CE — Bananes III, (Article 21.5 - Équateur),*Rapport du Groupe spécial du 7 avril 2008.

- WT/DS222/R, *Canada— Crédits et garanties pour les aéronefs,*Rapport du Groupe spécial du 14 avril 1999.

- WT/DS34/R, *Turquie — Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements,* Rapport du Groupe spécial du 31 mai 1999.

- WT/DS126/R, *Australie — Cuir pour automobiles II* ,Rapport du Groupe spécial du 25 mai 1999.

- WT/DS126/RW, *Australie — Cuir pour automobiles II(Article 21.5 - ÉTATS-UNIS),*Rapport du Groupe spécial du 21 janvier 2000.

- WT/DS98/R, *Corée — Produits laitiers,*Rapport du Groupe spécial du 21 juin 1999.

- WT/DS152/R, *États-Unis — Article 301, Loi sur le commerce extérieur,* Rapport du Groupe

spécial du 22 décembre 1999.

- WT/DS163/R, *Corée — Marchés publics,*Rapport du Groupe spécial du 1 mai 2000.

- WT/DS165/R, *États-Unis — Certains produits en provenance des CE*, Rapport du Groupe spécial du 17 juillet 2000.

- WT/DS155/R, *Argentine — Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis,*Rapport du Groupe spécial du 19 décembre 2000.

- WT/DS231/AB/R, *Communautés européennes — Désignation commerciale des sardines,*Rapport du Groupe spécial du 29 mai 2002.

- WT/DS206/R, *États-Unis — Tôles en acier,*Rapport du Groupe spécial du 28 juin 2002.

- WT/DS221/R, *États-Unis - Article 129 (c) (1) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay,* Rapport du Groupe spécial du 15 juillet 2002.

- WT/DS141/RW, *Communautés européennes — Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde-Recours à l'article 21:5 ,*Rapport du Groupe spécial du 29 novembre 2002.

- WT/DS241/R, *Argentine — Droits antidumping sur la viande de volaille,*Rapport du Groupe spécial du 22 avril 2003.

- WT/DS264/R, *États-Unis — Bois de construction V,*Rapport du Groupe spécial du 13 avril 2004.

- WT/DS285/R, *États-Unis — Jeux,* Rapport du Groupe spécial du 10 novembre 2004.

- WT/DS302/R, *République Dominicaine — Importation et vente de cigarettes,* Rapport du Groupe spécial du 26 novembre 2004.

- WT/DS308/R, *Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool,*Rapport du Groupe spécial du 7 octobre 2005.

- WT/DS315/R, *CE — Certaines questions douanières,*Rapport du Groupe spécial du 16 juin 2006.

- WT/DS285/RW, *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Article 21.5 - Antigua et Barbuda),*Rapport du Groupe spécial du 30 mars 2007.

- WT/DS322/RW, *États-Unis — Réduction à zéro (Japon)(Article 21.5),*Rapport du Groupe

spécial du 24 avril 2009.

- WT/DS363/R, *Chine — Publications et produits audiovisuels,* Rapport du Groupe spécial du 12 août 2009.

- WT/DS394/R ,WT/DS395/R, WT/DS398/R, *Chine — Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières,* Rapport du Groupe spécial du 5 juillet 2011.

- WT/DS384/R et WT/DS386/R, *États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO),* Rapport du Groupe spécial du 18 novembre 2011.

B.Rapports de l'Organe d'appel

- WT/DS24/AB/R, *États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles,* Rapport de l'organe d'appel du 10 février 1997.

- WT/DS8/AB/R ; WT/DS10/AB/R ; WT/DS11/AB/R, *Japon - boissons alcooliques II,* Rapport de l'organe d'appel du 4 octobre 1996.

- WT/DS31/AB/R, *Canada — Périodiques,* Rapport de l'organe d'appel du 30 juin 1997.

- WT/DS27/AB/R, *CE-Bananes III,* Rapport de l'organe d'appel du 9 septembre 1997.

- WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R, *Irlande — Classement tarifaire de certains matériels informatiques,* Rapport de l'organe d'appel du 5 juin 1998.

- WT/DS69/AB/R, *Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles,* Rapport de l'organe d'appel du 13 juillet 1998.

- WT/DS58/AB/R, *États-Unis — Crevettes,* Rapport de l'organe d'appel du 12 octobre 1998.

- WT/DS60/AB/R, *Guatemala — Ciment I,* Rapport de l'organe d'appel du 2 novembre 1998.

- WT/DS75/AB/R ; WT/DS84/AB/R, *Corée - Boissons alcooliques,* Rapport de l'organe d'appel du 18 janvier 1999.

- WT/DS138/AB/R, *États-Unis — Plomb et bismuth II,* Rapport de l'organe d'appel du 10 mai 2000.

- WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, *Canada — Autos,* Rapport de l'organe d'appel du 31 mai 2000.

- WT/DS161/AB/R, *Corée — Diverses mesures affectant la viande de bœuf,* Rapport de l'organe d'appel du 11 décembre 2000.

- WT/DS135/AB/R, *CE-Amiante,* Rapport de l'organe d'appel du 12 mars 2001.

- WT/DS184/R, *États-Unis — Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon,* Rapport de l'organe d'appel du 24 juillet 2001.

- WT/DS192/AB/R, *États-Unis — Fils de coton,*Rapport de l'organe d'appel du 8 octobre 2001.

- WT/DS132/AB/RW, *Mexique – Sirop de maïs (Article 21.5- EU)*Rapport de l'organe d'appel du 22 octobre 2001.

- WT/DS231/AB/R, *CE — Sardines,* Rapport de l'organe d'appel du 26 septembre 2002.

- WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, *États-Unis - Loi sur la compensation (Amendement Byrd),* Rapport de l'organe d'appel du 16 janvier 2003.

- WT/DS244/AB/R, *États-Unis — Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion* Rapport de l'organe d'appel du 15 décembre 2003.

- WT/DS285/AB/R, *États-Unis — Jeux,* Rapport de l'organe d'appel du 7 avril 2005.

- WT/DS308/AB/R, *Mexique- Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autre boissons,* Rapport de l'organe d'appel du 6 mars 2006.

- WT/DS268/AB/RW, *États-Unis — Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (Article 21.5- Argentine),* Rapport de l'organe d'appel du 12 avril 2007.

- WT/DS27/AB/RW2/ECU, *CE — Bananes III (Article 21.5- Équateur II),* Rapport de l'organe d'appel du 26 novembre 2008.

Documents officiels

A. Documents OMC

OMC, « Rapport annuel : Commerce et Investissement directs étrangers », Genève, 1996, 60 p.

OMC, « Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables », décision du Conseil du commerce des services, OMC Doc. S/L/64 (Communiqués de presse, 1998, press/118 du 14 décembre 1998 : « l'OMC adopte des Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables » ; en ligne : OMC. https://www.wto.org/french/news_f/pres98_f/pr118_f.htm

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Les principes fondamentaux de l'OMC: le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence, Note d'information du Secrétariat, WT/WGTCP/W/114, 14 avril 1999, 28 p.

Secrétariat de l'OMC, Introduction à l'AGCS, n° 1397, Octobre 1999.

OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Transparence, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002, 20 p.

OMC, « Engagements additionnels au titre de l'article XVIII de l'AGCS» Note du Secrétariat, S/CSC/W/34, 16 juillet 2002, 35 p.

OMC, Guide sur le système de règlement des différends de l'OMC / publication du Secrétariat de l'OMC préparée pour diffusion par la Division des affaires juridiques et l'Organe d'appel, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2004, 293 p.

OMC, « Rapport annuel du comité des engagements spécifiques.au conseil du commerce des services (2004): Examen des questions se rapportant à l'Article XX : 2 de L'AGCS », S/CSC/W/43, 2004.

OMC, « L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire», Rapport du Comité consultatif de l'OMC, Genève, OMC, 2004, 102 p.

OMC, Rapport de Groupe de travail des liens entre commerce et investissement : « Non-discrimination, Traitement de la nation la plus favorisée et Traitement National », Note du Secrétariat, WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002.

OMC, Conseil du commerce des services, Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS, S/L/92 du 28 mars 2001.

World Trade Organization, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System : A WTO Secretariat Publication, Cambridge, UK ; New York : Cambridge Univeristy Press, 2004, 215 p.

WTO, Dispute Settlement Body ,*"Minutes of Meeting - Held in the Centre William Rappard on 11 February 2000"*, WT / DSB / M / 75 (7 mars 2000).

B. Documents divers

CDI, « rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session », in Nations Unies (ed.), Annuaires de la Commission du droit international 1978 Volume II, Deuxième partie, New York, 1979 (A/CN.4/SER.A/1978/Add.l (Part 2)).

CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 1996: L'investissement, le commerce et les instruments internationaux, New York et Genève, 1996.

CNUCED, Instruments internationaux d'investissement: Compendium, vol. I (UNCTAD/DTCI/30(Vol.I), UNITED NATIONS, New York and Geneva, 1996.

CNUCED, « Admission et établissement », Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, New York ; Genève : Nations Unies, 1999.

CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2001: Vers de nouvelles relations interentreprises Vue d'ensemble, Nations Unies New York et Genève, 2001. UNCTAD/WIR/2001 (Overview).

CNUCED, règlement des différends: Organisation mondiale du commerce, New York et Genève, 2003, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.31.

CNUCED, « La montée en puissance du secteur des services – Vue d'ensemble », Rapport sur l'investissement dans le monde, UNCTAD/WIR/2004 (Overview), Nations Unies, New York et Genève, 2004.

CNUCED, Conserver la flexibilité dans les AII: utilisation des réserves, Étude de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York ; Genève : Nations Unies, 2006, 90 p.

CNUCED, « Le commerce des services et ses incidences sur le développement », Note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.1/85, Genève, 2007.

CNUCED, « Etablissement de règles internationales en matière d'investissement: tendances, questions nouvelles et incidences », note du secrétariat de la CNUCED, TD/B/COM.2/73, NATIONS UNIES, New-York et Genève, 5 janvier 2007.

CNUCED, « Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives », Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement

international au service du développement, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, NATIONS UNIES, New-York et Genève, 2008.

CNUCED, Identification des aspects essentiels des accords d'investissement dans la région de l'APEC, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Nations Unies, New York et Genève, 2008, UNCTAD/DIAE/IA/2008/3, 119 p.

CNUCED, Définition de règles internationales en matière d'investissement: état des lieux, défis à relever et perspectives, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, UNCTAD/ITE/IIT/2007/3, New York et Genève, 2008, 95 p.

CNUCED, « Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct », Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement (UNCTAD/DIAE/IA/2009/5), NATIONS UNIES New York et Genève, 2009.

CNUCED, « Traitement de la nation plus favorisé », Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, (UNCTAD/DIAE/IA/2010/1), NATIONS UNIES. New York et Genève, 2010.

CNUCED, Différends entre investisseurs et État: Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, UNCTAD/DIAE/IA/2009/11, New York et Genève, 2010, 137 p.

CNUCED, Portée et Définitions, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, (UNCTAD/DIAE/IA/2010/2), 2011.

ICSID Model Clauses: Doc. ICSID/5/Rev. 2 February 1, 1993, in ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 8, Issue 1, 1 March 1993, pp. 134–151, https://doi.org/10.1093/icsidreview/8.1.134.

OCDE, Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du Conseil de l'OCDE (12/10/67) relative au projet de convention: 1962, OCDE, 1967, 65 p.

OCDE, « le règlement des différends: (Note du Président) », Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFFE/MAI(95)9, 4 décembre 1995, http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng959f.pdf.

OCDE, "L'Accord Multilatéral sur L'Investissement : Commentaire du Texte Consolide", Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFFE/MAI(98)8/REV1, 12 mai 1998, 64 p.

OCDE, "L'Accord Multilatéral sur L'Investissement : Projet de Texte Consolide", Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFFE/MAI(98)7/REV1, 24 avril 1998, 153 p.

OCDE, « Commerce des services: questions et enjeux des négociations », (OCDE), Paris , 2001, 152 p.

OCDE, « Échanges de services : Guides des exemptions du régime NPF dans le cadre de l'A.G.C.S. », Groupe de travail du Comité des échanges, TD/TC/WP (2001) 25/FINAL, 7 novembre 2001.

OCDE, "The Investment Architecture Of The WTO/ Working Party of the Trade Committee ", document de l'OCDE , Groupe de travail du Comité des échanges, Paris, (TD/TC/WP(2002)41/FINAL), 2003, 21 p.

OCDE, National Treatment of Inernational Investment in South East European Countries : Measures Providing Exceptions, Paris, OCED, 2003

OCDE, "Regulatory issues and the Doha development agenda", an explanatory issues paper for the 25 March 2003 Global Forum on Governance, Geneva, 2003, 13 p.

OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Documents de travail sur l'investissement international, n° 2004/2, septembre 2004.

OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », *OCDE document de travail sur l'Investissement international,* numéro 2004/3, 2004.

OCDE, « Perspectives de l'investissement international », Paris : OCDE, 180 p.

OCDE, Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement. Complément aux perspectives de l'investissement international, publications de l'OCDE, Paris, 2005, 175 p.

OCDE 2008, "Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, quatrième édition, Paris, 2008,

www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf

Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatives aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, Doc. CIRDI/2, 18 mars 1965.

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de la 63e session (26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011), Assemblée générale , Documents officiels, Soixante-sixième session Supplément no 10 (A/66/10), 2011.

UNCTAD, World Investment Report 2010, Investing in a Low-Carbon Economy, United Nations, 2010, 183 p.

UNCTAD, "National Treatment", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements,(UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol. IV)), UNITED NATIONS, New York and Geneva, 1999.

UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, Volume X, United Nations New York and Geneva, 2002, UNCTAD/DITE/3(Vol. X), 322.

UNCTAD, International investment agreements : key issues, vol. I, New York and Geneva, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 (Vol. I).

UNCTAD, *"Scope and Definition"*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. II), 1999.

UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNITED NATIONS, New York and Geneva, UNCTAD/ITE/IIT/10(Vol. III), 1999.

UNCTAD (1998a), World Investment Report 1998, Trends and Determinants, United Nations, New York and Geneva, 1998.

UNCTAD, Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/2003/4, United Nations, New York and Geneva, 2004.

UNCTAD, “Investor-State disputes arising from investment treaties: a review”, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2006, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4.

UNCTAD, investor–state dispute settlement and impact on investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, 120 p.

UNCTAD, "Preserving flexibility in IIAs: the use of reservations" , Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2006,U NCTAD/ITE/IIT/2005/8, 32 p.

UNCTAD, International Investment Agreements: Trends and Emerging Issues, Series on International Investment Policies for Development, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006, (UNCTAD/ITE/IIT/2005/11), 110 p.

UNCTAD, Developments in international investment agreements in 2005: IIA MONITOR No. 2 (2006) International Investment Agreements, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7, 15 p.

UNCTAD (2003a), Dispute Settlement: Investor-State, Publication des Nations Unies, New York et Genève, UNCTAD/ITE/IIT/30, 2003.

UNCTAD (2003b). Dispute Settlement: State–State, Publication des Nations Unies, New-York et -Genève, UNCTAD/ITE/IIT/2003/1, 2003.

UNCTAD, "International Commercial Arbitration. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention", UNCTAD Course on Dispute Settlement, United Nations, New York and Geneva, 2003 (UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37), 66 p.

UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, United Nations New York and Geneva, 2007,(UNCTAD/ITE/IIT/2006/5), 157 p.

UNCTAD, The REIO exception in MFN Treatment Clauses, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York/Geneva, UNITED NATIONS, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2004/7, 84 p.

UNCTAD, "Incentives", UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNITED NATIONS New York and Geneva, 2004, UNCTAD/ITE/IIT/2003/5, 100 p.

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. III), United Nations, New York and Geneva, 1999.

UNCTAD, Fair and equitable treatment, UNCTAD Series on Issues in international investment agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2012 ,UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 142 p.

Sources électroniques

Site officiel de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) : http://www.alenaaujourdhui.org

Site officiel de l'OMC:http://www.wto.org

World Trade Law :http://www.worldtradelaw.net/

Le site de CIDRI : Icsid.worldbank.org

Le site investment claims :www.investmentclaims.com.

www.italaw.com

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux pages

A

Accès aux marchés, 56, 199, 201, 204, 205, 206, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 225, 228, 229, 230, 233, 234, 235, 312, 377, 380, 386, 415, 418, 428, 440, 441, 451

Accords commerciaux préférentiels(ACP), 17, 19, 24, 26, 28, 34, 84, 98, 103, 104, 113, 115, 120, 225, 226, 229, 234, 257, 262, 264, 266, 283, 284, 289, 290, 292, 294, 296, 297, 298, 299, 305, 307, 313, 315, 316, 325, 332, 422, 430, 431, 440, 441, 442, 450

Acteurs non-étatiques, 35, 56, 62, 66

Acteurs privés, 21, 56, 57, 62, 64, 188, 363

AGCS, 7, 8, 13, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 120, 141, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 183, 191, 192, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 222, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 267, 280, 281, 286, 287, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 303, 304, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 318, 320, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 449, 450, 495, 496

ALENA, 13, 15, 21, 106, 107, 108, 125, 126, 132, 153, 157, 172, 183, 194, 222, 223, 226, 227, 234, 266, 285, 286, 290, 291, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 313, 314, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 330, 337, 341, 348, 349, 354, 355, 358, 422, 427, 430, 439, 442, 486, 487, 501

AMI, 13, 18, 183, 295, 498

Amicus curiae, 59, 60

Arbitrage du CIRDI, 7, 21, 29, 127, 166, 325

Attentes légitimes, 335, 339, 340, 344, 393, 404, 405, 408, 409, 420, 468

B

Bonne foi, 56, 192, 335, 340, 342, 355, 356, 357, 358, 359, 363, 369, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 428, 429, 432, 442

C

CIRDI, 7, 13, 18, 20, 21, 22, 25, 29, 34, 60, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 151, 153, 155, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 184, 186, 221, 227, 270, 273, 275, 300, 301, 302, 305, 321, 323, 325, 326, 328, 329, 330, 331, 336, 337, 338, 340, 341, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 358, 359, 361, 362, 363, 364, 366, 367, 420, 422, 424, 427, 429, 445, 461, 462, 464, 471, 472, 477, 487, 488, 489, 490, 491, 499

Commerce des services, 7, 8, 17, 21, 23, 28, 29, 35, 39, 40, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 72, 86, 191, 195, 201, 205, 215, 216, 217, 230, 241, 243, 246, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 284, 286, 291, 296, 297, 308, 309, 311, 314, 371, 372, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 388, 395, 396, 397, 400, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 420, 423, 426, 434, 435, 440, 485, 495, 496, 497

Compensation, 56, 115, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 147, 151, 152, 154, 156, 174, 183, 186, 189, 350, 398, 407, 410, 419, 429, 445, 446, 447, 495

Consentement, 34, 68, 80, 81, 82, 83, 100, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 477

Convention de Washington, 90, 99, 100, 111, 118, 126, 163

D

Déni de justice, 345

Droit d'admission, 195, 196, 199

Droit d'établissement, 196, 228

Droit international économique,7, 16, 27, 28, 58, 59, 434, 438, 449, 452, 453, 454, 455, 456, 458

Droit droits d'entrée, 195, 199, 200, 204, 205, 207, 208, 210, 214, 218, 219, 221, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 235, 264, 439

E

État d'accueil, 20, 81, 82, 83, 89, 100, 105, 109, 111, 115, 116, 124, 154, 179, 189, 190, 191, 194, 195, 238, 262, 271, 273, 278, 281, 344, 347, 348, 349, 352, 364, 365, 420, 450
Exceptions, 40, 48, 52, 71, 207, 222, 253, 254, 255, 258, 259, 263, 264, 276, 279, 280, 281, 282, 286, 288, 289, 290, 306, 307, 308, 311, 313, 439, 440, 479
Exceptions au traitement NPF, 254
Exception d'intégration économique, 255, 306

F

Fourniture d'un service, 44, 51, 202, 243, 435
Fournisseur de service, 45, 48, 77, 78, 204, 209, 231, 245, 393, 412

G

GATT, 13, 16, 17, 40, 41, 43, 45, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 60, 68, 72, 73, 140, 144, 175, 176, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 255, 257, 258, 280, 287, 304, 370, 372, 373, 374, 375, 376, 380, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 394, 395, 397, 398, 399, 401, 403, 406, 408, 409, 411, 431, 432, 469, 473, 485

I

Immunité souveraine, 160, 165, 168, 186
Investissement, 8, 13, 92, 93, 100, 108, 192, 198, 216, 295, 300, 302, 311, 312, 320, 464, 495, 498, 499
Investisseurs étrangers dans le secteur desservices, 30

L

La section 301, 67, 68
Libéralisation des investissements, 17, 21, 205, 222, 223, 226, 227, 230, 231, 232, 264, 266, 289, 311, 312, 313, 315

M

Mécanismes de règlement des différends, 1, 3, 7, 8, 16, 20, 28, 29, 30, 33, 35, 120, 186, 189, 270, 271, 274, 276, 278, 434, 444, 447, 451, 467
Mécanismes d'exécution, 31, 156, 183, 448
Mémorandum d'accord, 14, 30, 35, 36, 37, 38, 41, 52, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 80, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 187, 387, 398, 403, 408, 411, 437, 445, 492
Mesures, 7, 16, 17, 26, 28, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 58, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 154, 155, 156, 163, 169, 171, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 197, 198, 200, 203, 204, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 229, 232, 233, 234, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 253, 257, 259, 280, 290, 291, 292, 296, 297, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 328, 338, 343, 350, 351, 352, 353, 354, 357, 361, 362, 365, 367, 368, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 388, 390, 392, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 408, 411, 412, 413, 414, 415, 418, 420, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 430, 432, 434, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 451, 455, 494
Mesure affectant le commerce des services, 396

N

Nationalité, 54, 67, 76, 77, 80, 81, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 180, 208, 220, 237, 238, 247, 265, 281, 290, 291, 294, 298, 353, 394, 435, 437, 451, 472
Non-discrimination, 7, 8, 28, 31, 40, 154, 193, 194, 199, 200, 201, 205, 207, 208, 210, 217, 226, 229, 234, 241, 246, 247, 248, 253, 254, 262, 268, 269, 289, 293, 294, 298, 369, 393, 418, 419, 434, 438, 440, 451, 454, 477, 479
Normes minimales de traitement, 320, 322, 369, 418, 443, 444

O

OCDE, 14, 17, 74, 79, 84, 104, 183, 203, 206, 208, 220, 225, 238, 260, 272, 279, 287, 289, 290, 295,

299, 319, 320, 321, 327, 333, 335, 356, 360, 383, 415, 416, 419, 473, 485, 498, 499
OMC, 1, 3, 7, 8, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 80, 118, 120, 122, 123, 126, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 156, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 195, 199, 200, 202, 204, 205, 207, 208, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 229, 230, 233, 236, 243, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 284, 296, 303, 310, 312, 318, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 428, 429, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 450, 451, 454, 455, 456, 457, 460, 463, 468, 469, 470, 477, 491, 495, 496, 501
ORD, 14, 36, 37, 68, 118, 135, 136, 137, 139, 140, 143, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 304, 395, 398, 404, 411, 445, 446, 492

P

Pacta sunt servanda, 406
Personne morale, 45, 46, 49, 74, 77, 78, 79, 85, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 106, 108, 195, 202, 217, 230, 231, 257, 286, 309, 435
Personne physique, 76, 78, 84, 85, 87, 88, 90, 99, 105, 361
Plainte en situation de non-violation, 55
Plainte pour violation, 54
Pleine et entière sécurité et protection, 153, 318, 320,359, 360, 361, 364, 429
Post-établissement, 21, 201, 205, 240, 264, 294
Pré-établissement, 115, 195, 201, 204, 205, 206, 210, 218, 219, 224, 225, 226, 234, 264, 288, 312, 313
Présence commerciale, 45, 46, 180, 199, 201, 215, 435

R

Recours, 7, 25, 28, 31, 36, 38, 55, 57, 62, 69, 70, 82, 94, 108, 112, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 127, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 149, 151, 157, 168, 170, 173, 174, 176, 181, 184, 185, 189, 273, 276, 280, 291, 292, 313, 348, 367, 396, 400, 408, 424, 434, 444, 445, 446, 447, 454, 455, 466
Règlement sur les obstacles au commerce(ROC), 14, 69, 70, 71
Réglementation intérieure, 30, 31, 217, 369, 372, 380, 382, 383, 389, 413, 414, 415, 416, 419, 432, 438, 444, 495
Remèdes, 31, 71, 120, 122, 123, 126, 127, 129, 131, 133, 134, 141, 144, 146, 147, 154, 155, 184, 188, 189, 444, 447, 448
Restitution juridique, 126, 130, 134, 141, 145, 147, 148, 152
Restitution matérielle, 129, 133, 141, 151, 152, 189
Restrictions, 17, 66, 77, 113, 115, 116, 176, 179, 188, 196, 197, 198, 199, 205, 207, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 234, 235, 238, 242, 259, 260, 264, 270, 279, 284, 291, 292, 308, 311, 315, 316, 366, 372, 377, 381, 417, 438, 439

S

Services, 8, 9, 13, 44, 84, 194, 203, 206, 232, 234, 250, 257, 258, 260, 262, 282, 288, 289, 292, 299, 300, 302, 303, 304, 315, 352, 369, 371, 372, 381, 382, 383, 384, 386, 388, 389, 393, 397, 400, 402, 403, 412, 413, 414, 439, 461, 462, 464, 466, 470, 471, 473, 474, 476, 478, 480, 482, 484, 491
Similarité, 230, 247, 248, 250, 251, 252, 266, 268, 298, 299, 303, 304, 305
Standards minimaux de traitement, 31, 317, 318, 411, 432
Suspension de concessions, 70, 137, 138, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 184, 446

T

Traité bilatéral d'investissement (TBI), 14, 17, 20, 21, 28, 34, 35, 74, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 126, 127, 130, 132, 150, 154, 157, 167, 172, 176, 191, 192, 195, 200, 205, 218, 219,220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 238, 239, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 270, 271, 273, 274, 275, 277, 278, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 292, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 311, 312, 313, 315, 316, 318, 320, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 332, 338, 341, 342, 345, 350,

351, 354, 355, 359, 360, 366, 422, 429, 430, 431, 438, 441, 442, 444, 445, 449, 450, 452
Traitement de la nation la plus favorisée, 8, 204, 208, 259, 265, 268, 276, 277, 278, 279, 288, 294, 299, 468, 496
Traitement juste et équitable, 8, 14, 320, 335, 339, 468
Traitement national, 8, 14, 206, 242, 249, 256, 263, 268, 271, 272, 280, 294, 296, 298, 303, 469
Transparence, 30, 31, 61, 62, 182, 311, 323, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 345, 369, 370, 371, 372, 373, 377, 380, 381, 394, 395, 401, 402, 411, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 426, 431, 432, 433, 438, 442, 443, 444, 452, 453, 457, 468, 495

U

Union Européenne(UE), 14, 21, 67, 69, 70, 71, 177, 186, 188, 225, 234, 281, 282, 283, 284, 286, 289, 296, 314, 320, 385, 398