

Université de Montréal

**LES TIERS DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL DES INVESTISSEMENTS  
INTERNATIONAUX : DE L'INTERVENTION AU RECOURS DIRECT**

par

Carole Fortier

Université de Montréal

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit  
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit  
Spécialisation Droit des affaires

Avril 2013

© Carole Fortier, 2013

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

**LES TIERS DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL DES INVESTISSEMENTS  
INTERNATIONAUX : DE L'INTERVENTION AU RECOURS DIRECT**

Présenté par :  
Carole Fortier

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Nabil Antaki, président-rapporteur  
Emmanuel Sibidi Darankoum, directeur de recherche  
Hervé Prince, membre du jury

## Résumé

L'arbitrage public international est demeuré un domaine exclusif aux États souverains jusqu'à la fin des années 50, alors que sont apparus les traités bilatéraux relatifs aux investissements (TBI). La principale caractéristique de ces TBI est sans conteste le recours direct de l'investisseur étranger en arbitrage international contre des États récalcitrants, une alternative aux tribunaux locaux souvent inefficaces. Plus récemment, en 1998, l'organe d'appel de l'OMC est allé jusqu'à accepter l'opinion d'*amicus curiae* dans un différend opposant des États et aujourd'hui, l'admission de ce type d'opinion est expressément prévue dans plusieurs TBI de nouvelle génération. Mais si l'investisseur bénéficie d'un recours devant une instance arbitrale neutre, il en va tout autrement pour la population locale qui se trouve souvent lésée par la présence, sur son territoire, d'investisseurs étrangers. Le droit de présenter une opinion ne peut remplacer le droit de faire valoir une réclamation. Se pose donc la question : est-ce que, dans le contexte actuel du droit de l'investissement international, des tiers (par rapport aux parties signataires de TBI et par rapport aux parties au différend) peuvent prétendre à une voie de recours direct en arbitrage international?

Nous sommes d'avis qu'une telle voie de recours est actuellement possible et que le contexte de l'arbitrage relatif à l'investissement constitue un terrain fertile pour la mise en place de ce droit, étant donné la place déjà faite aux investisseurs. Nous verrons que les principales objections à l'admission de tiers à l'arbitrage international peuvent être rejetées. L'objection de l'absence du consentement des parties intéressées tombe quand on constate les nombreux cas d'arbitrage international où la portée du consentement a été étendue pour inclure des non-parties ou encore pour soumettre à l'arbitrage des matières non envisagées au départ. Par ailleurs, l'absence de qualité pour agir en droit international est un problème théorique, car les investisseurs y ont déjà accès malgré l'absence de cette qualité. Reste donc à déterminer quelle pourrait être la base d'un recours en droit substantiel international pour qu'un tiers puisse faire valoir une réclamation. Nous verrons qu'il existe des instruments juridiques et des principes internationaux dont la contravention pourrait très

bien engager la responsabilité de l'État ou de l'investisseur fautif, tout comme il est possible de bien circonscrire les critères d'admissibilité des tiers à la procédure d'arbitrage international.

**Mots-clés :** Arbitrage international, société civile, investissement étranger direct, investissement international, *amicus curiae*, règlement de différends, procédure de règlement des différends, recours de tiers.

## Abstract

International arbitration has remained an exclusive domain sovereign states until, in the late 50s, came the first bilateral investment treaties (BITs). The main feature of these BITs is undoubtedly the right, granted to investors, to direct international arbitration against recalcitrant States, an alternative to often ineffective local justice. More recently, in 1998, the appellate body of the WTO went to accept the opinion of an independent *amicus curiae* in a dispute between State members. Today, the admission of such opinions is clearly provided for in several recent BITs. But if investors benefit from a right of action before a neutral international arbitration body, the situation is quite different for the local population, who is often affected by the presence of foreign investors on its territory. The right to submit an opinion cannot replace the right to legal action. This therefore raises one question: in the current context of international investment law, is it possible for third parties (non signatories of BITs and not parties to the dispute) are entitled to a remedy direct international arbitration?

We are of the opinion that the answer to this question is: yes. And the context of investment arbitration, because of the right to direct arbitration against States already granted to investors, constitutes a fertile ground for the implementation of this right of action in favour of third parties. The objection based on the absence of the parties' consent to such right of action has been set aside in many international arbitration cases where the scope of consent has been extended to include non-parties or to submit to arbitration matters not contemplated at first. Also, the objection based on the absence of legal standing of third parties in International Law proves to be theoretical as foreign investors already have access to international justice despite the lack of this quality. There remains to determine what substantial International Law will constitute a valid legal basis for a third party claim. We will see that there exists legal instruments and international principles and that their violation by States or investors may result in the obligation to compensate the prejudice suffered, as well as it is possible to clearly define and indentify who the third parties could be.

**Keywords** : International arbitration, investment arbitration, civil society, foreign investment, international investment, amicus curiae, dispute settlement, dispute settlement procedure, third party claim.

## Table des matières

Table des matières.....	v
Liste des abréviations.....	vii
Liste des figures.....	ix
Remerciements.....	xi
Introduction.....	1
I. L'arbitrage international et les tiers : une évolution encourageante.....	21
A. Critique d'un système désuet.....	23
a) L'intérêt public en jeu.....	24
b) Compétence des arbitres.....	27
c) Absence de transparence.....	32
d) Vers l'admission des tiers dans le processus arbitral international.....	33
B. L'entrée en jeu de l'amicus curiae en arbitrage international.....	34
a) L'origine de l'arbitrage entre parties privées et États : un survol.....	34
b) L'arrivée des traités relatifs à l'investissement.....	35
c) La Convention de Washington.....	39
d) L'introduction de l'amicus curiae.....	40
II. Accès des tiers à la justice arbitrale internationale.....	46
A. Les objections à l'accès des tiers à la justice arbitrale internationale.....	50
i. La question du consentement.....	50
a) Des généralités et des règlements d'arbitrage.....	50
b) Le consentement des États.....	54
c) Le consentement à l'arbitrage à l'ère des TBI.....	60
ii. Des exemples d'expression du consentement.....	65
a) L'exemple de l'arbitrage commercial international.....	65
b) Le Consentement à l'arbitrage et la clause NPF.....	72
c) L'exemple de la Cour internationale de justice : le forum prorogatum.....	85
iii. La qualité pour agir.....	89

B.	Accès des tiers à la justice arbitrale internationale : aspects de droit substantiel .....	95
i.	Recours contre l'investisseur : .....	99
ii.	Recours contre l'État.....	103
C.	Accès des tiers à la justice arbitrale internationale : aspects procéduraux.....	107
i.	Qui sont ces tiers? .....	108
ii.	Conditions d'exercice d'un recours par des tiers .....	109
iii.	Forum .....	112
D.	Des innovations à prévoir .....	114
	Conclusion .....	118
	Bibliographie.....	125
	ANNEXE « A » : TBI Allemagne et Pakistan.....	148
	ANNEXE « B » : Liste des TBI canadiens .....	164
	ANNEXE « C » : Modèle canadien de TBI.....	166
	ANNEXE « D » : Nombre de TBI conclus.....	220
	ANNEXE « E » : Membres de la Convention de Washington .....	227
	ANNEXE « F » : Règlements d'arbitrage de la CPA .....	233
	ANNEXE « G » : TBI et CPA .....	235



## Liste des abréviations

ALÉNA :	Accord de libre-échange nord-américain
AMI :	Accord multilatéral sur l'investissement
APIE :	Accord pour la promotion et la protection des investissements étrangers
ASEAN :	Association of Southeast Asian Nations
BIT :	Bilateral Investment Treaty
CCI :	Chambre de commerce international
CIEL :	Center for International Environmental Law
CIJ :	Cour internationale de justice
CIRDI :	Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPIJ :	Cour permanente internationale de justice
ECOSOC :	Conseil économique et social des Nations Unies
FAA :	Federal Arbitration Act
IISD :	International Institute for Sustainable Development

MNF :	Most Favoured Nation
NAFTA :	North America Free Trade Agreement
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE :	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT :	Organisation internationale du travail
ONG :	Organisation non gouvernementale
PME	Petites et moyennes entreprises
TBI :	Traité bilatéral relatif aux investissements

## Liste des figures

Figure 1: Répartition des TBI – 2008.....	4
Figure 2: Nombre des traités autres que les TBI en 2008.....	38

*Je dédie ce mémoire à mon fils Jonathan.  
Mon souhait est qu'il trouve dans ce mémoire  
et les efforts dont il a été témoin pour sa  
production, l'inspiration pour ses propres  
études universitaires.*

## Remerciements

Ce mémoire arrive à ce moment dans la vie où vous croyez que vos enfants n'ont plus autant besoin de vous, car vous n'avez plus à retenir les services d'une gardienne lorsque vous vous rendez à vos cours. Mais, il semble que nos enfants aient toujours besoin de leurs parents. Le premier que je désire remercier est donc mon fils de 20 ans qui a dû se passer de l'oreille attentive de sa mère à plus d'une occasion alors que je passais du temps en bibliothèque ou tout simplement installée à ma table de travail durant les heures qu'on nécessite la rédaction. L'autre personne que je désire remercier est mon amoureux, qui lui aussi a dû se passer de la tendresse attentive de sa douce, mais surtout, en raison des encouragements constamment prodigués. Mon prochain remerciement ira pour une ancienne adjointe de travail, une excellente rédactrice et traductrice qui a bien voulu réviser mon mémoire et qui a pris le temps de me lire malgré la présence d'un enfant en bas âge nécessitant toujours son attention de mère. Enfin, je remercie mon directeur de recherche, lequel a cru en moi et m'a encouragée à entamer et à poursuivre cette recherche, bien que j'aie dépassé l'âge des bancs d'école depuis de nombreuses années. Celui-ci a également été d'une aide précieuse dans ma démarche de recherche et pour le choix du sujet de ce mémoire qui, j'en suis convaincue, est d'actualité sur la scène internationale.

# Introduction

## Contexte général

L'étude du droit international comporte plusieurs volets et sous-domaines; le droit international public et le droit international privé en sont assurément les principales divisions. Le contexte général de la présente recherche se situe dans la première catégorie, plus particulièrement dans le champ du droit de l'arbitrage international en matière d'investissements. Une des règles fondamentales du droit international public veut qu'un État ne puisse être poursuivi que par un autre État sur la scène internationale<sup>1</sup>. Ce principe vaut tant devant les tribunaux internationaux institutionnalisés que devant les tribunaux arbitraux internationaux. L'arbitrage international en matière d'investissement déroge cependant à ce principe. En effet — et c'est ce qui suscite notre intérêt —, l'arbitrage international en matière d'investissement se singularise par le fait qu'il oppose une partie privée à une partie étatique. Plus courant aujourd'hui, ce type d'arbitrage aurait été impensable il n'y a pas si longtemps, dans un monde où seuls les États sont sujets de droit.

L'arbitrage international a évolué au fil des ans et la fin des années 50 a vu naître des instruments juridiques innovateurs : les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Ceux-ci ont en effet introduit en droit international le recours direct d'une partie privée contre une partie étatique en arbitrage international. Depuis l'avènement de ces traités, un investisseur a dorénavant la possibilité de poursuivre en arbitrage international l'État sur le territoire duquel se situe son investissement. Il existe maintenant de nombreux instruments juridiques traitant d'investissement étranger. Les plus courants sont les accords bilatéraux relatifs aux investissements, lesquels sont communément désignés sous le sigle « TBI » en français et l'acronyme « BIT » en anglais (Bilateral Investment Treaty)<sup>2</sup>. Au Canada, ces traités sont également désignés sous le sigle « APIE » en français (Accord pour la

---

<sup>1</sup> Ceci découle de la souveraineté dont jouissent les États. Lire à ce sujet Dominique CARREAU, *Droit international*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2009.

<sup>2</sup> Pour une revue des diverses dispositions incluses dans les différents TBI conclus mondialement, voir l'étude de la COMMISSION DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED), *United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking*, 2007, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf)> (consulté le 28 août 2011).

promotion et la protection des investissements étrangers) ou « FIPA » en anglais (Foreign Investment Protection and Promotion Agreement)<sup>3</sup>. L'investissement étranger est également régi par des accords de libre-échange bilatéraux, par exemple celui intervenu entre le Canada et la Colombie<sup>4</sup> ou encore celui intervenu entre le Canada et le Pérou<sup>5</sup>. Le chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U.<sup>6</sup> traite également d'investissement étranger, tout comme la partie III du *Traité de la charte de l'énergie*<sup>7</sup>. À ce jour, aucun accord multilatéral majeur dédié à l'investissement n'a cependant été conclu, malgré certaines tentatives en ce sens<sup>8</sup>.

Un grand nombre de TBI ont été conclus mondialement. On en dénombrait 2 676 en 2008<sup>9</sup> et en 2010, le Canada était quant à lui signataire de 26 de ces traités<sup>10</sup>. La raison d'être des TBI et autres traités relatifs aux investissements est double : il est utile d'une part au pays d'origine (celui d'où vient l'investisseur) pour sécuriser ses ressortissants qui

---

<sup>3</sup> Le lecteur peut consulter le site du Ministère des affaires étrangères et du commerce international à : <<http://www.international.gc.ca>>.

<sup>4</sup> *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 novembre 2010). (La loi sur le libre-échange Canada-Colombie a reçu la sanction royale le 29 juin 2010).

<sup>5</sup> *Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/peru-toc-perou-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 novembre 2010) [ALE Canada/Pérou], (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2009).

<sup>6</sup> *Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U., [1994] R.T.Can n<sup>o</sup> 2, en ligne : <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu\\_id=50](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu_id=50)> (consulté le 16 juillet 2011) [ALENA].

<sup>7</sup> *Traité sur la charte de l'énergie*, 17 décembre 1994 (1999) 2080 R.T.N.U. I36116. [Charte de l'énergie].

<sup>8</sup> Dans le cadre de négociations en 1948 pour la création d'une *Charte pour une Organisation internationale du commerce*, mieux connue sous le nom de « Charte de la Havane », des dispositions relatives aux investissements étaient prévues mais celle-ci n'a pas été adoptée et l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT) a été ratifié sans celle-ci. (Information disponible en ligne : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/invest\\_f/invest\\_info\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/invest_f/invest_info_f.htm)> (consulté le 5 septembre 2009). Plus récemment, entre 1995 et 1998, il y a eu des négociations entre les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour la conclusion d'un *Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI) mais les négociations ont été interrompues en décembre 1998.

<sup>9</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, p. 2, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)> (consulté le 3 septembre 2011).

<sup>10</sup> Renseignement disponible sur Affaires étrangères et Commerce international Canada, en ligne : <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa\\_list.aspx?lang=fra&view=d](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa_list.aspx?lang=fra&view=d)> (consulté le 16 novembre 2010).

investissent à l'étranger et d'autre part, il aide le pays hôte (celui qui reçoit l'investisseur) à attirer les investisseurs étrangers afin que ceux-ci participent à sa croissance économique. Avant l'arrivée des TBI, il n'était pas rare qu'une multinationale établie sur sol étranger se fasse exproprier par les autorités locales sans qu'aucune compensation lui soit versée. La protection contre de telles expropriations est vraisemblablement à l'origine des TBI et constitue l'une des principales protections offertes aux investisseurs dans ces instruments juridiques. Les TBI ne se limitent cependant pas à protéger les investisseurs des expropriations intempestives. Ils traitent en effet également 1) de traitement national, soit l'obligation pour l'État hôte de ne pas imposer à l'investisseur étranger des conditions moins favorables que celles imposées à ses propres investisseurs, 2) de traitement de la nation la plus favorisée (clause NPF), soit l'obligation de ne pas imposer à un investisseur étranger des conditions moins avantageuses que celles accordées à des investisseurs provenant de pays tiers et 3) de l'obligation d'accorder à l'investisseur étranger une protection conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit coutumier. Par ailleurs — et c'est là la particularité des traités relatifs aux investissements - ils comportent presque tous des dispositions accordant le droit pour l'investisseur d'intenter, directement contre l'État hôte, une procédure de règlement de différends devant des tribunaux arbitraux internationaux en cas de contravention par celui-ci à ses obligations aux termes du traité. L'introduction de l'investisseur dans l'arène arbitrale internationale constitue une brèche à la règle selon laquelle seuls les États sont sujets de droit international. Jusqu'à l'avènement des traités relatifs aux investissements, les seuls recours dont bénéficiaient les investisseurs étaient ceux exercés devant les tribunaux locaux, ce qui ne s'avérait pas toujours un remède efficace en raison de la corruption existant dans certains pays, et en raison également de l'inefficacité de certains systèmes judiciaires qui ne connaissent pas la « règle de droit ».

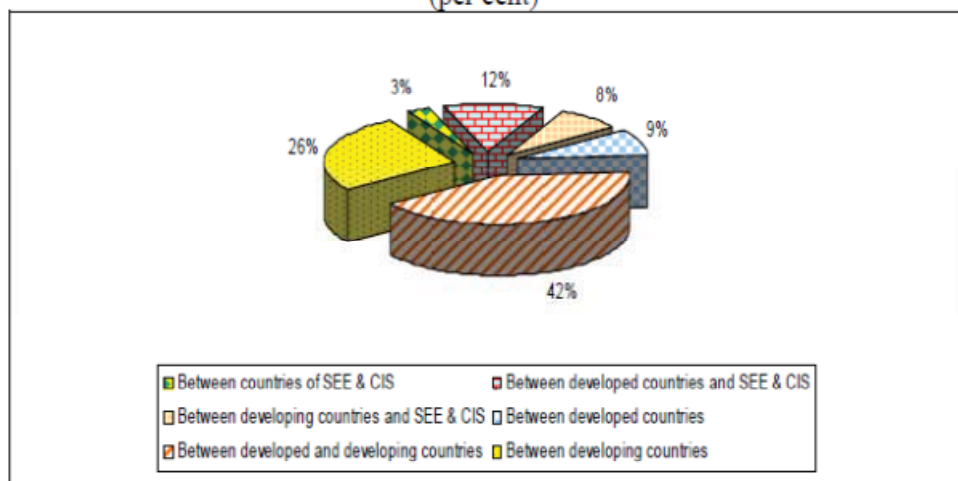
L'accès à la justice internationale, théoriquement neutre en comparaison des recours internes, a permis de sécuriser les investisseurs. Les investisseurs étrangers s'établissent surtout dans des pays en voie de développement ou dans les anciens pays communistes. Or, on constate que la majorité des TBI interviennent entre ces pays et les pays riches. En 2008,



seulement 25 % des TBI en vigueur mondialement avaient été conclus entre pays développés<sup>11</sup>. Le tableau suivant illustre la répartition des TBI conclus mondialement en 2008 en fonction des groupes d'États signataires à cette date<sup>12</sup> :

Figure 1: Répartition des TBI – 2008

**Figure 3. Total number of BITs concluded by country group, cumulative up to 2008 (per cent)**



Source: UNCTAD ([www.unctad.org/iia](http://www.unctad.org/iia)).

Dans ce contexte, les objectifs des TBI et autres traités relatifs aux investissements sont louables, tant pour les fins du développement économique du pays qui reçoit l'investissement que pour la protection de ce dernier. Il reste que l'expérience vécue sur le terrain, tant par les investisseurs que par les États, n'est pas aussi rose que ce qu'on pourrait penser. Tout louable que soit les objectifs des TBI, l'établissement d'une multinationale sur

<sup>11</sup> INSTIUT INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT DURABLE [IISD], *International Investment Agreement Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, par MANN, H., 2008, en ligne: <[http://www.iisd.org/pdf/2008/iia\\_business\\_human\\_rights.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/iia_business_human_rights.pdf)> (consulté le 8 août 2010). Le lecteur peut également lire à ce sujet : Philippe KHAN, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », dans ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 17.

<sup>12</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)> (consulté le 3 septembre 2011), p. 4.

un territoire étranger est susceptible d'occasionner certaines problématiques et parfois l'ire d'une population ayant plus souvent qu'autrement peu de moyens de se défendre contre celles-ci, voire contre leur propre État.

### **Problématique**

Notre recherche nous a permis de constater que si les traités relatifs à l'investissement ont eu des effets bénéfiques sur l'économie de certains pays, l'établissement des investissements internationaux a toutefois entraîné des conséquences juridiques négatives que le droit international actuel n'a pas permis de résoudre.

Bien que notre recherche ne vise nullement l'aspect sociologique de la question, nous devons néanmoins présenter ici, en introduction, le contexte sociojuridique des investissements internationaux, car c'est ce contexte qui justifie l'objet de notre mémoire. Le représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU écrivait en 2007 :

« In recent decades, especially the 1990s, global markets expanded significantly as a result of trade agreements, bilateral investment treaties, and domestic liberalization and privatization. The rights of transnational corporations became more securely anchored in national laws and increasingly defended through compulsory arbitration before international tribunals. Globalization has contributed to impressive poverty reduction in major emerging market countries and overall welfare in the industrialized world. But it also imposes costs on people and communities – including corporate-related human rights abuses, for reasons detailed in the SRSG's interim report. »<sup>13</sup>

Une première problématique rencontrée : celle de l'absence de recours utile pour la population advenant le non-respect de ses droits humanitaires. Des torts sont parfois causés à cette population comme conséquence directe des activités des multinationales, et ce, souvent sous l'œil consentant des autorités locales et même avec leur appui. Le contexte arbitral international actuel en matière d'investissement n'offre aucun de recours à la

---

<sup>13</sup> *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, Doc. N.U. A/HRC/4/35 (17 février 2007), en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/85/PDF/G0710885.pdf?OpenElement> (consulté le 29 octobre 2011), p. 3, par. 2.

population locale lésée ni même, le plus souvent, de voix pour faire entendre son opinion si ce n'est par le biais des organisations non gouvernementales (ONG). L'affaire *Aguas Del Tunari*<sup>14</sup> en Bolivie, également connue comme étant l'affaire *Bechtel Corporation* illustre bien cet état de fait. Aguas del Tunari, une société bolivienne détenue par diverses sociétés dont Bechtel, une société américaine, a conclu un contrat de concession avec le gouvernement bolivien en 1999 pour l'exploitation des installations d'aqueduc de la ville de Cochabamba en Bolivie. Ce contrat a été signé à la suite de négociations entre les représentants de Aguas del Tunari et les fonctionnaires de l'État en dehors de tout processus d'appel d'offres et en dépit du soulèvement de la population contre la conclusion de ce contrat. Les opérations de Aguas Del Tunari ont débuté en janvier 2000. Celle-ci a considérablement augmenté les tarifs d'approvisionnement en eau, ce qui a provoqué un mouvement de protestation populaire aussitôt réprimé par les forces de l'ordre et l'armée. Les protestations ne s'étant pas calmées, Aguas del Tunari a fermé ses portes en avril 2000. Celle-ci a par la suite poursuivi le gouvernement bolivien devant un tribunal arbitral international et a réclamé une somme considérable, soit 25 M \$, en compensation de la perte subie par ses actionnaires principaux, dont Bechtel. La procédure a été intentée devant un tribunal arbitral CIRDI en vertu du TBI intervenu entre la Bolivie et la Hollande (une des sociétés intermédiaires avait été constituée en vertu des lois hollandaises). Cette cause a retenu l'attention du Centre pour le droit environnemental international (CIEL), car les demandes de groupes de citoyens réclamant le droit d'être admis à titre de parties à la procédure arbitrale ont été rejetées, tout comme les demandes d'intervention à titre d'*amici curiae*<sup>15</sup>. Le principal reproche de l'opinion publique était l'absence de transparence des procédures, malgré l'intérêt public des questions soulevées. L'instance s'est terminée avec un règlement hors de Cour dont les tenants et aboutissants n'ont pas été publiés<sup>16</sup>. Dans un

---

<sup>14</sup> *Aguas Del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia*, 21 Octobre 2005, 20 ICSID Rev.—FILJ 450 (2005).

<sup>15</sup> THE CENTER FOR ENVIRONMENTAL LAW [CIEL], *Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit Over Access To Water*, par Martin WAGNER EARTHJUSTICE, Marcos ORELLANA et Jim SHULTZ, 2003, en ligne : <[http://www.ciel.org/Intl\\_Financial\\_Inst/Bechtel\\_Lawsuit\\_12Feb03.html](http://www.ciel.org/Intl_Financial_Inst/Bechtel_Lawsuit_12Feb03.html)> (consulté le 11 septembre 2012).

<sup>16</sup> *Aguas Del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia*, préc. note 14.

contexte comme celui-ci, nous croyons que la société civile avait intérêt à participer aux procédures arbitrales non seulement à titre *d'amicus curiae*, option exclue de toute manière, mais également à titre de partie pour réclamer la réparation du préjudice subi. Au surplus, elle avait intérêt à ce que la question soit tranchée alors que tous les acteurs concernés étaient présents dans la même instance, ce qui aurait été le cas dans l'affaire en question.

Une deuxième problématique que notre recherche nous a permis de découvrir a trait au caractère d'ordre public des arbitrages en matière d'investissement. Dans certains cas, l'adhésion de pays hôtes à divers traités peut finir par avoir une incidence sur leur pouvoir même de légiférer. Par exemple, certains États africains sont intervenus à des conventions internationales les obligeant à assurer la protection des droits humanitaires sur leur territoire. Par conséquent, il est possible que pour respecter cette obligation un État doive modifier sa législation interne. Or, qu'arrive-t-il si l'adoption ou la modification de la législation interne entre en conflit avec un TBI déjà en vigueur? Certains États peuvent donc se retrouver devant un dilemme : soit adopter les lois nécessaires pour respecter leurs obligations de protection des droits humanitaires de leur population ou se soumettre aux exigences de multinationales peu scrupuleuses qui — ayant souvent des moyens financiers beaucoup plus importants que l'État lui-même — peuvent brandir la menace d'une réclamation en vertu du TBI pour empêcher l'État hôte d'adopter la législation en question<sup>17</sup>. Car certains États n'ont tout simplement pas les moyens de se défendre devant de telles procédures, encore moins de faire face à un éventuel jugement qui leur serait défavorable<sup>18</sup>. Cette incidence sur le pouvoir de légiférer ne se fait cependant pas sentir que dans les pays en développement; le Canada a goûté à cette médecine dans *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*<sup>19</sup>. Introduite en 1996 en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, cette affaire mettait en cause la société américaine Ethyl Corporation qui

---

<sup>17</sup> Voir T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 89-90. Voir également INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, par Luke Eric PETERSON, 2004, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2004/trade\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/trade_bits.pdf)> (consulté le 8 août 2010), p. 35-36.

<sup>18</sup> T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 89-90.

<sup>19</sup> Copie des documents juridiques sur le site de Affaires étrangères et Commerce international Canada en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ethyl11.pdf>> (consulté le 23 octobre 2011).

poursuivait le Canada à la suite de l'adoption d'une mesure interdisant l'utilisation d'un certain additif dans l'essence, lequel était produit par Ethyl Corporation. L'affaire s'est réglée hors de Cour et s'est soldée avec le paiement d'une somme d'argent à Ethyl Corporation et par le retrait de la mesure litigieuse, en d'autres termes, l'abolition de la loi en question<sup>20</sup>. Un autre exemple, tout à fait récent, nous est donné dans l'affaire de *Vattenfall* en Allemagne où une procédure de règlement de différends a été entreprise en 2009 en vertu de la Charte de l'énergie<sup>21</sup>. En l'occurrence, la société suédoise Vattenfall avait obtenu un permis provisoire en 2004 pour la construction en Allemagne d'une centrale électrique au charbon, lequel imposait certaines conditions de nature environnementale pour la protection de l'Elbe. L'octroi de ce permis a suscité des manifestations d'opposition en Allemagne. C'est dans ce contexte que Vattenfall s'est vu imposer des conditions supplémentaires par la *Hamburg's Urban Development and Environment Authority* lors de l'octroi du permis définitif. L'imposition de ces conditions supplémentaires avait pour effet d'augmenter considérablement le coût du projet pour Vattenfall, d'où la poursuite de celle-ci contre l'Allemagne devant un tribunal arbitral CIRDI en 2009 afin de réclamer un dédommagement. Or, il est impossible de savoir avec exactitude quels sont les manquements qui ont été allégués par Vattenfall étant donné que les procédures sont demeurées confidentielles. Et pourtant, toute l'affaire avait suscité une mobilisation de la population et revêtait donc un caractère d'intérêt on ne peut plus public<sup>22</sup>. Enfin, dans certains cas, les traités relatifs aux investissements pourront procurer à l'État d'accueil une excuse pour ignorer l'opinion publique locale<sup>23</sup>. Vu, donc, cette

---

<sup>20</sup> Le lecteur est invité à lire à ce sujet le rapport de recherche publié par l'IISD : INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, par Luke Eric PETERSON et Kevin R. GRAY, 2005, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_int\\_human\\_rights\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf)> (consulté le 22 janvier 2012).

<sup>21</sup> *Traité de la Charte de l'énergie*, préc., note 7.

<sup>22</sup> INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *Background Paper on Vattenfall v. Germany arbitration*, par Nathalie BERNASCONI, 2009, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf)> (consulté le 2 juillet 2010).

<sup>23</sup> Voir à ce sujet: Thomas W. WÄLDE, « The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research », dans ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux. New aspects of international investment law*, Leiden,

problématique de l'intérêt public, il importe d'assurer que toutes les parties touchées par les mesures et actions en cause – surtout la population locale qui subira indirectement les conséquences de la procédure de règlement de différends — ont la possibilité de participer au processus arbitral et de faire valoir leurs réclamations. Or, l'arbitrage international ne permet actuellement pas à la population locale de faire valoir ses droits et recours lorsqu'un investisseur poursuit un État en vertu d'un TBI. Au surcroît, elle se voit refuser l'accès aux débats.

Une troisième problématique que l'étude de la jurisprudence en matière d'investissement nous a permis de constater en est une qui a trait aux tribunaux arbitraux utilisés. La procédure utilisée devant ces tribunaux a été élaborée pour des arbitrages de différends en matière commerciale, lesquels sont basés sur des relations purement contractuelles. D'ailleurs, le CIRDI a vu le jour pour connaître des différends liés à l'application de contrats d'États, donc des contrats intervenus entre une partie privée et une partie étatique. Ces différends impliquent des États, certes, mais ceux-ci ont une portée beaucoup plus limitée qu'un TBI, car ils ne concernent qu'un contrat. Par opposition, en matière d'investissement, le recours exercé ne porte pas sur un contrat, mais sur une décision ou mesure de l'État exerçant sa souveraineté. On peut donc se demander si les arbitres nommés pour trancher des différends entamés en vertu de TBI ont la compétence nécessaire pour entendre ce type de différends. L'intérêt public et les conséquences des investissements sur la population locale ne militent-ils pas dans le sens d'accorder une voie de recours aux représentants de ces populations, victimes malaimées d'un système arbitral maintenant dépassé?

Accorder aux tiers la possibilité d'intenter des recours constitue selon nous une solution aux problématiques que nous avons soulevées et c'est ce dont nous traiterons ici. Actuellement, les seuls recours que peut exercer la population locale d'un État d'accueil

---

Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 106-107. Voir également le texte suivant traitant de l'incidence des investissements internationaux sur les droits de l'homme : *Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. NU E/CN.4/2006/97, 22 février 2006.

sont ceux offerts en droit interne, s'il en est. Or, le droit interne de plusieurs États est souvent inadéquat pour assurer la réparation du dommage causé à la population. Le cas Bhopal en Inde en est un bon exemple. En 1984, plusieurs habitants ont été exposés à un gaz et à des produits toxiques à la suite d'une fuite provenant de l'usine d'Union Carbide située dans ce village. Des accusations ont été portées contre certains dirigeants de l'entreprise, mais les condamnations n'ont été prononcées qu'en juin 2010, soit plus de 25 ans après la catastrophe. De plus, la vigueur de la sentence n'est pas à la hauteur des attentes de la population dans ce cas<sup>24</sup>. Dans une autre affaire, des recours civils exercés devant les tribunaux internes aux États-Unis en vertu de l'*Alien Tort Claims Act*<sup>25</sup> contre une compagnie californienne et certains de ses dirigeants ont fait ressortir des faits assez embarrassants. En effet, l'entreprise avait bénéficié de la protection des forces armées locales au détriment de la population locale, laquelle a été exploitée et a vu ses droits humanitaires bafoués par celle-ci<sup>26</sup>. La corruption reste un problème toujours très présent dans certains pays;<sup>27</sup> dans un tel contexte, les difficultés pour la population d'obtenir réparation du préjudice subi à la suite de la violation de ses droits due aux activités des multinationales établies chez-elle et le laxisme des autorités gouvernementales à cet égard, sont toujours d'actualité. Les recours internes s'avèrent peu efficaces et la réparation du préjudice est en pratique, illusoire.

### Question de recherche

Les TBI et autres traités relatifs aux investissements ont évolué au cours de la dernière décennie devant la pression des ONG et autres organisations vouées à la surveillance et à la protection des droits humanitaires et environnementaux. Aussi,

---

<sup>24</sup> Voir l'article publié sur Cyberpresse en ligne : <<http://www.cyberpresse.ca/international/asiel-oceanie/201006/07/01-4287453-bhopal-la-prison-pour-les-responsables-de-la-catastrophe.php>> (consulté le 21 novembre 2010).

<sup>25</sup> *Federal Tort Claims Act* (FTCA or Act), 28 U.S.C. § 1346(b).

<sup>26</sup> *Doe v. Unocal Corp.*, D.C. No. CV-96-06959-RSWL et D.C. No. CV-96-06112-RSWL (D.C. Sep. 18, 2002), disponible en ligne : <<http://www.earthrights.org/sites/default/files/legal/Unocal-Decision-0056603.pdf>> (consulté le 21 novembre 2010).

<sup>27</sup> Voir les renseignements publiés en ligne à : <[http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2010](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010)> (consulté le 21 novembre 2010).

plusieurs TBI et accords bilatéraux de libre-échange de la dernière génération comportent-ils des obligations relatives au respect du droit des travailleurs et au respect de l'environnement, et interdiction est faite aux États d'assouplir leurs législations dans le but d'attirer ou de maintenir en place des investisseurs étrangers peu scrupuleux<sup>28</sup>. De plus, ces traités de nouvelle génération, notamment ceux auxquels le Canada et les États-Unis sont parties, prévoient spécifiquement que les procédures et les audiences doivent être publiques, y compris les sentences arbitrales. Ces traités donnent expressément, à des tiers, le droit de soumettre des opinions au tribunal arbitral et détaillent la procédure à suivre pour ce faire<sup>29</sup>. Ces innovations s'inscrivent dans le courant initié par l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui, malgré l'absence d'un texte clair dans le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*<sup>30</sup>, admet, depuis l'affaire États-Unis — Crevettes<sup>31</sup>, l'opinion d'*amicus curiae* dans les procédures instituées sous sa juridiction.

Malgré cette avancée heureuse, nous n'en sommes cependant pas encore au droit de recours pour la population et les risques de non-respect de ses droits demeurent toujours actuels, d'où la nécessité, selon nous, de la doter d'un recours utile afin qu'elle puisse faire cesser les torts qui lui sont causés et obtenir réparation pour le préjudice subi. L'exemple de *Doe v. Unocal Corp.*<sup>32</sup> illustre bien ce besoin d'accorder à la population locale un recours en arbitrage international. La population a un intérêt à voir ses règles minimales de

---

<sup>28</sup> Voir à titre d'exemple l'*Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements*, 14 novembre 2006, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Canada-Peru10nov06-fr.pdf>> (consulté le 22 janvier 2012), art. 11.

<sup>29</sup> Voir à titre d'exemple le *Modèle canadien d'APIE*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf>> (consulté le 29 juin 2011), ainsi que le *Modèle de TBI des États-Unis*, en ligne : <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (consulté le 3 décembre 2011).

<sup>30</sup> *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'*Accord instituant l'OMC de 1994*, en ligne : <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf)> (consulté le 22 janvier 2012), [Mémorandum d'accord]

<sup>31</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R) Rapport d'appel du 12 octobre 1998.

<sup>32</sup> *Doe v. Unocal Corp*, préc., note 26.



protection sanctionnées devant un tribunal neutre, exempt des jeux de pouvoir politique et de la corruption.

Le droit de l'investissement international s'est concentré jusqu'ici sur l'investisseur : l'attirer et le protéger. Il est certain que les TBI ont leur utilité et qu'ils sont probablement souhaitables. La protection des investisseurs est effectivement nécessaire dans certains cas. Mark Baker, un éminent avocat de droit international en matière d'investissement, explique que les investisseurs et leurs alliés ont souvent eu, et ont peut-être encore aujourd'hui, à faire face aux actions de gouvernements peu scrupuleux. Me Baker cite des exemples de telles actions : arrestations d'individus étrangers et employés de compagnies étrangères; saisie de dossiers et même d'ordinateurs complets, en plein milieu de la nuit, à la suite d'injonctions obtenues *ex parte*; nombre croissant de saisies avant jugement; très courts délais de paiement exigé d'avance pour la sauvegarde de droits; création de tribunaux spéciaux en vertu de lois spéciales pour traiter des investissements; injonctions contre des membres de tribunaux et contre des procureurs étrangers pour les empêcher de procéder; exercice de pressions eu égard aux conditions d'émission de permis d'import-export mettant en danger la santé financière de l'entreprise avant même que son droit ait été tranché; visites de dissuasion par les autorités à personnes qui pourraient avoir l'intention de se joindre à un investisseur pour exercer un recours<sup>33</sup>. Les investisseurs étrangers sont bienvenus dans plusieurs pays en voie de développement qui ont besoin de ceux-ci pour assurer leur croissance économique. Cependant, pallier des situations comme celles mentionnées ci-avant ainsi qu'aux expropriations intempestives que nous avons évoquées plus haut était nécessaire. Aussi, tant les États d'accueil que les États d'origine avaient un intérêt à conclure des traités pour protéger les investissements internationaux, d'où la prolifération des TBI. Or, le principal attrait des TBI et des autres traités traitant d'investissements étrangers est cette possibilité qui est donnée aux investisseurs de saisir un

---

<sup>33</sup> Kaj HOBÉR, Mark BAKER et Barry GARFINKEL, « Section Three : Denial of Justice in Local Courts », dans Federico ORTINO, Audley SHEPPARD et Hugo WARNER (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 187-197.

tribunal arbitral international de leurs différends et, ainsi, avoir accès à une justice impartiale :

« One of the purposes of investor-State arbitration is to avoid local courts. Litigation in the host State's domestic courts is usually seen as lacking the objectivity that the investor desires. In addition, domestic courts typically have to apply their local law, even if it falls short of the standards provided by international law. »<sup>34</sup>

Néanmoins, si des investisseurs ont déjà eu à faire face à des actions peu scrupuleuses, les populations locales également vivent leur lot de troubles liés à la présence de ces investisseurs étrangers sur leur territoire. Maintenant, compte tenu du contexte de mondialisation actuel, nous sommes obligés de constater que les populations locales se retrouvent souvent sans recours efficace devant les instances nationales. En plus, elles n'ont pas de droit de recours devant les tribunaux arbitraux internationaux, contrairement aux investisseurs. Nous nous questionnons donc sur la justification du refus d'ouvrir la porte de l'arbitrage international aux sociétés civiles? Celles-ci ne font-elles pas face au même risque de déni de justice lorsqu'elles exercent des recours devant les instances locales? Si la crainte du déni de justice est un argument valable pour protéger les investisseurs étrangers pourquoi ne le serait-il pas pour la société civile? Il existe certainement des situations où la population d'un État aurait intérêt, même si cela doit se faire par l'intermédiaire d'un organisme représentatif, à ce qu'un recours soit exercé pour compenser les dommages liés et découlant des conséquences directes et indirectes de la présence d'investisseurs étrangers sur son territoire. *Doe c. Unocal*<sup>35</sup> et *Bhopal*<sup>36</sup> sont des exemples de telles situations. Certains objecteront que les recours de la population devraient être exercés devant les instances locales et que le droit interne devrait régir ceux-ci. Nous ne sommes pas d'accord. Ce raisonnement serait valable pour les litiges de nature purement interne. Un litige mettant

---

<sup>34</sup> Daniel M. PRICE, Christoph SCHREUER et Philippe SANDS, « Section One : The Coexistence of Local and International Remedies », dans Federico ORTINO, Audley SHEPPARD et Hugo WARNER (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 158.

<sup>35</sup> *Doe v. Unocal Corp*, préc., note 26.

<sup>36</sup> Préc., note 24.

en cause des lois locales uniquement ne saurait devenir une affaire internationale. Il en va tout autrement, selon nous, lorsque le litige prend une couleur internationale, soit en raison des acteurs impliqués (par exemple la présence d'une multinationale étrangère), soit en raison des règles ou instruments qu'on cherche à faire respecter (par exemple un traité ou une loi inspirée des obligations découlant d'un traité). Le droit de l'investissement international, à l'instar d'autres sphères du droit international (par exemple les droits de l'homme, le droit du travail et le droit de l'environnement) faire sortir le différend de la scène nationale pour l'amener sur la place publique mondiale. En raison de ceci, nous sommes d'avis que tout différend qui a un lien, même indirect, avec un investissement international, devrait pouvoir être tranché par un tribunal arbitral international et que de tels recours sont juridiquement possibles.

Cette lacune du système arbitral international en matière d'investissement commande que nous nous penchions sur les solutions possibles. Nous soutenons que le fait de donner accès à des tiers représentatifs des populations à ce système l'améliorerait grandement. Comme le mentionne l'auteure Axelle Lemaire :

« De ce fait, le chapitre 11 [de l'ALÉNA] contribue au renforcement de la protection juridique de l'investisseur dans la sphère internationale. Plus encore, *le droit de saisine du tribunal arbitral encourage la revue de la position du droit international général quant au statut de la personne privée dans la sphère qu'il régit.* »<sup>37</sup>

Aussi, nous posons la question dans ce mémoire : est-ce que, dans le contexte actuel du droit de l'investissement international, des tiers peuvent prétendre à une voie de recours direct dans la procédure arbitrale internationale? Au lieu d'agir comme simple *amicus curiae*, des tiers pourraient-ils se voir octroyer le droit d'exercer des recours devant une instance arbitrale internationale?

La réponse à cette question ne va pas de soi. Nous sommes d'avis que déjà, dans l'état actuel du droit international et de la jurisprudence arbitrale internationale, la réponse à

---

<sup>37</sup> Axelle LEMAIRE, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALÉNA », (2001) 1 *Rev. Arb.* 43, p. 56. (Nos italiques)

cette question peut s'avérer positive et c'est ce que nous tenterons de démontrer dans cette étude. Cependant, le principe de la souveraineté des États et leur désir de garder un contrôle sur les questions de règlement des différends constituent des obstacles sérieux qu'il faut adresser pour assurer la crédibilité de notre démonstration. Les États, malgré une apparente ouverture, sont très réticents à se soumettre au jugement de tribunaux internationaux. À preuve, plusieurs instruments juridiques, dont des contrats d'État et des TBI, ont souvent exigé que l'investisseur exerce ses recours devant les instances locales avant de pouvoir se prévaloir de l'arbitrage international. C'est ce que les experts ont appelé la doctrine Calvo. De nos jours, cette doctrine a été pratiquement mise de côté dans le contentieux arbitral, l'article 26 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*<sup>38</sup> prévoyant de façon non équivoque que l'épuisement des recours devant les tribunaux locaux n'est pas un préalable à l'exercice d'un recours en arbitrage international. C'est également le cas dans plusieurs récents traités relatifs aux investissements. Néanmoins, si cette exigence a officiellement été mise de côté, elle teinte encore les actes et décisions des États. On a repéré de nouveaux « petits-enfants » de Calvo qu'utilisent les États pour tenter de se soustraire à l'arbitrage international. Entre autres, l'exigence dans certains TBI, d'exercer des recours devant les tribunaux locaux pour une période de temps prédéterminée ou encore l'inclusion de clauses de choix de *forum* dans les contrats d'États<sup>39</sup>. Ces tentatives des États visant à s'exclure de la juridiction arbitrale internationale n'ont cependant pas toujours les effets escomptés; certains tribunaux arbitraux se sont déclarés compétents pour entendre certains différends malgré la présence de clauses de choix de *forum* dans de tels contrats. Parallèlement à ce désir des États d'exercer un contrôle sur la soumission d'un différend à l'arbitrage, et fort probablement en raison de ce fait, nous ne pouvons nier que l'exigence du consentement de l'État à se soumettre à une instance arbitrale ne peut être mise de côté facilement. Néanmoins, malgré cette apparente résistance des États, nous trouvons de plus en plus de

---

<sup>38</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 2003, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)> (consulté le 22 avril 2011) [Convention de Washington ou Convention CIRDI].

<sup>39</sup> D. M. PRICE, C. SCHREUER et P. SANDS, préc., note 34, p. 158-164.

signes de changement des temps et des mœurs juridiques en droit international public, qui nous encouragent à poursuivre notre réflexion et à voir, dans le contexte juridique international actuel, une opportunité historique pour la société civile.

### **Cadre conceptuel et analytique**

Bien que l'objet de notre étude puisse s'avérer pertinent d'un point de vue socioéconomique en raison notamment des enjeux humanitaires et bien que le recours à des exemples de ces enjeux puisse s'avérer nécessaire à certaines occasions, nous n'adresserons pas ces problématiques. Notre analyse se veut juridique et notre étude tentera de trouver des solutions d'ordre juridique uniquement. Également, même si la question de savoir si des tiers pourraient avoir accès à l'arbitrage s'avère pertinente dans plus d'un domaine, nous nous limiterons ici au contexte de l'arbitrage relatif à l'investissement international. Étant donné l'évolution qu'a connue ce type d'arbitrage depuis les années 1970, de même que l'évolution du contenu des traités relatifs à l'investissement, nous trouvons que cette sphère du droit constitue une plateforme idéale pour l'introduction d'un recours exercé par des tiers et un point de départ tout indiqué pour la réflexion que nous désirons susciter et les solutions que nous désirons avancer. En effet, la présence de parties privées dans une procédure « judiciaire » jusque-là réservée aux États ébranle, à notre avis, l'ordre « judiciaire » international établi. Avant cependant de présenter notre plan d'analyse, nous nous devons de clarifier certaines notions.

Tout d'abord, qu'entendons-nous par « investissement international »? Il ne s'agit pas ici d'élaborer cette notion qui ne fait pas l'objet de notre recherche. Ce sujet à lui seul pourrait aisément faire l'objet de tout un mémoire. Nous désirons cependant fournir un aperçu de ce qu'on entend par « investissement international » afin que le lecteur soit à même de bien saisir le contexte particulier de notre recherche. Ainsi donc, le droit international a longtemps associé la notion d'investissement à celle de biens appartenant à des investisseurs étrangers. Aussi, les traités et accords les concernant visaient avant tout la

protection de ces biens<sup>40</sup>. La notion juridique d'investissement n'est pas vraiment définie en droit international et chaque traité fournit sa propre définition, laquelle, dans la plupart des cas, se limite à une nomenclature de biens et de transactions<sup>41</sup>. La Convention de Washington, qui crée le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), n'est pas plus explicite sur la notion d'investissement. Celle-ci ne propose en effet aucune définition de l'« investissement » et réfère plutôt aux définitions contenues dans les traités faisant l'objet d'un arbitrage sous ses auspices. Les « entreprises », « avoirs dans une entreprise » et les « intérêts découlant de l'engagement de capitaux » avoisinent les « prêts », « obligations » garanties ou non, les « titres de créances », l'« achalandage » et les « droits de propriété intellectuelle » dans la réalité moderne des investissements étrangers. À titre d'exemple, dans l'affaire *Fedax c. Venezuela* il a été décidé qu'un billet à ordre endossé en faveur d'un tiers étranger constituait un investissement au sens du traité en cause et que ce tiers, détenteur du billet, pouvait se prévaloir des droits conférés par le TBI à titre d'investisseur étranger<sup>42</sup>. Dans la littérature juridique, nous trouvons tantôt les expressions investissement « étranger » ou investissement « étranger direct » pour qualifier l'investissement visé par les traités relatifs aux investissements. Ces expressions, qui sont largement utilisées, cèdent de plus en plus leur place à une qualification mieux ajustée au contexte de mondialisation actuel : l'investissement « international ». Cette expression reflétant mieux la réalité des échanges commerciaux modernes, nous la préférons ici à celle d'« investissement étranger » et l'utiliserons indistinctement avec l'expression simplifiée d'« investissement ». Cependant, notre étude traitant des « tiers », nous devons immédiatement clarifier ce terme.

---

<sup>40</sup> Dominique CARREAU, « Investissements » dans Dominique CARREAU, Paul LAGARDE et Hervé SYNDET (dir.), *Répertoire de droit international*, Paris, Éditions Dalloz, 2002, pp. 3-12.

<sup>41</sup> À titre d'exemple, voir l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de Roumanie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 8 mai 2009, art. 1g), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/RomaniaFIPA-fra.pdf>> (consulté le 16 novembre 2010) (non encore en vigueur) [APIE Canada-Roumanie].

<sup>42</sup> Sentence du CIRDI du 11 juillet 1997 commentée dans EMMANUEL GAILLARD et CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004., p. 463.

Les tiers peuvent être de nombreuses personnes, organisations, organismes, sociétés ou regroupements. Nous élaborerons plus loin la qualification et préciserons qui sont ces tiers qui pourraient se voir accorder un droit de recours en arbitrage international. Notons uniquement ici que le terme « tiers » sera utilisé pour référer à des personnes, organisations, organismes, sociétés ou toutes autres formes de groupements, indistinctement, qui ne sont pas visés par les traités relatifs aux investissements et qui ne se sont pas vu accorder explicitement et textuellement des droits de recours en vertu de tels traités. Ceci étant précisé, voici donc notre plan d'analyse.

### **Plan d'analyse**

Nous traiterons, dans une première partie, de l'évolution de l'arbitrage international sous divers aspects, gardant toujours à l'esprit notre recherche de la place du tiers ou celle que nous désirons lui accorder dans le processus arbitral. Nous présenterons les caractéristiques de la tangente qu'a prise la procédure arbitrale en droit international et ferons ressortir les éléments révélateurs d'un virage bien amorcé vers une présence grandissante des tiers dans ce processus. Pour ce faire, nous verrons dans un premier temps quelles sont à notre avis les lacunes du système arbitral actuel en matière d'investissement qui sont susceptibles de justifier l'entrée de tiers comme parties à ce système. Nous verrons que les instances arbitrales relatives à des investissements soulèvent très souvent des questions d'intérêt public, car non seulement celles-ci impliquent des États, mais elles touchent des décisions étatiques qui s'apparentent très souvent à des mesures législatives. Or, nous trouvons que la procédure actuelle ne permet pas d'assurer que ces questions soient adéquatement prises en considération. La question de l'intérêt public nous amènera à remettre en question la compétence des arbitres à statuer sur ces différends. Eux qui proviennent d'une culture d'arbitrage commercial ont-ils la compétence voulue pour décider de différends dans lesquels l'intérêt public est en jeu. Enfin, nous aborderons la problématique de l'absence de transparence des procédures arbitrales en matière d'investissement qui fait régulièrement l'objet de critiques de la part d'organismes non gouvernementaux.

Dans un deuxième temps de cette première partie, nous présenterons un portrait de l'évolution de l'arbitrage international. Le droit international ne connaît en principe qu'une seule catégorie de sujets de droit : les États. Ce fait pouvant empêcher la participation de parties privées au processus arbitral international, nous avons voulu présenter l'évolution de l'arbitrage international à cet égard. Nous verrons que l'affrontement entre parties privées et parties étatiques ne date pas d'hier et que ce type de différends existait même avant l'arrivée des traités relatifs à l'investissement. Cependant, c'est avec la l'arrivée de ces traités que l'arbitrage entre investisseurs et États a été officialisé. Nous en traiterons donc dans un premier temps, puis jetterons un œil sur l'adoption de la Convention de Washington sur le règlement des différends en matière d'investissement entre États et investisseurs. Ceci mettra la table à l'avancée ultime du droit de l'arbitrage international : l'introduction d'opinions d'*amici curiae*, qui a fait son entrée par la porte de service lors d'un différend régi par le Mémoire d'accord de l'OMC, pour en arriver à une acceptation officielle de ces opinions dans des TBI de nouvelle génération.

L'état actuel du droit de l'arbitrage international relatif à l'investissement est à un niveau historique de participation de tiers dans une instance arbitrale internationale. Mais nous n'en sommes pas encore à une voie de recours. Dans une seconde partie, nous tenterons donc de répondre à la question qui fait l'objet du présent exposé : est-ce que des tiers peuvent prétendre à être parties à un arbitrage international en matière d'investissement? La première section de cette partie traitera de questions procédurales. L'arbitrage étant par nature un engagement consensuel, nous pouvons difficilement passer à côté de la question du consentement. Nous en traiterons donc en premier lieu. Après avoir présenté certaines notions générales eu égard au consentement à l'arbitrage, nous chercherons des éléments de réponses à notre question de recherche en nous référant à des exemples existants. Qu'il s'agisse d'arbitrage commercial international, de l'application de la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF) des TBI à la procédure de règlement des différends ou encore de l'institution du *forum prorogatum* de la Cour internationale de justice (CIJ), nous verrons que le droit international nous fournit des exemples inspirants et des pistes de solutions tout à fait réalistes. Nous terminerons cette section de droit



procédural en abordant la question de la qualité pour agir. Celle-ci est pertinente étant donné l'absence d'une telle qualité pour les parties privées sur la scène internationale. Notre deuxième section de cette partie traitera de l'aspect substantiel de l'accès des tiers à titre de parties à l'arbitrage international. Nous y examinerons les bases possibles d'un recours de tiers contre l'investisseur puis contre l'État. Dans la section suivante, nous traiterons de l'aspect procédural de l'admission des tiers comme parties à l'arbitrage et présenterons donc dans l'ordre nos critères de qualification de ces tiers, les conditions d'exercice d'un recours par ceux-ci puis le forum adéquat pour l'exercice de tels recours. Dans notre dernière section, nous irons de nos suggestions d'innovations des règles actuelles de l'arbitrage en matière d'investissement.

Notre recherche nous permettra de démontrer qu'il serait dès à présent possible pour un tiers d'exercer un recours en arbitrage international. Nous désirons cependant à nouveau mettre en garde le lecteur quant à l'angle de notre étude qui ne vise nullement la question de l'opportunité et la légitimité de l'accès à l'arbitrage pour les tiers. Notre objectif est plutôt de faire ressortir, au-delà des justifications sociales et humanitaires, que le système juridique international actuel en est à un point historique où le recours des tiers est juridiquement envisageable et que des aménagements sont tout à fait pensables pour ce faire.

## I. L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET LES TIERS : UNE ÉVOLUTION ENCOURAGEANTE

Le droit des investissements prend sa source dans l'obligation internationale de protection des étrangers, qui inclut la protection de leurs biens. Avant l'arrivée des TBI, si un investisseur subissait un préjudice en raison d'actions ou de décisions de l'État sur le territoire duquel se situait son investissement, par exemple l'expropriation de son entreprise sans indemnité, celui-ci devait exercer les recours disponibles dans le droit interne du pays d'accueil, lorsqu'il en existait. Si de tels recours n'étaient pas disponibles ou encore, si ceux-ci s'avéraient inefficaces, l'investisseur pouvait s'adresser à son État d'origine pour lui demander d'exercer sa « protection diplomatique ». En vertu de la protection diplomatique, un État peut en poursuivre un autre devant une juridiction internationale et lui réclamer un dédommagement en raison d'un préjudice subi par son national. En cette matière, cependant, l'État a toute discrétion pour tenter ou non un tel recours, et la procédure ainsi entamée par l'État constitue son recours propre et non celui de l'investisseur. Ceci a été affirmé et expliqué par la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction* :

« La Cour rappelle que, dans les limites fixées par le droit international, un Etat (sic) peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international.

L'Etat (sic) doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. »<sup>43</sup>

Dans cette affaire, la Belgique poursuivait l'Espagne à la suite d'un préjudice subi par les actionnaires de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (« *Barcelona Traction* »). Cette dernière avait été constituée au Canada, mais ses principaux

---

<sup>43</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, par. 78-79.

actionnaires étaient de nationalité belge. Cette saga judiciaire a débuté en 1958, donc peu avant l'arrivée des premiers TBI. La Belgique désirait exercer sa protection diplomatique à l'égard des actionnaires belges, mais la CIJ a affirmé qu'il n'était pas permis à celle-ci d'exercer un tel recours étant donné que la société concernée, Barcelona Traction, était de nationalité canadienne et que, par conséquent, il revenait au Canada d'invoquer la protection diplomatique de celle-ci, ce que celui-ci avait de toute évidence décidé de ne pas faire. Selon la CIJ, cette protection ne pouvait s'étendre aux actionnaires de la Barcelona Traction en l'absence d'une convention entre les parties concernées. Or, en 1958, année où le premier recours a été entamé par la Belgique, il n'existait aucun traité entre la Belgique et l'Espagne qui aurait pu justifier d'étendre la protection diplomatique aux actionnaires. Il a été dit que c'est en réaction à cette affaire que les premiers TBI auraient été créés<sup>44</sup>. Sans nous étendre sur cette affirmation, car là n'est pas l'objet de la présente recherche, nous constatons tout de même que la notion d'investissement et d'investisseur dans les TBI s'avère assez large et même très large, et que la question de l'accès à l'arbitrage international pour les actionnaires d'un investisseur en vertu des TBI ne se pose pas. Même si les définitions d'« investisseur » et d'« investissement » étaient moins élaborées dans les tout premiers TBI, cette notion a toujours été suffisamment large pour inclure le détenteur d'actions. Par exemple, dans le TBI intervenu entre la Thaïlande et l'Allemagne en 1961, l'article 8 définit comme suit l'investissement :

« 1. Aux fins du présent Traité, il faut entendre par "investissement" tout élément d'actif et plus particulièrement, mais non pas exclusivement :

A) [...];

B) Les actions ou autres types de participation dans des sociétés. »<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Sir Frank BERMAN, « The Relevance of the Law on Diplomatic Protection in Investment Arbitration », dans Federico ORTINO, Lohra LIBERTI, Audley SHEPPARD et Hugo WARNER, *Investment treaty law : current issues*. 2006, London: British Institute of International and Comparative Law. v. II p. 67, à la page 68.

<sup>45</sup> *Traité relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, Thaïlande/Rép. Féd. All., 13 décembre 1961, R.T.N.U., 208 (no 7870).

Ainsi, dans une situation comme celle de *Barcelona Traction* et en présence d'un TBI, les actionnaires auraient pu exercer leur propre recours contre le gouvernement d'Espagne.

Le premier TBI a vu le jour en 1959. En 2008, 2 676 TBI avaient été conclus mondialement<sup>46</sup>. Bien que le contenu de ceux-ci soit demeuré sensiblement le même au fil des ans, il reste que leur existence a modifié considérablement l'arbitrage international, en raison principalement de l'entrée de parties privées sur la scène internationale, laquelle était jusque-là réservée aux États. Nous verrons donc dans un premier temps comment l'arbitrage international a évolué pour en arriver à admettre une participation de tiers à titre d'*amici curiae*. Puis, nous tenterons de présenter les failles du système arbitral actuel, celles-là même qui justifient que nous nous interrogeons sur la pertinence de permettre à des tiers de participer activement à la procédure de même que sur la manière d'en arriver à une telle participation.

### ***A. Critique d'un système désuet***

La légitimité de la procédure d'arbitrage en matière d'investissement a souvent été contestée. Dans un texte publié en 2006, l'Institut international du développement durable (IISD) note que, dans la plupart des arbitrages de différends entre investisseurs et parties étatiques, des questions d'intérêt public sont en jeu et la population est susceptible d'en subir les conséquences. En effet, les différends soumis à l'arbitrage surviennent souvent dans des matières qui touchent les services publics, telle la fourniture en eau, en électricité et en gaz; ceux-ci peuvent également avoir pour effet de remettre en cause la législation locale, particulièrement celle visant la protection du bien-être public, tels les droits humanitaires, la santé, le travail, pour ne donner que ces exemples<sup>47</sup>. De plus, selon l'IISD, le nombre de différends qui se soldent par des condamnations de l'État à plus de 100 millions de dollars est en hausse. Ainsi, « every investor-state arbitration, regardless of

---

<sup>46</sup> U.N.C.T.A.D., *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, préc., note 9, p. 2.

<sup>47</sup> INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE [IISD], *Good Governance and the Rule of Law*, par Fiona MARSHALL et Howard MANN, 2006, en ligne: <[http://www.iisd.org/pdf/2006/investment\\_uncitral\\_rules\\_revision.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_revision.pdf)> (consulté le 8 août 2010).

sector or regulatory measure involved, has implications for the public purse »<sup>48</sup>. Aussi, le manque de transparence caractérisant ce type de procédures, l'impartialité douteuse des décideurs, l'absence d'appel et le manque de consistance entre les sentences arbitrales sont pointés du doigt et mettent en doute la légitimité du processus arbitral<sup>49</sup>.

#### a) L'intérêt public en jeu

Nombreux sont les différends relatifs aux investissements qui se tiennent en vertu de la procédure prévue au *Règlement du CIRDI* ou au *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*<sup>50</sup>. Or, en adoptant la Convention de Washington, laquelle créait le CIRDI, les signataires visaient à mettre en place une procédure de règlement des différends pour l'exécution de contrats d'État. À cette époque, les contrats conclus entre les États et les investisseurs contenaient des clauses compromissaires et les procédures de règlement de différends étaient instituées en vertu de ces clauses. La Convention de Washington fournissait donc un cadre à ce type d'instance et édictait des règles de procédures. L'objet de ces différends était de nature contractuelle et se limitait à l'interprétation et l'exécution d'un contrat en particulier. La situation s'avère fort différente lorsque le recours est exercé en vertu d'un traité.

Les instruments relatifs aux investissements réfèrent très souvent à la Convention de Washington, le *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI* et le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* comme procédure de règlement des différends entre investisseurs et État. Ces règles de procédure, comme le mentionne M. Thomas E. Carbonneau, bien qu'elles aient été édictées pour être utilisées dans le cadre spécifique du règlement de différends entre investisseurs et États, tirent leur origine du règlement de différends purement commerciaux entre parties privées. Faisant ressortir les différences

---

<sup>48</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 4-5.

<sup>50</sup> Les procédures d'arbitrages tenus en vertu d'autres règles que celles du CIRDI ne font en général pas l'objet de publication et il est donc difficile d'obtenir des données sur ces procédures et les sentences rendues. C'est pourquoi nos commentaires se limitent souvent aux arbitrages tenus en vertu de la *Convention CIRDI* (ou *Convention de Washington*).

entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage en matière d'investissement, M. Thomas E. Carbonneau a déjà écrit que dans un arbitrage commercial entre parties privées, l'arbitre n'aura pas à interpréter de textes législatifs ni à s'assurer du respect de règles d'ordre public<sup>51</sup>. Toujours selon M. Carbonneau, la plupart des arbitrages en matière d'investissement international utilisent la procédure et les structures « judiciaires » élaborées et mises en place pour l'arbitrage commercial, notamment la procédure du CIRDI. Or, dans les arbitrages relatifs à l'investissement, les arbitres ne tranchent plus des différends soulevant des questions de nature purement privée. Au contraire, ils doivent se prononcer sur des questions qui concernent très souvent, sinon toujours, l'intérêt public et qui sont directement liées au pouvoir de l'État de légiférer. L'auteur Thomas W. Wälde expose bien cette problématique :

In substance and function, investment arbitration is not very close to commercial arbitration; commercial arbitration is about solving, efficiently, neutrally and in confidence, private disputes between the participants to a cross-border commercial transactions; investment arbitration, on the other hand, is an asymmetric right of foreign investors to a quasi-judicial review of governmental contracts based on a very limited number of « investment disciplines » or « investment treatment obligations ». In national law, such review is carried out by administrative courts or general courts. In international economic law, it is in the main standing judicial bodies (ECJ, WTO) and international human rights law permanent courts (ECHR, LACHR) which carry out a comparable activity. »<sup>52</sup>

En matière d'investissement international, le tribunal arbitral se trouve à trancher des différends dont le résultat, advenant gain de cause de l'investisseur, aura des répercussions importantes pour le gouvernement défendeur et, par le fait même, indirectement, pour la population locale. Le versement de sommes importantes peut être imposé à l'État. Sans aucun doute, de telles condamnations entraîneront des répercussions sur les finances publiques et même sur le pouvoir de légiférer. En effet, même en faisant

---

<sup>51</sup> Thomas E. CARBONNEAU, *The Law and Practice of Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2007, p. 584.

<sup>52</sup> T. W. WÄLDE, préc., note 23, p. 145.

abstraction du résultat final, le coût de telles procédures peut s'avérer tout aussi imposant que la condamnation elle-même, d'où un poids encore une fois sur ces finances publiques.

Nous ne discuterions que de cet aspect financier de l'arbitrage international en matière d'investissement que ce serait suffisant pour affirmer que celui-ci touche à des matières d'ordre public. Mais il y a plus. D'une certaine manière, le traité s'insère dans le corpus législatif interne des parties (qui rappelons-le sont les États) et il est donc susceptible de limiter le pouvoir législatif de l'État, car celui-ci voudra certainement éviter de légiférer en contravention de ses obligations en vertu du traité. Nous avons évoqué cette problématique en introduction et mentionné que, dans certains pays en développement, il y a un risque que leurs obligations en vertu du TBI s'opposent à celles prévues à d'autres traités, notamment en matière de protection des droits humanitaires<sup>53</sup>. Le rôle du tribunal arbitral dans un tel contexte est fort différent de celui tenu dans un différend de nature purement commerciale, ou même dans un différend qui concerne l'application d'un contrat d'état. Dans un arbitrage international relatif à un investissement, et même si la jurisprudence affirme que là n'est pas son rôle, le tribunal se trouve à poser un jugement sur une décision de l'État, par exemple, celle de procéder à une expropriation. Ce jugement peut également porter sur la légalité d'une mesure législative, comme ce fut le cas dans l'affaire *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*<sup>54</sup> où le Canada s'est vu obligé de retirer une mesure législative contestée par Ethyl Corporation en vertu des dispositions de l'ALÉNA. Cette affaire s'est terminée par un règlement hors de cour et les détails de cette entente n'ont pas nécessairement été dévoilés à la population. Et alors, qu'en est-il du préjudice qu'ont pu souffrir certains travailleurs canadiens du fait des décisions prises tant par le gouvernement canadien que par Ethyl Corporation? Comment est-ce que la population a pu évaluer le préjudice possible étant donné le règlement hors de cour et la confidentialité des procédures?

---

<sup>53</sup> *Supra*, page 5.

<sup>54</sup> *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, préc., note 19.

Actuellement, outre les opinions que les tiers peuvent être autorisés à soumettre dans certaines instances arbitrales, ceux-ci n'ont aucun pouvoir de s'assurer que les parties civiles se verront compensées pour le préjudice subi. En effet, étant donné le caractère confidentiel de ces procédures, il demeure impossible dans bien des cas d'évaluer le préjudice qu'une décision ou une sentence peut avoir sur certains membres de la population. Vu donc l'intérêt public en jeu dans les différends relatifs aux investissements, nous croyons que l'octroi d'un recours direct à certains tiers représentatifs constituerait un remède efficace à cette problématique. En étant parties, les tiers intéressés pourraient non seulement faire valoir leur réclamation, mais également, en ayant accès à l'information échangée entre l'investisseur et l'État, ils auraient la possibilité de mieux évaluer l'ampleur du préjudice subi. Par conséquent, ils bénéficieraient d'un réel droit à la réparation. De plus, la présence de tierces parties permettrait une meilleure surveillance des décisions prises dans les règlements hors de Cour. De plus, s'il y avait possibilité de recours pour des tiers à l'intérieur même d'une instance entre un investisseur et un État donné, l'arbitre serait en mesure d'évaluer tous les impacts des faits et de sa décision. Ainsi, il rendrait une sentence qui tient compte de tous les faits, à tous les niveaux.

Maintenant, découlant de la problématique de l'intérêt public, nous aborderons dans la prochaine section la question de la compétence des décideurs.

### **b) Compétence des arbitres**

Étant donné l'intérêt public souvent présent dans plusieurs arbitrages relatifs aux investissements, et compte tenu de la procédure de règlement souvent choisie qui, comme nous l'avons vu ci-haut, s'est inspirée de la procédure régissant des différends de nature commerciale, nous devons nous demander si les arbitres choisis en matière d'investissement ont les compétences nécessaires en cette matière. Selon M. Thomas W. Wälde, les arbitres qui siègent en matière d'investissement sont les mêmes qui agissent en matière d'arbitrage commercial. Ceux-ci ont-ils adapté leur approche et ont-ils tous l'expertise requise pour trancher ce genre de différend et tenir compte des facteurs d'ordre



public qui sont en jeu et que nous avons évoqués plus haut<sup>55</sup>? M. Wälde en doute. Dans le même ordre d'idées, l'auteure Axelle Lemaire écrit judicieusement au sujet de la légitimité des procédures arbitrales opposant un État à une partie privée, et plus particulièrement à l'égard de la compétence des arbitres :

« Le débat autour des atteintes à la souveraineté législative des Etats (sic) s'accompagne également d'une inquiétude quant au contenu démocratique du mécanisme d'arbitrage. La légitimité du rôle dévolu aux arbitres est ainsi mise en doute. [...] Il est demandé à des personnes privées, sans légitimité démocratique aucune, de se prononcer sur des mesures de politique nationale prises à l'instigation de gouvernements démocratiquement élus. Les sentences peuvent aboutir à une condamnation desdites mesures, par le biais de l'octroi d'une compensation monétaire à un investisseur. En outre, il est reproché aux arbitres de ne manifester qu'un intérêt très relatif pour les politiques publiques menées par les Etats (sic), favorisant ainsi, intentionnellement ou non, les intérêts des investisseurs privés. »<sup>56</sup>

L'auteur Thomas W. Wälde tient un discours semblable lorsqu'il discute de la spécificité de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux. Selon ce dernier, « [i]nvestment arbitration has to be understood as a process with its own culture and dynamics »<sup>57</sup>. Les tribunaux arbitraux en matière d'investissement ne sont pas des tribunaux permanents. Les arbitres ne ressentent donc pas la pression de suivre une jurisprudence. L'indépendance des juges, dont la nomination a un caractère permanent et dont le mandat ne dépend pas du choix de parties, ne s'applique pas non plus. Étant choisis et rémunérés par les parties, les arbitres peuvent avoir le souci de voir leur mandat renouvelé, contrairement aux juges des tribunaux permanents; leur jugement risque donc d'être influencé. De plus, comme nous l'avons vu, les tribunaux arbitraux en matière d'investissement sont établis et agissent sur la base de pratiques d'arbitrage commercial, ce qui ne se prête pas toujours bien au droit de l'investissement. L'arbitrage en matière commerciale traite de différends de nature purement privée entre deux parties censées

---

<sup>55</sup> T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 145.

<sup>56</sup> A. LEMAIRE, préc. note 37, p. 72.

<sup>57</sup> T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 71.

s'affronter à armes égales et avoir contracté en connaissance de cause. Ce caractère privé des différends commerciaux rend la procédure d'arbitrage propice à la discussion entre les parties et ultimement à un règlement à l'amiable. Mais au-delà de la nature commerciale du différend, pour les arbitres, être nommé pour un différend en particulier constitue un mandat de nature commerciale également. L'arbitre a un intérêt financier dans l'arbitrage : non seulement désire-t-il être choisi pour décider d'un différend donné, mais une fois nommé, on peut facilement imaginer que dans l'exercice de ses fonctions, celui-ci soit porté à agir de manière à s'attirer une nomination ultérieure, que ce soit entre les mêmes parties ou non. Les arbitres en matière commerciale usent donc de leur mentalité d'affaires, contrairement aux décideurs des tribunaux permanents ou institutionnels qui n'ont pas à se préoccuper de cette dimension<sup>58</sup>. Or, en présence d'une partie étatique, ce type de nomination n'est pas idéal.

Bien qu'en général le président du tribunal soit nommé par une institution internationale telle le CIRDI et que la procédure soit prévue au traité ou autre instrument juridique, il reste que l'ensemble du processus est plus ou moins dicté par les parties. Non seulement celles-ci dictent l'objet du débat, mais encore, elles imposent les éléments conceptuels et factuels. Le tribunal arbitral ne possède pas les mêmes pouvoirs d'enquête qu'un tribunal national. L'attitude « tunnel » de l'arbitrage international en matière d'investissements entre en conflit avec la tendance actuelle de transparence et d'attentes vis-à-vis ces tribunaux de remplir un rôle décisionnel non uniquement privé. Ceux-ci doivent être de plus en plus conscients du caractère public des décisions qu'ils rendent (lesquelles n'ont plus uniquement trait à des intérêts privés) et du rôle grandissant des tiers susceptibles de représenter cet intérêt public<sup>59</sup>. D'où la nécessité de repenser l'arbitrage en matière d'investissement. Encore une fois, l'arbitrage commercial se caractérise par l'égalité entre deux commerçants internationaux qui sont présumés agir à armes égales. Ils sont traités comme des gens d'affaires chevronnés ayant accepté les risques de leurs transactions. Alors qu'en arbitrage commercial les décisions rendues constituent une

---

<sup>58</sup> T. W. WÄLDE, préc., note 23, p. 146-147.

<sup>59</sup> T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 71-75.

explication d'un contrat particulier, les sentences rendues en matière d'investissement ont une portée sur les politiques internes de l'État impliqué.

Abordant la question sous un autre angle, M. Luke Eric Peterson nous présente certaines limites dans la vision des arbitres en arbitrage international relatifs aux investissements dans son texte publié par l'IISD. Selon cet auteur, la rédaction du préambule de nombreux TBI prône une vision étroite et l'objectif exprimé se limite à la promotion des investissements. Selon cet auteur, les arbitres internationaux auraient tendance à se référer à ces préambules et à leur donner une portée restrictive pour interpréter les dispositions du traité. Voici un exemple d'un commentaire du tribunal arbitral dans l'affaire *Siemens* :

« The Tribunal considers that the Treaty has to be interpreted neither liberally nor restrictively, as neither of these adverbs is part of Article 31(1) of the Vienna Convention. The Tribunal shall be guided by the purpose of the Treaty as expressed in its title and preamble. It is a treaty “to protect” and “to promote” investments. »<sup>60</sup>

On peut également lire dans l'affaire *SGS v. Republic of the Philippines* :

« The object and purpose of the BIT supports an effective interpretation of Article X(2). The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended “to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other”. It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments. »<sup>61</sup>

Nous percevons très clairement ici la mentalité commerçante de l'arbitre. Cependant, selon M. Peterson, le problème en matière d'investissement n'est pas tant cette mentalité commerciale des arbitres et le fait que ceux-ci puissent également agir à titre de conseillers juridiques pour des investisseurs dans d'autres affaires, comme nous l'avons soulevé plus haut. La problématique découlerait plutôt des autorités gouvernementales qui

---

<sup>60</sup> *Siemens A.G. c/ The Argentine Republic*, CIRDI, 8 août 2004, Décision sur la compétence rendue dans l'affaire n° ARB/02/8.

<sup>61</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, décision sur la compétence rendue dans l'affaire n° ARB/02/6, CIRDI, 29 janvier 2004, par. 116.

signent des traités dont l'énoncé des objectifs est étroit et lié uniquement à la protection des investissements. Ceux-ci devraient également empêcher que l'arbitrage vienne priver le gouvernement de sa prérogative dans des matières sensibles, tels la santé, l'environnement, la taxation, etc. :

« Given the nature of the disputes which are arising between governments and foreign investors under investment treaties, it will be important for governments to ensure that investment treaties recognize not only the importance of a favourable investment climate, but also the prerogative of states to regulate in the public interest and the importance of other policy goals, such as poverty alleviation, environmental protection and sustainable development. More balanced preambles might help to ensure that tribunals do not view it as “legitimate” to resolve uncertainties in treaty interpretation so as to favour investor interests. »<sup>62</sup>

Ces lacunes, tant celle liée au caractère commercial des antécédents de l'arbitre que celle liée à la rédaction des textes, pourraient certes être réglées autrement que par l'admission des réclamations de tiers, notamment par l'établissement de tribunaux permanents (nous y reviendrons plus loin). Cependant, le tiers représentatif d'une partie de la population qui présenterait une réclamation — et non seulement une opinion — soulèverait ses arguments propres et forcerait l'arbitre à considérer des aspects factuels et juridiques qui ne seraient autrement pas adressés. Par exemple, si dans une situation comme celle de l'affaire *Bechtel Corporation*<sup>63</sup>, la population avait pu se joindre à la procédure d'arbitrage et réclamer un dédommagement pour les frais additionnels, voire abusifs, d'approvisionnement en eau qu'elle a dû payer, l'arbitre aurait dû non seulement évaluer la perte subie par l'investisseur, mais également celle de la population. Si, par surcroît, cette réclamation avait été faite contre l'État lui-même pour avoir signé un contrat malgré l'opposition populaire, nous imaginons mal un décideur condamner un gouvernement sur les deux fronts (la réclamation de l'investisseur et celle de la population), car le caractère aberrant de telles condamnations apparaîtrait alors. Le fait de pouvoir adresser tous les points litigieux en un même *forum* permettrait, dans de telles situations, de faire en sorte

---

<sup>62</sup> Luke Eric PETERSON, préc., note 17, p. 24.

<sup>63</sup> *Aguas Del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia*, préc. note 14.

que l'arbitre étend son étude et sa compréhension des faits et des questions de droit et, ainsi, il élargirait sa compétence. À l'instar du droit interne qui permet l'intervention ou la mise en cause d'un tiers, l'admission de la réclamation de tiers procurerait le même avantage, c'est-à-dire, le règlement en une seule instance de toutes les réclamations reliées aux mêmes faits. Sans compter qu'une telle participation de tiers rendrait public (dans certains cas) un processus habituellement privé. Ce qui nous amène à enchaîner avec une autre problématique rencontrée en arbitrage international relatif à l'investissement : le manque de transparence.

### c) Absence de transparence

L'arbitrage en matière d'investissements est l'objet d'un autre reproche : le manque de transparence de la procédure. Certains traités de la nouvelle génération, tant les TBI que les autres instruments relatifs aux investissements, remédient à ce problème de transparence en prévoyant la publicité de la procédure, tant écrite qu'orale, ainsi que la publication des sentences arbitrales<sup>64</sup>. Cette tendance n'est cependant pas généralisée. En 2008, plusieurs États se montraient encore très réfractaires à l'idée de permettre à des tiers d'être témoins de leurs débats. C'est ce que relevaient le Center for International Environmental Law (CIEL) et l'IISD dans un texte commun publié en février 2008 au sujet de la révision du règlement de la CNUDCI :

« Center for International Environmental Law (CIEL) and the International Institute for Sustainable Development (IISD) express their deep disappointment at the efforts of some governments to block the inclusion of transparency provisions in the revised Rules. Fortunately, these governments were not completely successful. »<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> À titre d'exemple, voir le TBI intervenu entre les États-Unis et la République d'Uruguay : *Treaty Between The United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 25 novembre 2005, art. 29, en ligne : <[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US\\_Uruguay.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US_Uruguay.pdf)> (consulté le 23 janvier 2012).

<sup>65</sup> CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW et INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Block of Countries refuses to Discuss Transparency*, 2008, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2008/pr\\_ciel\\_iisd\\_feb\\_15\\_2008.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/pr_ciel_iisd_feb_15_2008.pdf)>, (consulté le 8 août 2010).

Il est possible de consulter les procédures entamées sous les auspices du CIRDI vu l'obligation imposée au secrétaire général en vertu de l'article 22 du *Règlement administratif et financier* du CIRDI, de publier « des informations appropriées » sur les procédures de règlement ou de conciliation, y compris les copies des procès-verbaux de la Commission de conciliation et des sentences arbitrales « *si les parties y consentent* ». En l'absence du consentement des parties, seul un résumé du raisonnement juridique du tribunal arbitral est publié. Lors de sa révision en 2008, le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* s'est quant à lui vu ajouter, à l'article 34(5), une disposition prévoyant expressément la possibilité de publier la sentence rendue dans un différend. Le consentement des parties est toutefois requis pour ce faire et, cette disposition étant récente, aucune décision à ce jour n'est rendue disponible sur le site de la CNUDCI. Un bémol subsiste cependant à cette avancée : les instruments de nouvelle génération prévoient que le tribunal arbitral peut interdire la publication de certains documents et éléments de preuve si la partie concernée risque d'en subir un préjudice.<sup>66</sup>

Est-ce que ces nouveautés suffisent pour assurer la prise en compte de l'intérêt public et des conséquences pour la population de procédures de règlement de différends? Qu'arrive-t-il si les parties décident de régler leur différend hors de Cour? Comment la population peut-elle vérifier si le règlement est équitable compte tenu du préjudice qu'elle-même peut en subir? Encore une fois, nous croyons que la présence de tiers à l'instance arbitrale constitue une partie de la solution.

#### **d) Vers l'admission des tiers dans le processus arbitral international**

Nous venons d'exposer les motifs pour lesquels nous croyons qu'il est grand temps de donner un accès aux tiers au processus d'arbitrage international dans le contexte de l'investissement international. Force est de constater que les bonnes intentions demeurent insuffisantes juridiquement pour modifier le droit existant. Conscients de la nécessité d'un fondement juridique pour octroyer de tels recours à des tiers au traité, nous avons d'abord

---

<sup>66</sup> *Treaty Between The United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, préc., note 64.

voulu analyser l'évolution de l'arbitrage international eu égard à l'accès à l'arbitrage. Certains instruments relatifs à l'investissement de nouvelle génération prévoient expressément la possibilité pour des tiers de soumettre des opinions au tribunal arbitral. Datant du début des années 2000 environ, le droit officiel de soumettre une opinion est cependant récent dans l'histoire de l'arbitrage international. Ce droit a été rendu possible grâce à un développement jurisprudentiel émanant de l'Organe d'appel de l'OMC. Aussi, afin de mieux situer notre propos, nous avons jugé nécessaire de faire une revue de l'histoire de l'arbitrage international en ce qui concerne l'accès à ce processus. Nous en traitons dans la prochaine section où nous verrons que l'arbitrage entre parties privées et États remonte à près d'un siècle avant l'apparition du premier TBI. Et malgré la réticence des États à se soumettre à une instance devant un tribunal arbitral, nous verrons que l'arbitrage international a néanmoins pris une tangente d'ouverture et peu à peu, a fait une place à des tiers non parties à l'instance : l'*amicus curiae*.

## ***B. L'entrée en jeu de l'amicus curiae en arbitrage international***

### **a) L'origine de l'arbitrage entre parties privées et États : un survol**

On situe l'origine de l'arbitrage entre États et parties privées à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Une des premières sentences arbitrales répertoriées remonte à 1864. Elle a été rendue dans un différend opposant la Compagnie universelle du canal de Suez au vice-roi d'Égypte. Elle a été rendue par Napoléon III en vertu d'un compromis conclu spécifiquement pour le règlement de ce différend.<sup>67</sup> Sont ensuite apparues les clauses compromissoires dans les contrats conclus entre États et investisseurs<sup>68</sup>. La validité et le caractère obligatoire des sentences rendues en vertu de telles clauses ont été affirmés en 1939 par la Cour

---

<sup>67</sup> Charles LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », dans Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 10.

<sup>68</sup> Id., p.11-12.

permanente internationale de justice (CPIJ) dans l'affaire *Société commerciale de Belgique*<sup>69</sup>. Dans cette affaire, la Grèce avait conclu en 1925 un contrat avec la Société Commerciale de Belgique pour la construction de lignes de chemin de fer, lequel contenait une clause compromissoire. À la suite du défaut par le gouvernement hellénique de respecter ses obligations financières découlant de ce contrat, la société belge entreprit un recours de règlement de différends contre la Grèce devant un tribunal arbitral. En 1936, la Commission arbitrale chargée d'entendre le différend a donné gain de cause à la société belge. La Grèce ayant refusé d'exécuter les ordonnances pécuniaires de ces sentences, la Belgique a accordé à la Société commerciale de Belgique sa protection diplomatique et a intenté un recours devant la CPIJ afin de faire déclarer le caractère obligatoire des sentences arbitrales, ce que la CPIJ a fait.

#### **b) L'arrivée des traités relatifs à l'investissement**

En 1959 a été conclu le premier TBI; il s'agit du traité intervenu entre l'Allemagne et le Pakistan<sup>70</sup>. Au départ, les TBI étaient principalement conclus entre pays développés d'une part et des pays d'Europe qui relevaient de la guerre, ou encore entre des pays sous-développés d'autre part. Les investisseurs étrangers étaient bienvenus, car ceux-ci implantaient des entreprises qui le plus souvent fournissaient des services publics tels l'électricité, l'eau ou le transport alors que l'État n'avait pas toujours les moyens financiers pour ce faire. Or, une fois l'entreprise implantée, certains pays procédaient à leur expropriation ou à leur nationalisation sans verser d'indemnité aux investisseurs propriétaires. Il importait donc d'assurer la protection des investisseurs internationaux et de leurs investissements<sup>71</sup>. Mesure primordiale puisque les États d'accueil avaient besoin de

---

<sup>69</sup> *Société commerciale de Belgique* (Belgique c. Grèce), C.P.I.J. Recueil (série A/B), n° 78, p. 159 (15 juin 1939) en ligne : [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_78/01\\_Societe\\_commerciale\\_de\\_Belgique\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_78/01_Societe_commerciale_de_Belgique_Arret.pdf) (consulté le 22 avril 2011).

<sup>70</sup> *Treaty for the Promotion and the Protection of Investments*, Pakistan/Fed. Rep. Of Germany, en ligne: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany\\_pakistan.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_pakistan.pdf) (consulté le 25 octobre 2009); voir également à ce sujet Alexandra N. DIEHL, « Tracing a Success Story or « The Baby Boom of BITs », dans August REINISH et Christina KNAHR (dir), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, p. 7.

<sup>71</sup> P. KHAN, préc., note 11, p. 18.



ces investisseurs étrangers pour assurer leur croissance économique et les investisseurs avaient besoin d'être protégés. Nul besoin de s'étendre sur le fait que personne ne sera tenté d'investir dans un pays où elle risque de perdre son investissement. Les TBI se sont donc avérés l'outil par excellence pour la protection des investissements internationaux. La raison de l'utilité de cet outil ne réside cependant pas dans les obligations qu'ils contiennent. L'interdiction d'exproprier sans compensation juste et suffisante incluse à ces traités ou encore la protection des investissements contre les dommages découlant de conflits armés, la libre circulation des capitaux ou le traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux ou aux investisseurs de pays tiers ne sont pas de droit nouveau. En effet, sous cet aspect les TBI semblent simplement reprendre les obligations internationales du droit coutumier. La véritable nouveauté de ces instruments juridiques : fournir une voie de recours direct aux investisseurs contre l'État d'accueil en arbitrage international. Il n'était donc plus nécessaire de faire appel à l'État pour obtenir sa protection diplomatique en cas de non-respect par l'État d'accueil de ses obligations. L'investisseur bénéficiait dorénavant de son propre recours.

Les textes des premiers TBI étaient très courts et somme toute rudimentaires en comparaison des TBI plus récents, tout en constituant une concession de taille pour les États. En effet, de tout temps les États ont été réticents à institutionnaliser l'arbitrage et à s'obliger à l'avance à soumettre un différend à l'arbitrage. Lorsqu'un litige requiert une action judiciaire, les États préfèrent les tribunaux institutionnalisés, par exemple la CIJ, à l'arbitrage. Les États hésitent également à s'engager à soumettre un différend à l'arbitrage par le biais d'instruments larges et quand ils le font, ils hésitent à utiliser la procédure par peur qu'un autre État l'utilise contre eux :

« Les États restent très attachés au caractère facultatif de l'arbitrage qui préserve leur liberté jusqu'à la conclusion du compromis. Cet attachement explique certainement les échecs répétés connus par la Commission du droit international (CDI) lorsque, dans le cadre de ses travaux de codification, elle a tenté d'imposer un engagement d'arbitrage

obligatoire et de trouver des solutions favorables à l'arbitrage face aux États peu respectueux de leurs engagements. »<sup>72</sup>

Cette réticence des États à s'engager au préalable à soumettre un différend à l'arbitrage explique peut-être que, malgré la prolifération des traités bilatéraux en matière d'investissements, aucun traité multilatéral majeur ne couvre l'investissement international et que toutes les tentatives en ce sens ont échoué. On n'a qu'à penser au projet d'une *Charte pour une Organisation internationale du commerce* en 1947, mieux connue sous le nom de « Charte de La Havane », laquelle contenait des dispositions relatives aux investissements. Or, les négociations ont abouti à l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (mieux connu sous son appellation anglaise de « GATT ») de 1947 qui a été ratifié sans que soient incluses les dispositions de la Charte de La Havane.<sup>73</sup> Plus récemment, entre 1995 et 1998, des négociations ont eu lieu entre les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour la conclusion d'un *Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI). Signe des temps, cependant, nous pouvons déduire de la lecture du rapport du Comité permanent des affaires étrangères canadien de 1997 que l'une des principales préoccupations des intervenants canadiens dans cette négociation était de s'assurer « [d'] un mécanisme ouvert, accessible et transparent pour le règlement des différends »<sup>74</sup>. Bien que ce projet d'accord n'ait pas été

---

<sup>72</sup> Frédérique COULÉE, « Arbitrage interétatique », dans Dominique CARREAU, Paul LAGARDE et Hervé SYNDET (dir.), *Répertoire de droit international*, t. I, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 33. Voir également à ce sujet : P. KHAN, préc., note 11, p. 30.

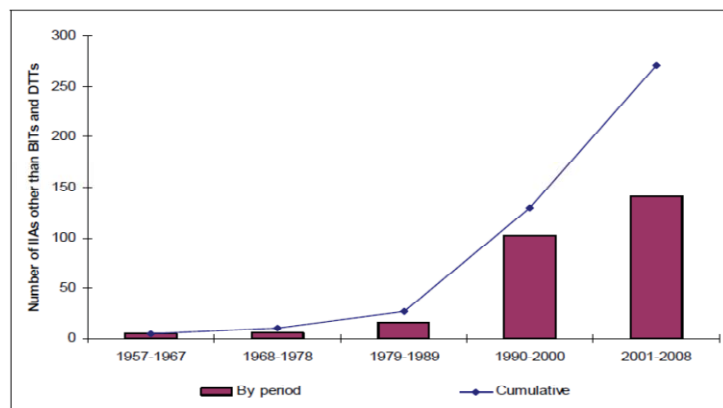
<sup>73</sup> Information disponible en ligne : <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/prewto\\_legal\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/prewto_legal_f.htm)> (consulté le 12 août 2011).

<sup>74</sup> PARLEMENT DU CANADA. CHAMBRE DES COMMUNES. SOUS-COMITÉ DU COMMERCE DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX, B. GRAHAM, B. SPELLER et CANADA. PARLEMENT. CHAMBRE DES COMMUNES. COMITÉ PERMANENT DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Le Canada et l'Accord multilatéral sur l'investissement : troisième rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international : premier rapport du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux*, Ottawa, Chambre des communes, Canada, 1997, p. 9.

officiellement mis de côté, les négociations ont été interrompues en décembre 1998 et aucune reprise n'est actuellement prévue<sup>75</sup>.

Il n'existe donc actuellement qu'un seul type d'accord dédié aux investissements internationaux : les TBI. Ceux-ci ont proliféré à partir de la fin des années 1950 et ont été les traités les plus courants en cette matière pendant plusieurs années. Depuis le début des années 2000, la tendance est cependant aux accords de libre-échange bilatéraux, multilatéraux ou régionaux, qui comprennent des dispositions relatives à l'investissement international, incluant le droit de recours des investisseurs contre l'État d'accueil. Il s'agit cependant d'accords dont le nombre de parties est toujours restreint. Dans cette catégorie d'accords, nous trouvons notamment l'ALÉNA en Amérique du Nord, le *Traité de la Charte de l'énergie* en Europe et les accords de libre-échange de la zone de l'Association des Nations du Sud-est asiatique (ASEAN)<sup>76</sup>. Ces accords comportent tous des dispositions relatives à l'investissement international de même que des clauses de règlement des différends entre investisseurs et l'État d'accueil. Le nombre de ce type de traités est en croissance, surtout depuis les années 1990; il en existait environ 300 en 2008.

Figure 2: Nombre des traités autres que les TBI en 2008<sup>77</sup>



Source: UNCTAD ([www.unctad.org/iaa](http://www.unctad.org/iaa)).

<sup>75</sup> Pour plus de renseignements concernant les initiatives d'accords multilatéraux, le lecteur peut se référer entre autres à T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 115-116; on peut trouver des textes relatifs aux négociations de l'A.M.I. sur les site de l'OCDE en ligne : <<http://www.oecd.org>>.

<sup>76</sup> Le lecteur est invité à consulter le site de l'ASEAN à : <<http://www.asean.org>>.

<sup>77</sup> U.N.C.T.A.D., *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, préc., note 9, p. 8.

### c) La Convention de Washington

Bien qu'il ait été moins courant à ses débuts, l'arbitrage entre États et parties privées a néanmoins suscité l'intérêt de la communauté juridique internationale dès la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. M. Eduardo Jiménez de Arechaga écrivait en 1961 au sujet de la clause compromissoire : « Ces derniers temps, cet usage s'est généralisé, comme le prouvent nombre de contrats et concessions où cette clause arbitrale est spécifiée. »<sup>78</sup> En 1965, préoccupée par la procédure applicable au règlement de ces différends entre investisseurs et États, la Banque mondiale élaborait la Convention de Washington, laquelle créait un tribunal arbitral destiné à ce type d'arbitrage : le Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI)<sup>79</sup>. En 1965, 20 pays avaient ratifié la Convention de Washington et, en date du 25 juillet 2012, ce nombre s'élevait à 147<sup>80</sup>. Le Canada a, quant à lui, signé la convention le 15 décembre 2006, mais ne l'avait toujours pas ratifiée en date du 25 juillet 2012<sup>81</sup>.

Il faut garder à l'esprit qu'au moment de l'adoption de la Convention de Washington, les arbitrages entre investisseurs et États, étaient institués en vertu de clauses compromissoires incluses à des contrats d'État et non en vertu de traités internationaux. L'objectif était donc d'élaborer une procédure de règlement applicable à ce type de différend<sup>82</sup>. D'une certaine manière, l'adoption de la Convention de Washington et la création du CIRDI ont étendu à des parties privées l'application de règles de droit international réservées aux États.<sup>83</sup> Selon M. Leben, le texte de l'article 42(1) de la Convention de Washington encourage une telle interprétation étant donné qu'il prévoit que

---

<sup>78</sup> Eduardo JIMÉNEZ DE ARECHAGA, « L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères », dans Gilbert GIDEL, *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 367-368.

<sup>79</sup> *Convention et règlement du CIRDI*, Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements, Washington, 2006, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)> (consulté le 22 avril 2011).

<sup>80</sup> Information disponible sur le site du CIRDI, en ligne : <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=French>> (consulté le 25 septembre 2012)

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> P. KHAN, préc., note 11, à la page 20-21.

<sup>83</sup> C. LEBEN, préc., note 67, à la page 12-14.

le Tribunal statue en appliquant le droit choisi par les parties et, à défaut, en appliquant le droit de l'État contractant et les « principes de droit international en la matière ». Ce fait n'est pas banal et s'inscrit dans la tendance de mondialisation et d'ouverture du commerce qui s'est considérablement accentuée depuis la Deuxième Guerre mondiale. Ainsi, c'est dans ce contexte que les parties privées que sont les investisseurs font leur apparition sur la scène internationale<sup>84</sup>.

#### d) L'introduction de l'*amicus curiae*

Si on peut retrouver les traces embryonnaires de l'arbitrage entre États et investisseurs dès la fin du <sup>e</sup>IXX siècle, l'effet combiné de l'adoption de la Convention de Washington et la conclusion de TBI a permis à ces arbitrages de s'implanter indéniablement et irrémédiablement. Aujourd'hui, nombreux sont les TBI qui réfèrent à la Convention de Washington ou au *Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*<sup>85</sup> comme procédure applicable aux arbitrages tenus en vertu de ceux-ci. Ce ne sont cependant pas là les seules règles qui sont utilisées pour les différends en matière d'investissement. En effet, les TBI font également grandement référence au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* adopté en 1976 par la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international, lequel a fait l'objet d'une révision en 2010<sup>86</sup>. En fait, le plus souvent, les TBI proposent ces divers règlements de procédure et le choix de l'un ou l'autre revient aux parties. En fait, ce choix revient à l'investisseur, car c'est lui qui peut entamer une procédure de règlement d'un différend en vertu du traité.

Les règles de procédures peuvent avoir quelques variantes, mais en général, une procédure d'arbitrage se déclenche au moyen de la transmission par la partie plaignante (dans ce cas-ci l'investisseur), d'un avis à l'autre partie (ici l'État d'accueil) de son

---

<sup>84</sup> P. KHAN, préc., note 11, p. 17.

<sup>85</sup> CIRDI, *Règlement du mécanisme supplémentaire*, Washington, 2006, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR_French-final.pdf)> (consulté le 15 mai 2011).

<sup>86</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010)*, New-York, Nations Unies, 2011, disponible en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012).

intention de soumettre le différend à l'arbitrage. Certaines TBI imposent un délai avant lequel l'arbitrage comme tel peut être entamé, délai pendant lequel les parties tentent de régler leur différend à l'amiable. D'autres prévoient l'obligation pour l'investisseur d'exercer certains recours devant les instances internes de l'État d'accueil.

Traditionnellement, la diplomatie et la crainte des représailles ont toujours joué un grand rôle dans le règlement des situations de conflit entre les États<sup>87</sup>. Bien que ce soit toujours le cas de nos jours, on peut dire que l'entrée en jeu des TBI et la conclusion de la Convention de Washington ont cependant changé la donne en ce domaine. L'arbitrage en matière d'investissement a en quelque sorte judiciairisé le règlement des différends. La jurisprudence produite par les sentences rendues en cette matière joue par ailleurs un rôle grandissant dans l'évolution et l'interprétation du droit international de l'investissement et contribue à le façonner<sup>88</sup>. Mais si le droit international évolue ainsi, la procédure d'arbitrage elle-même n'échappe pas à ce courant évolutif. Ceci se constate, notamment, par la place qui a été graduellement faite à l'opinion *d'amicus curiae* dans les procédures de règlement de différends relatifs aux investissements dont les premiers pas ont été rendus possibles grâce à l'ouverture de l'Organe de règlement des différends de l'OMC<sup>89</sup> dans *États-Unis — Crevettes*<sup>90</sup>. Dans cette affaire, les États-Unis avaient produit comme pièces les rapports d'organisations non gouvernementales dont l'Earth Island Institute, le Centre pour le droit environnemental international (Center for International Environmental Law (CIEL)), le Fonds mondial pour la nature et la Foundation for International Environmental

---

<sup>87</sup> T.W. WÄLDE, préc., note 23, p. 91-93.

<sup>88</sup> T. W. WÄLDE, préc., note 23, p. 119-120.

<sup>89</sup> La principale institution juridictionnelle chargée de trancher les différends survenant entre les Membres de l'OMC est « l'Organe de règlement des différends (ORD). C'est l'article 2 du Mémorandum d'accord qui prévoit l'institution de l'ORD, lequel est ni plus ni moins constitué des représentants des pays membres de l'OMC. L'ORD en tant que tel, n'est pas l'organe qui entend les causes et rend les décisions. Lorsqu'un différend est soumis à l'ORD par un État membre, l'ORD forme un groupe spécial qui remplit les fonctions juridictionnelles de première instance. Si un État membre n'est pas satisfait du rapport d'un groupe spécial, il peut saisir l'organe d'appel qui rendra à son tour une décision et formulera ses recommandations à l'ORD, lequel adopte en quelque sorte le rapport du groupe spécial ou de l'organe d'appel, selon le cas.

<sup>90</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (WT/DS58/AB/R) Rapport d'appel du 12 octobre 1998 (*États-Unis – Crevettes*).

Law and Development<sup>91</sup>. L'Organe d'appel a accepté la production de ces rapports qu'il a qualifiés « d'interventions désintéressées » ou « *amicus curiae* ». L'Organe d'appel a émis l'opinion que ces rapports pouvaient être produits dans la mesure où ceux-ci sont assumés par la partie qui les produit, précisant cependant que la production de tels rapports ne crée aucune obligation pour l'Organe de règlement des différends de les utiliser. Dans une affaire subséquente, l'Organe d'appel est allé un peu plus loin et a admis la production de tels rapports à l'initiative des organismes eux-mêmes. C'est ce qu'elle a appelé les « communications d'*amicus curiae* spontanées ».<sup>92</sup> En ce faisant, l'Organe d'appel acceptait que des tiers, non-parties à la procédure d'arbitrage, ni même parties au traité, puissent présenter des opinions au tribunal. Pour en arriver à accepter les opinions d'*amicus curiae*, l'Organe d'appel s'est fondé sur l'article 13 du Mémoire d'accord qui prévoit que « [c]haque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera appropriés des renseignements et des avis techniques. »<sup>93</sup> L'Organe d'appel se fonde également sur le paragraphe 12:1 qui autorise le groupe spécial à prévoir d'autres règles de procédure que celles édictées à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord, ainsi que sur le paragraphe 17:9 du Mémoire d'accord (procédure applicable devant l'organe d'appel). Or, ces deux derniers articles traitent de procédure, mais restent tout à fait silencieux quant à la question de la production d'opinions de tiers. L'Organe d'appel a donc en quelque sorte élargi la portée de l'article 13 du Mémoire d'accord précité, qui limite l'admission de ces avis à ceux produits à la demande du groupe spécial. L'Organe d'appel s'applique cependant à limiter la portée de cette opinion. En effet, le principe dégagé des rapports de l'Organe d'appel à ce sujet s'établit comme suit : seuls les États membres de l'OMC ont le droit « légal » d'être entendus, avec l'obligation pour le Groupe spécial ou l'Organe d'appel de les écouter et de les prendre en considération. Les « tiers » ont le droit de produire des rapports, mais ni le groupe spécial, ni l'organe d'appel n'ont l'obligation de les prendre en considération.

---

<sup>91</sup> *États-Unis – Crevettes*, préc. note 90, p. 30, par. 79.

<sup>92</sup> *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (WT/DS138/AB/R). Rapport d'appel du 10 mai 2000.

<sup>93</sup> Mémoire d'accord, préc., note 30.

L'interprétation de l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Crevettes* et dans *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, constitue selon nous une extrapolation du texte du Mémorandum d'accord. Ces affaires doivent être distinguées du cas *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*<sup>94</sup>. Dans cette affaire, se basant sur l'article 10 du Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel a admis la production d'un rapport d'*amicus curiae* par un État membre de l'OMC qui n'avait pas participé aux procédures devant le groupe spécial. En l'occurrence cependant, ledit article 10 prévoit spécifiquement le droit pour les membres de l'OMC de se faire entendre dans un différend auquel ils ne sont pas parties. En interprétant l'article 13 du Mémorandum d'accord comme il l'a fait, l'Organe d'appel a ouvert la porte à la participation de tiers dans le processus de règlement des différends.

L'Organe de règlement des différends de l'OMC a été le premier à permettre la production d'opinions de tiers (personnes non-parties au différend) à une instance de règlement de différend en droit international. Depuis, la jurisprudence internationale a continué d'admettre de telles opinions et, aujourd'hui, plusieurs TBI et autres traités relatifs aux investissements prévoient expressément la possibilité pour le tribunal arbitral de recevoir des opinions d'*amici curiae*. Par exemple, le paragraphe 28.3 du modèle TBI des États-Unis prévoit que : « [t]he tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party. »<sup>95</sup> Le modèle canadien de TBI prévoit à son paragraphe 39.1 :

« Toute partie non contestante qui est une personne d'une Partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une Partie, et qui désire présenter une observation écrite au tribunal (la "demanderesse") fait

---

<sup>94</sup> Paragraphe 4 de l'article 17 du Mémorandum d'accord; *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines* (WT/DS/231/AB/R). Rapport de l'organe d'appel du 26 septembre 2002.

<sup>95</sup> *Model BIT U.S.*, 2004, en ligne : <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>> (consulté le 3 décembre 2011).



une demande en ce sens au tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande. »<sup>96</sup>

L'article 41(3) de l'annexe « C » du *Règlement du mécanisme supplémentaire* du CIRDI prévoit également :

« Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la "partie non contestante") de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. »<sup>97</sup>

Enfin, le *Règlement d'arbitrage* du CIRDI prévoit la possibilité pour des tiers d'assister aux audiences :

« Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées. »<sup>98</sup>

Bien que des dispositions telles celles qui précèdent soient absentes de certains instruments juridiques, il n'est plus contesté que des tiers puissent être admis à participer à une procédure arbitrale internationale pour y faire valoir des opinions. Il est vrai qu'il ne s'agit pas encore d'une participation à titre de partie à la procédure, mais nous sommes d'avis que si l'Organe d'appel de l'OMC a pu accorder un droit de parole aux *amici curiae* sans un texte explicite à cet effet, il y a également place aujourd'hui à la créativité et à l'avant-gardisme permettant d'aller plus loin. Nous croyons que le droit international de l'arbitrage a suffisamment évolué pour permettre un recours direct de tiers à cette

---

<sup>96</sup> Modèle canadien d'Accord pour la promotion et la protection des investissements, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf>> (consulté le 29 juin 2011).

<sup>97</sup> *Règlement du mécanisme supplémentaire*, préc., note 85.

<sup>98</sup> *Convention et Règlements du CIRDI, Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, Washington, 2006, art. 32(2), en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)> (consulté le 22 avril 2011).

procédure, malgré l'absence de textes explicite en ce sens. C'est ce que nous nous proposons d'aborder dans la seconde partie de ce mémoire.

## II. ACCÈS DES TIERS À LA JUSTICE ARBITRALE INTERNATIONALE

Selon l'auteur Thomas W. Wälde, le nouveau droit international de l'investissement s'élabore par la jurisprudence arbitrale, même si le cadre de départ est un traité déterminé. Malgré certaines lacunes dont nous avons fait mention précédemment, les traités peuvent être ajustés pour tenir compte des solutions adoptées par la jurisprudence arbitrale, mais il s'agit d'un long et lourd processus. En comparaison, le processus décisionnel arbitral est plus souple et mieux adapté pour permettre au droit d'évoluer. Il permet en effet aux parties de mettre de l'avant des arguments et contrearguments qui font non seulement ressortir les diverses facettes du différend en cause, mais également les règles applicables. Les arbitres peuvent aussi très souvent bénéficier de l'opinion d'experts sur les sujets traités qui leur permettent d'avancer des théories et de les appliquer au travers de la sentence arbitrale. Nous assistons d'ailleurs actuellement à une sorte de compétition pour l'imposition de solutions dans les sentences rendues qui deviendront « jurisprudence constante ». Tous ces éléments ne sont pas nécessairement présents lors de la négociation des traités. Le processus arbitral demeure donc plus propice au développement de solutions adaptées aux situations rencontrées sur le terrain contrairement au processus de négociation de traités qui s'appuie sur des considérations diplomatiques souvent éloignées de la réalité. Une fois créé, le langage des traités échappe au contrôle des États qui les ont négociés; ces traités vivent par eux-mêmes, malgré la résistance que peuvent manifester les États à cette tendance. De plus, l'auteur affirme que les notions du droit de l'investissement international sont devenues obsolètes et qu'il y a lieu pour les juristes de les mettre à jour et de les adapter à la réalité économique internationale actuelle<sup>99</sup>. Nous abondons dans le sens de M. Wälde et nous croyons qu'une partie de cette mise à niveau du droit international de l'investissement passe par l'octroi d'un accès des tiers à l'arbitrage international et, à la lumière de l'expérience jurisprudentielle passée, il n'est pas nécessaire d'attendre que ce droit soit

---

<sup>99</sup> T. W. WÄLDE, préc., note 23, p.66-71.

explicitement octroyé dans un traité. L'état actuel du droit international, incluant la jurisprudence, permet une telle avancée ainsi que la mise en place d'une structure propre à ce type d'arbitrage. Même si le système actuel d'arbitrage n'est pas en tous points adapté aux différends relatifs aux investissements, comme nous en faisons état plus avant, il reste que l'arbitrage demeure une solution efficace en comparaison avec certains systèmes judiciaires internes. Avant donc de renoncer à ce véhicule procédural, il importe de tenter de voir comment il pourrait déjà faire une place aux tiers ou trouver des moyens de l'améliorer.

L'absence du consentement des parties aux traités, donc, absence de consentement des États signataires, constitue l'écueil majeur à la participation de tiers à titre de parties à l'arbitrage international. En effet, malgré la présence dans les nouveaux TBI de dispositions permettant expressément la présentation d'opinions *d'amicus curiae*, ce ne sont pas tous les instruments relatifs aux investissements qui contiennent de telles dispositions et ceux qui le font ne vont pas jusqu'à donner un recours à ces amis de la Cour. Donc, argumentera-t-on, tout arbitrage ne peut avoir lieu que du consentement des parties et, par conséquent, le silence des textes reviendra à dire que les parties n'ont pas consenti à une telle participation des tiers à la procédure. Ce raisonnement vaut *a fortiori* pour les instruments qui ne contiennent aucune disposition permettant l'opinion *d'amicus curiae*. Nous désirons cependant démontrer ici que l'exigence du consentement a évolué et que de plus en plus le droit international considère ce consentement non plus en fonction de l'expression de celui-ci par son auteur, mais comme un élément autonome. Pour reprendre les termes de M. Wälde, le traité, une fois négocié et conclu, acquiert une vie propre et le consentement à l'arbitrage qu'il comporte devient un élément vivant, autonome. Tout comme nous le voyons en arbitrage commercial international, ce consentement ne doit donc plus être recherché uniquement dans son expression originale (c'est-à-dire à l'intérieur même du traité), mais également à travers l'évolution des faits et gestes des parties signataires qui viennent modeler ce consentement, voire le modifier. Sans mentionner que, en droit de l'investissement, il se trouve un joueur qui n'est même pas partie au traité : l'investisseur.

Le consentement constituant l'élément essentiel à la tenue d'un arbitrage, nous en traiterons donc dans un premier temps. Il s'avère effectivement important, si nous désirons comprendre l'évolution du rôle du consentement à l'arbitrage, de bien le situer à l'intérieur des règles de droit international. Nous pourrions ensuite mieux saisir son évolution, tant dans les instruments juridiques que dans le traitement qui lui est réservé dans la jurisprudence arbitrale. Le rôle du consentement est essentiel et constitue un préalable à la tenue de tout arbitrage et par conséquent, à notre étude. Peu importe la suggestion avancée pour admettre les tiers comme parties au processus arbitral international, nous ne pourrions prétendre convaincre qui que ce soit de la justesse de nos propos si nous délaissions cet aspect primordial du droit de l'arbitrage. Il ne s'agit donc pas pour nous d'inventer, mais de nous appuyer sur l'état actuel du droit et mettre en lumière ce qui est déjà latent.

Après avoir traité la question du consentement à l'arbitrage, nous nous appliquerons à présenter son évolution et ses divers modes d'expression. À cette fin, nous ne nous limiterons pas à l'arbitrage en matière d'investissement et recherchons les exemples donnés dans d'autres domaines du droit de l'arbitrage. Nous commencerons donc avec l'exemple de l'arbitrage commercial international qui admet déjà depuis un certain temps la participation de tiers à la procédure arbitrale. S'il est vrai que l'arbitrage commercial international se distingue de l'arbitrage en matière d'investissement par les acteurs en jeu, nous sommes d'avis qu'il peut nous inspirer en raison du dénominateur commun avec ce dernier : l'exigence du consentement. De plus, nombreux sont les TBI, sinon tous les TBI, qui réfèrent à des règles de procédure d'arbitrage du CIRDI ou de la CNUDCI, ou encore aux deux, lesquelles règles, comme on l'a vu, ont été élaborées d'abord et avant tout pour régir des arbitrages de nature commerciale internationale. Or, les signataires des traités eux-mêmes ont choisi ces règles. Nous nous sentons donc fort aise de nous inspirer de celles-ci et de la jurisprudence émanant des arbitrages tenus sous leurs auspices.

Nous nous intéresserons ensuite à la portée du consentement en droit international. Qu'il s'agisse du consentement donné en fonction de la matière visée, comme dans le cas de l'application de la clause NPF des TBI, ou encore en fonction des parties à l'arbitrage,

comme c'est le cas de l'institution du *forum prorogatum* de la CIJ, nous verrons que le droit international de l'investissement a lui aussi commencé à étendre la portée du consentement à l'arbitrage. Notre objectif : démontrer que malgré le principe de la souveraineté des États, rien n'empêche que le consentement, une fois exprimé, acquière une certaine autonomie, comme c'est le cas en arbitrage commercial international. Plutôt que de se demander si l'élargissement du consentement à l'arbitrage pour inclure des parties non originellement prévues au traité se bute au principe de la souveraineté des États et de leur consentement, il s'agira de rechercher à quel moment l'exercice de la souveraineté intervient et d'étudier l'effet du consentement donné dans l'exercice de cette souveraineté.

Toute instance arbitrale de règlement des différends suppose également que le consentement à l'arbitrage soit donné par des personnes qui ont la qualité pour agir devant ladite instance. Nous en traiterons donc ensuite. En étudiant divers instruments juridiques internationaux, nous tenterons de voir si certaines catégories de personnes ou d'entités pourraient se voir doter de la qualité pour agir en droit international et avoir accès à la procédure d'arbitrage en matière d'investissement. Enfin, la question du consentement et celle de la qualité pour agir résolue, il faudra se demander sur quelles bases de droit substantiel un recours pourrait être exercé par des tiers dans une instance arbitrale.

Nous terminerons ensuite notre exposé en proposant des solutions à l'accession de tiers au titre de parties à la procédure d'arbitrage et des innovations qui pourraient être apportées au système d'arbitrage en matière d'investissements à cette fin.

## ***A. Les objections à l'accès des tiers à la justice arbitrale internationale***

### ***i. La question du consentement***

#### **a) Des généralités et des règlements d'arbitrage**

L'arbitrage est une instance « juridictionnelle » privée ayant comme fonction est de trancher des différends entre deux parties ou plus. L'arbitrage interne intervient entre des parties d'un même État alors que l'arbitrage international régit les relations entre des parties provenant d'États différents. De son côté, l'arbitrage international peut être de nature purement privée; il intervient alors entre parties privées seulement (individus, sociétés, regroupement, etc.). Il s'agit du cas de l'arbitrage commercial international où ce sont généralement les règles du droit international privé qui trouvent application, lesquelles, cependant, s'inspirent largement de conventions internationales. L'arbitrage peut également mettre en cause des États uniquement; nous nous trouvons alors dans la sphère du droit international public. En principe, l'arbitrage international public ne concerne que les États. Cet énoncé n'est cependant pas toujours exact, notamment en matière d'arbitrage relatif à l'investissement international où s'affrontent une partie privée et une partie publique. Néanmoins, la question du consentement demeure dans tous les cas et nous devons l'étudier afin d'être en mesure de déterminer si des tiers, des personnes qui ne sont pas intervenues au contrat, ou au traité, peuvent se voir octroyer le droit d'intervenir à une procédure arbitrale, et ce, à titre de partie.

Pour être habilité à trancher un différend donné, un tribunal arbitral doit avoir la compétence nécessaire et cette compétence lui est fournie par le consentement des parties au différend. Les parties accordent leur consentement par l'entremise d'une clause compromissoire incluse dans un contrat, laquelle régit les différends à venir relativement à l'application de ce contrat. Il peut également se trouver sous forme d'un compromis, soit une entente conclue après la survenance du différend, aux fins de soumettre celui-ci à

l'arbitrage. Le consentement, s'il s'avère essentiel, s'évalue à la lumière de deux facteurs également attributifs de compétence. Le premier facteur concerne la qualité de la personne détenant le droit de saisir un tribunal d'un différend. Le tribunal n'aura en effet compétence que dans la mesure où les parties qui donnent leur consentement sont légalement reconnues comme habilitées à agir devant le tribunal en question. Par exemple, l'article 25 de la *Convention de Washington* prévoit que le CIRDI a compétence pour entendre des différends impliquant des « États contractants » et des ressortissants « d'États contractants », soit des États qui ont adhéré à la Convention et l'ont ratifiée. Il s'agit de la qualité pour agir dont nous traiterons plus loin. Le second facteur qui détermine si un tribunal arbitral est compétent à entendre un différend concerne la matière pouvant faire l'objet d'un recours. Ainsi, dans le cas d'une clause compromissoire incluse dans un contrat, l'objet de l'arbitrage devra nécessairement être le contrat, son interprétation et son application (les parties pouvant limiter l'objet de la clause compromissoire à certaines dispositions seulement). Dans le cas d'un arbitrage CIRDI, l'article 25 de la *Convention de Washington*, prévoit que les différends soumis au CIRDI doivent être « en relation directe avec un investissement »<sup>100</sup>.

Une fois rencontrées les deux premières conditions, soit la qualité pour agir et un objet de différend admis à l'arbitrage, le consentement des parties devient l'élément essentiel, voire, l'unique élément conférant compétence à toute instance de règlement de différends. L'analyse des textes créateurs des divers organes internationaux de règlement des différends reflète cette exigence. Par exemple, l'article 25(1) de la *Convention de Washington* prévoit que :

« La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat (sic) contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat (sic) contractant qui sont en relation directe avec un investissement et *que les parties ont consenti* par écrit à soumettre au

---

<sup>100</sup> Convention de Washington, préc., note 38.



Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. »<sup>101</sup>

Les termes clefs ici sont « que les parties ont consenti » à soumettre au Centre, lequel s'entend ici du CIRDI. L'utilisation de ces termes traduit la nécessité pour les parties au différend de consentir à soumettre celui-ci à l'arbitrage. Ainsi, pour qu'un différend puisse être soumis à l'arbitrage sous les auspices du CIRDI, les entités ayant qualité pour agir, soit un État qui est partie à la Convention et un ressortissant d'un autre État également partie à la Convention, doivent y consentir par écrit. C'est donc dire que si l'un ou l'autre des États concernés (celui poursuivi et celui de l'investisseur) n'est pas partie à la Convention de Washington, un investisseur ne peut, en principe, se prévaloir de ses dispositions pour entamer des procédures d'arbitrage contre l'État hôte concerné. Nous disons « en principe », car l'exigence de l'adhésion à la Convention par les deux États a été assouplie en 1978 alors que le Conseil administratif du CIRDI adoptait le *Règlement du Mécanisme supplémentaire* qui autorise le Secrétariat du Centre à accepter des différends entre un État et un ressortissant d'un autre État dont l'un ou l'autre n'est pas partie à la *Convention de Washington*. On comprend, à la lecture de l'article 4(1) dudit règlement que le consentement des parties est tout de même requis :

« Tout *accord* prévoyant le recours aux procédures de conciliation ou d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire pour le règlement de différends déjà surgis ou à venir doit être approuvé par le Secrétaire général. [...] »<sup>102</sup>

L'utilisation du terme « accord » dans cet article témoigne de l'exigence du consentement à soumettre un différend à l'arbitrage du CIRDI en vertu du *Règlement du mécanisme supplémentaire*, tout comme c'est le cas en vertu de la Convention. Plusieurs TBI réfèrent au *Règlement du mécanisme supplémentaire* comme procédure de règlement des différends survenant entre un investisseur et l'État hôte. C'est le cas des TBI conclus par le Canada. En fait, le Canada n'a adhéré à la *Convention de Washington* qu'en

---

<sup>101</sup> Convention de Washington, préc., note 38 (nos italiques).

<sup>102</sup> Règlement du mécanisme supplémentaire, préc., note 85, (nos italiques).

décembre 2006 et, en date du 3 septembre 2012, les instruments de ratification n'avaient pas encore été déposés et la Convention n'est donc pas en vigueur à son égard<sup>103</sup>. D'où la pertinence d'évoquer ici le *Règlement du mécanisme supplémentaire*. Voici le libellé des paragraphes 1a) et 1 b) de l'article 27 du modèle canadien d'accord pour la promotion et la protection des investissements (qu'on retrouve à quelques variantes près dans de nombreux TBI) :

« a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie dont relève l'investisseur contestant soient parties à la Convention;

b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie dont relève l'investisseur contestant, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI; »<sup>104</sup>

Outre la Convention de Washington et le *Règlement du mécanisme supplémentaire*, de nombreux traités réfèrent également au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*<sup>105</sup>. À titre d'exemple, les modèles de TBI du Canada et des États-Unis contiennent une telle référence au *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*. L'article premier de ce règlement prévoit que :

« [s] i des parties *sont convenues* que leurs litiges au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles. »<sup>106</sup>

Ici encore, l'utilisation des termes « sont convenues » réfère à l'exigence du consentement des parties à soumettre leur différend à l'arbitrage. On notera cependant la liberté laissée ici

---

<sup>103</sup> La liste des États contractants et signataires de la convention est disponible en ligne : < <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> > (consulté le 3 septembre 2012).

<sup>104</sup> Modèle d'accord pour la promotion et la protection des investissements, en ligne : < <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf> > (consulté le 29 juin 2011). Une copie de ce document peut également jointe au présent mémoire en annexe « C ».

<sup>105</sup> *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Version révisée en 2010)*, A/RES/65/22, 10 janvier 2011, en ligne : < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/513/87/PDF/N1051387.pdf?OpenElement> > (consulté le 21 juin 2011).

<sup>106</sup> *Id.*, art. 1, (nos italiques).

aux parties de modifier certaines procédures; ce qui démontre que les textes ne constituent pas des normes immuables, qui peuvent donc être adaptées par les parties.

Pour conclure sur ces généralités touchant le consentement, voici ici les propos de M. Shabtai Rosenne qui résume bien l'état du droit au sujet de l'exigence du consentement :

« In international law, jurisdiction is based exclusively on the *consent* of all parties involved in a case that the given court or tribunal should decide that case with binding force for the parties. No international judicial or arbitral process leading to a decision binding on the parties can take place without the parties' formal consent; there is no element of compulsion in recourse to judicial or arbitral settlement of international disputes. The consent need not be given specifically for the case at hand. It can be given generally in relation to a given treaty and, thereby, in relation to clearly defined parties. It can also be given generally in respect of future cases coming within given classes of dispute. The law is, in principle, indifferent to how the consent is manifested. It is only concerned in showing or establishing that as a matter of law, that consent exists and is independent of transient political factors existing when the case was brought before the court or tribunal. »<sup>107</sup>

Étant donné l'importance du consentement dans les instances internationales et ainsi, en arbitrage international, et vu que l'arbitrage international en matière d'investissement implique une partie étatique, voici maintenant des commentaires qui les concernent.

### **b) Le consentement des États**

Bien que le consentement soit requis de toutes les parties à l'arbitrage, donc tant des investisseurs que des parties étatiques, il y a lieu d'accorder une attention particulière au consentement requis de ces dernières. En effet, un facteur fort important prime à leur égard : le principe de la souveraineté des États. Étant tous souverains, les États ne seront engagés que dans la mesure où ils auront expressément consenti de l'être. Cette exigence fondamentale du consentement des États à s'engager ne se limite pas à l'arbitrage. La

---

<sup>107</sup> Shabtai ROSENNE, « International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-States Applications », dans R. WOLFRUM (éd.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p.3, par. 6, en ligne <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)> (consulté le 13 juin 2011).

définition que donnait le Jurisclasseur de droit international en 1958 du terme « traité » est intéressante à cet égard :

« Le traité est l'acte juridique créateur de normes internationales, dont l'élément formateur caractéristique est *le concours des manifestations de volonté expresses* des autorités compétentes de deux ou plusieurs États (sic) (ou autres entités dotées de la personnalité du droit international). »<sup>108</sup>

L'utilisation du mot « express » n'est sûrement pas inusitée et reflète bien l'importance du consentement des États dans tout acte juridique. Par conséquent, omettre de prendre en considération ce facteur minerait la crédibilité de toute solution que nous tenterons d'avancer en vue de permettre à des tiers d'avoir droit de recours en arbitrage international.

Donc, pour qu'un différend opposant un État puisse être soumis à l'arbitrage, celui-ci y doit impérativement y avoir consenti. En matière de différends relatifs à l'investissement, ce consentement se donne par l'adhésion au traité. L'on argumentera alors que le recours d'un tiers, dans le contexte de ces instruments juridiques, ne peut être envisagé étant donné l'absence de dispositions explicites à cet effet, que la souveraineté des États telle qu'exprimée dans les textes de ces traités doit être respectée. On voudra peut-être tenir un raisonnement *a contratio* et avancer que si dans certains traités le droit pour des tiers de produire des opinions a été prévu, mais non le droit de recours, c'est que les États n'ont pas voulu prévoir de tels recours et qu'ils l'ont donc exclu. Nous devons admettre que cette argumentation tient la route eu égard au droit international actuel. Néanmoins, nous prétendons que la nature des traités relatifs aux investissements est différente de ceux qui existaient en 1958 et qu'en raison de ces différences, ceux-ci ne peuvent être interprétés selon les règles traditionnelles du droit international. À cet effet, nous citerons les auteurs Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem qui écrivaient en 1992 :

---

<sup>108</sup> Jacques DEHAUSSY, « Sources du droit international. Les traités. Conclusion et conditions de validité formelle », dans Berthold GOLDMAN, Philippe KAHN et Louis VOGEL (dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol. 1, Fascicule 11, Paris, Groupe LexisNexis, 1958, p. 5, par. 1 (nos italiques).

« *Res inter alios acta nec nocere nec prodesse potest* (Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ils n'en ont point quant aux tiers).

Sous cette importante réserve, il apparaît que, dans le droit international contemporain, les deux maximes précitées s'appliquent largement (sinon exclusivement) pour résoudre les questions relatives aux effets des traités où prédomine l'aspect "acte". Leur vertu est, en revanche, bien moindre s'agissant de déterminer les effets des traités considérés en leur contenu normatif.

En effet, sous ce deuxième aspect, les traités ne peuvent en général être considérés comme de simples contrats créateurs de droits et d'obligations subjectifs entre les seuls sujets de droit public international, qui les ont conclus : **Etats** (sic) et aussi, de nos jours, **organisations internationales**, lorsqu'elles ont reçu compétence pour le faire. Le temps n'est plus où l'on raisonnait, lorsque les princes souverains réglaient entre eux les problèmes d'Etat (sic), par analogie avec la manière dont on règle par contrat les questions patrimoniales. Les normes conventionnelles internationales portent essentiellement sur des **compétences** : compétences des Etats (sic) et compétences des organisations internationales.

*Or ces compétences s'exercent à l'égard de personnes physiques et morales, qui sont les **ressortissants** des Etats (sic).* »<sup>109</sup>

Ce commentaire est à notre avis très pertinent; nous l'aurons à l'esprit tout au long de cette étude et il servira de base aux raisonnements que nous tiendrons. Car en concluant les TBI et autres instruments relatifs aux investissements, non seulement les États exercent-ils leurs compétences à l'égard de leurs ressortissants mutuels, mais ces derniers sont les seuls à bénéficier de ces traités. Les instruments relatifs aux investissements bénéficient en effet exclusivement aux investisseurs, qui sont des parties privées et qui, en principe, ne sont pas considérés comme des sujets de droit international. Nous sommes d'avis qu'en raison de ce fait, les principes de droit habituels sont désuets et que ces traités commandent une interprétation plus évolutive. Voici notre raisonnement à cet égard.

---

<sup>109</sup> Jacques DEHAUSSY et Mahmoud SALEM, « Sources du droit international. Les traités. Effets des traités : Force obligatoire des normes conventionnelles à l'égard des parties », dans Berthold GOLDMAN, Philippe KAHN et Louis VOGEL (dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol. 1, Fascicule 12-1, Paris, Groupe LexisNexis, 1992, p. 6, par. 1-2. (Nos italiques).

Traditionnellement, on interprète le traité en le considérant sous son aspect créateur d'obligations pour les signataires, lesquels sont engagés dans la mesure des modalités en cause. Par analogie avec l'interprétation d'un contrat, on peut affirmer que les obligations des parties à un traité devraient se limiter à ce qui y est expressément exprimé. Mais qu'est-ce qui y est expressément exprimé au juste? Même dans le cas d'un contrat, l'interprétation de celui-ci peut tenir compte de ce qui en découle nécessairement. L'interprète prendra donc en considération des éléments qui ne s'y retrouvent pas textuellement et que les parties n'avaient pas nécessairement envisagés au moment de sa conclusion<sup>110</sup>. De plus, comme le mentionnaient Jacques Dehaussy et Mahmoud Salem dans le passage cité plus haut, les traités sont en général des « contrats » particuliers dont les effets se font sentir au-delà des parties signataires<sup>111</sup>. Ceci est encore plus vrai des traités relatifs aux investissements qui ne règlent plus des questions de nature politique, mais uniquement des intérêts de nature privée dont les bénéficiaires n'en sont pas signataires. Combiné au fait que ces bénéficiaires sont des parties privées ne détenant pas de personnalité juridique en droit international, nous sommes d'avis que l'exigence du consentement à l'arbitrage, tel qu'elle est traditionnellement interprétée en droit international, ne tient plus la route, peu importe que nous l'envisagions sous l'aspect contractuel ou sous l'aspect du traité. Les caractéristiques inhérentes aux instruments relatifs aux investissements modifient leur nature autrement publique du droit international, alors qu'on ne peut non plus les analyser sous l'aspect purement privé du contrat. Nous nous trouvons plutôt en présence d'un instrument de nature hybride puisqu'il intègre à la fois le droit international public et le droit international privé. En concluant les TBI et autres instruments relatifs aux investissements, les États les ont fait sortir du domaine de droit purement public et, pour cette raison, nous sommes justifiés à nous référer à des règles autres que celles du droit

---

<sup>110</sup> Pour l'interprétation des contrats, nous référons le lecteur à Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006 (Québec); S. M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Canada Law Book, 2005 (Canada); et John D. CALAMARI et Joseph M. PERILLO, *The Law of Contracts*, St-Paul, West Group, 1998 (U.S.A.).

<sup>111</sup> J. DEHAUSSY et M. SALEM préc., note 109.

international public pour les interpréter. Voici ce qu'en disent encore les auteurs Dehaussy et Salem qui renforcent notre compréhension :

« Étant donné que les règles relatives aux effets des traités à l'égard des parties – et, à travers elles, à l'égard de leurs ressortissants – ont pour objet d'assurer l'application du contenu normatif de ces traités, la diversification contemporaine de ce contenu a certaines incidences sur des règles mêmes. Les traités régissaient autrefois seulement des rapports soit de coexistence, soit d'alliance, dans des matières d'intérêt strictement interétatique relativement peu nombreuses, et entre un nombre limité de parties. De là, la conception contractualiste des traités, essentiellement considérés comme générateurs de droits subjectifs et d'obligations corrélatives entre les Etats (sic). Les quelques règles générales nécessaires à la vie collective de la société interétatique – y compris celles relatives aux effets des traités – étaient posées par le droit général coutumier. Aujourd'hui, le procédé conventionnel de création du droit (au sens de "droit objectif") est utilisé pour remplir des fonctions normatives beaucoup plus variées, au sein de la société internationale. »<sup>112</sup>

Mais si l'objet des traités a changé, comme c'est le cas des TBI et autres instruments relatifs aux investissements, et si leur interprétation ne doit plus se limiter aux règles traditionnelles du droit international, de quelles règles de droit peut-on s'inspirer? Nous traiterons de ceci dans la prochaine section. Avant d'y arriver, nous nous posons d'abord la question suivante : le nombre des instruments relatifs aux investissements en vigueur mondialement est-il pertinent et aura-t-il une incidence sur les opinions que nous nous apprêtons à émettre?

Des experts soutiennent qu'il existe une différence entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux outre le nombre de signataires, que les traités multilatéraux auraient un « parfum » plus législatif que contractuel (ex. : l'ALÉNA, le Marché commun du Sud ou Mercosur et le Traité de la Charte de l'énergie). Ces traités mettraient en place les institutions nécessaires à la « gestion des intérêts économiques » régionaux. En ce sens, les traités multilatéraux créeraient un droit international coutumier, alors que les traités

---

<sup>112</sup> J. DEHAUSSY et M. SALEM préc., note 109, p. 33, par. 11.

bilatéraux seraient le plus souvent vus comme des instruments *quid pro quo*<sup>113</sup>. Selon ce raisonnement, l'effet des instruments relatifs aux investissements, le plus souvent bilatéraux ou signés par un nombre limité d'États, serait limité et ils ne pourraient donc être créateurs de nouvelles règles de droit international. Certaines prétendent cependant que l'existence de nombreux TBI constituerait un indicateur qu'un nombre grandissant de pays, tant des pays développés que ceux qui sont en voie de développement, auraient accepté les positions du droit international des investissements. Ces positions étant principalement celles de l'Ouest. À l'opposé, il a été soutenu que l'acceptation d'un pays en voie de développement de conclure un accord bilatéral ne faisait nullement foi de son acceptation du droit international des investissements, mais démontrait tout simplement la volonté d'un tel pays d'attirer des investissements<sup>114</sup>. Une chose est certaine : vu le nombre de TBI et instruments relatifs aux investissements conclus mondialement<sup>115</sup>, peu de pays ne sont parties à aucun de ces traités. Et comme la plupart de ceux-ci contiennent des obligations et des conditions semblables, nous sommes d'avis que cette pratique généralisée a un poids en droit international public. Mais quel est ce poids? Comme nous l'avancions plus haut, les traités du type de ceux relatifs aux investissements ne peuvent pas être interprétés en appliquant uniquement des principes du droit contractuel ni uniquement ceux du droit international public étant donné leur nature hybride (droit international privé et droit international public). L'importance du nombre de ces instruments joue, selon nous, un rôle de généralisation de cet effet et, par voie de conséquence, justifie la démarche que nous proposons ici de nous inspirer d'autres sources du droit international.

Les traités relatifs aux investissements bénéficient à des ressortissants privés (les investisseurs), lesquels n'interviennent nullement à ceux-ci. Il s'agit donc d'une sorte de stipulation pour autrui. Maintenant, ces traités ont également des effets indirects sur

---

<sup>113</sup> Id., p. 50-51.

<sup>114</sup> WÄLDE, T.W. et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, coll. «Cours et travaux / Université Panthéon-Assas (Paris II), institut des hautes études internationales de Paris », Paris, Pedone, 2004, p. 43.

<sup>115</sup> Supra note 9.



l'ensemble de la population locale sur le territoire où l'investissement est installé, comme nous l'avons présenté en introduction. Or, seuls les premiers ont droit de recours en arbitrage international. Nous sommes d'avis qu'en accordant un droit de recours à une partie privée les États créent, d'une certaine manière, une attente chez l'ensemble de la population qui peut également être lésée comme conséquence de l'établissement des investissements sur son territoire ou des mesures prises par les autorités étatiques en vue de protéger l'investissement étranger. Nous soutenons que la population locale est en droit de s'attendre à un traitement non moins favorable, pour reprendre l'expression des TBI, que celui réservé à l'investisseur étranger. Malheureusement, dans certains cas, l'investisseur bénéficiant d'une voie de recours devant les tribunaux internationaux se trouvera mieux positionné et protégé juridiquement que la population locale. D'une certaine manière, en accordant à certaines parties privées un droit de recours direct en arbitrage international, les États, compte tenu d'autres obligations internationales qui leur incombent et compte tenu de la position particulière qu'ils ont à l'égard de cette population, ne peuvent se soustraire à ces obligations en « légiférant » sur le plan international. Nous soumettons que, à l'instar du droit interne, le droit international puisse s'ajuster pour que les obligations fondamentales soient respectées et que justice soit rendue pour tous. Nous reviendrons sur cet aspect.

### **c) Le consentement à l'arbitrage à l'ère des TBI**

À l'origine, le consentement à l'arbitrage en matière d'investissement se manifestait soit par un compromis pour régler un différend particulier, soit par l'inclusion d'une clause compromissoire à un contrat d'État pour régler un différend éventuel entre un investisseur donné et un État. Le consentement des parties se caractérisait par leur concomitance et il demeurait particulier puisqu'il visait des situations et des parties identifiées au compromis ou à la clause compromissoire. Cette donne a changé avec l'arrivée des TBI. En effet, et comme nous l'avons déjà souligné, la principale caractéristique des TBI et autres instruments relatifs aux investissements est de doter les investisseurs d'un recours direct contre l'État d'accueil en arbitrage international. Avant les TBI, un investisseur lésé devait

faire valoir ses réclamations devant les instances internes. Dans le cas où ces recours s'avéraient inexistantes ou inefficaces, celui-ci n'avait comme seule autre alternative, sur la scène internationale publique, que de faire demande auprès de son État d'origine de lui fournir sa protection diplomatique. Si une telle requête était acceptée, ledit État pouvait réclamer réparation contre l'État d'accueil. Néanmoins, l'exercice d'un tel recours était cependant à l'entière discrétion de l'État d'origine<sup>116</sup>. Dans un tel contexte, l'inclusion dans les TBI d'un droit de recours direct à l'investisseur a constitué donc une révolution en soi. L'octroi d'un tel recours, quoique révolutionnaire, n'était cependant pas l'unique innovation. Les TBI ont en effet innové quant au mode d'expression du consentement à l'arbitrage. Jusqu'à l'arrivée des TBI, le consentement à l'arbitrage était donné pour un différend particulier (compromis) ou pour un différend éventuel avec une partie déjà déterminée (clause compromissoire). Dans les deux cas, le consentement des parties était concomitant. Or, le consentement que les États expriment dans les TBI se trouve à être différé par rapport à celui de l'investisseur : l'offre d'arbitrage n'est pas concomitante au consentement donné par l'investisseur. Selon un auteur, l'accès à l'arbitrage de l'investisseur en vertu des TBI constitue un « droit établi au profit d'un tiers », une sorte d'offre d'arbitrage de la part des États signataires en faveur d'investisseurs non encore identifiés et implicitement acceptée par ceux-ci par leur investissement. Il n'y a donc plus de contrat spécifique d'arbitrage entre les éventuels adversaires<sup>117</sup>. L'investisseur quant à lui manifeste son consentement au moment où il soumet un différend à l'arbitrage. Le consentement de l'investisseur, même s'il est différé par rapport au consentement de l'État, est néanmoins exigé. Par exemple, le paragraphe 2a) de l'article 26 du modèle canadien d'APIE prévoit que :

« 1. [l] investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 22 (...) uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

---

<sup>116</sup> Supra p. 21.

<sup>117</sup> T. W. WÄLDE, préc., note 114, p.59-60.

a) il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord (...); »<sup>118</sup>

Les États qui sont parties à un TBI, quant à eux, donnent leur consentement avec la signature même du traité. À titre d'exemple, nous reproduisons ici l'article 28 de l'Accord concernant la promotion et la protection des investissements intervenu entre le Canada et la Roumanie :

- « 1. Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage fait conformément aux procédures établies dans le présent accord.
2. Le consentement donné au paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisfont à la nécessité :
- a) d'un consentement écrit des Parties en vertu du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire;
- b) d'une convention écrite en vertu de l'article II de la Convention de New York; et
- c) d'un accord en vertu de l'article I de la Convention interaméricaine. »<sup>119</sup>

Dans le contexte des instruments relatifs à l'investissement, l'expression du consentement à l'arbitrage par les parties à un différend se fait donc en deux temps : d'abord, l'État donne son consentement à un différend non encore né par la signature du traité, puis l'investisseur donne le sien au moment où le différend survient. C'est l'investisseur qui amorce la procédure d'arbitrage et, une fois la procédure entamée, l'État ne peut plus retirer le consentement donné dans le traité. Il s'agit donc ni plus ni moins d'un déclenchement unilatéral de la procédure d'arbitrage par l'investisseur, ce qui s'apparente étrangement au déclenchement d'une procédure judiciaire en droit interne. Alors qu'auparavant l'arbitrage entre un investisseur et un État prenait sa source dans un contrat et donc, du consentement concomitant des parties, celui-ci peut maintenant se tenir en l'absence même d'un contrat.

---

<sup>118</sup> Modèle canadien d'Accord relatif à la promotion et à la protection des investissements, préc., note 96.

<sup>119</sup> APIE Canada/Roumanie, préc., note 41.

Il suffit que l'investisseur allègue que l'État, en dehors même de toute relation contractuelle, a enfreint une de ses obligations en vertu du traité<sup>120</sup>.

Bien que ce type de procédure ait été révolutionnaire à ses débuts et qu'il ait suscité des réticences et des contestations dans la communauté juridique, il est maintenant acquis que ce type de consentement est valide et, en ce qui concerne les arbitrages tenus en vertu de la Convention de Washington, que celle-ci l'autorise. C'est dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>121</sup> que la validité d'un tel consentement a été affirmée pour la première fois. Il va sans dire qu'au moment où il signe le traité, l'État d'accueil ignore la nature du différend auquel il aura éventuellement à se défendre ainsi que l'identité de l'investisseur auquel il aura à faire face. Ce décalage entre l'expression du consentement à l'arbitrage et le différend faisant l'objet de cet arbitrage constitue donc une avancée dans l'évolution de l'arbitrage international. Mais la jurisprudence est allée encore plus loin dans l'acceptation du décalage entre les consentements. Un tribunal arbitral a accepté comme valide le consentement à l'arbitrage donné par un État à l'intérieur d'une des ses lois internes. Il s'agit de l'affaire *SPP v. Egypt*<sup>122</sup> dans laquelle la société Southern Pacific Properties avait conclu divers contrats avec le gouvernement égyptien pour le développement et l'exploitation d'un complexe hôtelier. L'État égyptien, par l'entremise de son ministère du tourisme, avait dans un premier temps donné son aval au projet. Par la suite, un décret a été émis par le ministère de la Culture déclarant de « domaine public » les terres devant servir à la construction du complexe hôtelier. Le gouvernement égyptien a donc fait volteface et mis fin aux contrats intervenus avec Southern Pacific Properties (SPP). Cette dernière, dans

---

<sup>120</sup> C. LEBEN, préc., note 67, à la page 16-21.

<sup>121</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/87/3, CIRDI, 27 juin 1990, 6 *ICSID Rev.—FILJ* 526 (1991), en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676\\_En&caseId=C140](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676_En&caseId=C140)> (consulté le 8 août 2011); voir à ce sujet les commentaires de T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 81.

<sup>122</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, 1992, 8 *ICSID Rev.—FILJ* 328 (1993), en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671\\_En&caseId=C135](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135)> (consulté le 8 août 2011); voir également les commentaires de T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 80-81.

une saga qui a débuté en 1984 pour se terminer en 1993, a entamé diverses procédures d'arbitrage devant un tribunal arbitral du CIRDI. Le Secrétaire général du Centre, s'adressant aux parties au sujet de la compétence du Centre, a affirmé ce qui suit :

« ... the Arabic text of Article 8 of Law No. 43 of 1974 refers to the settlement of disputes within the framework of the ICSID Convention in the cases where it (i.e., the Convention) applies, and not, as erroneously mentioned in the English translation, where Law No. 90 of 1971 ratifying the Convention applies. I have, thus, registered the request of SPP without prejudice to the question whether said Article eight constitutes consent for the purposes of the ICSID Convention or merely includes a reference to this Convention in the cases where consent for ICSID jurisdiction is issued separately. This matter, if raised, will be for the Arbitral Tribunal to decide. »<sup>123</sup>

Dans cette affaire, le gouvernement égyptien s'opposait à la compétence du tribunal CIRDI, mais ce dernier a maintenu la position du Secrétaire général ci-haut mentionnée. Nous sommes donc déjà loin de la notion contractuelle de l'arbitrage.

Le consentement à l'arbitrage ne constitue pas une exigence exclusive au droit international public. Le consentement des parties est tout aussi nécessaire dans l'ordre juridique interne ainsi qu'en droit de l'arbitrage commercial international. On constate cependant, dans tous les ordres juridiques, que cette exigence du consentement à l'arbitrage évolue. Si le consentement à l'arbitrage revêt une telle importance en droit international, comment peut-on prétendre octroyer à des tiers un droit nulle part exprimé de façon explicite? Avant d'avancer nos hypothèses de solutions à cet obstacle, nous présenterons des exemples de cas où la portée du consentement à l'arbitrage a été étendue pour inclure des situations ou des parties non initialement prévues. Nous commencerons par l'exemple de l'arbitrage commercial international. Bien que ce type d'arbitrage se déroule principalement entre parties privées, nous croyons que cette incursion est pertinente dans la mesure où l'arbitrage relatif à l'investissement se déroule selon des règles de procédure importée de l'arbitrage commercial international, et également en raison du fait que dans les deux cas il y a présence de parties privées. Certains aspects de cet arbitrage pourraient

---

<sup>123</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, préc., note 122.

donc s'appliquer, du moins à l'égard de la partie privée. De plus, s'il est aisé de traiter l'arbitrage international en matière d'investissements comme étant du domaine du droit international public en raison de la présence des États à la procédure, il reste qu'à l'origine, l'arbitrage entre investisseurs et États prenait sa source dans l'inexécution ou l'interprétation d'un contrat. Il se rapprochait donc du domaine privé à cet égard. Nous verrons que l'arbitrage commercial international ayant étendu la portée du consentement pour permettre l'arbitrage avec des parties non contractantes, celui-ci pourra nous inspirer. Revenant par la suite à l'arbitrage en matière d'investissement, nous présenterons certains cas où la portée du consentement de l'État à l'arbitrage a été étendue par l'application de la clause de la nation la plus favorisée. Nous terminerons cette section en présentant l'institution du *forum prorogatum* élaborée par la Cour permanente internationale de justice. À travers ces exemples, nous démontrerons qu'il y a également place à la flexibilité dans la procédure de l'arbitrage international en matière d'investissement.

## *ii. Des exemples d'expression du consentement*

### **a) L'exemple de l'arbitrage commercial international**

L'arbitrage commercial international, même s'il ne connaît pas les mêmes enjeux que l'arbitrage en matière d'investissement, peut néanmoins servir d'inspiration dans notre recherche d'une voie de recours pour les tiers. Peu importe la sphère du droit étudiée, l'obstacle inévitable à l'acceptation de tiers à la procédure arbitrale demeure l'absence de consentement express à cet effet par les parties intéressées, dont les États. L'arbitrage reste essentiellement une affaire de justice privée à laquelle, en principe, participent uniquement ceux qui ont choisi spécifiquement ce mode de résolution de différend, que ce soit à l'intérieur même d'un contrat ou par compromis une fois que le différend naît. Or, nous constatons que les tribunaux arbitraux dans les différends commerciaux étendent déjà la portée du consentement des parties contractantes à des parties non contractantes. Dans l'état actuel de la mondialisation du commerce et des achats, certains auteurs discutent même d'arbitrage international collectif pour la préservation des droits des consommateurs

transnationaux<sup>124</sup>. Il est donc intéressant d'étudier la jurisprudence en ce domaine et de nous en inspirer.

En 1985, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté ce qui est connu comme étant la *Loi type*<sup>125</sup>. On retrouve l'exigence d'un consentement à l'article 7(1) de cette loi qui prévoit que :

« [u] ne "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée. »

De nombreux États ont ajusté leur législation interne afin d'y incorporer ces règles de procédure d'arbitrage. Il n'entre pas dans le cadre de cette recherche de faire une étude exhaustive des législations locales relatives à l'arbitrage commercial international. Nous citerons tout de même ici des exemples qui sont plus près de nous, à commencer par le Canada. Au Québec, l'arbitrage commercial international est régi par les dispositions des articles 940 et suivants du *Code de procédure civile du Québec*<sup>126</sup> alors que sur la scène fédérale, on se référera à la *Loi sur l'arbitrage commercial*<sup>127</sup>. Ces deux lois se sont largement, sinon exclusivement, inspirées de la *Loi type*. En France, l'arbitrage commercial international est régi par les articles 1442 et suivants du Code de procédure civile<sup>128</sup> alors qu'en Angleterre celui-ci est régi par l'*Arbitration Act 1996*<sup>129</sup>. Aux États-Unis, la *Federal Arbitration Act (FAA)*<sup>130</sup> régit l'arbitrage commercial international depuis son adoption en

---

<sup>124</sup> Emmanuel S. DARANKOUM, « Mondialisation et arbitrage collectif : les perspectives de la justice arbitrale », dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *La Justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, « Les journées Maximilien-Caron 2006 », Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 149.

<sup>125</sup> *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, A/40/17, annexe I, (1985), en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf>> (consulté le 19 décembre 2011) (*Loi type*).

<sup>126</sup> *Code de procédure du Québec*, L.R.Q., c. C-25, Livre VII.

<sup>127</sup> *Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C., 1985, C. 17 (2<sup>e</sup> supp.).

<sup>128</sup> On peut consulter le *Code de procédure civile* français en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>> (consulté le 15 mai 2011).

<sup>129</sup> *Arbitration Act*, 1996 Chapter 23.

<sup>130</sup> 9 U.S.C.A.

1925. Elle décrète le caractère obligatoire des conventions d'arbitrage en matière de transactions maritimes et de contrats relatifs au commerce<sup>131</sup>. Bien que le consentement à l'arbitrage soit également requis en vertu de la FAA<sup>132</sup>, la jurisprudence américaine a reconnu qu'il pouvait exister des situations où l'application stricte de l'exigence du consentement pouvait mener à des résultats peu efficaces d'un point de vue procédural et, par conséquent, celle-ci a étendu la portée des clauses d'arbitrage à des parties non contractantes. L'élargissement de la portée du consentement à l'arbitrage en matière commerciale ne se limite cependant pas à la jurisprudence américaine, bien que cette dernière ait fait preuve d'avant-gardisme en ce domaine.

Dans le domaine de l'arbitrage commercial international, la jurisprudence a, de façon générale, dans plusieurs juridictions, commencé depuis un certain temps déjà à étendre la portée des clauses d'arbitrage à des parties non contractantes. Bien que l'exigence du consentement soit affirmée, on remarque que les décisions, tant celles des tribunaux arbitraux que celles des tribunaux étatiques, adoptent une approche pragmatique de la question, qui permet une solution complète des litiges. Dans certaines instances, la convention d'arbitrage a été mise de côté au profit d'une procédure devant le tribunal étatique. Par exemple, en présence de l'appel en garantie d'une partie non contractante; à l'inverse, dans d'autres instances, certains tribunaux étatiques n'ont pas hésité à décliner juridiction au profit du tribunal arbitral, même si cela avait pour conséquence d'imposer l'arbitrage à la partie non contractante<sup>133</sup>.

Les principales justifications qu'invoquent les tribunaux, tant arbitraux qu'étatiques, pour permettre l'arbitrage à une partie non contractante, ou la lui imposer, tournent autour

---

<sup>131</sup> 9 U.S.C.A. § 2.

<sup>132</sup> 9 U.S.C.A. § 2-4.

<sup>133</sup> Au Québec, l'arrêt de la Cour d'appel en 1994, dans *Clavel c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] A-Q. No. 411; [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.), mieux connue comme l'affaire *Guns N'Roses*, a affirmé le principe que chaque cas doit être étudié à la lumière de ses faits particuliers, rejetant une approche systématique pour l'application ou non de la clause d'arbitrage. Dans cette affaire Donald K. Donald, poursuivie dans un recours collectif institué par des spectateurs frustrés, a appelé Clavel en garantie malgré l'existence d'une clause d'arbitrage avec cette dernière. La Cour d'appel a conclu que les fins de la justice requéraient que le débat se déroule devant la Cour supérieure étant donné que les instigateurs de la procédure n'étaient pas liés par la clause d'arbitrage.



de l'idée d'éviter la multiplicité des procédures et d'éviter le risque de décisions contradictoires. Dans les juridictions de tradition civiliste, la jurisprudence et les auteurs recourent le plus souvent aux concepts de l'autonomie de la clause d'arbitrage et de sa libre circulation pour justifier d'étendre à une partie non contractante l'obligation de procéder par voie d'arbitrage dans un litige donné<sup>134</sup>. Le raisonnement derrière ces deux concepts s'avère simple : la clause compromissoire et la convention d'arbitrage constituent des accessoires à l'obligation principale du contrat auquel elles se rattachent et celles-ci doivent suivre l'obligation principale. Une personne ne peut donc prétendre avoir des droits dans un contrat et rejeter l'application à son égard de la clause compromissoire incluse. Par exemple, dans le cas où une personne (le cédant) céderait une créance à un tiers (le cessionnaire), alors que le contrat créant la créance en question contient une clause compromissoire, le cessionnaire, s'il désire poursuivre le débiteur de la créance, pourrait se voir obligé de soumettre son différend à l'arbitrage sans pouvoir opposer l'absence de consentement à l'arbitrage au motif qu'il n'était pas partie au contrat initial. À l'inverse, le cédé (partie contractante) ne pourrait s'opposer à la procédure d'arbitrage du cessionnaire (partie non contractante) au motif qu'il n'a pas consenti participer à des procédures d'arbitrage avec cette personne en particulier. Le consentement se trouve donc à avoir son autonomie propre associée à l'obligation principale et non pas à l'auteur du consentement.

On trouve un exemple de ceci au Québec dans *Banque Nationale du Canada c. Premdev Inc.*<sup>135</sup> Dans cette cause, Premdev avait conclu une entente avec la société Paul Martin inc. (PMI) par laquelle elle devait verser à cette dernière certaines sommes. Cette entente contenait une clause compromissoire. PMI a cédé sa créance à Banque Nationale du Canada, laquelle a exercé un recours en arbitrage contre Premdev. Premdev s'oppose à cette procédure, alléguant que la clause compromissoire n'avait d'effet qu'entre elle et

---

<sup>134</sup> Pour une étude du sujet en droit français, voir Pierre MAYER, « La « circulation » des conventions d'arbitrage », dans Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND et Thomas CLAY (dir.), *Médiation & Arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative?*, Paris, LexisNexis SA, 2005, P. 207; en droit québécois, voir Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec*, Les Éditions Yvon Blais, 1991.

<sup>135</sup> *Banque Nationale du Canada c. Premdev Inc.*, [1997] A.Q. No 689 (C.A.).

PMI. La Cour d'appel du Québec a rejeté cette argumentation et a déclaré : « il n'est plus contesté que le pacte compromissaire est l'accessoire d'une créance et que la cession de cette créance permet à la cessionnaire de s'en prévaloir »<sup>136</sup>. Ce jugement s'insère dans le courant jurisprudentiel qui s'est amorcé au Québec avec le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Guns N'Roses*<sup>137</sup>. La Cour d'appel dans cette affaire s'est montrée ouverte à la participation d'un tiers à une procédure d'arbitrage lorsque les fins de la justice le requièrent. Celle-ci a affirmé que « [i]t is not difficult to imagine any number of commercial disputes where it would be entirely appropriate to proceed to arbitration under the arbitration clause agreed upon between two parties notwithstanding a claim against one of the parties by a third party »<sup>138</sup>.

Aux États-Unis, la jurisprudence est assez abondante dans ce domaine et les tribunaux ont développé diverses théories pour autoriser l'arbitrage entre parties contractantes et parties non contractantes. Parmi celles-ci, l'incorporation de la clause compromissaire par référence lorsqu'un contrat fait référence aux termes d'un autre contrat contenant la clause compromissaire. L'« *assumption* » est un autre principe utilisé dans le cas où une personne non contractante démontrerait, par ses gestes et ses actions, avoir accepté de se soumettre à la clause d'arbitrage. Mais la principale théorie utilisée pour justifier l'application de la clause d'arbitrage à des parties non contractantes est l'« *equitable estoppel* » qui s'apparente au concept de l'autonomie de la clause compromissaire des juridictions civilistes. Selon cette théorie, une partie ne peut à la fois rechercher le bénéfice d'un contrat et en même temps ne pas se soumettre à la procédure qui y est prévue. Ainsi, même si l'une ou l'autre des parties à cette procédure n'est pas intervenue à la clause d'arbitrage, la recherche de l'exécution du contrat entraînera application de la clause d'arbitrage tant à l'égard de la partie non contractante qu'à l'égard de la partie contractante. Cette théorie a été appliquée dans divers types de situations : par exemple, dans le cas d'un appel en garantie où l'appelé en garantie n'a pas adhéré à la

---

<sup>136</sup> *Id.*, par. 17.

<sup>137</sup> *Clavel c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, préc., note 133.

<sup>138</sup> *Clavel c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, préc., note 133, par. 24.

clause d'arbitrage contenue dans le premier contrat<sup>139</sup>, ou encore dans le cas d'une cession de droits dans un contrat<sup>140</sup>. Mais la jurisprudence américaine va encore plus loin et a commencé à autoriser l'arbitrage collectif. Dans ce cas, la question de l'admissibilité du recours à l'arbitrage se pose différemment, car, en principe, toutes les parties à un arbitrage collectif ont donné leur consentement à se soumettre à l'arbitrage. Ces arbitrages se tiennent en application de clauses d'arbitrage incluses dans des contrats intervenus entre des consommateurs et des sociétés, dont les moyens financiers sont évidemment beaucoup plus importants que ceux de leurs clients. Or, ces contrats ne constituent ni plus ni moins que des contrats d'adhésion. L'arbitrage collectif veut donc que ces consommateurs se joignent dans une seule procédure d'arbitrage contre ces sociétés. Bien que ces clients aient tous consenti individuellement à l'arbitrage avec la société par la signature du contrat, cette dernière n'a pas consenti, quant à elle, à un arbitrage collectif, mais à des arbitrages individuels. Le jugement qui a ouvert la porte à l'arbitrage collectif a été rendu dans l'affaire *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*<sup>141</sup>. Bien que la FAA. n'autorise pas spécifiquement l'arbitrage collectif, Mme Cornelia Pillard remarque que : « [i]t is worth noting, however, that Green Tree did not argue that the FAA. categorically foreclose class arbitration. Nobody is arguing that under the FAA anymore. »<sup>142</sup> Malgré donc l'absence d'un texte clair autorisant l'arbitrage collectif, et malgré une tendance pour les entreprises à inclure dans leurs contrats des restrictions à l'arbitrage en interdisant le regroupement des

---

<sup>139</sup> Voir entre autres *Marubeni America Corp. v. M/V "OHFU"*, 1996 A.M.C. (S.D.N.Y.) et *Mediterranean Shipping Company S.A. Geneva c. Pol-Atlantic*, 229 F.3d 397 (2d Cir. 2000).

<sup>140</sup> Pour des exemples de l'application de l'« *equitable estoppel* » en droit américain, voir entre autres : *Bannett v. Hankin*, 331 F.Supp.2d 354, E.D.Pa.,2004; *American Bankers Ins. Group, Inc. v. Long*, 453 F.3d 623, C.A.4 (S.C.), 2006; *Grigson v. Creative Artists Agency L.L.C.*, 210 F.3d 524, C.A.5 (Tex.),2000; *Price v. Ernst & Young, LLP* 274 Ga.App. 172, 617 S.E.2d 156, Ga.App.,2005; *Turtle Ridge Media Group, Inc. v. Pacific Bell Directory*, 140 Cal.App.4th 828, 44 Cal.Rptr.3d 817 Cal.App. 2 Dist.,2006; *Smith/Enron Cogeneration Ltd. Partnership, Inc. v. Smith Cogeneration Intern., Inc.* 198 F.3d 88 C.A.2 (N.Y.),1999.

<sup>141</sup> *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

<sup>142</sup> Cornelia PILLARD, « Justice on the Move : From Class Action to Class-Wide Arbitration – Remarks », dans N. ANTAKI et E. DARANKOUM, préc., note 124, p. 21, à la page 33.

consommateurs, les tribunaux arbitraux commencent clairement à autoriser l'arbitrage collectif comme cela a été le cas dans *Bazzle*<sup>143</sup>.

Maintenant, les solutions jurisprudentielles du droit commercial peuvent-elles être importées en droit international de l'investissement? Nous croyons que oui. Nous sommes d'avis que le pragmatisme des tribunaux arbitraux commerciaux et leur préoccupation de limiter la multiplication des procédures et, ainsi, éviter des décisions contradictoires sont des justifications tout aussi valables en droit international de l'investissement qu'elles le sont en arbitrage commercial, surtout à l'égard des investisseurs. L'objection de la souveraineté ne joue pas dans leur cas; ce sont des parties privées tout autant que les parties aux arbitrages commerciaux et nous ne voyons pas ce qui empêcherait le tribunal d'appliquer les solutions du droit commercial à leur égard.

Prenons l'exemple d'un investisseur qui abuserait de ses droits et utiliserait l'arbitrage aux fins d'éviter de se conformer à la législation interne de l'État d'accueil. Cela pourrait fort survenir dans un pays qui pourrait se voir contraint de modifier sa législation pour respecter ses obligations de protection des droits de l'Homme (au détriment de ses obligations en vertu d'un TBI). Pourquoi, dans un tel cas, ne pourrait-on pas permettre à la société civile de se joindre à la procédure à titre de partie afin de faire valoir les réclamations légitimes de la population qu'elle défend contre l'investisseur fautif? En effet, dans la mesure où l'investisseur désire faire valoir certains droits protégés par le TBI et qu'un tiers prétende à certaines réclamations découlant de l'utilisation de ces droits, la théorie de l'« *equitable estoppel* » tout comme celle du caractère accessoire de la clause d'arbitrage, pourrait justifier qu'un investisseur soit empêché de s'opposer à la réclamation de la tierce partie. Quant au droit substantiel qui pourrait servir de base légale à un tel recours, nous en traiterons plus loin<sup>144</sup>. Du point de vue procédural, le recours d'un tiers pourrait certainement être aménagé. Eu égard à la partie étatique, nous ne voyons pas quel serait le préjudice qu'un tel recours lui occasionnerait et rien n'empêcherait l'État de

---

<sup>143</sup> *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, préc., note 141. Voir au Québec, Emmanuel S. DARANKOUM, préc., note 124.

<sup>144</sup> *Infra*, page 94.

consentir à la participation du tiers à *postiori* comme dans le cas de l'institution du *forum prorogatum* que nous verrons plus loin. S'il est vrai que l'arbitrage est une justice privée à laquelle ne participent que les personnes ou les États qui y ont consenti, il est tout aussi vrai que ce consentement doit être analysé à la lumière des circonstances qui le façonnent et le contexte dans lequel il a été donné. Le consentement de l'État à l'arbitrage en matière d'investissement est ni plus ni moins donné dans le vide, à des inconnus, contrairement à l'arbitrage commercial où les parties contractantes sont connues. De quoi donc aurait à se plaindre un État d'un adversaire supplémentaire?

Actuellement, l'arbitrage sert des intérêts purement privés qui entrent souvent en contradiction avec l'intérêt public et l'intérêt de la population locale de l'État où se trouve l'investissement. Le consentement à l'arbitrage de l'investisseur doit nécessairement comprendre le consentement à assumer les conséquences découlant de l'exercice de celui-ci. Il doit en être de même eu égard au consentement de l'État. Certains tiers pourraient avoir intérêt à participer à la procédure d'arbitrage afin que les droits de la population qu'ils représentent, découlant des actes et omissions de l'État dans le contexte de l'application du traité, puissent être sauvegardés. Nous soutenons que l'effet du consentement en blanc donné par l'État dans les instruments relatifs aux investissements et d'entraîner la renonciation à invoquer l'absence de consentement pour s'opposer à la participation de tiers à la procédure arbitrale. En donnant un tel consentement, les États ont eux-mêmes créé les conditions propices à l'autonomie de celui-ci et à la venue de tierces parties.

### **b) Le Consentement à l'arbitrage et la clause NPF**

Nous venons de présenter comment, en arbitrage commercial international, tant les tribunaux internes que les tribunaux arbitraux ont donné à l'expression de la volonté des parties une portée que celles-ci n'avaient pas nécessairement envisagée au moment où le consentement a été donné. Ce phénomène n'est cependant pas exclusif à l'arbitrage commercial. Il existe également, en arbitrage international relatif à un investissement, des exemples d'élargissement de la portée du consentement à l'arbitrage exprimé par les États à l'intérieur des TBI. Voici ce qu'a écrit l'auteur Charles Leben à ce sujet :

« Et, en effet, une jurisprudence arbitrale dynamique (qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore) a, en deux décennies, donné au consentement de l'État une portée bien plus importante que ce que les rédacteurs de la Convention de Washington pouvait (sic) imaginer (mais c'est là une histoire qui se répète pour tous les droits et pour presque toutes les époques). Cette extension a emprunté trois voies : la distinction devenue majeure dans la jurisprudence CIRDI entre les requêtes concernant les violations du contrat (*contract claims*) et celles concernant la violation du traité (*treaty claims*). Une autre voie passe par l'interprétation donnée par les tribunaux de la clause de respect des engagements (*umbrella clause*) susceptible de donner une valeur internationale à des engagements purement contractuels [...]. Enfin, une portée nouvelle reconnue à la clause de la nation la plus favorisée (clause NPF) participe elle aussi à la "marginalisation" (mais l'expression nous semble exagérée) de ce consentement [...]. »<sup>145</sup>

Nous aborderons donc maintenant la question de la portée du consentement à l'arbitrage en droit international de l'investissement, mais sous un angle différent de celui de l'arbitrage commercial. Nous l'aborderons sous l'angle de l'application de la clause du traitement de la nation la plus favorisée (clause NPF) qu'on trouve dans les instruments relatifs aux investissements, à la procédure de règlement de différends. Il ne s'agit plus ici de considérer la portée du consentement sous l'angle de la personne qui le donne, comme c'était le cas en arbitrage commercial, mais plutôt du point de vue de l'objet ou matière sujette à l'arbitrage. Nous avons vu qu'en matière d'arbitrage commercial international, la clause d'arbitrage est considérée en tant qu'accessoire au contrat et à l'obligation à laquelle elle est liée. Comme corolaire, la clause d'arbitrage peut circuler et lier des personnes non parties au contrat original<sup>146</sup>. En définitive, même si cela n'est pas énoncé expressément, on note que dans les solutions adoptées par les tribunaux en matière commerciale, les obligations de fond priment les questions de procédure. En quelque sorte, les tribunaux considèrent que les questions de procédure ne devraient pas être réglées d'une manière qui empêche l'application des obligations de fond du contrat. Celles-ci devraient plutôt les

---

<sup>145</sup> Charles LEBEN, « Arbitrage (CIRDI) », dans Dominique CARREAU, Paul LAGARDE et Hervé SYNVEY (dir.), *Répertoire de droit international*, t. 1, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 13-14, par. 109 (notre souligné).

<sup>146</sup> *Supra*, p. 65.

soutenir. Nous verrons, par l'étude de certains jugements, que les décideurs en arbitrage international relatif à l'investissement partagent cette préoccupation.

La question s'est en effet posée, en arbitrage CIRDI, de savoir si la clause NPF d'un TBI s'appliquait aux dispositions du traité qui régissent le règlement des différends entre investisseurs et État, ou si cette clause ne visait que les conditions de droit substantif du traité. En d'autres termes, est-ce qu'un investisseur peut, par le biais de l'application de la clause NPF du traité conclu entre son État d'origine et l'État d'accueil, invoquer l'application de la procédure de règlement des différends contenue dans un TBI conclu entre l'une des parties au TBI et un État tiers? La question n'est pas banale, car les conditions de mise en œuvre des procédures d'arbitrage diffèrent d'un TBI à un autre. À cet égard, diverses situations peuvent se rencontrer.

La première de ces situations concerne les conditions de mise œuvre de la procédure de règlement de différends. Celle qui s'avère la plus problématique est l'obligation imposée à l'investisseur dans certains TBI de s'adresser aux instances internes et d'épuiser leurs recours avant de se prévaloir de l'arbitrage international. Une variante de cette exigence oblige par exemple l'investisseur à tenter d'obtenir réparation devant les tribunaux locaux pendant une période de 18 mois avant de soumettre son différend à l'arbitrage. En comparaison, des traités plus récents comportent uniquement l'obligation de négocier pendant une période donnée — le plus souvent 6 mois — avant qu'un différend puisse être soumis à l'arbitrage. La clause NPF a déjà été alléguée pour écarter l'application de ce type d'exigences restrictives au profit de conditions plus clémentes incluses dans d'autres TBI.

Une deuxième situation peut également se présenter, soit celle où le traité limite l'arbitrage à certaines matières déterminées. Les TBI conclus par la Chine sont une excellente illustration de ceci. Jusqu'au début des années 2000, la Chine concluait des TBI selon lesquels la seule matière arbitrable était la détermination du quantum de l'indemnité lors d'une expropriation. La détermination préalable de l'obligation de dédommager relevait obligatoirement des tribunaux locaux. Or, depuis le début des années 2000,

notamment dans le traité conclu avec les Pays-Bas le 26 novembre 2001<sup>147</sup>, les TBI auxquels la Chine intervient incluent une offre d'arbitrage CNUDCI plus large à l'égard des matières arbitrables. Si la clause NPF trouve application eu égard aux dispositions relatives au règlement des différends, les investisseurs ressortissants des États ayant conclu des traités de la première génération pourront prétendre pouvoir bénéficier de l'offre d'arbitrage plus large des nouveaux traités.

Enfin, une troisième situation susceptible de se produire : le cas du traité dépourvu de clauses relatives au règlement des différends, mais comprenant une clause NPF. Un investisseur pourrait donc, par l'application de la clause NPF, vouloir se prévaloir de la procédure d'arbitrage prévue dans un autre traité.

La première affaire à avoir retenu l'attention de la communauté juridique internationale au sujet de l'application de la clause NPF à la procédure de règlement des différends a été l'affaire *Maffezini* dans une décision sur la compétence rendue en 2000<sup>148</sup>. Dans cette cause, Maffezini, un ressortissant argentin, a entamé une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral CIRDI contre le Royaume d'Espagne. Maffezini alléguait un traitement non conforme de son investissement par le Royaume d'Espagne, en contravention du TBI intervenu entre le Royaume d'Espagne et la République d'Argentine. Pour ce qui est du fond du différend — le traitement fautif à l'égard de son investissement —, Maffezini basait son recours sur ce TBI. Cependant, alléguant la clause NPF incluse dans ce celui-ci, Maffezini demandait également l'application de la clause de règlement des différends contenue dans le TBI intervenu entre la République d'Argentine et la République du Chili. La procédure de règlement des différends du TBI Argentine-Espagne prévoyait l'obligation pour l'investisseur d'épuiser certains recours internes avant de soumettre son différend à l'arbitrage international, alors que le TBI Argentine-Chili ne contenait pas une telle obligation. L'Espagne s'est opposée à la compétence du tribunal arbitral CIRDI au

---

<sup>147</sup> *Accord relatif à l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République populaire de Chine*, 26 novembre 2001, 2369 R.T.N.U. 252 (n° I-42718).

<sup>148</sup> *Maffezini c/ The Kingdom of Spain*, sentence rendue sur la compétence dans l'affaire n° ARB/97/7, tribunal *ad hoc* du CIRDI, 25 janvier 2000, p. 20, en ligne : <<http://icsid.worldbank.org/ICSID>> (consulté le 22 mai 2011).



motif que Maffezini n'avait pas exercé les recours requis devant ses tribunaux intérieurs comme l'exigeait le TBI Argentine-Espagne. Se prononçant sur l'objection de compétence le tribunal arbitral a déclaré ce qui suit :

« Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. »<sup>149</sup>

Les dispositions pertinentes du traité intervenu entre l'Argentine et l'Espagne sont le paragraphe 2 de l'article IV (traitement NPF) et les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article X (règlement des différends entre une partie et les investisseurs de l'autre partie), lesquels se lisent respectivement comme suit :

« Article IV

2. Dans tous les domaines régis par le présent Accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chacune des Parties aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'un Etat (sic) tiers.

Article X

1. Les différends qui s'élèveraient entre une des Parties et un investisseur de l'autre Partie concernant les investissements au sens du présent Accord, devront, autant que faire se pourra, être réglés à l'amiable entre les parties au différend.

2. Si un différend au sens du paragraphe 1 ne peut être réglé dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle une des parties au différend aura soulevé la question, il sera soumis, à la demande de l'une d'entre elles aux tribunaux compétents de la Partie sur le territoire de laquelle "investissement a été effectué.

3. Le différend pourra être soumis à un tribunal d'arbitrage dans l'une quelconque des circonstances suivantes :

a) A la demande de l'une des parties au différend, s'il n'existe pas une décision sur le fond à l'expiration d'un délai de dix-huit mois à

---

<sup>149</sup> *Id.*, p. 20.

compter de l'ouverture du procès judiciaire prévu à l'alinéa 2 du présent article, ou

S'il existe une telle décision, mais que le différend subsiste entre les parties;

b) Lorsque les deux parties au différend en auront ainsi convenu. »<sup>150</sup>

La rédaction assez large de l'article IV a permis au tribunal de conclure que la clause NPF s'appliquait tant aux droits procéduraux qu'aux droits de fond. Si cette interprétation ne fait nécessairement l'unanimité, il ressort néanmoins de la littérature juridique internationale que celle-ci représente le courant majoritaire de l'opinion en cette matière<sup>151</sup>. Nous avons d'ailleurs répertorié cinq décisions dans lesquelles le tribunal applique la clause NPF à la procédure de règlement des différends et seulement trois où la solution inverse est retenue<sup>152</sup>. Selon certains auteurs, dont Claire Crépet Daigremont, l'application de la clause NPF à la procédure de règlement des différends entre investisseurs et États d'accueil ne fait aucun doute et l'intérêt de l'affaire *Maffezini* n'est

---

<sup>150</sup> *Accord entre la République argentine et le Royaume d'Espagne relatif à l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, 3 octobre 1991, 1699 R.T.N.U. 208 (n° I-29403).

<sup>151</sup> Emmanuel GAILLARD, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – Chronique des sentences arbitrales » (2006) V. 133 *JDI* 219, p. 285-286.

<sup>152</sup> Outre la décision dans *Maffezini*, nous avons répertorié les décisions suivantes qui ont appliqué la clause NPF à la procédure de règlement des différends : *Siemens c. The Argentine Republic*, préc., note 60, par. 81; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, CIRDI, 6 mai 2006, Washington, ICSID Case No. ARB/03/17, décision sur la compétence; *Gas Natural SDG, S.A. c/ The Argentine Republic*, CIRDI, 17 juin 2005, Washington, Case No. ARB/03/10, décision rendue sur la compétence, en ligne : <<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>> (consulté le 26 juillet 2011); *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, CNUDCI, 3 novembre 2008, Washington, Case 1:09-cv-00248-RBW, en ligne : <<http://italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf>> (consulté le 26 juillet 2011). Contre l'application de la clause NPF à la procédure de règlement des différends nous avons répertorié : *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, CIRDI, 13 septembre 2006, Washington, ICSID CASE NO. ARB/04/15, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC652\\_En&caseId=C240](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC652_En&caseId=C240)> (consulté le 26 juillet 2011); *Plama Consortium Limited c/ REPUBLIC of BULGARIA*, CIRDI, 6 septembre 2005, ICSID Case No. ARB/03/24, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caseId=C24)> (consulté le 26 juillet 2011); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, CIRDI, 29 novembre 2004, Washington, ICSID Case No. ARB/02/13, décision sur la compétence, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC635\\_En&caseId=C218](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC635_En&caseId=C218)> (consulté le 26 juillet 2011).

pas tant de déclarer qu'une telle application est possible, mais plutôt d'en circonscrire les conditions. Selon madame Crépêt Daigremont, l'affaire *Maffezini* apporte une limite à l'application de la clause NPF au règlement des différends entre investisseurs et États d'accueil : la clause NPF ne pourrait jouer si elle avait pour effet d'exclure l'application d'une disposition d'ordre public du traité à interpréter<sup>153</sup>.

Il existe bien certains jugements qui rejettent l'interprétation de *Maffezini*. Nous constatons cependant que ces jugements concernent des affaires où le droit recherché n'est pas clairement présenté par la partie qui le soulève et que les faits sont trop particuliers pour pouvoir fonder une opinion générale. Par exemple, dans la première de ces trois décisions, l'affaire *Telenor Mobile* rendue en 2006<sup>154</sup>, Telenor, une société contrôlée à 75 % par l'État norvégien, possède une société constituée en vertu du droit hongrois. Cette dernière détient un contrat de concession de services de radiotéléphonie publique mobile en Hongrie. Telenor a entrepris un recours contre la Hongrie devant un tribunal arbitral CIRDI en vertu d'un TBI intervenu entre la Hongrie et la Norvège. Elle allègue des griefs que ledit TBI ne couvre pas et termine sa requête en alléguant que son investissement a été l'objet d'une expropriation qui contrevient aux obligations de la Hongrie en vertu dudit TBI. La clause de règlement des différends du TBI Norvège-Hongrie limite la compétence du tribunal aux seuls cas d'expropriation. Telenor invoque donc la mise en œuvre d'autres TBI auxquels la Hongrie est intervenue par l'intermédiaire de la clause NPF du TBI Norvège-Hongrie, et tente de bénéficier des droits protégés dans ces autres traités pour ses autres réclamations. Cependant, Telenor ne précise pas dans sa requête quelles dispositions de ces autres traités elle désire voir appliquées. En outre, elle présente sa réclamation et son argumentation tardivement dans la procédure, soit uniquement après avoir constaté les limitations du TBI

---

<sup>153</sup> Claire CRÉPET DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », dans Charles LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p.107.

<sup>154</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. c/ The Republic of Hungary*, préc., note 152.

Norvège-Hongrie, notamment celles de la clause relative au règlement des différends<sup>155</sup>. Le tribunal dans cette affaire adopte la position prise dans l'affaire *Plama* (à laquelle nous référerons ci-après) et affirme que la clause NPF ne s'applique qu'aux « droits *substantiels* relatifs aux investissements » et non aux droits procéduraux de la clause de règlement des différends. Nous sommes d'accord ici avec l'auteur Emmanuel Gaillard. Cette décision minoritaire ne peut constituer une référence quant au droit existant relativement à l'application de la clause NPF aux droits procéduraux. En effet, la déficience quant aux faits a probablement motivé la décision du tribunal dans *Telenor Mobile*, ce qui enlève du poids à l'argumentaire du tribunal. Il est donc malheureux que le tribunal ait tenté d'établir en règle un jugement de si faible portée.

Dans la deuxième affaire, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*<sup>156</sup>, l'investisseur exerce un recours en réclamation d'une indemnité à la suite d'agissements qui selon lui équivalait à une expropriation illégale. Il importe de reproduire ici les dispositions pertinentes du TBI intervenu entre Chypre, dont ressort l'investisseur, et la Bulgarie, telles qu'elles sont citées dans la décision sur la juridiction :

« Article 3

*1. Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states.*

[...]

Article 4

*4.1 The legality of the expropriation shall be checked at the request of the concerned investor through the regular administrative and legal procedure of the contracting party that had taken the expropriation steps.*

---

<sup>155</sup> Emmanuel GAILLARD, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – Chronique des sentences arbitrales » (2007) V. 134 *JDI* 255, p. 312-319.

<sup>156</sup> *Plama Consortium Limite v. Republic of Bulgaria*, décision sur la juridiction rendue dans l'affaire n° ARB/03/24, CIRDI, 8 février 2005, Washington D.C., Foreign Investment Law Journal, 262, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521_En&caseId=C24)> (consulté le 27 décembre 2011)].

*In cases of dispute with regard to the amount of the compensation, which disputes were not settled in an administrative order, the concerned investor and the legal representatives of the other Contracting Party shall hold consultations for fixing this value. If within 3 months after the beginning of the consultations no agreement is reached, the amount of the compensation at the request of the concerned investor shall be checked either in a legal regular procedure of the Contracting Party which had taken the measure on expropriation or by an international "Ad hoc" Arbitration Court. »<sup>157</sup>*

Ici, un investisseur chypriote, Plama Consortium Ltd (Plama), poursuivait la Bulgarie en vertu du *Traité de la Charte de l'énergie*. Se basant entre autres sur la clause NPF incluse dans le TBI intervenu entre Chypre et la Bulgarie, Plama revendiquait l'application de dispositions incluses dans des TBI conclus par la Bulgarie avec d'autres pays que la Chypre. Le TBI intervenu entre Chypre et la Bulgarie provenait d'une première génération de TBI bulgares et Plama argumentait qu'elle pouvait, par l'application de la clause NPF du TBI Chypre-Bulgarie, se prévaloir de l'offre d'arbitrage CIRDI contenue dans d'autres TBI plus récents, notamment celui intervenu avec la Finlande<sup>158</sup>. La clause d'arbitrage du TBI Chypre-Bulgarie — plus ancien — prévoyait uniquement la tenue d'arbitrages *had oc* et elle ne visait que l'évaluation de l'indemnité à verser à l'investisseur en cas d'expropriation et non la détermination du caractère légal ou non de celle-ci. Le tribunal dans cette affaire a rejeté la prétention de Plama et, contrairement à l'opinion émise dans l'affaire *Maffezini*, l'arbitre part ici du principe que la clause de règlement des différends est nécessairement exclue du champ d'application de la clause NPF. Il fonde son raisonnement sur le principe de l'autonomie de la clause compromissoire de l'arbitrage commercial qui a été développé pour éviter la situation absurde où un arbitre aurait à déclarer la nullité d'une convention dans laquelle se trouve la clause compromissoire. L'auteur Emmanuel Gaillard considère cette référence à l'arbitrage commercial inappropriée dans ce contexte<sup>159</sup>. Nous sommes d'accord avec M. Gaillard sur ce point. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est justement l'autonomie de la clause

---

<sup>157</sup> *Id.*, p. 272.

<sup>158</sup> E. GAILLARD, préc. note 151, p. 251-252.

<sup>159</sup> E. GAILLARD, préc. note 151, p. 283-284.

compromissoire qui a justifié l'imposition de l'arbitrage à des parties non contractantes. Aussi, nous ne voyons pas comment le caractère autonome de la clause compromissoire constituerait un obstacle à l'application de dispositions externes, lorsque fondée sur un texte dûment conclu<sup>160</sup>. Il y a là un non-sens. La décision dans *Plama* s'insère dans un courant minoritaire de la jurisprudence arbitrale internationale concernant l'assujettissement des dispositions procédurales à la clause NPF. Comme dans l'affaire *Telenor Mobile*, les faits de *Plama* sont déficients eu égard à la portée qu'on souhaite leur donner. L'affaire démontre en effet que l'investisseur avait fait l'objet de procédures de mise en faillite de la part de ressortissants de la Bulgarie. L'investisseur était très endetté; non seulement envers le gouvernement bulgare, mais également envers des ressortissants bulgares qui n'avaient rien à voir avec la procédure d'arbitrage. Il y a fort à parier que le tribunal avait ces faits en tête lorsqu'il a rendu son jugement. Comme dans l'affaire *Telenor Mobile*, les éléments factuels de cette affaire sont trop particuliers pour qu'on puisse en tirer une règle générale de non-application de la clause NPF à la procédure de règlement des différends.

Quant à la troisième cause, l'affaire *Salini*<sup>161</sup>, l'investisseur a institué une procédure de règlement de différends devant un tribunal CIRDI en vertu du TBI intervenu entre l'Italie et la Jordanie relativement à un différend qui avait sa source dans le non-respect d'un contrat. Il ne s'agissait pas ici de la contravention à des obligations découlant d'un TBI. Les faits sont encore une fois trop particuliers pour démolir le courant majoritaire amorcé dans *Maffezini*.

Selon certains auteurs, il ne faudrait pas conclure que le principe appliqué dans l'affaire *Maffezini* est applicable à tous les TBI. En effet, avant de se prononcer dans cette affaire particulière, le tribunal a analysé les termes du TBI Argentine-Espagne et il a trouvé que ceux-ci n'excluaient pas expressément la procédure de règlement des différends du champ d'application de la clause NPF. Il se pourrait donc que les termes d'un traité en

---

<sup>160</sup> *Supra*, p. 20.

<sup>161</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, préc. note 152.

particulier ne permettent pas l'application du traitement de la nation la plus favorisée à la procédure de règlement des différends. La réponse à la question de l'application de la clause NPF à ces dispositions de procédure relèverait donc de l'interprétation des traités en cause. Néanmoins, selon l'auteur Emmanuel Gaillard, la règle en cette matière voudrait que la procédure de règlement des différends jouisse du traitement de la nation la plus favorisée du traité, à moins que cette application ne soit expressément exclue. Certains traités excluent en effet expressément l'application de la clause NPF à la procédure de règlement des différends. Les causes que nous venons d'étudier – qui sont favorables à cette application — demeurent néanmoins est un bel exemple de l'autonomie du consentement des parties au TBI. Nous avons vu précédemment que le consentement de l'État à l'arbitrage dans un TBI est un consentement différé par rapport à celui de l'investisseur, qu'il constitue une offre d'arbitrage qui est acceptée seulement quand celui-ci porte le différend à l'arbitrage. La procédure d'arbitrage se déclenche unilatéralement par l'investisseur contre l'État qui ne peut plus retirer son consentement une fois la procédure entamée<sup>162</sup>. Déjà donc, il s'agit d'une évolution de la notion du consentement à l'arbitrage tel qu'on le connaissait jusqu'à l'arrivée des TBI. L'application de la clause NPF va encore plus loin et étend encore plus la portée du consentement à l'arbitrage en modifiant la procédure elle-même.

Un des arguments qu'utilisent les États défendeurs pour s'opposer à l'application de la clause NPF aux conditions procédurales est, bien sûr, que la clause NPF ne s'appliquerait qu'aux dispositions de droit substantif du traité et non à celles touchant la procédure. Nous ne souscrivons pas à cet énoncé. Dans certains cas, se voir interdire l'accès à l'arbitrage international peut vouloir dire ne pas avoir de recours du tout. Nous avons en effet vu que la justice locale de plusieurs pays s'avère souvent inefficace en raison de problèmes de corruption et de systèmes judiciaires inadéquats. En fin de compte, si les recours internes s'avèrent être les seuls disponibles, cela peut équivaloir à l'absence de recours utile. Or, que vaut un droit si l'inexécution de l'obligation contractée ne peut être valablement

---

<sup>162</sup> Supra. p. 53.

sanctionnée? Nous citerons ici à nouveau le tribunal arbitral dans l'affaire *Maffezini* qui considère que le droit de porter une affaire devant un tribunal arbitral indépendant demeure essentiel à l'existence même du droit protégé :

« International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded. Traders and investors, like their States of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred. »<sup>163</sup>

Du même avis, à ce sujet, Emmanuel Gaillard écrit :

« Il n'en est pas moins vrai que la possibilité de voir régler par voie d'arbitrage international les différends susceptibles de s'élever entre investisseurs et l'État d'accueil est sans doute l'élément le plus important de la protection qui leur est accordée par les traités conclus en la matière. Les autres dispositions (interdiction de discriminer, d'exproprier sans indemnité, obligation de réserver un traitement conforme au droit international, etc.) ne sont en réalité pour l'essentiel qu'un *restatement* du droit international coutumier existant. C'est bien l'offre de faire trancher les différends susceptibles de naître à ce sujet qui, en pratique, donne à la protection accordée aux investisseurs une dimension nouvelle. »<sup>164</sup>

Cet argument de la non-application de la clause NPF aux droits procéduraux doit donc, à notre avis et à la lumière de la jurisprudence et de l'opinion juridique majoritaire, être rejeté.

Un autre argument que peut avancer un État défendeur contre l'application de la clause NPF aux mesures procédurales : les parties ne peuvent avoir consenti, au moment de la conclusion du traité, à se soumettre à des règles d'arbitrage non alors envisagées. Encore une fois, nous devons rejeter cet argument. Si ce raisonnement devait réussir, aussi bien

---

<sup>163</sup> *Maffezini v. The Kingdom of Spain*, préc. note 148, p. 20.

<sup>164</sup> E. GAILLARD, préc., note 151, p. 286-287 (notre souligné). Voir au même effet T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 76-78.



éliminer le traitement de la nation la plus favorisée de tous les instruments internationaux, et ce, à tous les égards. La clause NPF est établie justement pour faire bénéficier les parties et leurs investisseurs de mesures plus récentes et plus avantageuses convenues avec des États tiers. Comme le mentionne Emmanuel Gaillard, il demeure évident que si on se limitait à étudier la volonté des parties au moment où elles ont signé un traité, le droit n'évoluerait pas et le jeu de la clause de la NPF ne jouerait jamais. Nous ne pouvons nous convaincre que c'est là la volonté des parties. Il est évident qu'avec l'application de la clause NPF, le droit du traité évoluera, y compris l'accès à l'arbitrage et la procédure afférente<sup>165</sup>. Le consentement des parties à l'arbitrage, dans le cas d'application de la clause NPF, n'est pas nécessairement absent. C'est au moment d'accorder de nouveaux avantages à un État tiers qu'une partie à un TBI exerce son choix et exprime son consentement. Nous devons supposer que l'État, lorsqu'il accorde des droits ou avantages à un autre État, a en mémoire ceux qu'il a accordés antérieurement dans des traités plus anciens. Il n'y a donc pas de contradiction avec l'exigence du consentement à l'arbitrage<sup>166</sup>. Le consentement de l'État existe bel et bien, mais sa portée a évolué par rapport à la situation envisagée au moment où les parties impliquées l'ont été exprimé.

L'application de la clause NPF aux droits procéduraux témoigne de l'autonomie du consentement des États, et constitue une évolution que nous croyons pouvoir contribuer à la cause de tiers intéressés. En effet, même si l'exemple de la clause NPF ne suffit pas par lui-même à justifier l'attribution de droits à des tiers dans le processus arbitral, on peut néanmoins constater l'existence d'un courant d'ouverture dans l'application des droits procéduraux. Nous décelons dans le courant majoritaire de la jurisprudence arbitrale, une tendance à considérer la procédure comme un accessoire à l'exercice d'un droit et non comme un droit substantif autonome. Dans ce contexte, il n'est plus farfelu de penser que cette procédure pourrait bénéficier à des personnes non prévues au traité, dans la mesure où un lien pourrait être établi entre cette personne et l'objet du traité. Nous discuterons de ce

---

<sup>165</sup> Emmanuel GAILLARD, préc., note 155.

<sup>166</sup> À ce sujet, lire E. GAILLARD, préc. note 151, p. 286-287. Voir au même effet T. W. WÄLDE, préc. note 23, p. 76-78.

lien dans lorsque nous traiterons des considérations de droit substantif plus loin dans notre étude. Avant de ce faire cependant, nous désirons, dans la prochaine section, analyser un dernier exemple du droit international où les questions de procédure et de l'exigence du consentement ont reçu un traitement apte à favoriser le débat sur le droit substantif : le *forum prorogatum* de Cour internationale de justice.

### c) L'exemple de la Cour internationale de justice : le *forum prorogatum*

Nous avons traité jusqu'à maintenant exclusivement du consentement donné à la procédure d'arbitrage vu qu'il s'agit là de notre sujet d'étude. Nous avons vu l'importance du consentement pour donner compétence à un tribunal arbitral. Nous avons ensuite analysé ce consentement qui, une fois exprimé, pouvait évoluer et voir sa portée étendue. Aussi, nous avons observé que la procédure d'arbitrage s'impose parfois à des participants ou à des matières qui n'avaient pas été envisagées par les parties au moment où elles ont donné leur consentement. Nous désirons maintenant regarder du côté de la procédure de règlement des différends devant la Cour internationale de Justice (CIJ). La CIJ est le principal organe judiciaire des Nations Unies devant lequel seuls les États ont qualité pour agir. C'est ce que prévoient les articles 92 de la *Charte des Nations Unies* et 34 du *Statut de la CIJ*<sup>167</sup>. Contrairement aux tribunaux arbitraux dont les membres sont nommés par les parties, la CIJ se compose de quinze juges qui sont élus pour un mandat de neuf ans<sup>168</sup>. Tous les États membres de l'Organisation des Nations Unies sont *ipso facto* membres du *Statut de la CIJ*<sup>169</sup> et peuvent donc soumettre leurs différends à la Cour. Cependant, les États qui ne sont pas membres des Nations Unies peuvent également se prévaloir des dispositions du *Statut de la CIJ* à certaines conditions<sup>170</sup>.

La CIJ, un organe judiciaire structuré, revêt un certain caractère de permanence avec ses juges nommés pour des mandats de neuf ans. Étant donné le caractère « permanent » de

---

<sup>167</sup> *Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365 (texte original), [1945] R.T.Can. n° 7.

<sup>168</sup> *Id.*, art. 3 et 13.

<sup>169</sup> *Charte des Nations Unies*, art. 93.1.

<sup>170</sup> *Statut de la CIJ*, art. 35.

la CIJ et l'adhésion automatique des États membres de l'Organisation des Nations Unies au *Statut de la CIJ*, on pourrait croire que la Cour a compétence pour entendre tout différend soumis par les États, sans nécessité pour les parties de donner leur consentement ponctuel pour un différend donné. Or, il n'en est rien. Malgré la reconnaissance générale de la compétence de la Cour par les États membres par leur déclaration d'acceptation de la Charte des Nations Unies, les États doivent tout de même consentir à la compétence de la Cour pour chacun des différends soumis. C'est ce qui ressort du premier alinéa de l'article 36 du *Statut de la CIJ* :

« La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi *qu'à tous les cas spécialement prévus* dans la Charte des Nations Unies *ou dans les traités et conventions en vigueur.* »<sup>171</sup>

La formulation de cet alinéa, et plus particulièrement la référence aux « traités » et aux « conventions », sous-entend que les parties, même en ayant adhéré au Statut, doivent consentir à se soumettre à la juridiction de la Cour dans un différend donné. C'est ce qu'a affirmé la Cour dans l'affaire de l'or monétaire en 1954 :

« La Cour ne peut trancher ce différend sans le consentement de l'Albanie. Mais il n'a été soutenu par aucune des Parties que l'Albanie ait donné son consentement en l'espèce, ni expressément, ni implicitement. Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier. »<sup>172</sup>

Mais regardons maintenant une disposition fort intéressante du Règlement de la CIJ, l'article 38(5) :

« Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'Etat (sic) contre

---

<sup>171</sup> *Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice (nos italiques))*.

<sup>172</sup> *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), Arrêt du 15 juin 1954 : C. I. Recueil 1954, p. 19 à la page 32, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/19/4762.pdf>> (consulté le 21 novembre 2011).*

lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet Etat (sic). Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'Etat (sic) contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire. »<sup>173</sup>

Cette disposition trouve sa source dans l'institution du *forum prorogatum* élaborée par la Cour permanente internationale de justice (CPIJ), organe auquel a succédé la CIJ. En 1945. Cette institution peut se définir comme suit :

« This is the possibility that if State A commences proceedings against State B on a non-existent or defective jurisdictional basis, State B can remedy the situation by conduct amounting to an acceptance of the jurisdiction of the Court. »<sup>174</sup>

L'institution du *forum prorogatum* est une création jurisprudentielle qui remonte à l'époque de la Cour permanente internationale de justice (CPIJ)<sup>175</sup>. Selon cette institution, la nécessité de consentir à la juridiction de la Cour demeure. Cependant, même s'il n'avait pas préalablement reconnu la compétence de la Cour pour régler les différends auxquels il pouvait se trouver impliqué, l'État défendeur a la possibilité d'y consentir une fois seulement la requête signifiée. Par ailleurs, nul besoin de donner ce consentement par écrit de manière explicite; celui-ci peut très bien découler des actes et comportements de l'État défendeur à l'égard de la procédure. Par exemple, s'il se défend à la requête de l'État demandeur autrement que pour contester la compétence de la Cour. Une fois que le consentement de l'État défendeur est constaté et ainsi, la compétence de la Cour confirmée, cet État ne peut plus retirer son consentement. M. Vincent Pouliot, chercheur à l'Institut

---

<sup>173</sup> C.I.J., *Règlement de la Cour (1978)*, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0&lang=fr>> (consulté le 8 janvier 2011).

<sup>174</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires*, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 325, opinion individuelle de M. Lauterpatch, juge *ad hoc*, p. 416, par. 24, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7322.pdf>> (consulté le 12 juin 2011).

<sup>175</sup> Voir, entre autres, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)*, arrêt du 22 juillet 1952, Recueil 1952, p. 93, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1996.pdf>> (consulté le 2 janvier 2012) et *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14549.pdf>> (consulté le 2 janvier 2012).

Asser et rédacteur au Portail judiciaire de La Haye, rapporte que la CIJ a reconnu l'application du *forum prorogatum* en droit international et il en dresse les caractéristiques :

« D'abord, l'expression du consentement des parties n'est soumise à aucune condition de forme. [...] Plus encore, ce consentement peut être exprès ou implicite. Il peut notamment être déduit de l'attitude des Parties. [...] A contrario, le simple fait de participer à l'instance ne saurait constituer une "manifestation non équivoque", a fortiori (sic) lorsque l'objet même de la participation à la procédure est de contester la compétence. [...] Enfin, une fois le consentement des Parties donné à la Cour, il ne saurait lui être retiré de manière unilatérale. »<sup>176</sup>

L'institution du *forum prorogatum* s'avère intéressante pour l'objet de notre recherche sous deux aspects. Premièrement, si cette institution a pu voir le jour par l'effet de la jurisprudence, nous croyons que le même principe pourrait également s'appliquer en arbitrage international relatif à l'investissement. D'un point de vue juridique, l'institution existe bel et bien en droit international et nous ne voyons pas d'empêchement à l'appliquer en arbitrage. En effet, étant donné que le consentement de la partie défenderesse, quoique donné postérieurement à la réception de la requête du demandeur, demeure obligatoire dans tous les cas, ni l'investisseur, ni l'État ne courraient le risque de faire face à une procédure contre leur gré. Ainsi, l'exigence du consentement à l'arbitrage est respectée. Sans aucun doute, l'application du *forum prorogatum* en arbitrage international de l'investissement exercerait une pression, tant sur l'investisseur que sur l'État, et les inciterait à faire face aux revendications concrètes de la population sur un terrain neutre et impartial. Si les actions des ONG ont forcé certains États à introduire des règles de transparence dans les instruments relatifs aux investissements et s'ils forcent les sociétés multinationales à assainir leur gestion et à adopter des politiques de respect des droits de l'Homme et de l'environnement, le *forum prorogatum* pourrait renforcer cet effet. L'opinion publique négative que provoquerait le refus d'un investisseur ou d'un État de se soumettre à une procédure de règlement de différend de la part d'un tiers représentant légitimement les

---

<sup>176</sup>Vincent POULIOT, « Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de Justice », (2008) 3 *Journal judiciaire de La Haye* 30, p. 35-36, en ligne : <[http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol\\_3%283%29/Journal%20-%20Pouliot%20-%203.3%20-%20FR.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3%283%29/Journal%20-%20Pouliot%20-%203.3%20-%20FR.pdf)> (consulté le 6 septembre 2012).

intérêts de la population jouerait certainement sur la décision de l'un et l'autre de consentir ou non à participer à la procédure.

Le second aspect de l'intérêt suscité par l'institution du *forum prorogatum* concerne l'ordre normatif. En effet, nous croyons qu'il demeure tout à fait envisageable que les parties à un traité lui intègrent des dispositions ayant pour effet d'y introduire expressément le *forum prorogatum*. Cette solution aurait l'avantage de ne pas heurter les États qui tiennent à préserver leur souveraineté et de leur permettre de l'exercer en amont plutôt qu'en aval.

Bref, compte tenu du contexte politique et économique mondial actuel, nous sommes d'avis que le consentement donné par les États doit s'interpréter comme une manifestation vivante et non statique et qu'il importe d'élargir les modes d'expression de celui-ci. Car, comme le mentionnent Dehaussy et Salem<sup>177</sup>, les traités du type TBI ne sont plus de ceux qui réglaient des questions purement politiques entre les États, par exemple les traités de paix ou ceux délimitant les frontières (quoique ces derniers aient un effet sur la population). Ces traités s'apparentent plus à des lois internes au bénéfice des ressortissants étrangers et partant, nous suggérons que les règles strictes d'expression du consentement des États soient dans certains cas mises de côté au profit de l'approche plus pragmatique de l'institution du *forum prorogatum*.

Il nous reste maintenant à traiter d'un sujet dernier sujet d'ordre procédural : la question de la qualité pour agir devant des instances arbitrales internationales.

### ***iii. La qualité pour agir***

Outre le fait que les parties doivent avoir consenti à l'arbitrage, celles-ci doivent également jouir de la qualité pour agir en droit international. Il importe donc de déterminer si, et comment, des tiers pourraient acquérir cette qualité pour agir dans une instance d'arbitrage international où seuls, en principe, les États sont admis. Comme nous l'avons

---

<sup>177</sup> J. DEHAUSSY et M. SALEM, préc., note 109, p. 11.

vu, ce principe connaît déjà une brèche importante étant donné le droit de recours direct qui est donné aux investisseurs dans les instruments relatifs aux investissements. Voici ce qu'a dit l'auteure Axelle Lemaire à l'égard de droit en référant au chapitre 11 de l'ALÉNA relatif aux investissements :

« L'ALENA (sic) répond en ce sens au désir exprimé par les professionnels de se voir reconnaître un statut juridique équivalent à l'importance du rôle qu'ils jouent dans les opérations internationales d'investissement. Si elle renouvelle les termes du débat, la solution adoptée par l'ALENA (sic) permet-elle pour autant de conclure que l'opérateur privé jouit d'une personnalité juridique internationale? Le postulat reste à vérifier. Pour M. Leben, le refus d'une telle reconnaissance serait le reflet d'une « *position idéologique fondamentalement allergique, de façon générale, à la présence dans la sphère du droit international public des personnes privées.* »<sup>178</sup>

Le sujet de la qualité pour agir peut facilement s'étudier sous l'angle de la personnalité juridique. La littérature juridique et la jurisprudence internationale foisonnent de raisonnements tous très pertinents sur la question de savoir si les investisseurs et autres intervenants non gouvernementaux peuvent être considérés comme des sujets de droit international, et ainsi, se voir dotés de droits au même titre que les États. Nous n'aborderons pas ici la question sous cet angle. Nous nous limiterons à présenter des exemples d'instruments juridiques internationaux en vertu desquels des individus peuvent avoir accès à une certaine forme de recours contre les États devant des instances internationales. En effet, nous avons pu constater que certaines conventions internationales, surtout celles traitant de la protection des droits de l'Homme, confèrent à des parties privées sinon un droit de recours direct sur la scène internationale, du moins des pouvoirs d'intervention auprès d'instances exerçant parfois des pouvoirs quasi judiciaires. En général, dans les conventions onusiennes ou régionales de protection des droits de l'Homme, les individus ont le droit de soumettre des communications à un comité ou à une commission pour se plaindre du non-respect de la norme prévue au traité, laquelle la

---

<sup>178</sup> A. LEMAIRE, préc., note 37 . Les italiques sont de l'auteure et constituent un extrait de l'article de l'auteur Charles Leben : Charles LEBEN, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », dans *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 265.

soumettra à l'État faisant l'objet de la plainte et émettra des recommandations. Dans certains cas, ce droit peut être subordonné à l'acceptation de la compétence du comité par l'État faisant l'objet de la plainte ou encore à l'épuisement des recours internes par le plaignant. Voici donc quelques exemples.

La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1966<sup>179</sup>, à son article 14, permet à des « personnes » ou « groupes de personnes » d'adresser une plainte au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale en cas de non-respect par un État de ses obligations aux termes de celle-ci. Cependant, pour qu'une telle plainte soit recevable, l'État visé doit avoir préalablement déclaré reconnaître la compétence du Comité pour recevoir celle-ci (art. 14(1)). Au surplus, la personne ou le groupe de personnes pétitionnaires doit d'abord avoir exercé les recours internes à sa disposition (art. 14(5) et 14(7)a). Bien que la reconnaissance de la compétence du Comité puisse être retirée en tout temps, un tel retrait ne nuit pas au traitement d'une plainte déjà reçue par le Comité (art. 14(5)). Le Comité fait ses recommandations à l'État concerné et au pétitionnaire (art. 14(7)b)) et en inclut le détail dans son rapport annuel à l'Assemblée générale de l'ONU.

Un deuxième exemple que nous désirons mentionner est celui de la *Convention américaine des droits de l'homme* conclue en 1969<sup>180</sup>. Cette convention crée deux instances de traitement des plaintes : la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (la « Commission ») et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme (la « Cour »). En vertu de l'article 44 de la Convention :

« [t]oute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats (sic) membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat (sic) partie. »

---

<sup>179</sup> *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, (1969) 660-14 R.T.N.U. 196 (n° 9464).

<sup>180</sup> *Convention américaine des droits de l'homme: « Pacte de San Jose de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 182 (no 17955) [Convention américaine des droits de l'homme].



Dans cette convention, l'article 45 traite de la déclaration de compétence de la Commission dans les cas de pétitions d'un État contre un autre État et, dans ce cas, précise que l'État poursuivi doit avoir reconnu préalablement la compétence de la Commission pour que la plainte de l'État plaignant soit recevable. Or, nous ne retrouvons aucune telle condition pour les pétitions présentées par des personnes, groupes de personnes ou entités non gouvernementales légalement reconnues mentionnées à l'article 44. Par conséquent, nous en concluons que cette déclaration de compétence ne constitue pas une condition à l'exercice des recours par les personnes, groupes de personnes ou entités non gouvernementales légalement reconnues. Par contre, comme c'est le cas dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, les recours internes disponibles doivent avoir été épuisés (art. 46(1)a) et la plainte ne doit pas faire l'objet d'une procédure devant une autre instance internationale (art. 46(1)c). La Commission jouit de pouvoirs d'enquête pour le traitement d'une pétition (art. 48(1)d) et si l'objet de la pétition ne peut être réglé au terme du traitement de celle-ci, cette dernière émet ses recommandations et à défaut de règlement du litige malgré l'émission desdites recommandations, elle peut soumettre l'affaire à la Cour américaine des droits de l'homme (art. 51(1)). Les personnes, groupes de personnes et entités non gouvernementales légalement reconnues ne peuvent saisir la Cour d'une pétition directement (art. 61(1)). Sous réserve de l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État poursuivi, si celle-ci juge que ce dernier a effectivement manqué à ses obligations en vertu de la Convention, celle-ci ordonne audit État de respecter les dispositions de la Convention et peut ordonner, le cas échéant, la « réparation des conséquences » (art. 63(1)). La décision de la Cour est finale et sans appel, et les États parties s'engagent à respecter la décision rendue (art. 67 et 68).

Un autre exemple de recours donnés à des individus se trouve dans la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*<sup>181</sup> aussi connue comme

---

<sup>181</sup> *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 222 (n° 2889). Une version récente, telle qu'amendée par les protocoles 11 et 14 est disponible en ligne : <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22->

étant la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adoptée en 1950. Cette convention, dans son texte original, prévoyait un mécanisme de plainte par des particuliers semblable à celui de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. En effet, le texte de 1950 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme créait deux instances juridictionnelles pour traiter les plaintes : la Commission européenne des Droits de l'Homme et la Cour européenne des Droits de l'Homme (art. 19). Les particuliers et les organisations non gouvernementales n'avaient de recours direct que devant la Commission, seules les parties à la Convention ayant le droit de s'adresser à la Cour. La Convention européenne des droits de l'homme a été amendée à quelques reprises et, aujourd'hui, il n'existe qu'une seule instance juridictionnelle pouvant recevoir tant les requêtes individuelles que les requêtes étatiques. En effet, l'article 34 de cette Convention prévoit que « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers » qui prétend être victime d'une violation d'un droit protégé par la convention, peuvent saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête. Bien que l'article 35 prévoit que le plaignant doit épuiser ses recours internes avant de s'adresser à la Cour, il n'existe aucune nécessité que la compétence de celle-ci ait été préalablement reconnue par l'État visé, comme c'était le cas auparavant en vertu de l'ancien article 25 de la Convention.

Des recours semblables se trouvent également dans la Convention contre la torture<sup>182</sup> ainsi qu'au *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*<sup>183</sup>.

Un autre exemple de participation de parties privées aux côtés des États en droit international : l'Organisation Internationale du Travail (l'OIT). L'OIT intègre en effet dans sa structure organisationnelle, les représentants des employeurs et des travailleurs, aux

---

3E27564DBE86/0/FRA\_Conven.pdf> (consulté le 11 février 2011) [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme].

<sup>182</sup> *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradant*, 10 décembre 1984, (1987) 1465 R.T.N.U. 85 (n° I-24841 [Convention contre la torture].

<sup>183</sup> *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1999 (2000) 2131 R.T.N.U. 83 (n° A-20378).

côtés des représentants des États. Deux organes de l'OIT rassemblent ainsi les représentants de ces trois parties : la Conférence générale des représentants des Membres (la « Conférence ») et le Conseil d'administration<sup>184</sup>. Au sein de la Conférence, chaque État membre est représenté par quatre délégués. Deux sont désignés par le gouvernement de l'État concerné. Les employeurs et les travailleurs de ce dernier désignent les deux autres<sup>185</sup>. Le Conseil d'administration, quant à lui, se compose de 56 personnes dont la moitié représentent les États, 14 représentent les employeurs et 14, les travailleurs<sup>186</sup>. Les employeurs et les organisations professionnelles de travailleurs peuvent soumettre une réclamation au Bureau international du Travail au sujet d'un État membre qui « n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré »<sup>187</sup>. Le Bureau international du Travail émet ses recommandations et l'État qui désire contester ces recommandations peut soumettre le différend à la CIJ<sup>188</sup>. Il ne s'agit pas d'un droit de recours comme tel pour les employeurs et travailleurs étant donné que seuls les États peuvent s'adresser à la CIJ. Cependant, le Conseil d'administration peut rendre publique une réclamation d'un employeur ou d'une organisation représentant des travailleurs, ce qui procure une fenêtre pour obtenir l'appui de l'opinion publique<sup>189</sup>.

Nous constatons donc que les parties privées occupent une place sur la scène juridique internationale. Peu importe donc que nous puissions qualifier les parties privées de « sujets de droit international » ou non, les États eux-mêmes ont octroyé des droits à celles-ci et peuvent donc pourvoir à cette déficience. Bien que l'accès des parties privées à la justice internationale publique demeure restreint et son utilisation contrôlée, il devient de plus en plus difficile pour les États de nier la pertinence et la légitimité de leur présence sur la scène internationale.

---

<sup>184</sup> *Constitution de l'Organisation Internationale du Travail*, 1919, art. 2, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/constq.htm>> (consulté le 7 janvier 2012) (sous l'égide du Traité de Versailles qui a mis fin à la Première guerre mondiale).

<sup>185</sup> *Id.*, art. 3(1).

<sup>186</sup> *Id.*, art. 7(1).

<sup>187</sup> *Id.*, art. 24.

<sup>188</sup> *Id.*, art. 29(2).

<sup>189</sup> *Id.*, art. 25.

Nous avons maintenant complété la présentation de nos arguments procéduraux pour répondre à la question qui nous occupe : les tiers peuvent-ils prétendre à avoir accès à l'arbitrage international dans le contexte de l'investissement? Nous croyons avoir démontré que les exigences du droit international pourraient s'adapter et que même dans l'état actuel du droit, une ouverture réelle s'avère envisageable, surtout lorsque nous considérons l'institution du *forum prorogatum* et les exemples des droits accordés par les conventions traitant de protection de droits humains et des droits des travailleurs que nous venons d'aborder. L'institution du *forum prorogatum*, quant à elle, démontre bien que le droit international peut se montrer créatif tout en respectant l'exigence de cet élément essentiel que constitue le consentement des opposants. Nous croyons avoir également présenté des arguments qui tiennent compte de la nécessité du consentement à l'arbitrage, particulièrement celui des États, jaloux de leur souveraineté, et avoir démontré que cette condition essentielle n'est pas un élément incontournable. Déjà à travers les conventions relatives à la protection des droits humains, les États s'avèrent capables d'ouverture. Cette démonstration permet, nous l'espérons, de convaincre notre lecteur que le droit international de l'arbitrage actuel s'approche concrètement de la création d'une voie de recours pour les parties étrangères au traité. Ceci étant, nous traiterons maintenant de questions de droit substantiel.

## ***B. Accès des tiers à la justice arbitrale internationale : aspects de droit substantiel***

Comme nous l'avons vu, le droit international est témoin d'arbitrages opposant des parties privées à des parties étatiques depuis 1864<sup>190</sup>. Également, certaines conventions universelles de protection des droits de l'Homme accordent déjà une forme de droit de réclamation à des particuliers. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme conclue en 1950 en est une illustration. Cependant, c'est vraiment par l'inclusion d'un droit de recours spécifique à l'investisseur dans les TBI que l'arbitrage entre États et

---

<sup>190</sup> Supra p. 22.

parties privées a reçu sa consécration. À l'époque, il s'agissait d'une nouveauté. De nos jours, l'arbitrage entre investisseurs et États fait partie du paysage juridique international et personne n'oserait remettre le droit des investisseurs à l'arbitrage international en question, ni leur qualité pour agir. Le droit international a donc évolué à cet égard, car, traditionnellement, seuls les États sont des sujets de droit international et eux seuls peuvent poursuivre un autre État, que ce soit en arbitrage ou devant les tribunaux internationaux. Étant donné cette évolution du droit international de l'arbitrage, la question se pose : les tiers, telles les ONG, ont-ils un droit de recours distinct en arbitrage international?

Nous avons d'abord traité de la question du consentement des parties à l'arbitrage étant donné la nature consensuelle de ce type de procédure et avons tenté de démontrer que le consentement, une fois exprimé, acquiert une vie propre qui peut excéder les limites envisagées par les parties au moment où il a été exprimé. Ainsi, ne serait-il pas plausible de permettre une interprétation qui inclut, dans certains cas, l'accès à des tiers. Nous avons démontré ceci à l'aide d'exemples tirés de l'arbitrage commercial international, de l'arbitrage relatif à l'investissement par l'application de la clause NPF aux dispositions de procédure ainsi que des instances de la Cour internationale de justice et son utilisation de l'institution du *forum prorogatum*. Nous avons ensuite traité de la qualité pour agir, car, au-delà du consentement donné, si un recours doit être accordé à un tiers, ce dernier doit être identifié et doit avoir les attributs nécessaires pour se qualifier légalement à titre de partie à la procédure. Sous cet aspect, nous avons exposé que, indépendamment de l'existence ou non de la personnalité juridique internationale, la qualité pour agir avait déjà été consentie à des parties ne détenant pas cette personnalité juridique — des parties non étatiques, tant dans les TBI que dans des conventions de protection des droits de l'Homme. En conséquence, nous en concluons que certains tiers pourraient très bien se qualifier dans l'état actuel du droit. Bien entendu, ils pourraient également se voir expressément doter de la qualité pour agir dans des conventions. Nous reviendrons plus loin sur la question de savoir quels tiers, exactement, pourraient se voir doter du droit d'intenter des recours en arbitrage international en matière d'investissement. En supposant que le consentement a été

donné et que le tiers a la qualité pour agir, nous désirons ici étudier le droit substantiel qui pourrait servir de base à un recours.

Selon l'auteur Thomas W. Wälde, vu le contexte de mondialisation actuel, soit un contexte « [d] » émergence d'une économie mondiale ouverte, compétitive et intégrée, délaissant les marchés nationaux ou régionaux isolés au profit de marchés mondiaux naissants »<sup>191</sup>, le droit international des investissements ne doit plus s'étudier du seul point de vue du droit international public. Entrent maintenant en ligne de compte le point de vue de l'investisseur, le droit national des pays hôtes, de même que les lignes et codes de conduite des organisations internationales privées et publiques<sup>192</sup>. Toujours selon Thomas W. Wälde, l'accès à l'arbitrage de l'investisseur en vertu des TBI peut être interprété comme étant un « droit établi au profit d'un tiers », une sorte d'offre d'arbitrage de la part des États signataires en faveur d'investisseurs non identifiés. Cette offre serait implicitement acceptée par ceux-ci par leur investissement. En principe, les différends soumis à cet arbitrage se limitent à ceux découlant de sujets expressément prévus au traité. L'auteur remet cependant en question cette limitation vu le libellé de l'article 42 de la Convention de Washington qui semble permettre une application plus large du droit<sup>193</sup>. Or, la Convention de Washington est régulièrement choisie comme procédure de règlement des différends entre investisseurs et États d'accueil dans les TBI, de sorte que dans bien des cas, l'article 42 de la *Convention* reçoit application. Le texte de l'article 42 se lit comme suit :

#### **Article 42**

- (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. *Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat (sic) contractant partie au différend* — y

---

<sup>191</sup> T. W. WÄLDE, et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, préc., note 114, p. 13.

<sup>192</sup> T. W. WÄLDE et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, préc., note 114, p. 11-12.

<sup>193</sup> T. W. WÄLDE et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, préc., note 114, p.59-60.

*compris les règles relatives aux conflits de lois — ainsi que les principes de droit international en la matière.* (Nos italiques)

- (2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.
- (3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Nous souscrivons aux arguments de M. Thomas W. Wälde sur ce point. Nous croyons que cette disposition ouvre la porte à l'application du droit international autant que du droit interne en l'absence du choix des parties. Or, notre étude nous a permis de constater que plusieurs TBI, pour ne pas dire la majorité, ne contiennent pas de clauses relatives au choix du droit applicable, ce qui laisse toute la latitude voulue au tribunal arbitral pour appliquer les règles et principes tant du droit international que du droit interne. Dans l'hypothèse où une entreprise s'est déjà prévalu de son droit de poursuivre l'État en vertu du traité, l'article 42 de la *Convention* peut s'avérer fort utile si nous désirons étendre la portée de l'arbitrage à des tiers. Dans certains cas, le tribunal arbitral pourrait trouver dans des instruments, tels les codes de conduites d'une entreprise multinationale, le fondement d'une responsabilité d'un investisseur qui donnerait ouverture à l'exercice d'un recours contre celle-ci. Selon l'interprétation proposée par M. Wälde, l'article 42 de la Convention de Washington pourrait permettre l'application de tels codes.

Nous nous sommes donc posé la question de savoir dans quel contexte juridique la participation de tiers à une procédure de règlement de différends pourrait se concrétiser en l'absence d'un texte clair à cet effet et quelles seraient les bases légales en droit substantiel pour une telle participation. La réponse n'est pas évidente. Les traités relatifs aux investissements ne créent des obligations que pour les États et non pour les investisseurs. Difficile donc, à première vue, d'y trouver la base d'un recours pour un tiers contre un tel investisseur, d'autant plus que l'État lui-même ne semble pas pouvoir poursuivre un investisseur sur la base d'un tel traité. Quant à l'État, son engagement dans les TBI bénéficie exclusivement aux investisseurs qui sont des ressortissants de l'autre État

contractant. Comment donc concilier ce silence des textes avec l'octroi d'un droit de recours à des tiers?

Une fois une procédure d'arbitrage entamée entre un investisseur et un État, nous croyons qu'il s'avérerait possible pour un tiers justifiant d'un intérêt, d'exercer un recours contre l'investisseur ou contre l'État. Entre autres, si les faits favorisent le recours d'un tel tiers, ou partie de ceux-ci, étaient les actes et omissions de l'État à la base du différend. Malgré l'absence de texte liant le tiers et l'investisseur ou l'État, nous croyons que pourraient être alléguées ici les obligations internationales de l'un et de l'autre. Car au-delà de la responsabilité contractuelle (pris ici dans le sens d'une responsabilité découlant de l'application d'un texte), nous croyons que la responsabilité internationale de l'un et de l'autre, si telle responsabilité existe en droit, peut servir de base légale à un recours du point de vue du droit substantiel. C'est ce que nous proposons d'analyser ici. Nous traiterons d'abord des recours contre l'investisseur pour ensuite traiter de ceux qui pourraient être intentés contre l'État.

### ***i. Recours contre l'investisseur :***

En 2007, le représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies produisait un rapport sur la question de la responsabilité des sociétés transnationales sur les droits de l'homme. Il écrivait :

« Long-standing doctrinal arguments over whether corporations could be “subjects” of international law, which impeded conceptual thinking on this issue and the attribution of direct legal responsibility to corporations, are yielding to new realities. Corporations are increasingly recognized as “participants” at the international level, with the capacity to bear some rights and duties under international law. As noted, they have certain rights under bilateral investment treaties; they are also subject to duties under several civil liability conventions dealing with environmental pollution. Although this has no direct bearing on corporate responsibility for international crimes, it makes it more difficult to maintain that



corporations should be entirely exempt from responsibility in other areas of international law. »<sup>194</sup>

Comme le suggère également l'auteur Thomas W. Wälde alors qu'il traite des préoccupations des investisseurs établis sur des terres étrangères, il y a nécessité de mettre en place une société mondiale basée sur une saine administration. Celle-ci nécessite des structures et un contrôle juridiques en cas de troubles sociaux ou d'inégalités, ainsi qu'un contrôle des autorités publiques, administratives ou privées entravant la concurrence<sup>195</sup>. Si les investisseurs ont besoin d'être rassurés au sujet de la sécurité de leurs investissements, nous croyons que, dans cette société mondiale, les investisseurs ont également une responsabilité envers les populations locales eu égard aux conséquences des gestes qu'ils posent ou de ceux qu'ils omettent de poser. Certaines sociétés transnationales jouissent en effet d'un pouvoir économique qui outrepassé celui des États eux-mêmes. Il est donc tout à fait justifié que celles-ci répondent de leurs actes et manquements. Sous la pression de l'opinion publique, certaines ont déjà adopté des codes de conduite auxquels elles soumettent leurs employés et partenaires. Par ailleurs, certaines ont adopté le Pacte mondial des Nations Unies, « [...] un pacte par lequel des entreprises s'engagent à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption »<sup>196</sup>. Ces principes sont :

**« Droits de l'homme**

1. Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'Homme dans leur sphère d'influence; et
2. A (sic) veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'Homme.

---

<sup>194</sup> *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, préc., note 13, p. 8, par. 20.*

<sup>195</sup> T. W. WÄLDE et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, préc., note 114, p. 20.

<sup>196</sup> Pacte mondial des Nations Unies, en ligne : <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>> (consulté le 12 septembre 2011).

### **Droit du travail**

3. Les entreprises sont invitées à respecter la liberté d'association et à reconnaître le droit de négociation collective;
4. L'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire;
5. L'abolition effective du travail des enfants; et
6. L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

### **Environnement**

7. Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement;
8. A (sic) entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement; et
9. A (sic) favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.

### **Lutte contre la corruption**

10. Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin. »<sup>197</sup>

Lancés en juillet 2000, ces principes ont été adoptés par environ 6 000 entreprises réparties dans 135 pays,<sup>198</sup> dont 38 canadiennes<sup>199</sup>. L'OCDE a également adopté en 1976 ses *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, lesquels ont été mis à jour en mai 2011<sup>200</sup>. Ces principes font partie de la *Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales* par lesquels les États s'engagent à promouvoir la mise en application par les « [e] ntreprises multinationales opérant sur le territoire de leurs pays ou à partir de celui-ci d'observer les *Principes directeurs* »<sup>201</sup>. Également, certains instruments relatifs aux investissements récents

---

<sup>197</sup> *Id.*

<sup>198</sup> *Id.*

<sup>199</sup> Information disponible sur le site de Affaires étrangères et Commerce international Canada, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/cimar-rcami/2009/index.aspx?lang=fra&view=d>> (consulté le 7 septembre 2011)

<sup>200</sup> *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, information disponible sur le site de l'OCDE en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>> (consulté le 5 septembre 2011).

<sup>201</sup> *Id.*

contiennent une obligation pour les États de promouvoir l'adhésion par les entreprises à des normes de responsabilité sociale. En voici un exemple :

« Chaque Partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises internationalement reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principes qui ont été approuvées ou sont appuyées par les Parties. Ces principes portent sur des questions telles que le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. »<sup>202</sup>

Dernier exemple, la Banque mondiale a également élaboré ses *Environmental, Health, and Safety General Guidelines* qui imposent certaines conditions aux investisseurs, lors de l'obtention d'un financement, relativement à l'environnement, la santé et la sécurité<sup>203</sup>.

Tous ces instruments mettent en place une source d'obligations pour les investisseurs qui peuvent très bien servir de base légale à la responsabilité de ceux-ci sur la scène internationale. Et c'est sans compter les codes de conduite internes dont les entreprises transnationales se dotent de plus en plus et dont la contravention pourrait également engager leur responsabilité. À partir du moment où un investisseur se prévaut des droits internationaux qui lui sont attribués par le traité, nous ne voyons pas comment un tel investisseur pourrait s'opposer à une réclamation d'une partie privée, l'investisseur étant lui-même une partie privée. Le principe applicable aux États selon lequel ces derniers ne sont engagés que dans la mesure où ils ont consenti à l'être par traité ne peut être invoqué par les investisseurs. Dans le droit interne, en général, tout individu ou toute entreprise enfreignant les lois peut se voir poursuivi en responsabilité afin de réparer le préjudice causé à autrui. Pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il s'agit de responsabilité internationale? Nous ne voyons aucun empêchement légal à ce qu'une entreprise, ayant pris des engagements internationaux au bénéfice d'une population, doive faire face aux griefs

---

<sup>202</sup> ALE Canada/Pérou, préc., note 5, art. 810.

<sup>203</sup> Document disponible en ligne : <[http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/gui\\_EHS\\_Guidelines2007\\_GeneralEHS/\\$FILE/Final+-+General+EHS+Guidelines.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/gui_EHS_Guidelines2007_GeneralEHS/$FILE/Final+-+General+EHS+Guidelines.pdf)> (consulté le 10 septembre 2011).

de cette dernière en cas de contravention de sa part à de tels engagements. Il devrait en être de même si l'investisseur enfreint des règles de responsabilité internationale qui s'imposent en l'absence même d'un contrat ou d'un traité. Dans l'état actuel des choses, si les recours internes sont inefficaces et que l'investisseur choisit de poursuivre l'État d'accueil devant un tribunal arbitral international, la population risque, selon le droit interne applicable, de n'avoir aucune possibilité de se faire entendre et de faire valoir ses réclamations dans le débat entre les deux. Ainsi, dans la mesure où un investisseur fait défaut de respecter ses engagements internationaux ou qu'il enfreint les divers codes de conduite qu'il s'est donnés, et que par surcroît il exerce des recours contre un État d'accueil en arbitrage international, nous croyons qu'il est envisageable qu'un tiers, justifiant d'un intérêt suffisant, puisse se joindre à un tel recours pour réclamer réparation du préjudice causé par l'investisseur en question. Or, en matière de responsabilité internationale, tout comme c'est le cas en responsabilité délictuelle en droit interne, il n'est certainement pas question de consentir à une poursuite; assurément, personne ne consentira à être l'objet d'une poursuite judiciaire. En ce qui concerne l'investisseur, donc, l'argument du consentement à l'arbitrage dans le cas d'une réclamation basée sur la responsabilité ne jouerait tout simplement pas.

## *ii. Recours contre l'État*

Quelle serait maintenant la base légale d'un recours que pourrait exercer un tiers contre un État en arbitrage international? Les États aussi ont des obligations sur la scène internationale et nous croyons qu'un manquement à l'une d'elles peut également engager leur responsabilité internationale et, ainsi, donner ouverture à la réclamation d'un tiers dans le contexte de l'investissement international. Sans prétendre faire une revue exhaustive des textes traitant de ce sujet, nous désirons démontrer ici que la communauté pourrait très bien permettre à des tiers d'intenter leurs propres recours en arbitrage international. Il n'y aurait nul besoin de modifier le droit existant, particulièrement en matière d'investissements. Les bases légales se trouvent déjà présentes dans le corpus de conventions universelles

existantes. Nous étudierons ici certains de ces textes et verrons comment ils pourraient justifier un recours par un tiers en arbitrage international.

Comme principe, l'État ne peut être tenu internationalement responsable que s'il enfreint une obligation lui incombant en vertu d'une règle de droit international<sup>204</sup>. La Commission du droit international des Nations Unies reproduit cette règle dans le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite* qu'elle a adopté en 2001<sup>205</sup>. Par ces Articles, la Commission tente depuis plusieurs années de codifier le droit existant en matière de responsabilité internationale des États découlant de leurs agissements ou omissions qualifiés de « faits illicites ». Certes, ces articles n'ont toujours pas été adoptés par l'assemblée générale des Nations Unies en raison du manque de consensus des États quant à la nécessité de le faire. La lecture de commentaires fournis par les autorités de certains États fait cependant ressortir l'existence de deux lignes de pensées dominantes. Pour les tenants de la première, les Articles devraient être adoptés; les tenants de la seconde se disent convaincus de l'inutilité de la négociation et de l'inclusion de ces articles à l'intérieur d'un traité étant donné que ceux-ci font partie du droit international coutumier. Voici quelques exemples des commentaires des États de la seconde ligne :

« [La Finlande et les pays nordiques] continuent de penser que les articles occupent la meilleure position possible comme annexe à une résolution. Malgré des divergences de vues sur certains détails, ils reflètent un consensus largement partagé. Une conférence diplomatique visant à élaborer une convention risquerait de compromettre le fragile équilibre du texte actuel. »<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> On peut lire, entre autres à ce sujet : Thomas W. WAELDE et Patricia K. WOUTERS, « State Responsibility in a Liberalised World Economy : State Privileged and Subnational Authorities' Under the 1994 Energy Charter Treaty » (1996) *NYIL* 143, p. 153.

<sup>205</sup> COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. N.U. A/56/10 et A/56/49 (Vol. I)/Corr.3, 2011 [Les Articles].

<sup>206</sup> *Rapport du secrétaire général sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Observations et renseignements communiqués par des gouvernements*, Doc. N.U. A/65/96 (14 mai 2010), p. 3, en ligne : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/431/80/PDF/N1043180.pdf?OpenElement> (consulte le 13 novembre 2011).

« Leur statut est donc reconnu tant dans la jurisprudence allemande qu'internationale. De l'avis de l'Allemagne, il conviendrait de continuer à suivre de près cette tendance et de relever en particulier si les juridictions nationales confèrent à l'ensemble du projet d'articles (plutôt qu'à certains articles) le statut de droit international coutumier. L'Allemagne considère que tant que tous les États et toutes les juridictions ne l'auront pas fait, il faudrait s'abstenir d'élaborer une convention contraignante, pour préserver le consensus existant sur le caractère contraignant des principaux articles. »<sup>207</sup>

« Les Pays-Bas estiment qu'une grande partie des dispositions de ces articles sont le reflet du droit international coutumier. »<sup>208</sup>

« Selon [le Royaume-Uni de Grande Bretagne et l'Irlande du Nord], l'adoption d'une convention ne présenterait aucun avantage. La pratique des États, les décisions des juridictions et autres organes, et les écrits des publicistes ont contribué à intégrer les articles dans le droit international. »<sup>209</sup>

Ainsi, si les États reconnaissent que les Articles constituent des règles du droit international coutumier, ils peuvent certainement fournir des bases légales afin de déterminer dans quelles situations les États peuvent engager leur responsabilité internationale. Nous reproduisons ci-après les dispositions pertinentes de ces Articles :

*« Article premier*

Tout fait internationalement illicite de l'Etat (sic) engage sa responsabilité internationale.

*Article 2*

Il y a fait internationalement illicite de l'Etat (sic) lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'Etat (sic) en vertu du droit international; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat (sic).

*Article 3*

La qualification du fait de l'Etat (sic) comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

---

<sup>207</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>208</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>209</sup> *Id.*, p. 8.

*Article 12*

Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat (sic) lorsqu'un fait dudit Etat (sic) n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

*Article 31*

1. L'Etat (sic) responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat (sic).

*Article 33*

1. Les obligations de l'Etat (sic) responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre Etat (sic), à plusieurs Etats (sic) ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat (sic) peut faire naître *directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat (sic)*. (nos italiques)

*Article 34*

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre. »<sup>210</sup>

Dans quels cas pouvons-nous donc imaginer qu'un État puisse manquer à ses obligations internationales et engager sa responsabilité vis-à-vis d'un tiers au différend dans le contexte de l'investissement international? Un exemple évident : le défaut par l'État d'assurer la protection de la population civile contre des agressions armées. Nous avons ici en tête le cas de *Doe c. Unocal*<sup>211</sup> où l'État a utilisé ses forces armées contre sa propre population pour protéger l'investisseur étranger. Dans une telle situation, ne pourrions-nous pas dire que l'État a enfreint son obligation internationale d'assurer la liberté et la sécurité de la personne, un droit fondamental protégé par la *Déclaration universelle des droits de*

---

<sup>210</sup> COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc. note 205 (Nos italiques).

<sup>211</sup> *Doe v. Unocal Corp.*, préc., note 26.

*l'homme*, plus particulièrement à l'article 3 de celle-ci : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne »?<sup>212</sup> Certes, dans le cas de contravention aux droits protégés par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, d'autres recours peuvent être prévus devant d'autres instances internationales. Mais dans le cas où est déjà entamé un différend entre les acteurs qu'on prétend responsables, par exemple l'investisseur poursuit l'État en question à la suite d'une expropriation, il s'avérerait beaucoup plus avantageux, tant sur le plan économique que sur le plan procédural, de permettre le règlement des différentes réclamations devant un *forum* unique. De plus, les instruments de protection des droits comme la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* ne fournissent pas nécessairement un recours direct à l'arbitrage ou à une autre instance internationale pour les parties privées.

Ainsi donc, il y a tout un corpus d'obligations et de responsabilités sociales internationales qui existent déjà et qui pourraient fonder le recours d'un tiers intéressé contre un investisseur ou un État dans un différend relatif aux investissements. Mais quels sont ces tiers qui pourraient prétendre à une telle voie de recours? C'est ce que nous abordons dans la section qui suit.

### ***C. Accès des tiers à la justice arbitrale internationale : aspects procéduraux***

Que les puristes se rassurent : il n'est pas question ici de remplacer ou de transformer les tribunaux arbitraux internationaux en des clones des instances nationales. Il s'agit plutôt de fournir à certaines personnes un droit à la justice quand les acteurs, ainsi que leurs actions ou inactions, s'étendent au-delà des frontières.

---

<sup>212</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 21 A (III), en ligne : <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/index.shtml#content>> (consulté le 13 novembre 2011).



### *i. Qui sont ces tiers?*

Certains instruments relatifs à la protection des droits humains désignent les personnes ayant droit de soumettre des réclamations comme étant des « personnes », « groupe de personnes » ou « organismes ou entités non gouvernementales légalement reconnues »<sup>213</sup>. Dans le contexte de l'investissement international et des causes de réclamation qui peuvent se présenter, il demeure peu probable que des individus puissent avoir les ressources financières et matérielles nécessaires pour exercer des recours en arbitrage international. Cependant, nous pouvons très bien imaginer que des organismes puissent valablement représenter la population lésée et avoir ces moyens. Ce que nous voulons, ce sont des représentants crédibles justifiant d'un intérêt pour agir au nom de la collectivité qu'ils représentent. Certains organismes non gouvernementaux et associations remplissent ce rôle sur la scène internationale; elles sont généralement désignées sous l'expression « société civile ». Notre collègue Farouk El Hosseny a défini comme suit la société civile dans son mémoire :

« [...] toute association, mouvement ou coalition non étatique et non économique ainsi que non commerciale, soit toute entité citoyenne. Leur raison d'être gravite autour de thèmes non économiques *strictu sensu* – concernant l'intérêt collectif ou général – et est fondée sur la poursuite d'idéaux et d'objectifs sociopolitiques, humanitaires, juridiques, environnementaux, scientifiques, etc. »<sup>214</sup>

Une telle définition démontre bien la vocation sociale de ces organisations et ce sont là les entités que nous croyons toutes indiquées pour se voir octroyer un droit de recours en arbitrage international. Cependant, de façon à s'assurer de la crédibilité de tels associations ou organismes, les tribunaux pourraient se référer à la liste des organisations non gouvernementales qui ayant un statut consultatif au sein du Département des affaires économiques et sociales de l'Organisation des Nations Unies (ECOSOC). Les critères

---

<sup>213</sup> *Supra*, p. 92.

<sup>214</sup> Farouk EL-HOSSENY, *L'accès de la société civile à la justice internationale économique*, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 17.

d'admissibilité des ONG au statut consultatif de l'ECOSOC sont énoncés comme suit sur le site de l'Organisation des Nations Unies :

« [...] international, regional, sub regional and national non-governmental, non-profit public or voluntary organizations. NGOs affiliated to an international organization already in status may be admitted provided that they can demonstrate that their program of work is of direct relevance to the aims and purposes of the United Nations. In the case of national organizations consultation with the Member State concerned is required.

To be eligible for consultative status, an NGO must have been in existence (officially recognized by a government) for at least two years, must have an established headquarters, a democratically adopted constitution, authority to speak for its members, a representative structure, appropriate mechanisms of accountability and democratic and transparent decision-making processes. The basic resources of the organization must be derived in the main part from contributions of the national affiliates or other components or from individual members.

Organizations established by governments or intergovernmental agreements are not considered NGOs. »<sup>215</sup>

Auraient donc qualité pour agir les organisations qui répondraient à ces critères et qui, au surplus, justifieraient d'un intérêt particulier pour la défense des droits de la population qu'ils désirent représenter. Par exemple, il pourrait être exigé d'une telle organisation qu'elle ait une section et des bureaux sur le territoire de la population qu'elle veut défendre. Maintenant que nous avons identifié les personnes et entités possiblement aptes à exercer un recours en arbitrage international, il importe de s'interroger sur les conditions d'exercice d'un tel recours. C'est ce que nous abordons dans la prochaine section.

## *ii. Conditions d'exercice d'un recours par des tiers*

Encore une fois, il ne s'agit pas ici de substituer complètement l'arbitrage international au système judiciaire interne. Comme première condition d'exercice d'un

---

<sup>215</sup> Organisation des Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales, en ligne : <<http://csonet.org/index.php?menu=30>> (consulté le 14 janvier 2012).

recours, nous croyons donc qu'à l'instar des conventions relatives à la protection des droits humains, l'exercice d'un recours par la société civile pourrait être subordonné à l'utilisation des recours internes pour ce type de réclamation, lorsque cela est possible. Nous ne voulons pas, en effet, interférer indûment avec les pouvoirs législatif et judiciaire internes lorsque ceux-ci s'avèrent efficaces, et ce, surtout lorsqu'il s'agit de poursuivre l'État dont le poursuivant est un ressortissant. De plus, en regard de l'objet de notre propos ici, il ne saurait y avoir de recours à l'arbitrage international en l'absence d'un élément international ou transnational, ce qui est le cas en matière d'investissement. Ainsi, l'exigence de l'épuisement des recours internes constituerait un moyen efficace d'éviter l'interférence avec le pouvoir souverain de l'État de légiférer et d'établir ses propres structures judiciaires.

Néanmoins, cette condition devrait être aménagée de manière à tenir compte de l'existence d'une instance arbitrale en cours entre un investisseur et un État. À titre d'illustration, un investisseur pourrait avoir entamé une poursuite contre un État donné en vertu d'un TBI, alléguant par exemple l'expropriation illégale de son investissement et réclamant le paiement d'une indemnité. Parallèlement, la population pourrait avoir un grief contre ce même investisseur qui a déversé des produits toxiques dans l'environnement. Dans un tel cas, l'épuisement de recours internes pourrait porter préjudice à cette population, car le différend entre l'investisseur et l'État pourrait être terminé lorsque l'entité représentant la population serait prête à entamer une procédure. Dans un tel cas, la logique dicte de permettre à la société civile d'exercer ses recours directement en arbitrage contre l'investisseur, à l'intérieur de la même instance arbitrale, si les faits allégués se prêtent à une telle jonction des recours. Car, une fois la procédure entre l'État et l'investisseur terminée, on peut supposer que ce dernier se départira de ses actifs sur le territoire de l'État concerné et l'exécution d'une décision favorable à la société civile pourrait s'avérer illusoire. Ainsi, d'une part, advenant des condamnations de l'État d'accueil à verser une somme d'argent à l'investisseur et, d'autre part, une condamnation de l'investisseur à verser une somme d'argent à la société civile, le tribunal arbitral devrait être autorisé à ordonner le paiement direct de l'État à la société civile, jusqu'à concurrence

de la somme accordée à celle-ci, de la somme initialement due à l'investisseur. Donc, l'exigence d'épuiser les recours internes peut ne pas toujours s'avérer applicable. Aussi, l'exercice de ces recours pourrait se faire de façon parallèle avec le recours en arbitrage international. En effet, les autres recours dont dispose la population peuvent viser les États ou les investisseurs. Dans le cas des recours contre l'État, il se peut que d'autres traités ou conventions fournissent des recours pour faire cesser les actes préjudiciables. L'exercice de tels droits ne constituerait donc pas un dédoublement avec une réclamation pécuniaire en arbitrage international. Quant aux griefs de la population contre l'investisseur, la société civile pourrait avoir à démontrer qu'elle n'a pas laissé écouler les délais prescrits pour l'exercice d'un recours interne avant de se présenter devant le tribunal arbitral international. En résumé, il s'agirait pour la société civile de démontrer qu'elle fait le nécessaire pour que la population qu'elle représente obtienne l'arrêt de la cause du préjudice ou la réparation du dommage. Dans un contexte où, comme c'est le cas actuellement, aucun texte ne régit l'accès des tiers à l'arbitrage, l'appréciation des efforts fournis par la société civile serait laissée à l'appréciation du tribunal arbitral qui aurait compétence pour statuer sur cette question au stade préliminaire si nécessaire. Ceci nous amène à une autre condition d'exercice d'un recours par la société civile : la représentation de la population locale.

Comme seconde condition, la société civile ne devrait être autorisée à exercer un recours en arbitrage international que dans la mesure où sa réclamation est faite au nom d'une partie de la population locale ayant subi un préjudice en raison des actions ou inactions de l'investisseur étranger, ou en raison des gestes de l'État à l'endroit de l'investisseur au détriment de la population. Si nous prenons l'exemple de *Doe c. Unocal*<sup>216</sup> où les autorités gouvernementales ont utilisé les forces armées contre la population locale pour protéger l'investisseur, nous pouvons imaginer que cette population puisse avoir une réclamation contre l'État en arbitrage international si l'investisseur exerce également des recours contre cet État en vertu d'un TBI alléguant, par exemple, ne pas avoir obtenu la protection due aux étrangers. Donc, le recours de la société civile, pour être

---

<sup>216</sup> *Doe v. Unocal Corp.*, préc., note 26.

admis, devrait être fait au nom de la population locale et celle-ci devrait s'engager à remettre à la population locale qu'elle représente, toute somme qui peut lui être accordée, déduction faite de ses frais légaux. Cette somme pourrait être remise à un organisme interne dont les activités bénéficient directement à la population locale, ou encore, l'organisme ayant entrepris le recours pourrait lui-même mettre en place les programmes d'aide à la population locale et utiliser les sommes octroyées aux fins de la mise en œuvre de ces programmes.

### *iii. Forum*

Reste maintenant à discuter du tribunal apte à entendre et à trancher le recours des tiers. Il est certain qu'un arbitrage tenu sous les auspices du CIRDI pourrait s'avérer difficile. L'article 25 de la Convention CIRDI énonce en effet que le Centre a compétence pour entendre des différends qui sont « en relation directe avec un investissement ». La Convention CIRDI limite donc considérablement les possibilités de joindre un tiers à la procédure. Un aménagement pourrait cependant être fait à la Convention de Washington. Tout en conservant l'exigence d'un lien avec un investissement, le différend pourrait être admis à l'arbitrage CIRDI même si ce lien n'est pas « direct », mais s'il découle ou est en lien avec un investisseur ou un investissement qui faisant l'objet d'un arbitrage CIRDI. Outre la Convention de Washington et le CIRDI, il existe d'autres *fora* et règlements de procédure qui pourraient très bien convenir à l'exercice d'un recours par des tiers.

Prenons en premier lieu le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*<sup>217</sup>. Ce règlement est régulièrement mentionné dans les TBI comme pouvant être choisi pour régir la procédure de règlement des différends entre investisseurs et l'État d'accueil. Or, l'article premier de ce règlement prévoit que :

« Si des parties sont convenues que leurs litiges *au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel*, seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces

---

<sup>217</sup> CNUDCI, préc., note 86.

litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications dont elles seront convenues entre elles. » (Nos italiques)

Le libellé de cet article n'impose aucune limitation quant à l'objet de l'arbitrage et, ainsi, le recours des tiers ici envisagé pourrait donc très bien s'exercer en vertu de ce règlement. Il est vrai qu'aucune disposition du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* ne traite de la jonction de tierces parties à l'arbitrage (pour les cas où une procédure aurait déjà été entamée par l'investisseur). L'article premier de celui-ci prévoit cependant la possibilité pour les parties de modifier le règlement et donc les États pourraient prévoir des aménagements à l'intérieur même des instruments juridiques qu'ils adoptent ou encore, tout simplement prévoir cet aménagement lors de l'introduction du recours.

Un autre *forum* moins utilisé et moins connu, qui pourrait s'avérer adéquat au recours de tiers est la Cour permanente d'arbitrage (CPA). Bien que moins courant dans le contentieux de l'investissement, ce *forum* et ses divers règlements couvrent un grand éventail de situations. Un avantage certain : tant les États que les organisations internationales et parties privées y sont admissibles. Certains traités relatifs aux investissements font d'ailleurs référence à la CPA comme *forum* d'arbitrage et à l'un de ses règlements d'arbitrage eu égard à la procédure<sup>218</sup>. La CPA a été créée en application de la *Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*<sup>219</sup>. Divers règlements d'arbitrage ont été adoptés notamment pour le règlement de différends entre États<sup>220</sup>, entre un État et une partie privée<sup>221</sup>, et entre une partie privée et une organisation

---

<sup>218</sup> Une liste des instruments contenant de telles références est disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage, en ligne : <[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?ac=print&pag\\_id=1394](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?ac=print&pag_id=1394)> (consulté le 14 janvier 2012).

<sup>219</sup> *Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/1899FRA.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012).

<sup>220</sup> *Règlement facultatif de la cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux États*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/2STATFRA.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012).

<sup>221</sup> *Règlement facultatif de la cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un État*, 1962, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/1STATFRA.pdf>> (consulté le 13 février 2011).

internationale<sup>222</sup>. Bien que ces divers règlements traitent d'arbitrage entre deux parties, les règles s'adaptent facilement pour la tenue d'arbitrage opposant plus de deux parties. Effet, les *Directives pour l'adaptation des règlements de la cour permanente d'arbitrage aux différends découlant d'accords multilatéraux et de contrats entre plus de deux parties* prévoit spécifiquement que les divers règlements d'arbitrage de la CPA peuvent être adaptés pour permettre des arbitrages entre plus de deux parties<sup>223</sup>.

### ***D. Des innovations à prévoir***

Nous croyons que l'état actuel du droit international est propice à l'accession des tiers au titre de parties à la procédure arbitrale internationale. Afin cependant de ne pas laisser le sort du recours des tiers au seul jugement des tribunaux, les États auraient tout intérêt à établir eux-mêmes les règles applicables à ceux-ci. Nous désirons donc, dans la présente section, présenter nos éléments de réflexion ainsi que nos solutions afin d'assurer l'accession de tiers à titre de parties en arbitrage international. Nous croyons que, malgré l'absence de texte explicite à cet effet, il demeure possible pour un tribunal arbitral de se déclarer compétent pour se prononcer sur des réclamations émanant de personnes autres que les États et les investisseurs pour les motifs que nous venons de présenter. Aussi, les réflexions qui suivent doivent être comprises dans cette optique, tout autant que comme suggestions de conditions à insérer dans les instruments juridiques relatifs à l'investissement.

La meilleure façon de s'assurer du consentement des États à des recours exercés par des tiers est l'inclusion de dispositions à cet effet dans les TBI et autres instruments traitant d'investissements. Plusieurs TBI de la nouvelle génération, dont ceux conclus par le Canada, prévoient déjà la possibilité pour des *amici curiae* de présenter des opinions. Ces

---

<sup>222</sup> *Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les parties privées de la cour permanente d'arbitrage*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/IGO1FRA.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012).

<sup>223</sup> *Directives pour l'adaptation des règlements de la cour permanente d'arbitrage aux différends découlant d'accords multilatéraux et de contrats entre plus de deux parties*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/DIRMULTI.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012).

instruments devraient cependant aller plus loin et expressément prévoir le recours aux tiers ainsi que les modalités d'exercice. Un exemple à suivre à cet égard serait celui de l'Australie et de l'Égypte. Ils ont conclu un TBI en 2001 qui prévoit expressément la possibilité de recours à l'arbitrage transnational entre parties privées. Voici le texte de l'article 14 dudit TBI :

« Each Party shall in accordance with its law:

- (a) provide investors of the other Party who have made investments within its territory and personnel employed by them for activities associated with investments full access to its competent judicial or administrative bodies in order to afford means of asserting claims and enforcing rights in respect of disputes with its own investors;
- (b) *permits its investors to select means of their choice to settle disputes relating to investments with the investors of the other Party, including arbitration conducted in a third country; and*
- (c) provide for the recognition and enforcement of any resulting judgments or awards. »<sup>224</sup>

L'article 14 touche à un champ qui n'est habituellement pas couvert dans les traités relatifs à l'investissement : les relations entre parties privées. Habituellement, ces instruments couvrent les relations entre des parties privées et des parties étatiques. Nous sommes d'avis que l'inclusion dans les instruments relatifs aux investissements d'une disposition telle l'article 14(b) de ce TBI au bénéfice de tiers, internationalisera les relations entre parties privées. Cette internationalisation a d'ailleurs déjà débuté avec les recours entre investisseurs et États. Alors qu'antérieurement aux TBI les relations entre investisseurs et États étaient régies par des règles contractuelles, voilà qu'un débat entre ces deux parties peut maintenant se situer sur le seul terrain du droit international des traités. L'internationalisation des relations entre parties privées par l'inclusion de leurs droits dans des traités aurait comme corolaire, à l'égard de celles-ci, d'introduire des obligations de

---

<sup>224</sup> *Agreement Between The Government Of Australia And The Government Of The Arab Republic Of Egypt On The Promotion And Protection Of Investments*, 3 mai 2001, en ligne : <[http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/australia\\_egypt.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/australia_egypt.pdf)> (consulté le 28 août 2011) (Nos italiques) [TBI Australie - Égypte].



droit substantiel, lesquelles semblent actuellement absentes des TBI et autres instruments relatifs à l'investissement. Par exemple, dans la mesure où un investisseur se prévaudrait des recours que lui attribue le traité, il devrait également faire face aux conséquences du non-respect des obligations internationales qui lui incombent en vertu du droit international le cas échéant<sup>225</sup>. Ainsi, en empruntant au droit américain la théorie de l'*equitable estoppel*, nous pourrions prétendre qu'un investisseur se prévalant des recours qui lui sont accordés par le traité ne pourrait plus, par la suite, s'objecter à ce que des tiers intéressés tentent également d'obtenir réparation par l'entremise de la même procédure. L'inclusion d'un recours pour les tiers dans les TBI servirait également à légitimer les recours déjà accordés aux parties privées que sont les investisseurs vis-à-vis des populations locales. En effet, comment justifier que des recours en arbitrage international puissent être accordés à des investisseurs et non à la population? Vu l'article 7 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, nous sommes d'avis qu'en octroyant un droit de recours à une partie de la population et non à une autre, les États discriminent à l'égard de cette dernière qui n'a accès qu'à la justice interne.

Un autre exemple qui pourrait permettre à des tiers d'exercer des recours en arbitrage international dans le cadre de l'investissement : l'institution du *forum prorogatum* de la Cour internationale de justice. Comme nous l'avons vu, par cette institution, codifiée à l'article 38(5) du Règlement de la CIJ, un État peut intenter un recours devant la CIJ en l'absence du consentement de l'État défendeur. Ce dernier peut par la suite consentir à la compétence de la Cour pour statuer sur le différend et ce consentement n'a pas à être explicite ni être donné par écrit. On peut l'inférer des gestes et actions de l'État défendeur, notamment le fait qu'il se défende à la requête prise contre lui sans soulever la question de compétence de la Cour<sup>226</sup>. Étant donné l'origine jurisprudentielle de cette institution, nous suggérons à nouveau ici que celle-ci pourrait dès à présent être utilisée. Sous réserve des règles de procédure applicables, si un tiers présente sa propre réclamation contre un État ou

---

<sup>225</sup> Nous vous référons ici à l'analyse que nous avons faite du droit substantiel possiblement applicable, *supra*, p. 93.

<sup>226</sup> *Supra*, p. 82.

un investisseur dans le cadre de l'application d'un TBI et qu'ils omettent de s'opposer à la procédure, nous croyons que le tribunal pourrait avoir compétence. Certes, l'application de cette institution ne peut être possible dans tous les cas, notamment dans les différends soumis à l'arbitrage CIRDI dont l'article 25 prévoit que le consentement des parties doit être soumis par écrit et être relatif à un investissement. Cependant, les États pourraient très bien intégrer dans leurs instruments relatifs aux investissements, des clauses prévoyant expressément la possibilité de l'application du *forum prorogatum* et l'adapter au contexte de l'investissement.

## Conclusion

Nous avons présenté le résultat de notre recherche et avons tenté de répondre à la question suivante : des personnes ou entités non parties à des traités peuvent-elles avoir accès à l'arbitrage international en matière d'investissement? Nous vivons à une époque où la circulation des marchandises outre frontière se trouve probablement à son plus haut niveau depuis que le monde est monde. Aujourd'hui, même une PME peut exporter ses produits et peut penser à établir une usine à l'étranger. Tout est mis en œuvre par les États pour favoriser la libre circulation des capitaux et du commerce. Et cette circulation s'avère grandement favorisée par l'établissement des entreprises en sol étranger. Un des outils ayant le plus contribué à l'épanouissement de l'investissement étranger est probablement le traité bilatéral relatif à l'investissement. Depuis les années 2000, on constate une effervescence chez plusieurs pays, pour conclure soit des TBI, soit des conventions de libre échange qui comprennent des chapitres complets sur l'investissement international.

Bien que le droit international public soit le domaine des États, nous constatons que cette règle ne se défend plus dans sa compréhension traditionnelle. En effet, depuis la fin du XIXe siècle, les États s'opposent à des investisseurs devant des tribunaux internationaux dans des différends reliés à des contrats d'État. Depuis l'arrivée des TBI au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, l'existence d'un contrat entre l'État et l'investisseur n'est plus nécessaire; il suffit d'un manque à des obligations incluses à un traité. Le droit de l'arbitrage international en matière d'investissement a évolué de telle manière que de nos jours, personne ne remet en question l'existence de l'arbitrage entre investisseurs et États. Nous croyons donc qu'il est possible qu'il en devienne de même pour d'autres parties privées, que l'état actuel du droit de l'arbitrage international en cette matière est mûr pour admettre le recours des tiers.

Alors qu'auparavant les investisseurs internationaux lésés par l'État d'accueil n'avaient d'autres choix que de se tourner vers la protection diplomatique, l'arrivée des TBI en 1959 a considérablement changé la donne. Il n'est plus nécessaire pour les investisseurs

de convaincre les autorités de leur pays d'origine d'exercer des recours en leurs lieu et place. Ils peuvent dorénavant le faire de façon autonome et directement contre les États d'accueil récalcitrants. Les TBI leur accordent explicitement le droit de poursuivre l'État récalcitrant directement en arbitrage international. L'accroissement du nombre de ces procédures arbitrales entre investisseurs et États a donné lieu en 1965 à l'adoption de la Convention de Washington. Celle-ci a introduit en droit international des règles de procédures pour régir ce type d'arbitrage. La participation de parties privées devant des instances arbitrales internationales ne s'est cependant pas arrêtée là. En 1998, dans une décision historique, l'Organe d'appel de l'OMC admettait le dépôt d'opinions de tiers qu'il a qualifiées d'*amicus curiae*. Bien que l'Organe d'appel se soit basé sur certains textes du Mémoire d'accord pour justifier sa décision, il reste que ces textes ne traitent pas expressément de la production de telles opinions. Nous croyons que s'il a été possible à l'Organe d'appel de l'OMC d'admettre l'opinion de tiers en l'absence d'un texte clair, la même ouverture s'avère tout à fait possible en droit de l'investissement. Il est d'ores et déjà possible d'accorder à des tiers représentatifs, une voie de recours aux côtés des investisseurs en arbitrage international. D'ailleurs, aujourd'hui, plusieurs instruments relatifs à l'investissement prévoient explicitement la possibilité pour des tiers de produire des rapports d'opinion ainsi que la procédure à suivre pour leur dépôt au dossier arbitral. Voilà un signe que la jurisprudence peut très bien être créative et provoquer les changements. Les tiers peuvent donc aujourd'hui bénéficier de ces avancées et se voir attribuer non pas seulement un droit de produire une opinion, mais un droit de recours direct en arbitrage international aux côtés des investisseurs.

Une des raisons pour lesquelles nous croyons utile de poser la question de l'octroi d'une voie de recours à des tiers en arbitrage international : l'intérêt public très souvent présent dans ces instances. En raison de cet intérêt public, il devient primordial de donner la possibilité à des tiers représentant la population, de présenter des réclamations au nom de cette dernière. Autrement, vu les déficiences de certains systèmes judiciaires internes, le préjudice subi par cette population risque de ne jamais être réparé. La participation de tiers à titre de parties prenantes aux instances arbitrales relatives aux investissements aura un

double effet : permettre à la population de faire valoir ses droits lorsque ceux-ci sont liés à un investissement étranger et procurer une légitimité à ces instances. Mais toute logique et défendable que soit cette dernière justification, nous avons avant tout voulu démontrer que la participation de tiers à l'arbitrage international constitue un objectif tout à fait possible et défendable d'un point de vue juridique. À cette fin, nous avons ciblé le contexte du droit international de l'investissement, un domaine qui connaît déjà l'arbitrage entre parties privées et parties étatiques.

Pour démontrer le bienfondé de notre position, nous avons dans un premier temps identifié les objections au recours des tiers et les avons invalidées. Le premier obstacle à ce droit de recours demeure l'absence de consentement exprès des parties concernées. La nature consensuelle de l'arbitrage fait en sorte qu'en l'absence de consentement de l'État et de l'investisseur à régler un différend avec une tierce partie, un tel arbitrage ne peut en principe avoir lieu. La question du consentement de l'État est particulièrement épineuse, car le principe de la souveraineté de ceux-ci veut qu'ils ne puissent être contraints de participer à une instance arbitrale ou à quelque instance judiciaire internationale que ce soit, sans y avoir consenti. Nous avons cependant fait ressortir que le contexte de l'investissement international et des traités relatifs à l'investissement présentent certaines particularités. Premièrement, contrairement aux traités qui règlent des questions politiques relevant exclusivement des États, ces traités sont conclus au bénéfice de parties privées : les investisseurs. De plus, lorsqu'ils exercent des recours en vertu des traités relatifs à l'investissement, ces parties privées se trouvent dans bien des cas à remettre en question des décisions d'État et des lois internes. Enfin, dans les TBI et autres instruments relatifs à l'investissement, le consentement d'une des parties à l'arbitrage est différé par rapport à l'autre. En effet, l'État donne son consentement au moment où il signe le traité alors que l'investisseur donne le sien une fois seulement le différend né. Nous sommes d'avis que l'ensemble de ces caractéristiques fait sortir le droit de l'arbitrage relatif à l'investissement du domaine du droit purement public et ainsi, il devient juridiquement envisageable d'y introduire de nouvelles règles. Nous nous sommes donc appliqués à définir ces nouvelles

règles. À cette fin, nous nous sommes inspirés d'exemples tirés de la jurisprudence de diverses instances arbitrales ou juridictionnelles internationale.

L'arbitrage commercial international nous fournit nos premiers arguments. Celui-ci considère la clause d'arbitrage comme un accessoire aux droits de fonds du contrat auquel elle est associée. Pour cette raison, les tribunaux arbitraux n'hésitent plus à accepter qu'une partie non signataire du contrat puisse se prévaloir d'une telle clause, lorsqu'elle a par ailleurs un droit à faire valoir quant au fond. Plus proche de notre objet de recherche : l'application de la clause NPF aux dispositions du traité régissant la procédure d'arbitrage. Selon une jurisprudence majoritaire des tribunaux arbitraux, l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée s'applique aussi bien aux droits procéduraux du traité que les obligations de fond. Ainsi, un investisseur peut invoquer des règles de procédures arbitrales plus avantageuses contenues dans un TBI autre que celui intervenu entre son État d'origine et l'État d'accueil, en invoquant la clause NPF contenue dans ce dernier TBI. Enfin, nous avons trouvé un exemple très inspirant dans l'institution du *forum prorogatum* de la Cour permanente internationale de justice. Cette institution, une création jurisprudentielle de la CPIJ, permet à un État d'instituer une procédure contre un État, malgré l'absence de reconnaissance préalable de la compétence de la Cour par cet État défendeur. Selon le *forum prorogatum*, il est admis que cet État puisse reconnaître cette compétence *a posteriori*, après qu'une requête lui ait été signifiée. Nous sommes d'avis que ces exemples démontrent qu'il est possible pour un système arbitral d'introduire de nouveaux recours tout en respectant l'exigence du consentement à la procédure d'arbitrage. Ce peut donc être fait pour octroyer un droit de recours aux tiers en arbitrage international de l'investissement.

Une deuxième objection à l'octroi d'une voie de recours à l'arbitrage en faveur de tiers : l'absence de qualité pour agir de ces derniers. Pour qu'une personne ou une entité soit autorisée à exercer un recours devant une instance, quelle qu'elle soit, il reste impératif qu'elle soit reconnue comme un sujet de droit par ladite instance. Or, en droit international public, en principe, seuls les États possèdent la personnalité juridique et jouissent donc de

cette reconnaissance. Néanmoins, nul besoin pour les fins de notre sujet de recourir à la notion de « sujet de droit ». En effet, les investisseurs ne sont pas dotés de la personnalité juridique en droit international et cela n'a pas empêché les États de leur donner accès à l'arbitrage international. Cette objection devient donc théorique.

Ces principales objections à l'accès des tiers à l'arbitrage international étant résolues, nous sommes donc convaincus que le droit international peut être créatif, tout en respectant l'exigence du consentement à l'arbitrage et la question de la qualité pour agir. Aussi, il ne reste plus qu'à voir quel droit substantiel est susceptible de justifier une réclamation de la part d'un tiers et enfin, prévoir des règles minimales de procédures pour encadrer ces recours.

Quant au droit substantiel, des recours basés sur la responsabilité internationale des investisseurs et des États pourraient donner lieu à des réclamations de tiers dans la mesure où ceux-ci sont en lien avec un investissement ou un TBI. À titre d'illustration, nous sommes d'avis que l'adoption par les investisseurs de codes de conduite, et leur adhésion au Pacte mondial des Nations Unies (principes de respect des droits de l'homme, des normes du travail, de l'environnement et de lutte contre la corruption) les rend responsables du tort causé s'il y a non-respect de ceux-ci. Nous aurions ici le fondement d'un recours contre les investisseurs. Quant au recours contre les États, l'obligation du droit coutumier qui veut les États réparer le préjudice causé par leurs agissements illicites (responsabilité des États pour faits internationalement illicites) ainsi que l'obligation de protection des droits de l'Homme en vertu de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, entre autres, pourraient très bien constituer la base d'un recours s'il y a défaut de respecter ces obligations. En d'autres termes, tout acte ou omission d'un investisseur ou d'un État constituant un non-respect d'obligations, de normes ou d'engagements internationaux fournissent, à notre avis, le fondement d'un recours pour des tiers en arbitrage international relatif à l'investissement.

Eu égard aux considérations d'ordre procédural de l'accès des tiers à l'arbitrage, nous avons vu qu'identifier les personnes ou organismes pouvant se voir dotés du droit

d'exercer un recours ne posait pas problème. Plusieurs instruments relatifs à la protection de droits humains ont déjà fait l'exercice et ont établi des critères pour qualifier les « personnes », « groupe de personnes » ou « organismes ou entités non gouvernementales légalement reconnues » bénéficiant d'un recours. En outre, l'Organisation des Nations Unies bénéficie d'une longue expérience de travail avec des organismes de défenses de droits humains. Son « Département des affaires économiques et sociales » a établi des critères fiables pour reconnaître à ceux-ci un statut leur permettant d'intervenir devant certaines instances ou de présenter leurs opinions. La référence à ces organismes reconnus par l'ONU permettrait d'identifier et de qualifier des intervenants aptes à exercer des recours en arbitrage international. Une telle référence aurait également l'avantage d'uniformiser les critères de reconnaissance d'un statut de ces organismes sur l'ensemble de la scène internationale.

Enfin, les tribunaux arbitraux existent déjà. Si l'accès à un tribunal CIRDI peut s'avérer plus problématique, le recours aux tribunaux de la CPA ne pose pas problème. Les règlements de cette dernière offrent une flexibilité appropriée aux arbitrages de différends introduits par des tiers. Si ce *forum* n'est pas identifié au traité concerné, l'institution du *forum prorogatum* pourrait servir à octroyer la compétence voulue à ce tribunal une fois la procédure entamée par un tiers.

En résumé, l'octroi d'une voie de recours directe à des tiers dans l'arène de l'arbitrage international relatif à l'investissement peut s'avérer délicat et son implantation épineuse. L'octroi d'un tel recours rencontrera assurément des résistances importantes. À preuve, un tel droit n'a toujours pas été expressément accordé dans aucun traité international relatif à l'investissement ni dans aucun autre traité. Néanmoins, qui dit difficile, ne dit pas impossible. Nous croyons avoir démontré que dans l'état actuel du droit, ce recours des tiers est juridiquement possible et faisable. À l'instar de l'admission des opinions d'*amici curiae* qui a débuté avec une décision de l'organe d'appel de l'OMC, nous sommes d'avis que l'introduction des tiers à titre de parties à l'arbitrage international peut également provenir de décisions arbitrales. Les gestes posés par les États et les instruments



juridiques conclus, l'ouverture qu'ils ont eux-mêmes créée en acceptant de régler des différends en arbitrage international avec des parties privées – les investisseurs – constituent des précédents qui peuvent difficilement être ignorés. L'intention de départ des États en concluant les TBI n'avait sûrement rien à voir avec l'octroi d'un droit de recours à d'autres parties que les investisseurs. Cependant, le droit est vivant et le consentement à l'arbitrage doit emprunter la voie suivie en arbitrage commercial international : il doit acquérir son autonomie et inclure le recours d'autres personnes lorsque celui-ci est en lien avec l'objet du TBI. Le droit international est mûr pour cette évolution et permettre à des tiers d'exercer leurs recours devant les instances neutres de l'arbitrage international. Et bien au-delà des considérations sociales, nous croyons avoir démontré que cette évolution est aujourd'hui possible sur le plan juridique.

## **Bibliographie**

### **LÉGISLATION**

#### **Lois québécoises**

*Code de procédure*, L.R.Q., c. C-25

#### **Lois canadiennes**

*Loi sur l'arbitrage commercial*, L.R.C., 1985, C. 17 (2<sup>e</sup> supp.)

#### **Lois étrangères**

*Arbitration Act*, 1996 Chapter 23 (Angleterre)

Code de procédure civile (France)

*Federal Tort Claims Act* (FTCA), 28 U.S.C. § 1346(b)

*Federal Arbitration Act* (FAA), 9 U.S.C.A

### **JURISPRUDENCE**

#### **Jurisprudence québécoise**

*Banque Nationale du Canada c. Premdev Inc.*, [1997] A.Q. No 689 (C.A.)

*Clavel c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.*, [1994] A-Q. No. 411; [1994] R.J.Q. 1183 (C.A.)

#### **Jurisprudence étrangère**

*American Bankers Ins. Group, Inc. v. Long*, 453 F.3d 623, C.A.4 (S.C.), 2006

*Bannett v. Hankin*, 331 F.Supp.2d 354, E.D.Pa.,2004

*Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003)

*Grigson v. Creative Artists Agency L.L.C.*, 210 F.3d 524, C.A.5 (Tex.),2000

*Marubeni America Corp. v. M/V "OHFU"*, 1996 A.M.C. (S.D.N.Y.)

*Mediterranean Shipping Company S.A.Geneva c. Pol-Atlantic*, 229 F.3d 397 (2d Cir. 2000)

*Price v. Ernst & Young, LLP* 274 Ga.App. 172, 617 S.E.2d 156, Ga.App.,2005

*Smith/Enron Cogeneration Ltd. Partnership, Inc. v. Smith Cogeneration Intern., Inc.* 198 F.3d 88 C.A.2 (N.Y.),1999

*Turtle Ridge Media Group, Inc. v. Pacific Bell Directory*, 140 Cal.App.4th 828, 44 Cal.Rptr.3d 817 Cal.App. 2 Dist.,2006

### **Jurisprudence internationale**

*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), Arrêt du 22 juillet 1952: C. I. J. Recueil 1952, p. 93*, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1996.pdf>> (consulté le 2 janvier 2012)

*Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), Arrêt du 15 juin 1954: C. I. Recueil 1954, p. 19 à la page 32*, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/19/4762.pdf>> (consulté le 21 novembre 2011)

*Aguas Del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, 21 Octobre 2005, 20 *ICSID Rev.—FILJ* 450 (2005)

*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 325*

*Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/87/3, CIRDI, 27 juin 1990, 6 *ICSID Rev.—FILJ* 526 (1991), également disponible en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676\\_En&caseId=C140](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676_En&caseId=C140)> (consulté le 8 août 2011)

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3*

*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 177, en ligne : <<http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14549.pdf>> (consulté le 2 janvier 2012)

*Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines (WT/DS/231/AB/R)*. Rapport de l'organe d'appel du 26 septembre 2002

*Doe v. Unocal Corp.*, D.C. No. CV-96-06959-RSWL et D.C. No. CV-96-06112-RSWL (D.C. Sep. 18, 2002), disponible en ligne : <<http://www.earthrights.org/sites/default/files/legal/Unocal-Decision-0056603.pdf>> (consulté le 21 novembre 2010)

*Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15

*États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (WT/DS138/AB/R)*. Rapport d'appel du 10 mai 2000

*États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT/DS58/AB/R)* Rapport d'appel du 12 octobre 1998

*Gas Natural SDG, S.A. c/ The Argentine Republic*, CIRDI, 17 juin 2005, Washington, Case No. ARB/03/10, décision rendue sur la compétence, en ligne : <<http://www.asil.org/pdfs/GasNat.v.Argentina.pdf>> (consulté le 26 juillet 2011)

*Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Inter-American Court of Human Rights*, 17 Septembre 2003, en ligne : <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_ing.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.doc)> (consulté le 23 octobre 2011)

*Maffezini c/ The Kingdom of Spain*, sentence rendue sur la compétence dans l'affaire n° ARB/97/7, tribunal ad hoc du CIRDI, 25 janvier 2000, p. 20, en ligne : <<http://icsid.worldbank.org/ICSID>> (consulté le 22 mai 2011)

*Methanex Corporation and United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions From Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, Tribunal ad hoc, 15 janvier 2001, Washington D.C., en ligne : <<http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf>> (consulté le 4 septembre 2011)

*Methanex Corporation and United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Tribunal ad hoc de la CNUDCI, 3 août 2005, Washington D.C., en ligne : < <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf> (consulté le 4 septembre 2011)

*National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, CNUDCI, 3 novembre 2008, Washington, Case 1:09-cv-00248-RBW, en ligne : <<http://italaw.com/documents/NGvArgentina.pdf>> (consulté le 26 juillet 2011)

*Plama Consortium Limited c/ REPUBLIC of BULGARIA*, CIRDI, 6 septembre 2005, ICSID Case No. ARB/03/24, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caseId=C24)> (consulté le 26 juillet 2011)

*Plama Consortium Limited/Republic of Bulgaria*, décision sur la juridiction rendue dans l'affaire no ARB/03/24, CIRDI, 8 février 2005, Washington D.C., Foreign Investment Law Journal, 262, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521_En&caseId=C24)> (consulté le 27 décembre 2011)

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c/ The Hashemite Kingdom of Jordan*, CIRDI, 29 novembre 2004, Washington, ICSID Case No. ARB/02/13, décision sur la compétence, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC635\\_En&caseId=C218](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC635_En&caseId=C218)> (consulté le 26 juillet 2011)

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/6, CIRDI, 29 janvier 2004, par. 116 (décision rendue sur la compétence).

*Siemens A.G. c/ The Argentine Republic*, CIRDI, 8 août 2004, Décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/8, décision rendue sur la compétence

*Société commerciale de Belgique, arrêt du 15 juin 1939, C.P.I.J. Recueil (série A/B), no 78, p. 159*

*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, 1992, 8 ICSID Rev.—FILJ 328 (1993), également disponible en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671\\_En&caseId=C135](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135)> (consulté le 8 août 2011)

*Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6.*

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c/ The Argentine Republic*, CIRDI, décision sur la compétence, 6 mai 2006, Washington, ICSID Case No. ARB/03/17

*Telenor Mobile Communications A.S. c/ The Republic of Hungary*, CIRDI, 13 septembre 2006, Washington, ICSID CASE NO. ARB/04/15, en ligne :

<[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC652\\_En&caseId=C240](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC652_En&caseId=C240)> (consulté le 26 juillet 2011)

*The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen and United States of America*, Décision rendue dans l'affaire n° ARB(AF)/98/3, CIRDI, 26 juin 2003, <<http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf>> (consulté le 4 septembre 2011)

## DOCTRINE

### Monographies

ABOUL-ENEIN, M. I. M, « Arbitration of Foreign Investment Disputes : Responses to the New Challenges and Changing Circumstances », dans VAN DEN BERG, A. J., *New horizons in international commercial arbitration and beyond*, International Council for Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 181

AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *Proceedings of the 84<sup>th</sup> Annual Meeting*, Washington, D.C., 1990.

AYED, I. et ABIDA, M., « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain (2004) et canadien (2005) », dans HORCHANI, F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Paris, Éditions A. Pedone, 2006, p139

BERMAN, Sir F.« The Relevance of the Law on Diplomatic Protection in Investment Arbitration », dans ORTINO, F., LIBERTI, L., SHEPPARD. A. et WARNER, H., *Investment Treaty Law : Current Issues*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, v. II p. 67

BERNARDINI, P., « Nationality Requirements Under BITs and Related Case Law », dans ORTINO, F., LIBERTI, L., SHEPPARD, A. et WARNER, H., *Investment treaty law. Current Issues II*, London, British Institute of International and Comparative Law. 2007

BLACKABY, N. « Testing the Procedural Limits of the Treaty System : The Argentinean Experience », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.29-35

- CALAMARI, J.D. et PERILLO, J.M., *The Law of Contracts*, St-Paul, West Group, 1998
- CALI, B., « The Limits of International Justice at the European Court of Human Rights: Between Legal Cosmopolitanism and ‘a Society of States’ », dans DEMBOUR, M.-B. et KELLY, T. (éd.), *Paths to International Justice – Social and Legal Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- CAMBI FABRE-BULLE, A., BARREAU DE PARIS. INSTITUT DE FORMATION CONTINUE, BARREAU DE PARIS. INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME et BARREAU DE BRUXELLES. INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME, *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme : actes du séminaire du 4 mai 2001 conçu par les Instituts des droits de l'homme des barreaux de Paris et de Bruxelles et organisé par l'Institut de formation continue du barreau de Paris, sous la présidence de monsieur le bâtonnier Georges Flécheux*, Bruxelles, Nemesis : Bruylant, 2001
- CARREAU, D., « Investissements », dans CARREAU, D., LAGARDE, P. et SYNVE, H. (Dir.), *Répertoire de droit international*, t. II, Paris, Éditions Dalloz, 2002
- CARREAU, D., *Droit international*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2009
- CLARKE, K. M., « Global Justice, Local Controversies : The International Criminal Court and the Sovereignty of Victims », dans Marie-Bénédicte DEMBOUR, M.-B. et KELLY, T. (éd.), *Paths to International Justice – Social and Legal Perspectives*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 134
- COHEN SMUTNY, A., « Procedural Review », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et Hugo WARNER (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.65-71
- COULÉE, F., « Arbitrage interétatique », dans CARREAU, D., LAGARDE P. et SYNVE, H. (dir.), *Répertoire de droit international*, t. I, Paris, Éditions Dalloz, 2002
- CRÉPET DAIGREMONT, C., « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », dans LEBEN, C. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006
- DARANKOUM, E. S., « Mondialisation et arbitrage collectif : les perspectives de la justice arbitrale », dans ANTAKI, A. et DARANKOUM, E. S. (dir.), *La Justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, « Les journées Maximilien-Caron 2006 », Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 149
- DEHAUSSY, J. et SALEM, M., « Sources du droit international. Les traités. Effets des

- traité : Force obligatoire des normes conventionnelles à l'égard des parties», dans GOLDMAN, B., KAHN, P. et VOGEL, L. (Dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol 1, Fascicule 12-1, Paris, Groupe LexisNexis, 1992, p. 6
- DEHAUSSY, J. et SALEM, M., « Sources du droit international. Les traités. Interprétation. Principes, règles et méthodes applicables à l'interprétation », dans GOLDMAN, B., KAHN, P. et VOGEL, L. (dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol 1, Fascicule 12-6, Paris, Groupe LexisNexis, 1995
- DEHAUSSY, J., « Sources du droit international. Introduction générale », dans GOLDMAN, B., KAHN, P. et VOGEL, L. (dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol 1, Fascicule 10, Paris, Groupe LexisNexis, 1958
- DEHAUSSY, J., « Sources du droit international. Les traités. Conclusion et conditions de validité formelle » dans Berthold GOLDMAN, Philippe KAHN et Louis VOGEL, (Dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol 1, Fascicule 11, Paris, Groupe LexisNexis, 1958, p. 5, par. 1
- DIEHL, A. N., « Tracing a Success Story or « The Baby Boom of BITs » », dans August Reinisch et Christina Knahr (éd.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, p. 7
- FAUVARQUE-COSSON, B., « L'estoppel du droit anglais », dans BEHAR-TOUCHAIS, M. et UNIVERSITÉ RENÉ DESCARTES, CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES ET DE GESTION, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui : actes du colloque*, Collection Études juridiques (Économica) 12, Paris, Économica, 200, p. 3
- GAILLARD, E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Éditions A. Pedone, 2004, 1105 p.
- HOBÉR, K., BAKER, M. et GARFINKEL, B., « Section Three : Denial of Justice in Local Courts », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 187-197
- JACQUE, J.-P., *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972
- JIMÉNEZ DE ARECHAGE, E., « L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères », dans GIDEL, G., *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris, Sirey, 1961, p. 367
- KHAN, P., « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », dans ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA



- HAYE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 17
- KNAHR, C., « Investments « in Accordance with Host State Law » », dans REINISH, A. et KNAHR, C. (éd.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, p. 27
- KOLVENBACH, W., *Protection of foreign investments. A private law study of safeguarding devices in international crisis situations*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 449 p.
- LEBEN, C. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Bibliothèque de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006
- LEBEN, C. « Arbitrage (CIRDI) », dans CARREAU, D., LAGARDE, P. et SYNVEY, H. (dir.), *Répertoire de droit international*, t. 1, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 13-14
- LEW, J., SACERDOTI, G., TURNER, P. et KANTOR, M., « Section Two : The 'Fork in the Road' Revisited », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.173-186
- LICHTENSTEIN, C., SINCLAIR, A., ESCOBAR, A. et CREMADES, B., « Section Four : Contractual Claims, Courts, and Bilateral Investment Treaties », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 199-214
- LLUELLES, D. et MOORE, B., *Droit des obligations*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006
- MANN, H., VON MOLTKE, K., PETERSON, L.E. et COSBEY, A., *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, Winnipeg, Institut international du développement durable, 2005
- MANN, H., VON MOLTKE, K., PETERSON, L.E. et COSBEY, A., *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development- Negotiator's Handbook*, 2<sup>e</sup>, Winnipeg, Institut international du développement durable, 2006
- MARTIN, A., *L'estoppel en droit international public*, Paris, Éditions A. Pedone, 1979
- MAYER, P., « La « circulation » des conventions d'arbitrage », dans CADIET, L., JEULAND, E. et CLAY, T. (dir.), *Médiation & Arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative?*, Paris, LexisNexis SA, 2005

- ORTINO, F., LIBERTI, L., SHEPPARD, A. et WARNER, H., *Investment treaty law : current issues*, 2006, London, British Institute of International and Comparative Law. v. II
- ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006
- PANNIER, M., « Nationality of Corporations Under Domestic Law : A Comparative Perspective », dans Federico ORTINO, Audley SHEPPARD et Hugo WARNER (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006
- PARADELL, L., « The BIT Experience of the Fair and Equitable Treatment Standard », dans Ortino, F. et al., *Investment treaty law. Current Issues II*, London, British Institute of International and Comparative Law. 2007
- PATERSON, R. K. et BAND, M.N., *International Trade and Investment Law in Canada*, Scarborough, Carswell Thompson Professional Publishing, 1995
- PINSOLLE, P. « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », dans BEHAR-TOUCHAIS, M. et UNIVERSITÉ RENÉ DESCARTES. CENTRE DE DROIT DES AFFAIRES ET DE GESTION, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui : actes du colloque*, coll. «Collection Études juridiques (Économica) 12», Paris, Économica, 200, p. 37
- PINSOLLE, P., « 'Manifest' Excess of Power and Jurisdictional Review of ICSID Awards », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.51-57.
- PRICE, D.M., SCHREUER, C. et SANDS, P., « Section One : The Coexistence of Local and International Remedies », dans Federico ORTINO, Audley SHEPPARD et Hugo WARNER (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 158
- PUVIMANASINGHE, S. F., *Foreign Investment, Human Rights and the Environment. A perspective from South Asia on the Role of Public International Law for Development*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007
- RAGAZZI, M., *The concept of international obligations erga omnes*, Reprinted 2002. éd., coll. «Oxford monographs in international law», New York, Oxford University Press, 1997
- ROCH, F., *L'évolution de la réglementation internationale des investissements directs étrangers dans les Amériques : vers de nouvelles perspectives?*, Montréal, Faculté des

- Études supérieures, Université de Montréal, 2003, 215 p.
- ROSENNE, S., « International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-States Applications », dans WOLFRUM, R. (éd.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, p.3, par. 6, en ligne <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)> (consulté le 13 juin 2011)
- STAHN, C., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, 2011, en ligne : <<http://www.mpepil.com/ViewPdf/epil/entries/law-9780199231690-e2067.pdf?stylesheet=EPIL-display-full.xsl>> (consulté le 13 juin 2011)
- SUR, S., « Sources du droit international. La coutume », dans GOLDMAN, B., KAHN, P. et VOGEL, L. (dir.), *Juris-Classeur de Droit international*, Vol 1, Fascicule 13, Paris, Groupe LexisNexis, 1989
- THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec*, Les Éditions Yvon Blais, 1991
- VEEDER, V., « The Necessary Safeguards of an Appellate System », dans ORTINO, F., SHEPPARD, A. et WARNER, H. (dir.), *Investment Treaty Law. Current Issues*, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p.9
- VOEFFRAY, F., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004
- WADDAMS, S.M., *The Law of Contracts*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Canada Law Book, 2005
- WÄLDE, T. W., « The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research », dans ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE et ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux. New aspects of international investment law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 106-107
- WÄLDE, T.W. et UNIVERSITÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS. INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, coll. «Cours et travaux / Université Panthéon-Assas (Paris II), institut des hautes études internationales de Paris :», Paris, Pedone, 2004
- WEINIGER, M., « The Standard of Violation of the Fair and Equitable Treatment Standard » dans ORTINO, F., LIBERTI, L., SHEPPARD, A. et WARNER, H., *Investment treaty law : current issues*, 2006, London, British Institute of International and

Comparative Law. v. II p. 197

WISNER, R., « Derivative Actions and Indirect Claims », dans ORTINO, F., LIBERTI, L., SHEPPARD, A. et WARNER, H., *Investment treaty law : current issues*. 2006, London: British Institute of International and Comparative Law. v. II p. 73

YOUSSEF, K., *Consent in context : fulfilling the promise of international arbitration : multiparty, multi-contract, and non-contract arbitration*, 2009 éd., Eagan, MN, West, 2009

### Articles

ALDMOUR, A., « La clause de la nation la plus favorisée en matière de l'arbitrage d'investissement : le cas des Émirats Arabes Unis », (2011) 21-2 *European Journal of Social Sciences*, 336

BENVENISTI, E., « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », (1990-1999) 31 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, 843, en ligne : <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyuilp31&div=38&g\\_sent=1&collection=journals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nyuilp31&div=38&g_sent=1&collection=journals)> (consulté le 13 mars 2011) et <[http://www.pict-pcti.org/publications/PICT\\_articles/JILP/Benvenisti.pdf](http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Benvenisti.pdf)> (consulté le 13 mars 2011)

DE SCHUTTER, O., « Sur l'émergence de la société civile en droit international : le rôle des associations devant la Cour européenne des droits de l'homme », (1996) 7 n° 3 *EJIL* 372, en ligne : <<http://ejil.org/search.php>> (consulté le 13 septembre 2012)

FINNEGAN, W., « Leasing the Rain », (2002) *The New Yorker*, en ligne : <[http://www.newyorker.com/archive/2002/04/08/020408fa\\_FACT1?printable=true](http://www.newyorker.com/archive/2002/04/08/020408fa_FACT1?printable=true)> (consulté le 12 septembre 2012)

GAILLARD, E. « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – Chronique des sentences arbitrales » (2005) V. 132 *JDI* 135

GAILLARD, E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – Chronique des sentences arbitrales » (2006) V. 133 *JDI* 219, p. 285-286

GAILLARD, E., « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) – Chronique des sentences arbitrales » (2007) V. 134 *JDI* 255

LEMAIRE, A., « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le

chapitre 11 de l'ALÉNA », (2001) 1 *Rev. Arb.* 43

NAJAM, A. et HALLE, M., « Global Environmental Governance: The Challenge of Accountability », (2010) *Sustainable Development Insights*, The Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future, Boston University, en ligne : <<http://www.bu.edu/pardee/files/2010/04/UNsdpk005fsingle.pdf>> (consulté le 2 juillet 2010).

POPOVSKI, V., « International Criminal. A Necessary Step Toward Global Justice », 2000, *Security Dialogue*, en ligne : <<http://sdi.sagepub.com/content/31/4/405.full.pdf>> (consulté le 14 mars 2011)

POULIOT, V., « Le forum prorogatum devant la Cour internationale de Justice », (2008) 3 *Journal judiciaire de La Haye* 30, p. 30, en ligne : <[http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol\\_3\(3\)/Journal%20-%20Pouliot%20-%203](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3(3)/Journal%20-%20Pouliot%20-%203)> (consulté le 8 janvier 2011)

WÄLDE, T. W. et WOUTERS, P. K., « State Responsibility in a Liberalised World Economy : State Privileged and Subnational Authorities' Under the 1994 Energy Charter Treaty », (1996) *NYIL* 143, p. 153

### **Mémoires, thèses et rapports universitaires**

BERECHID, M., *Création et détournement de commerce sous l'Accord de Libre Échange entre le Chili et le Canada*, Montréal, Université de Montréal, 2005

EL-HOSSENY, F., *L'accès de la société civile à la justice internationale économique*, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2009

GAGNÉ, K., *Une analyse de la sanction économique en droit international*, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2005

MANIRABONA, A., *La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des Groupements de sociétés*, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2006

TRUDEAU, H., *Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement*, Université de Montréal, 2003, en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/1420>> (consulté le 23 février 2010)

### **Document gouvernementaux**

AFFAIRE ÉTRANGÈRES ET COMMERCE INTERNATIONAL CANADA, *Rapport du Canada – 2009 en matière d'accès aux marchés internationaux*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/cimar-rcami/2009/index.aspx?lang=fra&view=d>> (consulté le 7 septembre 2011)

CANADA, MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Ouverture sur le monde : priorités du Canada en matière d'accès aux marchés internationaux*, Ottawa, Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, 2001 <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/cimar-rcami/2001/index.aspx?lang=fra>> (site consulté le 27 septembre 2009)

GOUVERNEMENT DU CANADA, MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX, *Saisir les avantages globaux. La Stratégie commerciale mondiale pour assurer la croissance et la prospérité du Canada*, 2009, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/commerce/assets/pdfs/GCS-fr.pdf>> (site consulté le 20 septembre 2009)

PARLEMENT DU CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, SOUS-COMITÉ DU COMMERCE DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX, GRAHAM, B., SPELLER, B. et PARLEMENT DU CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, COMITÉ PERMANENT DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Le Canada et l'Accord multilatéral sur l'investissement : troisième rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international : premier rapport du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux*, Ottawa, Chambre des communes, Canada, 1997

## DOCUMENTATION INTERNATIONALE

### Documents internationaux

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPEMENT [IISD], *Background Paper on Vattenfall v. Germany arbitration*, par BERNASCONI, N., (2009), en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2009/background\\_vattenfall\\_vs\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/background_vattenfall_vs_germany.pdf)> (consulté le 2 juillet 2010)

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW [CIEL] et INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPEMENT [IISD], *Block of Countries refuses to Discuss Transparency*, 2008, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2008/pr\\_ciel\\_iisd\\_feb\\_15\\_2008.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/pr_ciel_iisd_feb_15_2008.pdf)>, (consulté le 8 août 2010)

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW [CIEL] et INTERNATIONAL INSTITUTE

FOR SUSTAINABLE DEVELOPEMENT [IISD], *Revising the Uncitral Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations*, Washington D.C., 2007, en ligne : <[http://www.iisd.org/investment/dispute/arbitration\\_rules.aspx](http://www.iisd.org/investment/dispute/arbitration_rules.aspx)> (consulté le 12 septembre 2012)

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMEN DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS [CIRDI], *Règlement du mécanisme supplémentaires*, Washington, 2006, en ligne : <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility-fra/AFR_French-final.pdf)> (consulté le 15 mai 2011)

CIJ, *RÈGLEMENT DE LA COUR* (1978), en ligne : <<http://www.icj>>

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection des droits de l'homme. Rapport du représentant du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationale et autres entreprises*, E/CN.4/2006/97

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT [CNUCED], *Rapport sur l'investissement dans le monde – Vue d'ensemble*, UNCTAD/WIR/2006, 2006, en ligne : <[http://www.unctad.org/fr/docs/wir2006overview\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/fr/docs/wir2006overview_fr.pdf)> (consulté le 23 octobre 2011)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT [CNUCED], *Bilateral Investment Treaties 1995-2006 : Trends in Investment Rulemaking*, 2007, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf)> (consulté le 28 août 2011)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT [CNUCED], *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, UNCTAD/ITE/IIT/2007/7, 2008

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL [CNUDCI], *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (version révisée en 2010), New-York, Nations Unies, 2011, en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012)

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. N.U. A/56/10 et A/56/49 (Vol. I)/Corr.3, 2011, en ligne : <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet\\_d%27articles/9\\_6\\_2001\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/projet_d%27articles/9_6_2001_francais.pdf)> (consulté le 19 mars 2011)

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée*, Annuaire de la Commission du droit international, 1978, vol. II, deuxième partie

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 21 A (III), Doc. Off. A.G.N.U., 3<sup>e</sup> sess.

Suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), en ligne : <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/index.shtml#content>> (consulté le 13 novembre 2011)

*Directives pour l'adaptation des règlements de la cour permanente d'arbitrage aux différends découlant d'accords multilatéraux et de contrats entre plus de deux parties*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/DIRMULTI.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012)

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW [CIEL], *Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit Over Access To Water*, par EARTHJUSTICE, W., M., ORELLANA, M. et SHULTZ, J., 2003, en ligne: <[http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel\\_Lawsuit\\_12Feb03.html](http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel_Lawsuit_12Feb03.html)> (consulté le 11 septembre 2012)

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts. Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational*, Doc. N.U. A/HRC/4/035 (9 février 2007)

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Environmental, Health, and Safety General Guidelines*, 30 avril 2007, en ligne : <[http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/gui\\_EHSGuidelines2007\\_GeneralEHS/\\$FILE/Final+-+General+EHS+Guidelines.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/gui_EHSGuidelines2007_GeneralEHS/$FILE/Final+-+General+EHS+Guidelines.pdf)> (consulté le 10 septembre 2011)

*Les Principes de l'Équateur*, juillet 2006, en ligne : <[http://www.equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_french.pdf](http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_french.pdf)> (consulté le 10 septembre 2011)

*Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, A/40/17, annexe I, (1985), en ligne : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf>> (consulté le 19 décembre 2011)

INSTITUT INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT DURABLE [IISD], *International Investment Agreement Business and Human Rights : Key Issues and Opportunities*, par MANN, H., 2008, en ligne: <[http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa\\_business\\_human\\_rights.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf)> (consulté le 8 août 2010)

INSTITUT INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT DURABLE [IISD], *Good Governance and the Rule of Law : Express Rules For Investor-State Arbitrations Required*, par MARSHALL, F. et MANN, H., 2006, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2006/investment\\_uncitral\\_rules\\_rrevision.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_rrevision.pdf)> (consulté le 8 août 2010)



*Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, 1997, en ligne : <[http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/Maastrichtguidelines\\_.html](http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/Maastrichtguidelines_.html)> (consulté le 12 septembre 2012)

OCDE, *Codes de conduite : etude exploratoire sur leur importance économique*, TD/TC/WP (2001) FINAL, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/0/16/2681587.pdf>> (consulté le 5 septembre 2011)

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - , recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, 2011, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/30/48004355.pdf>> (consulté le 5 septembre 2011)

OCDE, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, 2005, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>> (consulté le 18 février 2011)

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION [ISO], *Lancement le 1er novembre de la norme ISO 26000 sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, 27 octobre 2010, en ligne : <<http://www.iso.org/iso/fr/pressrelease.htm?refid=Ref1366>> (consulté le 10 septembre 2011)

*Pacte mondial des Nations Unies*, en ligne : <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>> (consulté le 12 septembre 2011)

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, par PETERSON, L. E. et GRAY, K. R., 2005, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2003/investment\\_int\\_human\\_rights\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf)> (consulté le 22 janvier 2012)

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, par PETERSON, L. E., 2004, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2004/trade\\_bits.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/trade_bits.pdf)> (consulté le 8 août 2010)

*Rapport du secrétaire général sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Observations et renseignements communiqués par des gouvernements*, Doc. N.U. A/65/96 (14 mai 2010), p. 3, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/431/80/PDF/N1043180.pdf?OpenElement>> (consulté le 13 novembre 2011)

*Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. NU

E/CN.4/2006/97, 22 février 2006

*Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (Version révisée en 2010), A/RES/65/22, 10 janvier 2011, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/513/87/PDF/N1051387.pdf?OpenElement>> (consulté le 21 juin 2011)

*Règlement facultatif d'arbitrage entre les organisations internationales et les parties privées de la cour permanente d'arbitrage*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/IGO1FRA.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012)

*Règlement facultatif de la cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux états*, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/2STATFRA.pdf>> (consulté le 14 janvier 2012)

*Règlement facultatif de la cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un état*, 1962, en ligne : <<http://www.pca-cpa.org/upload/files/1STATFRA.pdf>> (consulté le 13 février 2011)

*Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie*, Doc. N.U. A/HRC/4/35 (17 février 2007), en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/85/PDF/G0710885.pdf?OpenElement>> (consulté le 29 octobre 2011)

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT [IISD], *A Thirst for Distant Land : Foreign investment in agricultural land and water*, par SMALLER, C et MANN, H., 2009, en ligne : <[http://www.iisd.org/pdf/2009/thirst\\_for\\_distant\\_lands.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2009/thirst_for_distant_lands.pdf)> (consulté le 4 juillet 2010)

SOCIÉTÉ FINANCIÈRE INTERNATIONALE, *Politique et Critères de Performance en matière de Durabilité Sociale et Environnementale*, 30 avril 2006, en ligne : <[http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol\\_PerformanceStandards2006\\_full\\_French/\\$FILE/IFC+Performance+Standards\\_French.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/AttachmentsByTitle/pol_PerformanceStandards2006_full_French/$FILE/IFC+Performance+Standards_French.pdf)> (consulté le 10 septembre 2011)

SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME (22<sup>e</sup> séance, 13 août 2003), *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), en ligne :

<[http://www.un.org/french/documents/view\\_doc.asp?symbol=E%2FCN.4%2FSub.2%2F2003%2F12%2FRev.2&Submit=Recherche&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=E%2FCN.4%2FSub.2%2F2003%2F12%2FRev.2&Submit=Recherche&Lang=F)> (consulté en ligne le 7 septembre

2010)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Investor-state disputes arising from investment treaties : a review*, UNCTAD Series on International Investment for Development, New York et Genève, United Nations, 2005

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Latest developments in Investor-State Dispute Settlement*, II A Issues Notes N<sup>o</sup>. March 2011, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf)> (consulté le 23 octobre 2011)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, p. 2, en ligne: <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)> (consulté le 3 septembre 2011)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2009, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, en ligne : <[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)> (consulté le 3 septembre 2011)

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *World Investment Report*, Genève, United Nations Publications, 2007

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Declaration on Social Progress and Development, Rés. 2542 (XXIV)41/128, 11 December 1969, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/256/76/IMG/NR025676.pdf?OpenElement>> (consulté le 12 mars 2011)

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Declaration on Social Progress and Development, Rés. 1829th plenary meeting, 4 December 1986, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/496/36/IMG/NR049636.pdf?OpenElement>> (consulté le 12 mars 2011)

## Traités

*Accord concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, Indon./Dan., 30 janvier 1968, R.T.N.U. 224 (n<sup>o</sup> 10352)

*Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération technique*, Suisse/Bénin, 20 avril 1966, 1000 R.T.N.U. 165 (n<sup>o</sup> 14671)

*Accord de commerce, de protection des investissements et de coopération*

*technique.*, Malte/Suis., 20 janvier 1965, R.T.N.U. 194 (n° 7978)

*Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/can-colombia-toc-tdm-can-colombie.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 novembre 2010)

*Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou*, 29 mai 2008, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/peru-perou/peru-toc-perou-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 25 novembre 2010)

*Accord de libre-échange entre le Canada et les États de l'Association européenne de libre-échange (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse)*, 26 janvier 2008, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/efta-agr-acc.aspx?lang=fr&view=d>> (consulté le 11 septembre 2012)

*Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U., [1994] R.T.Can n° 2, en ligne : <[http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu\\_id=50](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/texte/index.aspx?lang=fr&menu_id=50)> (consulté le 16 juillet 2011)

*Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements*, 14 novembre 2006, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Canada-Peru10nov06-fr.pdf>> (consulté le 22 janvier 2012)

*Accord entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République arabe d'Égypte relatif à la promotion et à la protection des investissements.*, 3 mai 2001, 2208 R.T.N.U. 373 (n° 39236)

*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de Roumanie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, 8 mai 2009, art. Ig), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/RomaniaFIPA-fra.pdf>> (consulté le 16 novembre 2010)

*Accord relatif à la promotion, la protection et la garantie réciproques des investissements.*, Un. écon Belgo-Luxemb/Roum., 8 mai 1978, 1946 R.T.N.U. 203 (n° 33358)

*Accord relatif à l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République populaire de Chine*, 26 novembre 2001, 2369 R.T.N.U. 252 (n° I-42718)

*Accord relatif à l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République populaire de Chine*, 26 novembre 2001, 2369

R.T.N.U. 252 (n° 42718)

*Accord sur l'environnement entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008, en ligne : < <http://www.ec.gc.ca/caraib-carib/default.asp?lang=Fr&n=FFEF249E-1> > (consulté le 23 septembre 2012)

*Agreement Between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Protection of Investments*, 3 mai 2001, en ligne : <[http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/australia\\_egypt.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/australia_egypt.pdf)> (consulté le 28 août 2011)

*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 12 mai 2006, *Mexico No.1(2006) Cm 6860*, en ligne : <[http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3706546/3872894/fco\\_ippa\\_\\_mexico](http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3706546/3872894/fco_ippa__mexico)> (consulté le 26 décembre 2011)

*Agreement Between the Governments of the United States of America and of Paraguay Relating to the Guaranty of Private Investments*, 28 octobre 1955, 273 R.T.N.U. 97 (n° 3946)

*Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 268 (no 26363)

*Charte des Nations Unies (et Statut de la Cour internationale de justice)*, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p. 365 (texte originaire), [1945] R.T.Can. n° 7

*Constitution de l'Organisation Internationale du Travail*, 1919, art. 2, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/french/constq.htm>> (consulté le 7 janvier 2012)

*Convention américaine des droits de l'homme: « Pacte de San Jose de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 182 (n° 17955)

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradant*, 10 décembre 1984, (1987) 1465 R.T.N.U. 85 (n° I-24841)

*Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, 29 juillet 1899, en ligne : <[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1203](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1203)> (consulté le 23 septembre 2012)

*Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationau*, 18 octobre 1907, en ligne : <[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1203](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1203)> (consulté le 14 janvier 2012)

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 222 (n° 2889)

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 353 (n° 18232)

*Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de El Salvador sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 20 septembre 1978, 1721 R.T.N.U. 107 (n° 29987)

*Convention et Règlements du CIRDI, Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, Washington, 2006, art. 32(2), en ligne : [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf) (consulté le 22 avril 2011)

*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, (1969) 660-14 R.T.N.U. 196 (n° 9464)

*Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1969, 575 R.T.N.U. 160 (n° 8359)

*Convention relative à l'encouragement des investissements de capitaux et à la protection des biens*, Un. écon Belgo-Luxemb/Maroc, 28 avril 1968, 1968 R.T.N.U. 171 (n° 8954)

*Convention relative à l'encouragement des investissements de capitaux et à la protection des biens*, Pays-Bas/Tun., 23 mai 1963, R.T.N.U. 237 (n° 7558)

*Convention relative à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, Belg./Indon. 15 janvier 1970, R.T.N.U. 24 (n° 12057)

*Convention sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, Fran./Soud., 31 juillet 1978, 1456 R.T.N.U. 17 (n° 24621)

*Convention sur les relations économiques et la protection des investissements*, Fr/Tun, 9 août 1963, 1565 R.T.N.U. 3 (n° 27260)

*Échange de notes constituant un accord concernant l'entrée en franchise et le paiement des frais de transport des fournitures et des colis de secours destinés à l'Italie*, 26 novembre 1948, 79 R.T.N.U. 71 (n° 1032)

*Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'Accord instituant l'OMC de 1994, en ligne : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/28-dsu.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf) (consulté le 22 janvier 2012)

*Model BIT*, U.S., 2004, en ligne : <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (consulté le 3 décembre 2011)

2011)

*Modèle canadien d'Accord pour la promotion et la protection des investissements*, ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf> (consulté le 29 juin 2011)

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (n° 14668)

*Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1999 (2000) 2131 R.T.N.U. 83 (n° A-20378), en ligne : <http://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%202131/v2131.pdf> (consulté le 3 janvier 2012)

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, (2002) 2127 R.T.N.U. 3 (N° 38544)

*Traité relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, All./Oman, 25 juil 1979, 1475 R.T.N.U. 102 (n° 25115)

*Traité relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, Thaïlande/All., 13 décembre 1961, R.T.N.U. 207 (n° 7870)

*Traité relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements*, Esp./Arg., 3 octobre 1992, 1699 R.T.N.U. 208 (n° 29403)

*Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994 (1998) 2080 R.T.N.U. 95 (n° 36116)

*Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 4 novembre 2005, en ligne: [http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US\\_Uruguay.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/US_Uruguay.pdf) (consulté le 23 janvier 2012)

*Treaty for the Promotion and the Protection of Investments*, Pakistan/Fed. Rep. Of Germany, en ligne: [http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany\\_pakistan.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/germany_pakistan.pdf) (consulté le 25 octobre 2009)

## SITES INTERNET

<http://www.cyberpresse.ca/international/asi-oceanie/201006/07/01-4287453-bhopal-la-prison-pour-les-responsables-de-la-catastrophe.php> (consulté le 21 novembre 2010)

<http://www.oecd.org>

<http://www.transparency.org>

<http://www.wto.org>

<http://www.international.gc.ca> (Ministère des affaires étrangères et du commerce international)

<http://csonet.org> (Organisation des Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales,)

<http://unctad.org> (Commission des Nations unies pour le commerce et le développement)

[http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx) (pour la liste et renseignements sur les TBI conclus mondialement)

<http://csonet.org/content/documents/E2011INF4.pdf> (consulté le 14 janvier 2012) (Pour une liste des organismes non gouvernementaux du Conseil économique et social des Nations unies, dotés d'un statut consultatif)

[http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_6.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm) (consulté le 15 novembre 2011) (Sur la responsabilité internationale des États)

<http://www.icj-cij.org>



**ANNEXE « A » : TBI Allemagne et Pakistan**

**TRAITÉ TENDANT À ENCOURAGER ET À  
PROTÉGER LES INVESTISSEMENTS- PAKISTAN  
ET RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE ALLEMANDE**

**(1<sup>ER</sup> TBI)**

**No. 6575**

---

**PAKISTAN  
and  
FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY**

**Treaty for the Promotion and Protection of Investments  
(with Protocol and exchange of notes). Signed at  
Bonn, on 25 November 1959**

*Official texts: English and German.*

*Registered by Pakistan on 26 March 1963.*

---

**PAKISTAN  
et  
RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE**

**Traité tendant à encourager et à protéger les investisse-  
ments (avec Protocole et échange de notes). Signé à  
Bonn, le 25 novembre 1959**

*Textes officiels anglais et allemand.*

*Enregistré par le Pakistan le 26 mars 1963.*

No. 6575. TREATY<sup>1</sup> BETWEEN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY AND PAKISTAN FOR THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS. SIGNED AT BONN, ON 25 NOVEMBER 1959

---

The Federal Republic of Germany and Pakistan,

Desiring to intensify economic co-operation between the two States,

Intending to create favourable conditions for investments by nationals and companies of either State in the territory of the other State, and

Recognizing that an understanding reached between the two States is likely to promote investment, encourage private industrial and financial enterprise and to increase the prosperity of both the States,

Have agreed as follows :

*Article 1*

(1) Each contracting State hereafter called in this Treaty a Party will endeavour to admit in its territory, in accordance with its legislation and rules and regulations framed thereunder the investing of capital by nationals or companies of the other Party and to promote such investments and will give sympathetic consideration to requests for the grant of necessary permissions. In the case of Pakistan such permissions shall be given with due regard also to their published plans and policies.

(2) Capital investments by nationals or companies of either Party in the territory of the other Party shall not be subjected to any discriminatory treatment on the ground that ownership of or influence upon it is vested in nationals or companies of the former Party, unless legislation and rules and regulations framed thereunder existing at the time of coming into force of this Treaty provide otherwise.

*Article 2*

Neither Party shall subject to discriminatory treatment any activities carried on in connection with investments including the effective management, use or enjoy-

---

<sup>1</sup> Came into force on 28 April 1962, one month after the date of exchange of the instruments of ratification which took place on 28 March 1962, in accordance with article 14.

ment of such investments by the nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless specific stipulations are made in the documents of admission of an investment.

### Article 3

(1) Investments by nationals or companies of either Party shall enjoy protection and security in the territory of the other Party.

(2) Nationals or companies of either Party shall not be subjected to expropriation of their investments in the territory of the other Party except for public benefit against compensation, which shall represent the equivalent of the investments affected. Such compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of the other Party without undue delay. Adequate provision shall be made at or prior to the time of expropriation for the determination and the grant of such compensation. The legality of any such expropriation and the amount of compensation shall be subject to review by due process of law.

(3) Nationals or companies of either Party who owing to war or other armed conflict, revolution or revolt in the territory of the other Party suffer the loss of investments situate there, shall be accorded treatment no less favourable by such other Party than the treatment that Party accords to persons residing within its territory and to nationals or companies of a third party, as regards restitution, indemnification, compensation or other considerations. With respect to the transfer of such payments each Party shall accord to the requests of nationals or companies of the other Party treatment no less favourable than is accorded to comparable requests made by nationals or companies of a third party.

### Article 4

Either Party shall in respect of all investments guarantee to nationals or companies of the other Party the transfer of the invested capital, of the returns therefrom and in the event of liquidation, the proceeds of such liquidation.

### Article 5

If a claim arising out of a guarantee given for an investment is brought against a Party, the latter shall without prejudice to its rights under Article 11, be authorised, on the conditions stipulated by its predecessor in title, to exercise the rights having devolved on such Party by law or having been assigned to it by the predecessor in title (devolved interest). As regards the transfer of payments to be made by virtue of the devolved interest to the Party concerned, paragraphs (2) and (3) of Article 3 as well as Article 4 shall apply *mutatis mutandis*.

*Article 6*

(1) Transfers under paragraphs (2) or (3) of Article 3, under Article 4 or Article 5 shall be made without undue delay and at rates of exchange applicable to current transactions on the date the transfer is made.

(2) The rate applicable to current transactions shall be based on the par value agreed with the International Monetary Fund taking into account the provisions of Section 3 of Article 4 of the Articles of Agreement establishing the International Monetary Fund.<sup>1</sup>

(3) In case no rate of exchange within the meaning of paragraph (2) above exists at the time of transfer the appropriate authorities of the Party in the territory of which the investment is situated shall admit a rate of exchange which is just and reasonable.

*Article 7*

If the legislation of either Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Parties in addition to the present Treaty, result in a position entitling investments by nationals or companies of the other Party to treatment more favourable than is provided for by the present Treaty, such position shall not be affected by the present Treaty. Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party.

*Article 8*

(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived from and ploughed back into such "investment".

(b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above mentioned assets shall be regarded as "investment".

(2) The term "return" shall mean the amounts derived from investments as profits or interest for a specified period.

(3) The term "nationals" shall mean

---

<sup>1</sup> United Nations, *Treaty Series*, Vol. 2, p. 40 ; Vol. 19, p. 280 ; Vol. 141, p. 355 ; Vol. 199, p. 308 ; Vol. 260, p. 432 ; Vol. 287, p. 260 ; Vol. 303, p. 284 ; Vol. 316, p. 269 ; Vol. 406, p. 282, and Vol. 426, p. 334.

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany, Germans within the meaning of the Basic Law for the Federal Republic of Germany ;
- (b) in respect of Pakistan, a person who is a citizen of Pakistan according to its laws.

(4) The term "companies" shall comprise

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany, any juridical person, any commercial company or any other company or association, with or without legal personality, having its seat in the territory of the Federal Republic of Germany and lawfully existing in accordance with its legislation, irrespective of whether the liability of its partners, associates or members is limited or unlimited and whether or not its activities are directed to pecuniary gain ;
- (b) in respect to Pakistan, any juridical person or any company or association, incorporated in the territory of Pakistan and lawfully existing in accordance with its legislation.

#### *Article 9*

The present Treaty shall also apply to approved investments made prior to its entry into force but not earlier than 1<sup>st</sup> September, 1954, by nationals or companies of either Party in the territory of the other Party unless in any case it is specifically provided otherwise. This provision shall not affect the Agreement of 27<sup>th</sup> February 1953, on German External Debts.<sup>1</sup>

#### *Article 10*

Each Party shall co-operate with the other in furthering the interchange and use of scientific and technical knowledge and development of training facilities particularly in the interest of increasing productivity and improving standards of living in their territories.

#### *Article 11*

(1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

- (a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or
- (b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party.

(3) (a) The tribunal referred to in paragraph (2) (b) above shall be formed in respect of each specific case and it shall consist of three arbitrators. Each Party

<sup>1</sup> United Nations, *Treaty Series*, Vol. 333, p. 3 and Vol. 437, p. 367.

shall appoint one arbitrator and the two members so appointed shall appoint a chairman who shall be a national of a third country.

(b) Each Party shall appoint its arbitrator within two months after a request to this effect has been made by either Party. If either Party fails to comply with this obligation the arbitrator shall be appointed upon the request of the other Party by the President of the International Court of Justice.

(c) If within one month from the date of their appointment the arbitrators are unable to agree on the chairman of the arbitration tribunal such chairman shall upon the request of either Party be appointed by the President of the International Court of Justice.

(d) If the President of the International Court of Justice is prevented from acting upon a request under sub-paragraph (b) or sub-paragraph (c) of the present paragraph or if the President is a national of either Party the Vice-President shall make the appointment. If the Vice-President is prevented or if he is a national of either Party the appointment shall be made by the seniormost member of the International Court of Justice who is not a national of either Party.

(e) Unless the Parties otherwise decide, the arbitration tribunal shall determine its own rules of procedure.

(f) The arbitration tribunal shall take its decisions by a majority of votes. Such decisions shall be binding upon the Parties and shall be carried out by them.

#### *Article 12*

The provisions of the present Treaty shall remain in force also in the event of a conflict arising between the Parties without prejudice to the right of taking such temporary measures as are permitted under international law and are indispensable for assuring a supervision of investments. Measures of this kind shall be repealed not later than the date of termination of the conflict, irrespective of whether or not diplomatic relations have been re-established.

#### *Article 13*

The present Treaty shall also apply to *Land* Berlin, provided that the Government of the Federal Republic of Germany has not made a contrary declaration to the Government of Pakistan within three months from the entry into force of the present Treaty.

#### *Article 14*

(1) The present Treaty shall be ratified and the instruments of ratification shall be exchanged as soon as possible.

(2) The present Treaty shall enter into force one month after the date of exchange of the instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years

and shall continue in force thereafter for an unlimited period unless notice of termination is given in writing by either Party one year before its expiry. After the expiry of the period of ten years, the present Treaty may be terminated at any time by either Party giving one year's notice.

(3) In respect of investments made prior to the date of expiry of the present Treaty, the provisions of Articles 1 to 13 shall continue to be effective for a further period of ten years from the date of expiry of the present Treaty.

DONE at Bonn on the twenty fifth day of November in the year nineteen hundred and fifty nine in duplicate, in the German and English languages, both texts being equally authentic.

For the Federal Republic of Germany :

VON BRENTANO

For Pakistan :

S. A. HASNIE



## PROTOCOL

On signing the Treaty for the Promotion and Protection of Investments concluded between the Federal Republic of Germany and Pakistan,<sup>1</sup> the undersigned plenipotentiaries have, in addition, agreed to the following provisions which should be regarded as an integral part of the said Treaty :

(1) The Parties shall within one year after signing this Treaty enter into negotiations to conclude an establishment treaty which shall, *inter alia*, make provision for the following :

Immigration and emigration, temporary and permanent residence, protection from expulsion, taking up and carrying on business and professional activities on a basis of employment or self-employment, particularly in respect of managerial and technical staff, foundation of and participation in enterprises, protection and security of persons and property, free access to courts, freedom to contract, acquisition of real estate and other property and admission as arbitrator.

(2) The following shall in particular be deemed discrimination referred to in Article 2 :

Restricting the purchase of raw or auxiliary materials, of power or fuel, or of means of production or operation of any kind, impeding the marketing of products within or outside the country, as well as any other measures not applied to the same extent either to persons residing within the country and to nationals of third states or to investments of such persons.

Measures taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed as discrimination within the meaning of Article 2.

(3) The term "expropriation" within the meaning of paragraph (2) of Article 3 shall also pertain to acts of sovereign power which are tantamount to expropriation, as well as measures of nationalization.

(4) With a view to ensuring an equitable share of cargo to their respective shipping either Party shall abstain from any discriminatory measures which, contrary to the principles of free competition are designed to eliminate or impair the participation of ships of the other Party in transporting the following goods :

- (a) goods which represent an investment and are transported by sea-going vessels,
- (b) goods which for the purpose of operating an enterprise in the territory of one Party are purchased by means of capital invested in the territory of that Party by nationals or companies of the other Party.

<sup>1</sup> See p. 24 of this volume.

(5) Without prejudice to any other method of determining nationality, any person shall be deemed to be a national of a Party who is in possession of a national passport issued by the appropriate authority of the Party concerned or of a valid identity document of one of the following types :

- (a) In respect of the Federal Republic of Germany, a valid identity card (*Personalausweis*) of the Federal Republic of Germany or a valid identity card (*Personalausweis*) of *Land* Berlin or a seaman book (*Seefahrtbuch*) issued by an appropriate authority of the Federal Republic of Germany provided that the bearer of the seaman book is entered therein as a German ;
- (b) In respect of Pakistan, the documents for determining the nationality of Pakistanis in Germany at a particular time may in addition to the national passports be (1) Crew Member Certificates in respect of airmen, and (2) Continuous Discharge Certificates or Nullies in respect of seamen.

DONE at Bonn on the twenty fifth day of November in the year nineteen hundred and fifty nine in duplicate, in the German and English languages, both texts being equally authentic.

For the Federal Republic of Germany :

VON BRENTANO

For Pakistan :

S. A. HASNIE

## EXCHANGE OF NOTES

## I

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE  
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

It is our understanding that the term "investment" wherever it is used in this Treaty<sup>1</sup> or in the letters annexed refers in respect of Pakistan to investments approved by the Government agencies authorizing such investments. If at any time later free investment is allowed in Pakistan the term "investment" will cover all investments made in the territory of Pakistan.

The same term refers in respect of the Federal Republic of Germany to all investments made in accordance with its legislation.

It is also our understanding that for the purpose of admission of capital investments the value of the assets mentioned in paragraph (1) of Article 8 may be determined by the appropriate agencies of the Party concerned.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE  
SecretaryHis Excellency Dr. Heinrich von Brentano  
Federal Minister for Foreign Affairs  
Bonn

## II

[GERMAN TEXT — TEXTE ALLEMAND]

DER BUNDESMINISTER DES AUSWÄRTIGEN

Bonn, den 25. November 1959

Herr Staatssekretär,

Ich beehre mich, den Empfang Ihres Schreibens vom 25. November 1959 zu bestätigen, das folgenden Wortlaut hat :

„Zwischen uns besteht Einverständnis darüber, daß der Ausdruck 'Kapitalanlagen' in diesem Vertrag und den ihm beigefügten Schreiben sich hinsichtlich

<sup>1</sup> See p. 24 of this volume.

Pakistans auf Kapitalanlagen bezieht, die von den dafür zuständigen Regierungsstellen genehmigt worden sind. Falls zu einem späteren Zeitpunkt die freie Anlage von Kapital in Pakistan gestattet wird, umfaßt dann der genannte Ausdruck alle im Hoheitsgebiet Pakistans vorgenommenen Kapitalanlagen.

Der genannte Ausdruck bezieht sich hinsichtlich der Bundesrepublik Deutschland auf alle Kapitalanlagen, die im Rahmen ihrer Rechtsvorschriften vorgenommen werden.

Wir sind uns ferner darüber einig, daß für den Zweck der Zulassung der Kapitalanlage der Wert der in Artikel 8 Absatz (1) erwähnten Vermögenswerte von den zuständigen Stellen der betreffenden Partei festgesetzt werden kann.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie dieses Einverständnis bestätigen würden.“

Ich bestätige, daß dies unserem Einverständnis in dieser Angelegenheit entspricht.

Genehmigen Sie, Herr Staatssekretär, die Versicherung meiner ausgezeichnetsten Hochachtung.

VON BRENTANO

An den Staatssekretär im Finanzministerium  
der Regierung von Pakistan  
Herrn S. A. Hasnie  
z. Z. Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note I]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie  
Secretary, Ministry of Finance  
Government of Pakistan  
Bonn

## III

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE  
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

During our discussion on the type and nature of treatment to be accorded by either Party to the nationals and companies of the other Party we realised that it would be neither desirable nor practicable to comprehend in this Treaty the extent and scope of favours and immunities which may be granted by either Party to the investments of nationals or companies of the other Party in specific cases. It was therefore agreed that without prejudice to the provisions of this Treaty any concessions that are granted by either Party to the nationals or companies of the other Party shall be governed by the documents of admission, namely the Memoranda or the Articles of Association established for the creation and operation of a particular enterprise or such other instruments as either Party may choose keeping in view the requirements of each case.

In admitting investments by nationals or companies of the other Party each Party may in the documents of admission mentioned above impose conditions regarding the administration, use or enjoyment of an investment or regarding the operation of an enterprise based on such investment or regarding the training and employment of nationals of the Party concerned.

The favours and immunities mentioned in the first paragraph above and the conditions mentioned in the second paragraph above may fall outside the scope of national or most-favoured-nation treatment.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE  
SecretaryHis Excellency Dr. Heinrich von Brentano  
Federal Minister for Foreign Affairs  
Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note III]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie  
Secretary, Ministry of Finance  
Government of Pakistan  
Bonn

V

Bonn, 25 November 1959

MINISTRY OF FINANCE  
GOVERNMENT OF PAKISTAN

Excellency,

It is our understanding that, intending to facilitate and promote investments by German nationals or companies in Pakistan, the Government of Pakistan will, prior to the entry into force of an establishment treaty the negotiation of which has been provided for, grant necessary permits to German nationals who desire to enter, stay and carry on activities in Pakistan in connection with investments by German nationals or companies except in so far as reasons of public security and order, public health or morality may warrant otherwise.

The appropriate Government agencies of the Federal Republic of Germany will endeavour to persuade German nationals or companies to provide progressive employment and training facilities for Pakistan nationals.

I shall be grateful if you would kindly confirm the above understanding.

Accept, Excellency, the assurance of my highest consideration.

S. A. HASNIE  
Secretary

His Excellency Dr. Heinrich von Brentano  
Federal Minister for Foreign Affairs  
Bonn

## VI

[GERMAN TEXT — TEXTE ALLEMAND]

DER BUNDESMINISTER DES AUSWÄRTIGEN

Bonn, den 25. November 1959

Herr Staatssekretär,

Ich beehre mich, den Empfang Ihres Schreibens vom 25. November 1959 zu bestätigen, das folgenden Wortlaut hat :

„Zwischen uns besteht Einverständnis darüber, daß die Regierung von Pakistan in der Absicht, Kapitalanlagen deutscher Staatsangehöriger oder Gesellschaften in Pakistan zu erleichtern und zu fördern, bereits vor dem Inkrafttreten eines Niederlassungsvertrags, über dessen Abschluß Verhandlungen vorgesehen sind, deutschen Staatsangehörigen, die im Zusammenhang mit Kapitalanlagen deutscher Staatsangehöriger oder Gesellschaften nach Pakistan einreisen, sich dort aufhalten und dort tätig werden wollen, die erforderlichen Erlaubnisse erteilt, soweit nicht Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit oder Sittlichkeit entgegenstehen.

Die zuständigen Regierungsstellen der Bundesrepublik Deutschland werden sich bemühen, deutschen Staatsangehörigen und Gesellschaften nahezulegen, für pakistanische Staatsangehörige in fortschreitendem Maße Arbeitsplätze und Ausbildungsmöglichkeiten zu schaffen.

Ich wäre Ihnen dankbar, wenn Sie dieses Einverständnis bestätigen würden.“

Ich bestätige, daß dies unserem Einverständnis in dieser Angelegenheit entspricht.

Genehmigen Sie, Herr Staatssekretär, die Versicherung meiner ausgezeichnetsten Hochachtung.

VON BRENTANO

An den Staatssekretär im Finanzministerium  
der Regierung von Pakistan  
Herrn S.A. Hasnie  
z. Z. Bonn

[TRANSLATION — TRADUCTION]

FEDERAL MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS

Bonn, 25 November 1959

Sir,

I have the honour to acknowledge receipt of your note of 25 November 1959 reading as follows :

[See note V]

I confirm that this agrees with our understanding in this matter.

I have the honour to be, etc.

VON BRENTANO

Mr. S. A. Hasnie  
Secretary, Ministry of Finance  
Government of Pakistan  
Bonn



**ANNEXE « B » : Liste des TBI canadiens**

**LISTE DES TBI AU AUXQUELS LE CANADA EST  
PARTIE AU 1ER JUIIN 2012**

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE  
COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT



UNITED NATIONS CONFERENCE ON  
TRADE AND DEVELOPMENT

**Total number of Bilateral Investment Agreements concluded, 1 June 2012**

<b>Reporter</b>	<b>Partner</b>	<b>Date of Signature</b>	<b>Date of entry into force</b>
Canada	Argentina	5-Nov-91	29-Apr-93
	Armenia	8-May-97	29-Mar-99
	Bangladesh	9-Feb-90	12-Mar-90
	Barbados	29-May-96	17-Jan-97
	Costa Rica	18-Mar-98	29-Sep-99
	Croatia	3-Feb-97	30-Jan-01
	Czech Republic	6-May-09	22-Jan-12
	Ecuador	29-Apr-96	6-Jun-97
	Egypt	13-Nov-96	3-Nov-97
	El Salvador	31-May-99	---
	Hungary	3-Oct-91	21-Nov-93
	Jordan	28-Jun-09	14-Dec-09
	Kuwait	26-Sep-11	---
	Latvia	5-May-09	24-Nov-11
	Lebanon	11-Apr-97	19-Jun-99
	Panama	12-Sep-96	13-Feb-98
	Peru	14-Nov-06	20-Jun-07
	Philippines	10-Nov-95	1-Nov-96
	Poland	26-Oct-90	22-Nov-90
	Romania	8-May-09	23-Nov-11
	Russian Federation	20-Nov-89	27-Jun-91
	Singapore	30-Jul-71	30-Jul-71
	Slovakia	20-Jul-10	14-Mar-12
	South Africa	27-Nov-95	---
	Thailand	17-Jan-97	24-Sep-98
	Trinidad and Tobago	11-Sep-95	8-Jul-96
	Ukraine	24-Oct-94	24-Jun-95
	Uruguay	29-Oct-97	2-Jun-99
	Venezuela	1-Jul-96	28-Jan-98

**ANNEXE « C » : Modèle canadien de TBI**

**MODÈLE CANADIEN D'ACCORD POUR LA  
PROTECTION ET LA PROMOTION DES  
INVESTISSEMENTS**

**ACCORD**  
**ENTRE LE CANADA ET -----**  
**POUR LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS**

Le Canada et -----, ci-après appelés les « Parties »,

Reconnaissant que la promotion et la protection des investissements faits par les investisseurs d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie sont propres à stimuler une activité économique mutuellement avantageuse et à favoriser le développement de la coopération économique entre elles et la promotion du développement durable,

Ont convenu de ce qui suit :

## Section A - Définitions

### Article 1 Définitions

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent accord :

« **Accord sur l'OMC** » s'entend de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, fait à Marrakech le 15 avril 1994;

« **CIRDI** » s'entend du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements;

« **Commission** » s'entend de l'organisme établi par les Parties en vertu de l'article 50;

« **Convention CIRDI** » s'entend de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, faite à Washington le 18 mars 1965;

« **Convention de New York** » s'entend de la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, faite à New York le 10 juin 1958;

« **convention fiscale** » s'entend d'une convention tendant à éviter les doubles impositions, ou de tout autre accord ou arrangement international en matière fiscale;

« **Convention interaméricaine** » s'entend de la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial*, faite à Panama le 30 janvier 1975;

« **décision administrative d'application générale** » s'entend d'une décision ou d'une interprétation administrative qui s'applique à toute personne et à toute situation factuelle qui, en règle générale, entre dans son cadre et qui établit une norme de conduite. Cependant, une telle décision exclut :

- (a) une décision rendue dans le cadre d'une poursuite administrative ou quasi judiciaire qui s'applique à une personne, à un produit ou à un service particulier de l'autre Partie dans une cause en particulier; ou
- (b) une décision rendue à l'égard d'une instance ou d'une procédure en particulier;

« **désigner** » signifie établir, désigner ou autoriser un monopole, ou étendre un monopole à un produit ou un service additionnel, après la date d'entrée en vigueur du présent accord;

« **droits de propriété intellectuelle** » s'entend du droit d'auteur et des droits connexes, des marques de commerce, des droits relatifs aux indications géographiques et aux dessins industriels, des brevets, des droits relatifs aux schémas de configuration de circuits intégrés, des droits relatifs à la protection des renseignements non divulgués et des obtentions végétales;

« **entité publique** » s'entend d'une banque centrale ou d'une autorité monétaire d'une Partie, ou de toute institution financière possédée ou contrôlée par une Partie;

« **entreprise** » s'entend :

- (i) de toute entité constituée ou organisée sous le régime de la législation applicable, dans un but lucratif ou non, et détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou par l'État, y compris les sociétés de capitaux, les sociétés de fiducie, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les coentreprises et autres groupements de même nature; et
- (ii) des succursales de cette entité;

« **entreprise d'État** » s'entend d'une entreprise possédée par une Partie, ou contrôlée par elle au moyen d'une participation au capital;

« **entreprise d'une Partie** » s'entend d'une entreprise constituée ou organisée sous le régime de la législation d'une Partie, ou d'une succursale sise sur le territoire d'une Partie et qui y exerce une activité économique;

« **existant** » s'entend du fait d'être en application à la date d'entrée en vigueur du présent accord;

« **gouvernement infranational** » s'entend :

en ce qui concerne le Canada, des gouvernements provinciaux ou locaux; et

en ce qui concerne le .....

« **industries culturelles** » s'entend des personnes qui se livrent à l'une quelconque des activités suivantes :

- (i) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications;
- (ii) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;

- (iii) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- (iv) l'édition, la distribution, la vente ou la présentation de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou
- (v) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite;

« **institution financière** » s'entend d'un intermédiaire financier, ou autre entreprise, qui est autorisé à exercer des activités commerciales et qui est réglementé ou supervisé à titre d'institution financière en vertu de la législation de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé;

« **investissement** » s'entend :

- (I) d'une entreprise;
- (II) d'un titre de participation d'une entreprise;
- (III) d'un titre de créance d'une entreprise
  - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
  - (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans,

à l'exclusion, toutefois, d'un titre de créance d'une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

- (IV) d'un prêt à une entreprise
  - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
  - (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans,

à l'exclusion, toutefois, d'un prêt à une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

- (V) (i) nonobstant les alinéas (III) et (IV) ci-dessus, un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située, et

- (ii) un prêt consenti ou un titre de créance possédé par une institution financière, autre qu'un prêt ou un titre de créance visés par le sous-alinéa (i), n'est pas un investissement;

il demeure entendu :

- (iii) qu'un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État d'une Partie ou qu'un titre de créance établi par une Partie ou par une entreprise d'État d'une Partie ne constituent pas un investissement; et
  - (iv) qu'un prêt consenti ou un titre de créance possédé par un fournisseur de services financiers transfrontières, autre qu'un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière, constituent un investissement si le prêt ou le titre de créance répondent aux critères en matière d'investissement énoncés ailleurs dans cet article;
- (VI) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise;
  - (VII) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu des alinéas (III), (IV) ou (V);
  - (VIII) des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales; et
  - (IX) des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison
    - (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou
    - (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise;

mais ne s'entend pas :

- (X) des créances découlant uniquement



- (i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie, ou
  - (ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé aux alinéas (IV) ou (V); et
- (XI) de toute autre créance,

ne se rapportant pas à des avoirs des types visés aux alinéas (I) à (IX);

« **investissement d'un investisseur d'une Partie** » s'entend d'un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

« **investissement visé** » s'entend de l'investissement sur le territoire d'une Partie d'un investisseur de l'autre Partie, existant à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ainsi que des investissements faits ou acquis après cette date;

« **investisseur contestant** » s'entend de l'investisseur qui dépose une plainte en vertu de la section C;

« **investisseur d'une non-Partie** » s'entend d'un investisseur autre qu'un investisseur d'une Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

« **investisseur d'une Partie** » s'entend :

dans le cas du Canada :

- (i) du Canada ou d'une entreprise d'État du Canada; ou
  - (ii) d'un ressortissant ou d'une entreprise du Canada,
- qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

dans le cas de \_\_\_\_\_ :

\_\_\_\_\_;

qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement et qui ne possède pas la citoyenneté canadienne;

« **jour** » s'entend de tout jour civil, y compris les fins de semaine et les jours fériés;

« **mesure** » comprend toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique;

« **monopole** » s'entend d'une entité, notamment un consortium ou un organisme gouvernemental, qui, sur un marché pertinent du territoire d'une Partie, est désignée comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un produit ou d'un service, mais n'englobe pas une entité à laquelle a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi;

« **monopole public** » s'entend d'un monopole qui est possédé, ou contrôlé au moyen d'une participation au capital, par le gouvernement central d'une Partie ou par un autre monopole semblable;

« **Partie contestante** » s'entend de la Partie contre laquelle est déposée une plainte en vertu de la section C;

« **partie contestante** » s'entend de l'investisseur contestant ou de la Partie contestante;

« **personne** » s'entend d'une personne physique ou d'une entreprise;

« **personne d'une Partie** » s'entend d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une Partie;

« **Règles d'arbitrage de la CNUDCI** » s'entend des Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, approuvées par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1976;

« **renseignements confidentiels** » s'entend de renseignements confidentiels commerciaux et de renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges;

« **ressortissant** » s'entend d'une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une Partie;

« **secrétaire général** » s'entend du secrétaire général du CIRDI;

« **service financier** » s'entend d'un service de nature financière, y compris l'assurance, et d'un service accessoire ou auxiliaire à un service de nature financière;

« **territoire** » s'entend :

- (i) en ce qui concerne le Canada :
  - (a) du territoire terrestre, de l'espace aérien, des eaux intérieures et de la mer territoriale du Canada;
  - (b) des zones, y compris la zone économique exclusive et les fonds marins et leur sous-sol adjacents, à l'égard desquelles le Canada exerce ou a, conformément au droit international, des droits souverains ou compétence à des fins d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles; et

(c) des îles artificielles, des installations et des structures construites dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental à l'égard desquelles le Canada a compétence en tant qu'État côtier;

(ii) en ce qui concerne le \_\_\_\_\_.

« **titres de participation ou de créance** » comprend les actions avec ou sans droit de vote, les obligations, les débetures convertibles, les options d'achat d'actions et les bons de souscriptions à des actions;

« **transferts** » comprend les paiements internationaux;

« **tribunal** » s'entend d'un tribunal d'arbitrage établi en vertu des articles 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) ou 32 (Jonction).

## **Section B – Obligations fondamentales**

### **Article 2 Champ d'application**

1. Le présent accord s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant :
  - a) les investisseurs de l'autre Partie; et
  - b) les investissements visés.

### **Article 3 Traitement national**

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, à ses propres investisseurs en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.
2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements de ses propres investisseurs en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.
3. Le traitement que doit accorder une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 s'entend, en ce qui concerne un gouvernement infranational, d'un traitement non moins favorable que le traitement que ce gouvernement infranational accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs et aux investissements des investisseurs de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé.

### **Article 4<sup>1</sup> Traitement de la nation la plus favorisée**

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs d'une non-Partie 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.

---

<sup>1</sup> Il est entendu que le traitement accordé par une Partie en vertu du présent article s'entend, en ce qui concerne un gouvernement infranational, du traitement accordé par celui-ci, dans des circonstances semblables, aux investisseurs, et aux investissements des investisseurs, d'une non-Partie.

2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements des investisseurs d'une non-Partie 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.

### **Article 5** **Norme minimale de traitement**

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigeront pas un traitement plus favorable que celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier.

3. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un autre accord international ne démontre pas qu'il y eu violation du présent article.

### **Article 6** **Dirigeants, conseils d'administration et admission du personnel**

1. Aucune des Parties ne peut exiger qu'une de ses entreprises, qui est un investissement visé, nomme à des postes de dirigeants des personnes d'une nationalité déterminée.

2. Une Partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration, ou d'un comité de celui-ci, d'une entreprise qui est un investissement visé soit d'une nationalité déterminée ou réside sur son territoire, à condition que cette exigence n'altère pas sensiblement la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement.

3. Sous réserve de ses lois, règlements et politiques relatives à l'admission des étrangers, chacune des Parties accorde l'autorisation de séjour temporaire aux ressortissants de l'autre Partie engagés par un investisseur de celle-ci comme dirigeants, cadres ou experts, et qui se proposent de fournir des services à un investissement fait par cet investisseur sur son territoire.

### **Article 7** **Prescriptions de résultats**

1. Aucune des Parties ne peut établir ou appliquer l'une des prescriptions suivantes ni faire exécuter l'un des engagements suivants en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation de l'investissement d'un investisseur d'une Partie ou d'une non-Partie sur son territoire :

- a) exporter un niveau ou un pourcentage déterminés de produits;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage déterminés de contenu national;
- c) acheter, utiliser ou privilégier les biens produits ou les services fournis sur son territoire ou acheter des biens ou des services à des personnes établies sur son territoire;
- d) lier de quelque façon que ce soit le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la quantité des entrées de devises associées à cet investissement;
- e) limiter sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir en liant de quelque façon que ce soit cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou des entrées de devises;
- f) transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif à une personne établie sur son territoire, sauf dans le cas où un tribunal judiciaire ou administratif ou une autorité compétente en matière de concurrence établit la prescription ou fait exécuter l'engagement pour corriger une violation alléguée des lois relatives à la concurrence ou agir d'une manière compatible avec les autres dispositions du présent accord;
- g) fournir en exclusivité à partir de son territoire à un marché régional ou mondial les produits que cet investissement permet de produire ou les services qu'il permet de fournir.

2. L'alinéa 1f) n'a pas pour effet d'interdire les mesures qui prescrivent aux investissements d'utiliser une technologie conforme à des exigences d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement. Il est entendu que les articles 3 et 4 s'appliquent à ces mesures.

3. Aucune des Parties ne peut subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'avantages, en ce qui concerne l'investissement d'un investisseur de l'autre Partie ou d'une non-Partie sur son territoire, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes :

- a) atteindre un niveau ou un pourcentage déterminés de contenu national;
- b) acheter, utiliser ou privilégier les biens produits sur son territoire, ou acheter des biens à des producteurs établis sur son territoire;

- c) lier de quelque façon que ce soit le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la quantité des entrées de devises associées à cet investissement; ou
  - d) limiter sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir en liant de quelque façon que ce soit cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou des entrées de devises.
4. Aucune disposition contenue au paragraphe 3 n'a pas pour effet d'empêcher une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne l'investissement d'un investisseur de l'autre Partie ou d'une non-Partie sur son territoire, à l'observation de dispositions prescrivant d'effectuer la production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir des installations déterminées ou de faire de la recherche-développement sur son territoire.
5. Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune autre prescription que celles qui y sont énoncées.
6. Les dispositions des :
- a) alinéas 1a), b) et c) et 3a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions en matière de qualification de produits ou de services relativement à des programmes de promotion des exportations et d'aide à l'étranger;
  - b) alinéas 1b), c), f) et g) et 3a) et b) ne s'appliquent pas aux achats effectués par une Partie ou une entreprise d'État; et
  - c) alinéas 3a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions imposées par une Partie importatrice relativement à la teneur que doivent avoir les produits pour être admissibles à des tarifs préférentiels ou à des contingents préférentiels.

## **Article 8**

### **Monopoles et entreprises d'État**

1. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'empêcher une Partie de désigner un monopole, ou de maintenir ou d'établir une entreprise d'État.

2. Lorsqu'une Partie aura l'intention de désigner un monopole<sup>2</sup> et que cette désignation risquera d'affecter les intérêts de personnes de l'autre Partie, la Partie en donne, chaque fois que cela est possible, notification préalable écrite à l'autre Partie.

3. Chacune des Parties fait en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que tout monopole privé désigné par elle, ou tout monopole public maintenu ou désigné par elle, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent accord lorsqu'il exerce des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui a délégués relativement au produit ou au service faisant l'objet du monopole, comme le pouvoir de délivrer des licences d'importation ou d'exportation, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances<sup>3</sup>;

4. Chacune des Parties fait en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que toute entreprise d'État maintenue ou établie par elle agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent accord lorsqu'elle exerce des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui a délégués, comme le pouvoir d'exproprier, d'accorder des licences, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances.

### **Article 9** **Réserves et exceptions**

1. Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent pas :

- a) à toute mesure non conforme existante maintenue par
  - (i) une Partie au niveau national et figurant dans sa liste à l'annexe I, ou
  - (ii) un gouvernement infranational;
- b) à la prorogation ou au prompt renouvellement de toute mesure non conforme visée à l'alinéa a);
- c) à la modification de toute mesure non conforme visée à l'alinéa a), pour autant que cette modification ne diminue pas la conformité de

---

<sup>2</sup> Aucune disposition du présent article n'a pour effet d'empêcher un monopole de pratiquer des prix différents dans différents marchés géographiques, lorsque la différence repose sur des considérations commerciales normales, par exemple la situation de l'offre et de la demande sur ces marchés.

<sup>3</sup> Le terme « délégation » s'entend notamment de la délégation au monopole de pouvoirs gouvernementaux, par voie législative, par voie de décrets ou de directives du gouvernement ou par d'autres moyens.



ladite mesure, telle qu'elle existait immédiatement auparavant, avec les articles 3, 4, 6 et 7.

2. Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent pas à toute mesure qu'une Partie adopte ou maintient concernant les secteurs, sous-secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe II.
3. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie conformément à des accords ou relativement à des secteurs figurant dans sa liste à l'annexe III.
4. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, une Partie pourra déroger aux articles 3 et 4 d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC.
5. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 du présent accord ne s'appliquent pas :
  - a) aux marchés conclus par une Partie ou une entreprise d'État;
  - b) aux subventions et dons d'une Partie ou d'une entreprise d'État, y compris les prêts endossés par l'État, les garanties et les assurances.
6. Il est entendu que l'article 3 du présent accord ne s'applique pas à l'octroi à une institution financière, par une Partie, d'un droit exclusif de fournir des activités ou des services faisant partie d'un régime de retraite public ou d'un régime de sécurité sociale institué par la loi.
7. Les dispositions de l'article 4 du présent accord ne s'appliquent pas aux services financiers.

### **Article 10** **Exceptions générales**

1. À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires :
  - a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux;
  - b) à l'exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord;
  - c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques.

2. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'interdire à une Partie d'adopter ou de maintenir en place des mesures raisonnables, pour des raisons de prudence telles que :
- a) la protection des investisseurs, des déposants, des participants aux marchés financiers, des titulaires de police, des auteurs d'une demande de règlement fondée sur une police ou des personnes envers lesquelles une institution financière a des obligations fiduciaires;
  - b) le maintien de la sécurité, de la solidité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière des institutions financières; et
  - c) la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier de cette Partie.
3. Aucune disposition du présent accord ne s'applique aux mesures non discriminatoires d'application générale prises par une entité publique aux fins de politiques relatives à la monnaie, au crédit ou au taux de change. Le présent paragraphe ne modifie pas les obligations d'une Partie aux termes de l'article 7 (Prescriptions de résultats) ou l'article 14 (Transferts de fonds).
4. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet :
- a) d'imposer à une Partie l'obligation de fournir des renseignements ou de donner accès à des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité;
  - b) d'empêcher une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité
    - (i) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles, matériels, services et technologies destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou autres forces de sécurité,
    - (ii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale, ou
    - (iii) se rapportant à la mise en oeuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres engins nucléaires explosifs; ou

- c) d'empêcher une Partie de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.
5. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'exiger d'une Partie qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières.
6. Les dispositions du présent accord ne s'appliquent pas aux investissements faits dans les industries culturelles.
7. Toute mesure adoptée par une Partie conformément à une décision prise, prorogée ou modifiée par l'Organisation mondiale du commerce en vertu de l'article IX:3 ou IX:4 de l'Accord sur l'OMC sera aussi réputée conforme au présent Accord. Tout investisseur prétendant agir aux termes de la section C du présent Accord ne pourra affirmer qu'une telle mesure enfreint les dispositions de l'Accord.

### **Article 11**

#### **Santé, sécurité et mesures environnementales**

Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consultent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné.

### **Article 12**

#### **Indemnisation des pertes**

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie, ainsi qu'aux investissements visés, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adopte ou maintient relativement aux pertes subies par des investissements effectués sur son territoire par suite d'un conflit armé, d'une guerre civile ou d'une catastrophe naturelle.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 3 si ce n'était de l'alinéa 9(5)b).

### **Article 13<sup>4</sup>**

#### **Expropriation**

1. Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé directement, ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation (l'« expropriation »), sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, non-discriminatoire et s'accompagne d'une indemnisation rapide, adéquate et effective.

2. Cette indemnisation est équivalente à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (la « date d'expropriation »), et ne reflète aucun changement de valeur dû au fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et tout autre critère permettant de déterminer la juste valeur marchande, selon le cas.

3. L'indemnisation est versée sans délai et est pleinement réalisable et librement transférable. L'indemnisation doit être payable en devise librement convertible et doit inclure les intérêts calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette devise à compter de la date d'expropriation jusqu' à la date du paiement de l'indemnité.

4. L'investisseur concerné a le droit, en vertu de la législation de la Partie qui procède à l'expropriation, à une prompte révision de son cas par une autorité judiciaire ou autre autorité indépendante de cette Partie, ainsi qu'à l'évaluation de son investissement conformément aux principes énoncés dans le présent article.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la concession de licences obligatoires relativement à des droits de propriété intellectuelle ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette concession, cette révocation, cette restriction ou cette création est conforme à l'Accord sur l'OMC.

### **Article 14**

#### **Transferts de fonds**

1. Chacune des Parties permet que tous les transferts se rapportant à un investissement visé soient effectués librement et sans délai vers son territoire et à partir de celui-ci. Seront compris dans ces transferts :

- a) les contributions aux capitaux;

---

<sup>4</sup> Il est entendu que le paragraphe 13(1) est interprété en conformité avec l'annexe B.13(1) en ce qui concerne la clarification de la question de l'expropriation indirecte.

- b) les bénéfices, dividendes, intérêts, gains en capital, paiements de redevances, frais de gestion, frais d'assistance technique et autres frais, ainsi que les bénéfices en nature et autres sommes provenant de l'investissement;
  - c) le produit de la vente de la totalité ou d'une partie de l'investissement visé, ou de la liquidation partielle ou totale de celui-ci;
  - d) les paiements faits en application d'un contrat passé par l'investisseur ou l'investissement visé, notamment d'un accord de prêt;
  - e) les paiements faits en application des articles 12 et 13; et
  - f) les paiements découlant de la section C.
2. Chacune des parties permet que les transferts relatifs à un investissement visé soient faits dans la monnaie convertible utilisée à l'origine pour l'investissement du capital ou dans toute autre monnaie convertible dont conviennent l'investisseur et la partie concernée. À moins d'entente contraire avec l'investisseur, les transferts sont effectués au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert.
3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, une Partie pourra empêcher un transfert par le fait de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi des ses lois concernant :
- a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers;
  - b) l'émission, le négoce ou le commerce de valeurs mobilières;
  - c) les infractions criminelles ou pénales;
  - d) les rapports sur les transferts de devises ou d'autres instruments monétaires; ou
  - e) l'exécution des jugements rendus dans des instances judiciaires ou similaires.
4. Aucune des Parties ne peut obliger ses investisseurs à transférer, ni pénaliser ses investisseurs qui omettent de transférer, le revenu, les gains, les bénéfices ou autres sommes provenant d'investissements effectués sur le territoire de l'autre Partie ou attribuables à tels investissements.
5. Le paragraphe 4 n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'imposer une mesure au moyen de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois concernant les sujets énumérés aux alinéas a) à e) du paragraphe 3.

6. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1, 2 et 4, et sans que soit limitée l'applicabilité du paragraphe 5, une Partie pourra empêcher ou restreindre les transferts effectués par une institution financière à une filiale de cette institution ou à une personne liée à cette institution, ou pour leur compte, au moyen de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de mesures relatives au maintien de la sécurité, la solidité, l'intégrité et la responsabilité des institutions financières.

7. Nonobstant le paragraphe 1, une Partie pourra restreindre les transferts des gains en nature dans les cas où elle pourrait par ailleurs restreindre de tels transferts aux termes de l'Accord sur l'OMC et selon les dispositions du paragraphe 3.

### **Article 15 Subrogation**

1. Si une Partie ou l'un de ses organismes fait un paiement à l'un de ses investisseurs en application d'une garantie ou d'un contrat d'assurance consentis par elle relativement à un investissement, l'autre Partie reconnaît la validité de la subrogation de cette Partie ou de son organisme à l'égard de tout droit ou titre de l'investisseur.

2. Une Partie ou l'un de ses organismes qui est subrogé aux droits d'un investisseur conformément au paragraphe 1 du présent article jouit en toutes circonstances des mêmes droits que l'investisseur relativement à l'investissement. Les droits en question pourront être exercés par la Partie ou son organisme, ou par l'investisseur si la Partie ou l'organisme l'y autorise.

### **Article 16 Mesures fiscales**

1. Sauf de la façon prévue au présent article, aucune disposition du présent accord ne s'applique aux mesures fiscales. Il est entendu qu'aucune disposition du présent accord n'a pour effet de modifier les droits et obligations des Parties aux termes de la convention fiscale. En cas d'incompatibilité entre les dispositions du présent accord et celles d'une convention fiscale, les dispositions de la convention fiscale s'appliquent dans la mesure de cette incompatibilité.

2. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'exiger d'une Partie qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle donne accès à des renseignements dont la divulgation serait contraire à son droit applicable en matière de protection des renseignements relatifs aux affaires fiscales d'un contribuable.

3. Une plainte d'un investisseur selon laquelle une mesure fiscale d'une Partie contrevient à un accord intervenu entre les autorités gouvernementales centrales d'une Partie et l'investisseur relativement à un investissement est considérée comme une plainte de violation du présent accord, à moins que les autorités fiscales des Parties, au plus tard

six mois après avoir reçu avis de l'intention de l'investisseur de soumettre la plainte à l'arbitrage, n'arrivent ensemble à la conclusion que la mesure ne contrevient pas à cet accord. L'investisseur doit, en même temps qu'il donne l'avis prévu à l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), soumettre aux autorités fiscales des Parties, à des fins de détermination, la question de savoir si la mesure fiscale contrevient à un accord.

4. Les dispositions de l'article 13 s'appliquent à des mesures fiscales, à moins que les autorités fiscales des Parties, au plus tard six mois après avoir reçu avis d'un investisseur qu'il conteste une mesure fiscale, n'arrivent ensemble à la conclusion que la mesure fiscale en question équivaut à une expropriation. L'investisseur, en même temps qu'il donne l'avis prévu à l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), soumet aux autorités fiscales des Parties, à des fins de détermination, la question de savoir si la mesure fiscale équivaut à une expropriation.

5. Si les autorités fiscales des Parties n'arrivent pas à la même conclusion, comme il est prévu qu'elles doivent le faire aux paragraphes 3 et 4 du présent article, dans un délai de six mois après avoir été avisées conformément aux dispositions du présent article, l'investisseur pourra soumettre à l'arbitrage prévu à la section C une plainte relative à une mesure fiscale visée par le présent accord.

6. Si, dans le cadre d'une plainte déposée par un investisseur d'une Partie ou d'un différend entre les Parties, la question de savoir si une mesure d'une Partie constitue une mesure fiscale est soulevée, une Partie pourra soumettre la question aux autorités fiscales des Parties. Les autorités fiscales tranchent la question, et leur décision lie tout tribunal constitué en vertu de la section C ou tout groupe spécial arbitral constitué en vertu de la section D, selon le cas, ayant compétence pour régler la plainte ou le différend. Le tribunal ou le groupe spécial arbitral saisi de la plainte ou du différend ne peut pas procéder tant qu'il n'a pas reçu la décision des autorités fiscales. Si les autorités fiscales n'ont pas tranché la question dans les six mois suivant la date où elles en ont été saisies, le tribunal ou le groupe spécial arbitral tranche la question à la place des autorités fiscales.

7. À moins d'un avis contraire donné par écrit à l'autre Partie, les autorités fiscales mentionnées au présent article sont les suivantes :

- a) pour le Canada : le sous-ministre adjoint, Politique de l'impôt, ministère des Finances du Canada;
- b) pour \_\_\_\_\_ : \_\_\_\_\_.

## **Article 17**

### **Mesures prudentielles**

1. Si un investisseur soumet une plainte à l'arbitrage en vertu de la section C, et que la Partie contestante invoque les paragraphes 10(2) ou 14(6), le tribunal établi en application des articles 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) ou 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), à la demande de cette Partie, demande aux Parties de rédiger un rapport écrit sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, lesdits paragraphes constituent un moyen de défense valablement opposable à la plainte de l'investisseur. Le tribunal ne pourra pas procéder tant qu'il n'a pas reçu le rapport exigé par le présent article.
2. Après avoir reçu une demande en vertu du paragraphe 1, les Parties, en application de la section D, rédigent un rapport, soit sur la base d'un accord intervenu après la tenue de consultations, soit au moyen de la constitution d'un groupe spécial arbitral. Les consultations s'effectuent entre les autorités des Parties en matière de services financiers. Le rapport est remis au tribunal et lie ce dernier.
3. Lorsque aucune demande de constitution d'un groupe spécial arbitral en application du paragraphe 2 n'a été faite dans les 70 jours suivant la demande de rapport par le tribunal et qu'il n'a reçu aucun rapport, le tribunal pourra statuer sur l'affaire.

### **Article 18** **Refus d'accorder des avantages**

1. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient, à l'égard de ladite non-Partie, des mesures qui interdisent les transactions avec ladite entreprise ou qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent accord étaient accordés à cette entreprise ou à ses investissements.
2. Sous réserve d'une notification et d'une consultation préalables conformément à l'article 19, une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée.

### **Article 19** **Transparence**

1. Chacune des Parties veille, dans la mesure du possible, à ce que ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par le présent accord soient publiés dans les moindres délais ou



autrement rendus accessibles de manière à permettre aux personnes intéressées et à l'autre Partie d'en prendre connaissance.

2. Dans la mesure du possible, chaque Partie :
  - a) publie à l'avance toute mesure du genre qu'elle se propose d'adopter; et
  - b) ménage aux personnes intéressées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de commenter cette mesure.
3. À la demande d'une Partie, il y a échange de renseignements sur les mesures de l'autre Partie qui seront susceptibles d'influer sur les investissements visés.

### **Annexe B.13(1) Expropriation**

Les Parties confirment qu'elles partagent l'opinion suivante :

- a) L'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'un train de mesures d'une Partie qui a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple ;
- b) Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, seront pris en considération :
  - i) les effets économiques de la mesure ou du train de mesures, encore que le fait que la mesure ou le train de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;
  - ii) la mesure dans laquelle la mesure ou le train de mesures porte atteinte aux anticipations définies et raisonnables fondées sur l'investissement ;
  - iii) la nature de la mesure ou du train de mesures ;
- c) Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement.

## **Section C – Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte**

### **Article 20 Objet**

Sans préjudice des droits et obligations des Parties aux termes de la section D (Procédures de règlement des différends entre États), la présente section établit un mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement.

### **Article 21 Limitation des plaintes en ce qui concerne les institutions financières**

En ce qui concerne :

- a) les institutions financières d'une Partie; et
- b) les investisseurs d'une Partie, et les investissements de ces investisseurs, dans les institutions financières situées sur le territoire de l'autre Partie,

la présente section ne s'appliquera qu'à l'égard des plaintes de violation par l'autre Partie d'une des obligations prévues aux articles 11, 13, 14 ou 18.

### **Article 22 Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre**

1. Un investisseur d'une Partie pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant des articles 2 à 5, 6(1), 6(2), 7, 8(3), 8(4) ou 9 à 18, et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.
2. Un investisseur ne peut soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

### **Article 23 Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise**

1. Un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant des articles 2 à 5, 6(1),

6(2), 7, 8(3), 8(4) ou 9 à 18, et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

2. Un investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage au nom d'une entreprise décrite au paragraphe 1 si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

3. Lorsqu'un investisseur déposera une plainte en vertu du présent article, et qu'il déposera aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise déposera, en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre), une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte déposée en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs plaintes seront soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage), les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 32 (Jonction), à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés.

4. Un investissement ne pourra déposer une plainte en vertu de la présente section.

#### **Article 24**

##### **Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage**

1. L'investisseur contestant signifie à la Partie contestante notification écrite de son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et ce, au moins 90 jours avant le dépôt de sa plainte. Ladite notification précise :

- a) le nom et l'adresse de l'investisseur contestant et, lorsque la plainte est déposée en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), le nom et l'adresse de l'entreprise;
- b) les dispositions du présent accord qui sont présumées avoir été violées, et toute autre disposition pertinente;
- c) les questions en litige et les faits sur lesquels repose la plainte, y compris les mesures contestées; et
- d) le redressement demandé et le montant approximatif des dommages-intérêts réclamés.

2. L'investisseur contestant fournit également, en même temps que la notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, une preuve établissant qu'il est un investisseur de l'autre Partie.

#### **Article 25**

### **Règlement d'une plainte par la consultation**

1. Avant que l'investisseur contestant puisse soumettre une plainte à l'arbitrage, les parties contestantes tiennent des consultations pour essayer de régler la plainte à l'amiable.
2. Les consultations se tiennent dans les 30 jours du dépôt de la notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, à moins que les parties contestantes n'en aient convenu autrement.
3. Le lieu de la consultation est la capitale de la Partie contestante, à moins que les parties contestantes n'en aient convenu autrement.

### **Article 26**

#### **Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage**

1. L'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) uniquement si les conditions suivantes sont réunies :
  - a) il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord;
  - b) au moins six mois se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte;
  - c) pas plus de trois ans ne se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi;
  - d) il a signifié la notification d'intention requise en vertu de l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), conformément aux conditions prévues dans cet article, au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte;
  - e) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre

recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommage-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie contestante.

2. L'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

- a) lui-même et l'entreprise consentent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord;
- b) au moins six mois se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte;
- c) pas plus de trois ans ne se sont écoulés depuis la date à laquelle l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi;
- d) l'investisseur a signifié la notification d'intention requise en vertu de l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), conformément aux conditions prévues dans cet article, au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte;
- e) lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie contestante.

3. Le consentement et la renonciation requis par le présent article prennent la forme prévue à l'annexe C.26, sont remis à la Partie contestante et sont inclus dans la soumission de la plainte à l'arbitrage.

4. Une renonciation de l'entreprise selon l'alinéa 1e) ou 2e) n'est pas exigée seulement lorsqu'une Partie contestante a privé un investisseur contestant du contrôle d'une entreprise.

5. L'omission de remplir l'une ou l'autre des conditions préalables prévues aux paragraphes 1 à 3 annule le consentement donné par les Parties en vertu de l'article 28 (Consentement à l'arbitrage).

**Article 27**  
**Soumission d'une plainte à l'arbitrage**

1. Un investisseur contestant qui a rempli les conditions mentionées à l'article 26 (Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage) pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :
  - a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie dont relève l'investisseur contestant soient parties à la Convention;
  - b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie dont relève l'investisseur contestant, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI;
  - c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI; ou
  - d) de tout autre ensemble de règles désigné par la Commission et applicable aux arbitrages en vertu du présent article.
2. La Commission a le pouvoir d'édicter des règles complétant les règles d'arbitrage applicables, et elle peut modifier les règles qu'elle a elle-même édictées. Ces règles lient le tribunal établi en vertu de la présente section, ainsi que les arbitres le constituant.
3. Les règles d'arbitrage applicables régissent l'arbitrage, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section, et complétées par les règles édictées par la Commission en vertu du présent article.

**Article 28**  
**Consentement à l'arbitrage**

1. Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage fait conformément aux procédures établies dans le présent accord.
2. Le consentement donné au paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisfont à la nécessité :
  - a) d'un consentement écrit des Parties en vertu du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire;
  - b) d'une convention écrite en vertu de l'article II de la Convention de New York; et
  - [c) d'un accord en vertu de l'article I de la Convention interaméricaine.]

## **Article 29** **Arbitres**

1. Sauf pour un tribunal établi en vertu de l'article 32 (Jonction), et à moins que les parties contestantes n'en conviennent autrement, le tribunal est formé de trois arbitres, chacune des parties contestantes en nommant un, le troisième, qui est l'arbitre en chef, étant nommé par entente entre les parties contestantes.
2. Les arbitres :
  - a) ont une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement de différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords relatifs à des investissements internationaux;
  - b) sont indépendants, et n'ont d'attaches avec aucune Partie ou partie contestante ni n'en recevoir d'instructions; et
  - c) se conforment à toute code de conduite applicable au règlement des différends qui a été convenu par la Commission.
3. Lorsqu'un investisseur contestant fera valoir qu'un différend concerne une mesure adoptée ou maintenue par une Partie à l'égard des institutions financières de l'autre Partie, ou des investisseurs de l'autre Partie et des investissements de ces investisseurs, dans les institutions financières situées sur le territoire de la Partie, alors
  - a) si les parties contestantes sont d'accord, les arbitres doivent, en plus des critères énoncés au paragraphe 2, avoir une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit et de la pratique se rapportant aux services financiers, et éventuellement de la réglementation des institutions financières; ou
  - b) si les parties contestantes ne sont pas d'accord,
    - (i) chacune des parties contestantes pourra choisir des arbitres qui répondent aux exigences énoncées à l'alinéa a), et
    - (ii) si la Partie contre laquelle est déposée une plainte invoque le paragraphe 14(6) ou l'article 17, le président du tribunal doit satisfaire aux exigences énoncées à l'alinéa a).
4. La rémunération des arbitres devrait faire l'objet d'une entente entre les parties contestantes. À défaut d'entente à ce sujet avant la constitution du tribunal, les arbitres sont rémunérés suivant le taux courant prévu par le CIRDI.



5. La Commission pourra établir les règles applicables aux dépenses engagées par le tribunal.

### **Article 30**

#### **Constitution d'un tribunal lorsqu'une Partie n'a pas nommé d'arbitre ou que les parties contestantes sont incapables de s'entendre sur un arbitre en chef**

1. Le secrétaire général est l'autorité responsable de la nomination des arbitres en vertu de la présente section.
2. Si aucun tribunal, autre qu'un tribunal constitué en vertu de l'article 32 (Jonction), n'a été constitué dans les 90 jours suivant la date à laquelle la plainte a été soumise à l'arbitrage, le secrétaire général, à la demande de l'une ou l'autre des parties contestantes, nomme, à sa discrétion, l'arbitre ou les arbitres non encore nommés, sous réserve que l'arbitre en chef ne soit pas un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties.

### **Article 31**

#### **Entente quant à la nomination des arbitres**

Aux fins de l'article 39 de la Convention CIRDI et de l'article 7 de l'annexe C du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, et sans préjudice de toute objection à l'égard d'un arbitre fondée sur un motif autre que la citoyenneté et la résidence permanente :

- a) la Partie contestante acceptera la nomination de chaque membre d'un tribunal établi en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI;
- b) un investisseur contestant visé par l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, ou donner suite à une plainte, en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI uniquement s'il accepte par écrit la nomination de chaque membre du tribunal; et
- c) un investisseur contestant visé par le paragraphe 23(1) (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, ou donner suite à une plainte, en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI uniquement si lui-même et l'entreprise acceptent par écrit la nomination de chaque membre du tribunal.

### **Article 32**

#### **Jonction**

1. Le tribunal établi en vertu du présent article est constitué selon les Règles d'arbitrage de la CNUDCI, et mène ses procédures conformément aux dites Règles, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section.
2. Le tribunal établi en vertu du présent article qui est convaincu que des plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) portent sur un même point de droit ou de fait pourra, dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes, et après audition des parties contestantes, par ordonnance :
  - a) se saisir de ces plaintes et en connaître simultanément, en totalité ou en partie; ou
  - b) se saisir de l'une ou de plusieurs des plaintes dont le règlement, selon le tribunal, faciliterait le règlement des autres, et en connaître.
3. Une partie contestante qui cherche à obtenir une ordonnance visée au paragraphe 2 demande au secrétaire général d'instituer un tribunal, et indique dans la demande :
  - a) le nom de la Partie contestante ou des investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée;
  - b) la nature de l'ordonnance demandée; et
  - c) les motifs pour lesquels l'ordonnance est demandée.
4. La partie contestante signifie une copie de la demande à la Partie contestante ou aux investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée.
5. Dans les 60 jours de la réception de la demande, le secrétaire général institue un tribunal comprenant trois arbitres. Le secrétaire général choisit, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI, un arbitre en chef qui n'est un ressortissant d'aucune des Parties. Il choisit les deux autres membres dans le Groupe d'arbitres du CIRDI. Si aucun arbitre de ce groupe n'est disponible, le choix de ces membres est à sa discrétion. L'un des membres doit être un ressortissant de la Partie contestante et l'autre, un ressortissant de la Partie dont relèvent les investisseurs contestants.
6. L'investisseur contestant qui a soumis une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) et qui n'a pas été nommé dans une demande présentée en vertu du paragraphe 3 pourra demander par écrit au tribunal établi en vertu du présent article d'être inclus dans une ordonnance prise en vertu du paragraphe 2, et précise dans sa demande :
  - a) son nom et son adresse;

- b) la nature de l'ordonnance demandée; et
- c) les motifs pour lesquels l'ordonnance est demandée.

7. L'investisseur contestant visé au paragraphe 6 signifie une copie de sa demande aux parties contestant nommées dans la demande présentée en vertu du paragraphe 3.

8. Le tribunal institué en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) n'a pas compétence pour régler une plainte, en totalité ou en partie, si un tribunal institué en vertu du présent article connaît déjà d'une telle plainte.

9. À la demande d'une partie contestante, le tribunal institué en vertu du présent article pourra, en attendant sa décision en vertu du paragraphe 2, ordonner que les procédures d'un tribunal institué en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) soient suspendues, à moins que celui-ci ne les ait déjà ajournées.

### **Article 33**

#### **Notification à la Partie non contestante**

Une Partie contestante signifie à l'autre Partie une copie de la notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et certains autres documents, comme l'avis d'arbitrage et la requête, au plus tard 30 jours après la date à laquelle ces documents lui ont été signifiés.

### **Article 34**

#### **Documents**

1. La Partie non contestante a le droit de recevoir, à ses frais, de la Partie contestante, une copie :

- a) de la preuve qui a été présentée au tribunal;
- b) de tous les actes de procédure produits dans le cadre de l'arbitrage;
- c) des exposés écrits des parties contestant.

2. La Partie recevant des renseignements en vertu du paragraphe 1 traite ces renseignements comme si elle était une Partie contestante.

### **Article 35**

#### **Participation de la Partie non contestante**

1. Après notification écrite donnée aux parties contestantes, la Partie non contestante pourra présenter des observations au tribunal sur les questions d'interprétation du présent accord.
2. La Partie non contestante a le droit d'assister à toute audience tenue en vertu de la présente section, qu'elle présente ou non des observations à un tribunal.

### **Article 36** **Lieu de l'arbitrage**

Sauf entente contraire entre les parties contestantes, un tribunal effectue l'arbitrage sur le territoire d'une Partie qui est partie à la Convention de New York, choisie conformément :

- a) au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI si l'arbitrage est régi par ce Règlement ou par la Convention CIRDI; ou
- b) aux Règles d'arbitrage de la CNUDCI si l'arbitrage est régi par ces Règles.

### **Article 37** **Objections préliminaires relatives à la compétence ou à l'admissibilité**

Lorsque des questions relatives à la compétence ou à l'admissibilité sont présentées sous forme d'objections préliminaires, un tribunal, dans la mesure du possible, tranche la question avant de se pencher sur le bien-fondé de la plainte.

### **Article 38** **Accès du public aux audiences et aux documents**

1. Les audiences tenues en vertu de la présente section [libellé type minimum : dans la mesure du possible] sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements confidentiels commerciaux, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences.
2. Le tribunal établit, en collaboration avec les parties contestantes, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.
3. À moins que les parties contestantes n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.
5. Une partie contestante pourra communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause, à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.
6. Les Parties pourront communiquer aux représentants de leurs gouvernements fédéraux et infranationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.
7. Conformément aux paragraphes 10(4) et 10(5), le tribunal n'exige pas d'une Partie qu'elle communique des renseignements ou donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité.
8. Si une ordonnance de confidentialité du tribunal a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une Partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette Partie l'emporte. Cependant, chaque Partie s'efforce d'appliquer son droit en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le tribunal.

### **Article 39**

#### **Observations présentées par une partie non contestante**

1. Toute partie non contestante qui est une personne d'une Partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une Partie, et qui désire présenter une observation écrite au tribunal (la « demanderesse ») fait une demande en ce sens au tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande.
2. La demanderesse signifie la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante ainsi que l'observation elle-même à toutes les parties contestantes et au tribunal.

3. Le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes peuvent faire des commentaires sur la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante.
4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante, le tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle :
  - a) l'observation présentée par la partie non contestante est susceptible d'aider le tribunal à trancher une question de fait ou de droit que soulève l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de ceux des parties contestantes;
  - b) l'observation de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;
  - c) la partie non contestante a un intérêt substantiel dans l'arbitrage; et
  - d) l'arbitrage soulève une question d'intérêt public.
5. Le tribunal veille à ce que :
  - a) l'observation de la partie non contestante ne perturbe pas la procédure d'arbitrage; et
  - b) cette observation n'impose pas un fardeau trop lourd ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties contestantes.
6. Le tribunal décide s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante. Si une telle autorisation est accordée, le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes pourront répondre par écrit à l'observation de la partie non contestante. À cette date, la Partie non contestante pourra, conformément à l'article 34 (Participation de la Partie non contestante), aborder toute question d'interprétation du présent accord soulevée dans l'observation de la partie non contestante.
7. Le tribunal qui a accordé une autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante n'est pas tenu d'examiner cette observation au cours de l'arbitrage, pas plus que la partie non contestante qui a présenté l'observation n'est autorisée à présenter d'autres observations au cours de l'arbitrage.
8. L'accès aux audiences et aux documents produits par les parties non contestantes qui présentent des demandes au moyen de cette procédure est régi par les dispositions relatives à l'accès du public aux audiences et aux documents contenues dans l'article 38 (Accès du public aux audiences et aux documents).

#### **Article 40**

##### **Droit applicable**

1. Un tribunal constitué en vertu de la présente section tranche les questions en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.
2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord lie un tribunal constitué en vertu de la présente section, et toute sentence rendue en application de la présente section doit être compatible avec cette interprétation.

#### **Article 41**

##### **Interprétation des annexes**

1. Lorsqu'une Partie contestante affirme en défense que la mesure dont il est allégué qu'elle constitue un manquement relève d'une réserve ou d'une exception visée aux Annexes I, II ou III, le tribunal demande, sur demande de ladite Partie, l'interprétation de la Commission sur ce point. La Commission présente, par écrit, dans les 60 jours suivant la signification de la demande son interprétation au tribunal.
2. Conformément au paragraphe 40(2) (Droit applicable), une interprétation de la Commission présentée en application du paragraphe 1 lie le tribunal. Si la Commission n'a présenté pas d'interprétation dans les 60 jours, le tribunal tranche lui-même la question.

#### **Article 42**

##### **Rapports d'experts**

Sans préjudice de la nomination d'autres types d'experts lorsque les règles d'arbitrage applicables l'autorisent, le tribunal pourra, à la demande d'une partie contestante ou, à moins que les parties contestantes ne s'y opposent, de sa propre initiative, nommer un ou plusieurs experts qui seront chargés de lui présenter un rapport écrit sur tout élément factuel se rapportant aux questions d'environnement, de santé, de sécurité ou autres questions de nature scientifique soulevées par une partie contestante au cours d'une procédure, sous réserve des modalités et conditions arrêtées par les parties contestantes.

#### **Article 43**

##### **Mesures provisoires de protection**

Le tribunal pourra prendre une mesure provisoire de protection pour préserver les droits d'une partie contestante, ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en la possession

ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne pourra cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire l'application de la mesure présumée constituer un manquement visé aux articles 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) ou 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise). Aux fins du présent paragraphe, une ordonnance comprendra une recommandation.

#### **Article 44** **Sentence finale**

1. Lorsqu'un tribunal rend une sentence finale à l'encontre de la Partie contestante, il pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison :

- a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable;
- b) la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance dispose que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en lieu et place de la restitution.

Le tribunal pourra également attribuer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables.

2. Sous réserve du paragraphe 1, lorsqu'une plainte est déposée aux termes du paragraphe 23(1) (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) :

- a) l'ordonnance de paiement de dommages pécuniaires portera que la somme et tout intérêt applicable devront être payés à l'entreprise;
- b) l'ordonnance de restitution de biens portera que la restitution devra être faite à l'entreprise; et
- c) la sentence portera qu'elle est rendue sans préjudice du droit que quiconque pourrait avoir au redressement en vertu de la législation nationale applicable.

3. Le tribunal ne pourra ordonner à une Partie contestante de payer des dommages-intérêts punitifs.

#### **Article 45** **Caractère définitif et exécution d'une sentence**

1. Une sentence rendue par un tribunal n'a force obligatoire qu'entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.



2. Sous réserve du paragraphe 3 et de la procédure d'examen applicable dans le cas d'une sentence provisoire, une partie contestante doit se conformer sans délai à une sentence finale.
3. Une partie contestante ne pourra demander l'exécution d'une sentence finale :
  - a) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu de la Convention CIRDI, que si :
    - (i) 120 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a demandé la révision ou l'annulation de la sentence, ou
    - (ii) la procédure de révision ou d'annulation a été complétée; et
  - b) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, que si :
    - (i) 90 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a engagé de procédure de révision ou d'annulation de la sentence, ou
    - (ii) un tribunal judiciaire a rejeté ou accueilli sans appel une demande de révision ou d'annulation de la sentence.
4. Chacune des Parties assure l'exécution de la sentence sur son territoire.
5. Si la Partie contestante néglige de se conformer à une sentence finale, la Commission, sur réception d'une demande de la Partie dont relève l'investisseur contestant, constitue un groupe spécial arbitral en vertu de la section D (Procédures de règlement des différends entre États). La Partie requérante pourra solliciter dans cette procédure :
  - a) une décision portant que l'omission de se conformer à la sentence finale est incompatible avec les obligations prévues au présent accord; et
  - b) une recommandation demandant que la Partie contestante se conforme à la sentence finale.
6. Un investisseur contestant pourra demander l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de la Convention CIRDI, [ou] de la Convention de New York [ou de la Convention interaméricaine], que la procédure ait ou non été prise en vertu du paragraphe 5.

7. Une plainte qui est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section est réputée découler d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'article I de la Convention de New York et de l'article I de la Convention interaméricaine.

### **Article 46** **Généralités**

#### *Moment où une plainte est soumise à l'arbitrage*

1. Une plainte est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section lorsque :
  - a) la demande d'arbitrage formulée en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention CIRDI est reçue par le secrétaire général;
  - b) l'avis d'arbitrage donné en vertu de l'article 2 de l'annexe C du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI est reçu par le secrétaire général;  
ou
  - c) l'avis d'arbitrage donné en vertu des Règles d'arbitrage de la CNUDCI est reçu par la Partie contestante.

#### *Signification des documents*

2. La signification des notifications, avis et autres documents à une Partie est effectuée à l'endroit indiqué ci-dessous pour cette Partie.

Pour le Canada : .....

Pour \_\_\_\_\_ : .....

#### *Sommes reçues en application de contrats d'assurance ou de garantie*

3. Dans une procédure d'arbitrage régie par la présente section, une Partie contestante ne peut alléguer, à des fins de défense, de demande reconventionnelle, de compensation ou autres, que l'investisseur contestant a reçu ou recevra, en application d'un contrat d'assurance ou de garantie, une indemnité ou une autre forme de réparation pour la totalité ou une partie des dommages allégués.

### **Article 47** **Exclusions**

Les dispositions de la présente section et de la section D (Procédures de règlement des différends entre États) sur le règlement des différends ne s'appliquent pas aux questions mentionnées à l'annexe IV (Exclusions du règlement des différends).

**Annexe C.26**  
**Renonciations et consentements types requis**  
**en vertu de l'article 26 du présent accord**

Afin de faciliter la présentation des renonciations requises en vertu de l'article 26 du présent accord, et pour assurer la bonne marche des procédures de règlement des différends énoncées à la section C, les renonciations types suivantes sont utilisées, selon le type de plainte.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci.

Lorsque la plainte porte sur des pertes ou des dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, la formule 1 ou la formule 2 doit être accompagnée de la formule 3.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci, et de la formule 4.

**Formule 1**

**Consentement et renonciation par un investisseur d'une Partie qui déposera une plainte en vertu de l'article 22 ou de l'article 23 (si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie) de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).**

Je, \_\_\_\_\_ (Nom de l'investisseur), consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce à mon droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer un manquement mentionné à l'article 22 ou à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante).

(Doit être signé et daté.)

### Formule 2

**Consentement et renonciation par un investisseur d'une Partie qui dépose une plainte en vertu de l'article 22 ou de l'article 23 (si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci) de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).**

Je, (Nom de la partie requérante), au nom de (Nom de l'investisseur), consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce au droit de (Nom de l'investisseur) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer un manquement mentionné à l'article 22 ou à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante). Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer les présents consentement et renonciation au nom de (Nom de l'investisseur).

(Doit être signé et daté.)

### Formule 3

**Renonciation par une entreprise qui est visée par une plainte déposée par un investisseur d'une Partie en vertu de l'article 22 de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).**

Je, (Nom de la partie requérante), renonce au droit de (Nom de l'entreprise) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer, selon (Nom de l'investisseur), un manquement mentionné à l'article 22, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante). Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer la présente renonciation au nom de (Nom de l'entreprise).

(Doit être signé et daté.)

### Formule 4

**Renonciation et consentement par une entreprise qui est visée par une plainte déposée par un investisseur d'une Partie en vertu de l'article 23 de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).**

Je, (Nom de la partie requérante), au nom de (Nom de l'entreprise), consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce au droit de (Nom de l'entreprise) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer, selon (Nom de l'investisseur), un manquement mentionné à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante). Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer les présents consentement et renonciation au nom de (Nom de l'entreprise).  
(Doit être signé et daté.)

**Annexe C.39**  
**Observations présentées par des Parties non contestantes**

1. La demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante :
  - a) est faite par écrit, datée et signée par la personne qui la présente, et doit indiquer l'adresse de la demanderesse et les autres renseignements permettant de la contacter;
  - b) ne dépasse pas 5 pages dactylographiées;
  - c) décrit la demanderesse en indiquant, notamment, lorsque cela est pertinent, sa composition et son statut juridique (*p. ex.*, une compagnie, une association commerciale ou autre organisation non gouvernementale), ses objectifs généraux, la nature de ses activités, et le nom de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement la demanderesse);
  - d) indique si la demanderesse est affiliée ou non, directement ou indirectement, à une partie contestante;
  - e) nomme tout gouvernement et toute personne ou organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation de la demande;
  - f) précise la nature de l'intérêt de la demanderesse dans l'arbitrage;
  - g) énonce les questions spécifiques de fait ou de droit en litige dans l'arbitrage que la demanderesse a abordées dans son observation écrite;
  - h) explique, en se référant aux facteurs mentionnés au paragraphe 39(4), pourquoi le tribunal devrait accepter l'observation; et
  - i) est rédigée dans une langue employée dans l'arbitrage.
2. L'observation présentée par une partie non contestante :
  - a) est datée et signée par la personne qui la présente;
  - b) est concise, et ne dépasse en aucun cas 20 pages dactylographiées, y compris les appendices;
  - c) contient un énoncé précis à l'appui de la position de la demanderesse sur les questions en litige; et
  - d) n'aborde que les questions visées par le différend.

## **Section D – Procédures de règlement des différends entre États**

### **Article 48**

#### **Différends entre les Parties**

1. Chacune des Parties pourra demander la tenue de consultations au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord. L'autre Partie examine la demande avec compréhension. Tout différend entre les Parties se rapportant à l'interprétation ou à l'application du présent accord est, dans la mesure du possible, réglé à l'amiable par la tenue de consultations.
2. Si le différend ne peut être réglé par la tenue de consultations, il est, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, soumis à un groupe spécial arbitral.
3. Un groupe spécial arbitral est constitué pour chaque différend. Dans les deux mois suivant la réception, par voie diplomatique, de la demande d'arbitrage, chacune des Parties nomme un membre du groupe spécial arbitral. Les deux membres choisissent ensuite un ressortissant d'un État tiers qui, sur approbation des deux Parties, est nommé président du groupe spécial arbitral. Le président est nommé dans les deux mois de la date de nomination des deux autres membres du groupe spécial arbitral.
4. Si, dans les délais prévus au paragraphe 3 du présent article, les nominations requises n'ont pas été faites, l'une ou l'autre des Parties pourra inviter le président de la Cour internationale de Justice à procéder aux nominations nécessaires. Si le président est un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, ou si, pour quelque autre raison, il ne peut s'acquitter de cette fonction, le vice-président est invité à procéder aux dites nominations. Si le vice-président est un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, ou s'il ne peut s'acquitter de cette fonction, le juge de la Cour internationale de Justice qui a rang après lui et qui n'est pas un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties est invité à procéder à ces nominations.
5. Les arbitres :
  - a) ont une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement de différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords relatifs à des investissements internationaux;
  - b) sont indépendants, et n'ont d'attaches avec aucune Partie ni n'en recevoir d'instructions; et
  - c) se conforment à toute code de conduite applicable au règlement des différends qui a été convenu par la Commission.

6. Lorsqu'une Partie fera valoir qu'un différend concerne une mesure à l'égard des institutions financières, ou des investisseurs et des investissements de ces investisseurs dans des institutions financières, alors

- a) si les Parties contestantes sont d'accord, les arbitres doivent, en plus des critères énoncés au paragraphe 5, avoir une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit et de la pratique se rapportant aux services financiers, et éventuellement de la réglementation des institutions financières; ou
- b) si les Parties contestantes ne sont pas d'accord,
  - (i) chacune des Parties contestantes pourra choisir des arbitres qui répondent aux exigences énoncées à l'alinéa a), et
  - (ii) si la Partie contre laquelle est déposée une plainte invoque le paragraphe 14(6) ou l'article 17, le président du tribunal doit satisfaire aux exigences énoncées à l'alinéa a).

7. Le groupe spécial arbitral est maître de sa procédure. Il rend sa décision à la majorité des voix. Cette décision lie les deux Parties. Sauf convention contraire, la décision du groupe spécial arbitral est rendue dans les six mois de la nomination du président conformément au paragraphe 3 ou 4 du présent article.

8. Chaque Partie assume les frais du membre du groupe spécial arbitral qu'elle a nommé, ainsi que les frais de sa représentation dans l'instance arbitrale; les Parties se partagent par moitié les frais relatifs au président et tous les autres frais engagés. Le groupe spécial arbitral pourra toutefois, dans sa décision, ordonner qu'un pourcentage plus élevé des frais soit supporté par l'une des deux Parties, et cette décision lie les deux Parties.

9. Les Parties s'entendent, dans les 60 jours de la décision du groupe spécial arbitral, sur la façon de régler leur différend. Cette entente donne suite, en principe, à la décision du groupe spécial. Si les Parties ne parviennent pas à s'entendre, la Partie qui a soumis le différend au groupe spécial a droit à une indemnisation ou peut suspendre une quantité d'avantages équivalant à la réparation accordée par le groupe spécial.



## **Section E – Dispositions finales**

### **Article 49 Consultations**

Une Partie pourra demander par écrit la tenue de consultations avec l'autre Partie relativement à toute mesure adoptée ou envisagée ou à toute autre question dont elle estime qu'elle pourrait affecter le fonctionnement du présent accord.

### **Article 50 Étendue des obligations**

Les Parties veillent à ce que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, y compris, sauf disposition contraire, en ce qui concerne leur observation par les gouvernements infranationaux.

### **Article 51 Commission**

1. Les Parties conviennent d'établir une commission, qui sera composée de représentants des Parties ayant rang ministériel ou de leurs délégués.
2. La Commission :
  - a) supervise la mise en oeuvre du présent accord;
  - b) règle les différends qui peuvent survenir relativement à son interprétation ou à son application;
  - c) examine toute autre question susceptible d'influer sur l'application du présent accord;
  - d) adopte un Code de conduite à l'intention des arbitres.
3. La Commission pourra prendre, dans l'exercice de ses fonctions, toute autre disposition dont les Parties pourront convenir, y compris la modification du Code de conduite des arbitres.
4. La Commission établit ses règles et procédures.

**Article 52**  
**Application et entrée en vigueur**

1. Les annexes jointes aux présentes font partie intégrante du présent accord.
2. Les Parties se notifient mutuellement par écrit l'accomplissement des formalités requises sur leur territoire pour l'entrée en vigueur du présent accord. Celui-ci entre en vigueur le jour de la seconde en date de ces notifications.
3. Le présent accord demeure en vigueur à moins que l'une ou l'autre des Parties ne notifie par écrit à l'autre Partie son intention de le dénoncer. La dénonciation du présent accord prend effet un an après la réception de l'avis de dénonciation par l'autre Partie. En ce qui concerne les investissements ou les engagements d'investissements antérieurs à la date de prise d'effet de la dénonciation du présent accord, les dispositions des articles 1 à 51, inclusivement, et des paragraphes 1 et 2 du présent article, demeurent en vigueur pendant une période de quinze ans.

**ANNEXE I****Réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation**

Liste du Canada.....

Liste de l'autre Partie.....

**ANNEXE II****Réserves aux mesures ultérieures**

Liste du Canada.....

Liste de l'autre Partie.....

### ANNEXE III

#### Exceptions au traitement de la nation la plus favorisée

1. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé en vertu de tous les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur du présent accord ou signés avant celle-ci.
2. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie conformément à tout accord bilatéral ou multilatéral, actuel ou futur :
  - a) qui établit, renforce ou élargit une zone de libre-échange ou une union douanière;
  - b) qui se rapporte :
    - (i) à l'aviation;
    - (ii) aux pêches;
    - (iii) aux affaires maritimes, y compris au sauvetage.
3. Il est entendu que l'article 4 ne s'applique pas à un programme d'aide à l'étranger, actuel ou futur, visant à promouvoir le développement économique, que ce soit au titre d'un accord bilatéral ou en application d'un arrangement ou d'un accord multilatéral, tel que l'Accord de l'OCDE sur les crédits à l'exportation.

## Annexe IV

### Exclusions du règlement des différends

1. Une décision prise par le Canada, à la suite d'un examen mené en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* en vue de déterminer s'il y a ou non lieu d'autoriser une acquisition sujette à examen, n'est pas assujettie aux dispositions sur le règlement des différends des sections C ou D du présent accord.
2. Les questions relatives à l'application ou à l'exécution de la *Loi sur la concurrence* du Canada et des règlements, politiques et pratiques s'y rapportant, ou de toute loi lui ayant succédé et des règlements, politiques s'y rapportant, et toute décision rendue en vertu de la *Loi sur la concurrence* dans toute cause ou tout type de cause par le Commissaire de la concurrence, le procureur général du Canada, le Tribunal de la concurrence, le ministre responsable ou par les tribunaux, ne sont pas assujetties aux dispositions sur le règlement des différends des sections C ou D du présent accord.

**Lettre d'entente**

**Code de conduite (adopté par la Commission)**

## INDEX

### Section A - Définitions

**Article 1:** Définitions

### Section B – Obligations fondamentales

- Article 2:** Champ d'application
- Article 3:** Traitement national
- Article 4:** Traitement de la nation la plus favorisée
- Article 5:** Norme minimale de traitement
- Article 6:** Dirigeants, conseils d'administration et admission du personnel
- Article 7:** Prescriptions de résultats
- Article 8:** Monopoles et entreprises d'État
- Article 9:** Réserves et exceptions
- Article 10:** Exceptions générales
- Article 11:** Santé, sécurité et mesures environnementales
- Article 12:** Indemnisation des pertes
- Article 13:** Expropriation
- Article 14:** Transferts de fonds
- Article 15:** Subrogation
- Article 16:** Mesures fiscales
- Article 17:** Mesures prudentielles
- Article 18:** Refus d'accorder des avantages
- Article 19:** Transparence

**Annexe B.13(1):** Expropriation

### Section C – Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte

- Article 20:** Objet
- Article 21:** Limitation des plaintes en ce qui concerne les institutions financières de l'autre Partie
- Article 22:** Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre
- Article 23:** Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise
- Article 24:** Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage
- Article 25:** Règlement d'une plainte par la consultation
- Article 26:** Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage
- Article 27:** Soumission d'une plainte à l'arbitrage
- Article 28:** Consentement à l'arbitrage
- Article 29:** Arbitres
- Article 30:** Constitution d'un tribunal lorsqu'une Partie néglige de nommer un arbitre ou que les parties contestantes sont incapables de s'entendre sur un arbitre en chef

- Article 31:** Entente quant à la nomination des arbitres  
**Article 32:** Jonction  
**Article 33:** Notification à la Partie non contestante  
**Article 34:** Documents  
**Article 35:** Participation de la Partie non contestante  
**Article 36:** Lieu de l'arbitrage  
**Article 37:** Objections préliminaires relatives à la compétence ou à l'admissibilité  
**Article 38:** Accès du public aux audiences et aux documents  
**Article 39:** Observations présentées par une Partie non contestante  
**Article 40:** Droit applicable  
**Article 41:** Interprétation des annexes  
**Article 42:** Rapports d'experts  
**Article 43:** Mesures provisoires de protection  
**Article 44:** Sentence finale  
**Article 45:** Caractère définitif et exécution de la sentence  
**Article 46:** Généralités  
**Article 47:** Exclusions

**Annexe C.26:** Renonciation type requise en vertu de l'article 26 de l'accord

**Annexe C.39:** Observations présentées par des Parties non contestantes

### **Section D – Procédures de règlement des différends entre États**

**Article 48:** Différends entre les Parties

### **Section E – Dispositions finales**

- Article 49:** Consultations  
**Article 50:** Étendue des obligations  
**Article 51:** Commission  
**Article 52:** Application et entrée en vigueur

### **ANNEXES**

**ANNEXE I:** *Réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation*

*Liste du Canada.....*

*Liste de l'autre Partie.....*

**ANNEXE II:** *Réserves aux mesures ultérieures*

*Liste du Canada.....*

*Liste de l'autre Partie.....*

**ANNEXE III:** Exceptions au traitement de la nation la plus favorisée

**ANNEXE IV:** Exclusions du règlement des différends

### **LETTRE D'ENTENTE**

Code de conduite (édicte par la Commission)



**ANNEXE « D » : Nombre de TBI conclus**

**NOMBRE DE TBI CONCLUS PAR PAYS**

**(BASE DE DONNÉES DU CIRDI)**



[Home](#) > [Publications](#) > Search Listings of Bilateral Investment Treaties

[About ICSID](#)

[Member States](#)

[Rules](#)

[Cases](#)

[Documents](#)

### Publications

[ICSID Publications](#)

[Search Bibliography](#)

[Search Listings of  
Bilateral Investment  
Treaties](#)

[News Releases](#)

## ICSID Database of Bilateral Investment Treaties

ICSID has since the early 1970s collected the texts of bilateral investment treaties. Most texts have been included in the Centre's multivolume collection of *Investment Treaties*. Preliminary lists of bilateral investment treaties were published by the Centre in 1989, 1992 and 1996.

This database contains information on all the bilateral investment treaties collected by date. The information is organized alphabetically by signatory, and may be further searched by selecting two specific States or the year of signature.

The data, which is not conclusive, is based on information provided to ICSID by governments.

[View Treaties by Country](#)  [Search for a Particular Treaty](#)  [View Treaties by Year](#)

[A - E](#)

[F - J](#)

[K - O](#)

[P - T](#)

[U - Z](#)

### State ▲

[Afghanistan \(2\)](#)

[Albania \(31\)](#)

[Algeria \(40\)](#)

[Angola \(4\)](#)

[Antigua and Barbuda \(2\)](#)

[Argentina \(56\)](#)

[Armenia \(37\)](#)

[Australia \(20\)](#)

[Austria \(65\)](#)

[Azerbaijan \(20\)](#)

[Bahrain \(18\)](#)

[Bangladesh \(24\)](#)

[Barbados \(8\)](#)

[Belarus \(44\)](#)

[Belgium-Luxembourg \(77\)](#)

[Belize \(3\)](#)

[Benin \(7\)](#)

[Bolivia \(23\)](#)

[Bosnia and Herzegovina \(28\)](#)

[Botswana \(4\)](#)

**State** ▲

[Brazil \(15\)](#)  
[Brunei Darussalam \(2\)](#)  
[Bulgaria \(54\)](#)  
[Burkina Faso \(7\)](#)  
[Burundi \(4\)](#)  
[Cambodia \(10\)](#)  
[Cameroon \(8\)](#)  
[Canada \(26\)](#)  
[Cape Verde \(5\)](#)  
[Central African Republic \(2\)](#)  
[Chad \(5\)](#)  
[Chile \(53\)](#)  
[China \(90\)](#)  
[Colombia \(6\)](#)  
[Comoros \(1\)](#)  
[Congo, Democratic Republic of \(3\)](#)  
[Congo, Republic of \(6\)](#)  
[Costa Rica \(19\)](#)  
[Côte d'Ivoire \(9\)](#)  
[Croatia \(56\)](#)  
[Cuba \(42\)](#)  
[Cyprus \(16\)](#)  
[Czech Republic \(79\)](#)  
[Denmark \(43\)](#)  
[Djibouti \(4\)](#)  
[Dominica \(2\)](#)  
[Dominican Republic \(15\)](#)  
[Ecuador \(26\)](#)  
[Egypt, Arab Republic of \(91\)](#)  
[El Salvador \(18\)](#)  
[Equatorial Guinea \(3\)](#)  
[Eritrea \(2\)](#)  
[Estonia \(23\)](#)  
[Ethiopia \(13\)](#)  
[Finland \(62\)](#)  
[France \(103\)](#)  
[Gabon \(11\)](#)

**State** ▲

[Gambia, The \(2\)](#)  
[Georgia \(25\)](#)  
[Germany \(147\)](#)  
[Ghana \(21\)](#)  
[Greece \(38\)](#)  
[Grenada \(2\)](#)  
[Guatemala \(10\)](#)  
[Guinea \(10\)](#)  
[Guinea-Bissau \(1\)](#)  
[Guyana \(5\)](#)  
[Haiti \(4\)](#)  
[Honduras \(10\)](#)  
[Hong Kong \(15\)](#)  
[Hungary \(58\)](#)  
[Iceland \(7\)](#)  
[India \(61\)](#)  
[Indonesia \(44\)](#)  
[Iran, Islamic Republic of \(48\)](#)  
[Ireland \(1\)](#)  
[Israel \(36\)](#)  
[Italy \(83\)](#)  
[Jamaica \(13\)](#)  
[Japan \(11\)](#)  
[Jordan \(42\)](#)  
[Kazakhstan \(39\)](#)  
[Kenya \(4\)](#)  
[Korea, Democratic People's Republic of \(12\)](#)  
[Korea, Republic of \(68\)](#)  
[Kuwait \(40\)](#)  
[Kyrgyz Republic \(22\)](#)  
[Lao People's Democratic Republic \(23\)](#)  
[Latvia \(43\)](#)  
[Lebanon \(48\)](#)  
[Lesotho \(3\)](#)  
[Liberia \(4\)](#)  
[Libya \(14\)](#)  
[Lithuania \(42\)](#)

**State** ▲[Macedonia, Former Yugoslav Republic of \(21\)](#)[Madagascar \(6\)](#)[Malawi \(4\)](#)[Malaysia \(67\)](#)[Mali \(6\)](#)[Malta \(22\)](#)[Mauritania \(7\)](#)[Mauritius \(12\)](#)[Mexico \(23\)](#)[Moldova \(36\)](#)[Mongolia \(33\)](#)[Montenegro \(2\)](#)[Morocco \(40\)](#)[Mozambique \(12\)](#)[Myanmar \(3\)](#)[Namibia \(8\)](#)[Nepal \(4\)](#)[Netherlands \(105\)](#)[New Zealand \(4\)](#)[Nicaragua \(17\)](#)[Niger \(5\)](#)[Nigeria \(11\)](#)[Norway \(16\)](#)[Oman \(20\)](#)[Pakistan \(47\)](#)[Panama \(18\)](#)[Papua New Guinea \(5\)](#)[Paraguay \(22\)](#)[Peru \(30\)](#)[Philippines \(29\)](#)[Poland \(62\)](#)[Portugal \(45\)](#)[Qatar \(17\)](#)[Romania \(84\)](#)[Russian Federation \(50\)](#)[Rwanda \(4\)](#)[San Marino \(1\)](#)

**State** ▲

[Sao Tome and Principe \(1\)](#)  
[Saudi Arabia \(11\)](#)  
[Senegal \(17\)](#)  
[Serbia \(29\)](#)  
[Seychelles \(2\)](#)  
[Sierra Leone \(3\)](#)  
[Singapore \(21\)](#)  
[Slovak Republic \(40\)](#)  
[Slovenia \(36\)](#)  
[Somalia \(1\)](#)  
[South Africa \(41\)](#)  
[Spain \(61\)](#)  
[Sri Lanka \(24\)](#)  
[St. Lucia \(2\)](#)  
[St. Vincent and the Grenadines \(1\)](#)  
[Sudan \(13\)](#)  
[Suriname \(1\)](#)  
[Swaziland \(2\)](#)  
[Sweden \(66\)](#)  
[Switzerland \(127\)](#)  
[Syria \(20\)](#)  
[Tajikistan \(20\)](#)  
[Tanzania \(12\)](#)  
[Thailand \(42\)](#)  
[Timor-Leste \(2\)](#)  
[Togo \(3\)](#)  
[Tonga \(1\)](#)  
[Trinidad and Tobago \(7\)](#)  
[Tunisia \(54\)](#)  
[Turkey \(73\)](#)  
[Turkmenistan \(17\)](#)  
[Uganda \(9\)](#)  
[Ukraine \(63\)](#)  
[United Arab Emirates \(21\)](#)  
[United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland \(102\)](#)  
[United States of America \(48\)](#)  
[Uruguay \(29\)](#)

**State** ▲[Uzbekistan \(33\)](#)[Vanuatu \(1\)](#)[Venezuela \(24\)](#)[Vietnam \(46\)](#)[Yemen, Republic of \(20\)](#)[Yugoslavia, Federal Republic of \(4\)](#)[Zaire \(7\)](#)[Zambia \(7\)](#)[Zimbabwe \(17\)](#)

---

**ANNEXE « E » : Membres de la Convention de  
Washington**

**ÉTATS CONTRACTANTS ET SIGNATAIRES DE LA  
CONVENTION DE WASHINGTON**

**(25 JUILLET 2012)**



**Centre international pour le règlement des différends  
relatifs aux investissements**

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, E.U.A.  
Téléphone: (202) 458-1534 Télécopieurs: (202) 522-2615/2027  
Site Internet: <http://www.worldbank.org/icsid>

CIRDI/3

**LISTE DES ETATS CONTRACTANTS ET SIGNATAIRES DE LA CONVENTION  
(au 5 mai 2011)**

Les 157 Etats qui figurent sur la liste ci-dessous ont signé la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats aux dates indiquées. Le nom des 147 Etats qui ont déposé leurs instruments de ratification est en caractères gras, et les dates de dépôt ainsi que d'accession au statut d'Etat contractant par l'entrée en vigueur de la Convention en ce qui concerne chacun d'eux sont également indiquées.

<b>Etat</b>	<b>Signature</b>	<b>Dépôt des instruments de Ratification</b>	<b>Entrée en vigueur de la Convention</b>
<b>Afghanistan</b>	30 sept. 1966	25 juin 1968	25 juill. 1968
<b>Albanie</b>	15 oct. 1991	15 oct. 1991	14 nov. 1991
<b>Algérie</b>	17 avr. 1995	21 fév. 1996	22 mars 1996
<b>Allemagne</b>	27 janv. 1966	18 avr. 1969	18 mai 1969
<b>Arabie saoudite</b>	28 sept. 1979	8 mai 1980	7 juin 1980
<b>Argentine</b>	21 mai 1991	19 oct. 1994	18 nov. 1994
<b>Arménie</b>	16 sept. 1992	16 sept. 1992	16 oct. 1992
<b>Australie</b>	24 mars 1975	2 mai 1991	1er juin 1991
<b>Autriche</b>	17 mai 1966	25 mai 1971	24 juin 1971
<b>Azerbaïdjan</b>	18 sept. 1992	18 sept. 1992	18 oct. 1992
<b>Bahamas</b>	19 oct. 1995	19 oct. 1995	18 nov. 1995
<b>Bahreïn</b>	22 sept. 1995	14 fév. 1996	15 mars 1996
<b>Bangladesh</b>	20 nov. 1979	27 mars 1980	26 avr. 1980
<b>Barbade</b>	13 mai 1981	1er nov. 1983	1er déc. 1983
<b>Bélarus</b>	10 juill. 1992	10 juill. 1992	9 août 1992
<b>Belgique</b>	15 déc. 1965	27 août 1970	26 sept. 1970
Belize	19 déc. 1986		
<b>Bénin</b>	10 sept. 1965	6 sept. 1966	14 oct. 1966
<b>Bosnie-Herzégovine</b>	25 avr. 1997	14 mai 1997	13 juin 1997
<b>Botswana</b>	15 janv. 1970	15 janv. 1970	14 fév. 1970
<b>Brunéi Darussalam</b>	16 sept. 2002	16 sept. 2002	16 oct. 2002
<b>Bulgarie</b>	21 mars 2000	13 avr. 2001	13 mai 2001
<b>Burkina Faso</b>	16 sept. 1965	29 août 1966	14 oct. 1966
<b>Burundi</b>	17 fév. 1967	5 nov. 1969	5 déc. 1969
<b>Cambodge</b>	5 nov. 1993	20 déc. 2004	19 janv. 2005
<b>Cameroun</b>	23 sept. 1965	3 janv. 1967	2 fév. 1967
Canada	15 déc. 2006		
<b>Cap Vert</b>	20 déc. 2010	27 déc. 2010	26 janv. 2011

<b>Etat</b>	<b>Signature</b>	<b>Dépôt des instruments de Ratification</b>	<b>Entrée en vigueur de la Convention</b>
<b>Chili</b>	25 janv. 1991	24 sept. 1991	24 oct. 1991
<b>Chine</b>	9 fév. 1990	7 janv. 1993	6 fév. 1993
<b>Chypre</b>	9 mars 1966	25 nov. 1966	25 déc. 1966
<b>Colombie</b>	18 mai 1993	15 juill. 1997	14 août 1997
<b>Comores</b>	26 sept. 1978	7 nov. 1978	7 déc. 1978
<b>Congo, République démocratique du</b>	29 oct. 1968	29 avr. 1970	29 mai 1970
<b>Congo, République du</b>	27 déc. 1965	23 juin 1966	14 oct. 1966
<b>Corée, République de</b>	18 avr. 1966	21 fév. 1967	23 mars 1967
<b>Costa Rica</b>	29 sept. 1981	27 avr. 1993	27 mai 1993
<b>Côte d'Ivoire</b>	30 juin 1965	16 fév. 1966	14 oct. 1966
<b>Croatie</b>	16 juin 1997	22 sept. 1998	22 oct. 1998
<b>Danemark</b>	11 oct. 1965	24 avr. 1968	24 mai 1968
<b>Egypte, République arabe d'</b>	11 fév. 1972	3 mai 1972	2 juin 1972
<b>El Salvador</b>	9 juin 1982	6 mars 1984	5 avr. 1984
<b>Emirats arabes unis</b>	23 déc. 1981	23 déc. 1981	22 janv. 1982
<b>Espagne</b>	21 mars 1994	18 août 1994	17 sept. 1994
<b>Estonie</b>	23 juin 1992	23 juin 1992	22 juill. 1992
<b>Etats-Unis d'Amérique</b>	27 août 1965	10 juin 1966	14 oct. 1966
<b>Ethiopie</b>	21 sept. 1965		
<b>Fédération de Russie</b>	16 juin 1992		
<b>Fidji</b>	1er juill. 1977	11 août 1977	10 sept. 1977
<b>Finlande</b>	14 juill. 1967	9 janv. 1969	8 fév. 1969
<b>France</b>	22 déc. 1965	21 août 1967	20 sept. 1967
<b>Gabon</b>	21 sept. 1965	4 avr. 1966	14 oct. 1966
<b>Gambie</b>	1er oct. 1974	27 déc. 1974	26 janv. 1975
<b>Géorgie</b>	7 août 1992	7 août 1992	6 sept. 1992
<b>Ghana</b>	26 nov. 1965	13 juill. 1966	14 oct. 1966
<b>Grèce</b>	16 mars 1966	21 avr. 1969	21 mai 1969
<b>Grenade</b>	24 mai 1991	24 mai 1991	23 juin 1991
<b>Guatemala</b>	9 nov. 1995	21 janv. 2003	20 fév. 2003
<b>Guinée</b>	27 août 1968	4 nov. 1968	4 déc. 1968
<b>Guinée-Bissau</b>	4 sept. 1991		
<b>Guyana</b>	3 juill. 1969	11 juill. 1969	10 août 1969
<b>Haïti</b>	30 janv. 1985	27 oct. 2009	26 nov. 2009
<b>Honduras</b>	28 mai 1986	14 fév. 1989	16 mars 1989
<b>Hongrie</b>	1er oct. 1986	4 fév. 1987	6 mars 1987
<b>Iles Salomon</b>	12 nov. 1979	8 sept. 1981	8 oct. 1981
<b>Indonésie</b>	16 fév. 1968	28 sept. 1968	28 oct. 1968
<b>Irlande</b>	30 août 1966	7 avr. 1981	7 mai 1981
<b>Islande</b>	25 juill. 1966	25 juill. 1966	14 oct. 1966

<b>Etat</b>	<b>Signature</b>	<b>Dépôt des instruments de Ratification</b>	<b>Entrée en vigueur de la Convention</b>
<b>Israël</b>	16 juin 1980	22 juin 1983	22 juill. 1983
<b>Italie</b>	18 nov. 1965	29 mars 1971	28 avr. 1971
<b>Jamaïque</b>	23 juin 1965	9 sept. 1966	14 oct. 1966
<b>Japon</b>	23 sept. 1965	17 août 1967	16 sept. 1967
<b>Jordanie</b>	14 juill. 1972	30 oct. 1972	29 nov. 1972
<b>Kazakhstan</b>	23 juill. 1992	21 sept. 2000	21 oct. 2000
<b>Kenya</b>	24 mai 1966	3 janv. 1967	2 fév. 1967
<b>Kosovo, Rép. du</b>	29 juin 2009	29 juin 2009	29 juill. 2009
<b>Koweït</b>	9 fév. 1978	2 fév. 1979	4 mars 1979
<b>Lesotho</b>	19 sept. 1968	8 juill. 1969	7 août 1969
<b>Lettonie</b>	8 août 1997	8 août 1997	7 sept. 1997
<b>Liban</b>	26 mars 2003	26 mars 2003	25 avr. 2003
<b>Libéria</b>	3 sept. 1965	16 juin 1970	16 juill. 1970
<b>Lituanie</b>	6 juill. 1992	6 juill. 1992	5 août 1992
<b>Luxembourg</b>	28 sept. 1965	30 juill. 1970	29 août 1970
<b>Macédoine, ex-Rép. yougoslave de</b>	16 sept. 1998	27 oct. 1998	26 nov. 1998
<b>Madagascar</b>	1er juin 1966	6 sept. 1966	14 oct. 1966
<b>Malaisie</b>	22 oct. 1965	8 août 1966	14 oct. 1966
<b>Malawi</b>	9 juin 1966	23 août 1966	14 oct. 1966
<b>Mali</b>	9 avr. 1976	3 janv. 1978	2 fév. 1978
<b>Malte</b>	24 avr. 2002	3 nov. 2003	3 déc. 2003
<b>Maroc</b>	11 oct. 1965	11 mai 1967	10 juin 1967
<b>Maurice</b>	2 juin 1969	2 juin 1969	2 juill. 1969
<b>Mauritanie</b>	30 juill. 1965	11 jan. 1966	14 oct. 1966
<b>Micronésie, Etats fédérés de</b>	24 juin 1993	24 juin 1993	24 juill. 1993
<b>Moldavie</b>	12 août 1992	5 mai 2011	4 juin 2011
<b>Mongolie</b>	14 juin 1991	14 juin 1991	14 juill. 1991
<b>Mozambique</b>	4 avr. 1995	7 juin 1995	7 juill. 1995
<b>Namibie</b>	26 oct. 1998		
<b>Népal</b>	28 sept. 1965	7 janv. 1969	6 fév. 1969
<b>Nicaragua</b>	4 fév. 1994	20 mars 1995	19 avr. 1995
<b>Niger</b>	23 août 1965	14 nov. 1966	14 déc. 1966
<b>Nigéria</b>	13 juill. 1965	23 août 1965	14 oct. 1966
<b>Norvège</b>	24 juin 1966	16 août 1967	15 sept. 1967
<b>Nouvelle-Zélande</b>	2 sept. 1970	2 avr. 1980	2 mai 1980
<b>Oman</b>	5 mai 1995	24 juill. 1995	23 août 1995
<b>Ouganda</b>	7 juin 1966	7 juin 1966	14 oct. 1966
<b>Ouzbékistan</b>	17 mars 1994	26 juill. 1995	25 août 1995
<b>Pakistan</b>	6 juill. 1965	15 sept. 1966	14 oct. 1966
<b>Panama</b>	22 nov. 1995	8 avr. 1996	8 mai 1996
<b>Papouasie-</b>			

<b>Etat</b>	<b>Signature</b>	<b>Dépôt des instruments de Ratification</b>	<b>Entrée en vigueur de la Convention</b>
<b>Nouvelle-Guinée</b>	20 oct. 1978	20 oct. 1978	19 nov. 1978
<b>Paraguay</b>	27 juill. 1981	7 janv. 1983	6 fév. 1983
<b>Pays-Bas</b>	25 mai 1966	14 sept. 1966	14 oct. 1966
<b>Pérou</b>	4 sept. 1991	9 août 1993	8 sept. 1993
<b>Philippines</b>	26 sept. 1978	17 nov. 1978	17 déc. 1978
<b>Portugal</b>	4 août 1983	2 juill. 1984	1er août 1984
<b>Qatar</b>	30 sept. 2010	21 déc. 2010	20 jan. 2011
<b>République centrafricaine</b>	26 août 1965	23 fév. 1966	14 oct. 1966
République dominicaine	20 mars 2000		
République kirghize	9 juin 1995		
<b>République slovaque</b>	27 sept. 1993	27 mai 1994	26 juin 1994
<b>République tchèque</b>	23 mars 1993	23 mars 1993	22 avr. 1993
<b>Roumanie</b>	6 sept. 1974	12 sept. 1975	12 oct. 1975
<b>Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord</b>	26 mai 1965	19 déc. 1966	18 janv. 1967
<b>Rwanda</b>	21 avr. 1978	15 oct. 1979	14 nov. 1979
<b>Saint-Kitts-et-Nevis</b>	14 oct. 1994	4 août 1995	3 sept. 1995
<b>Saint-Vincent-et-les Grenadines</b>	7 août 2001	16 déc. 2002	15 janv. 2003
<b>Sainte-Lucie</b>	4 juin 1984	4 juin 1984	4 juill. 1984
<b>Samoa</b>	3 fév. 1978	25 avr. 1978	25 mai 1978
Sao Tomé-et-Principe	1er oct. 1999		
<b>Sénégal</b>	26 sept. 1966	21 avr. 1967	21 mai 1967
<b>Serbie</b>	9 mai 2007	9 mai 2007	8 juin 2007
<b>Seychelles</b>	16 fév. 1978	20 mars 1978	19 avr. 1978
<b>Sierra Leone</b>	27 sept. 1965	2 août 1966	14 oct. 1966
<b>Singapour</b>	2 fév. 1968	14 oct. 1968	13 nov. 1968
<b>Slovénie</b>	7 mars 1994	7 mars 1994	6 avr. 1994
<b>Somalie</b>	27 sept. 1965	29 fév. 1968	30 mars 1968
<b>Soudan</b>	15 mars 1967	9 avr. 1973	9 mai 1973
<b>Sri Lanka</b>	30 août 1967	12 oct. 1967	11 nov. 1967
<b>Suède</b>	25 sept. 1965	29 déc. 1966	28 janv. 1967
<b>Suisse</b>	22 sept. 1967	15 mai 1968	14 juin 1968
<b>Swaziland</b>	3 nov. 1970	14 juin 1971	14 juill. 1971
<b>Syrie</b>	25 mai 2005	25 janv. 2006	24 fév. 2006
<b>Tanzanie</b>	10 janv. 1992	18 mai 1992	17 juin 1992
<b>Tchad</b>	12 mai 1966	29 août 1966	14 oct. 1966
Thaïlande	6 déc. 1985		
<b>Timor-Leste</b>	23 juill. 2002	23 juill. 2002	22 août 2002
<b>Togo</b>	24 janv. 1966	11 août 1967	10 sept. 1967
<b>Tonga</b>	1er mai 1989	21 mars 1990	20 avr. 1990
<b>Trinité-et-Tobago</b>	5 oct. 1966	3 janv. 1967	2 fév. 1967
<b>Tunisie</b>	5 mai 1965	22 juin 1966	14 oct. 1966

<b>Etat</b>	<b>Signature</b>	<b>Dépôt des instruments de Ratification</b>	<b>Entrée en vigueur de la Convention</b>
<b>Turkménistan</b>	26 sept. 1992	26 sept. 1992	26 oct. 1992
<b>Turquie</b>	24 juin 1987	3 mars 1989	2 avr. 1989
<b>Ukraine</b>	3 avr. 1998	7 juin 2000	7 juill. 2000
<b>Uruguay</b>	28 mai 1992	9 août 2000	8 sept. 2000
<b>Venezuela</b>	18 août 1993	2 mai 1995	1er juin 1995
<b>Yémen, République du</b>	28 oct. 1997	21 oct. 2004	20 nov. 2004
<b>Zambie</b>	17 juin 1970	17 juin 1970	17 juill. 1970
<b>Zimbabwe</b>	25 mars 1991	20 mai 1994	19 juin 1994

Note : Le Gouvernement de la République de la Bolivie a signé la Convention du CIRDI le 3 mai 1991 et a déposé son instrument de ratification le 23 juin 1995. La Convention est entrée en vigueur pour la Bolivie le 23 juillet 1995. Le 2 mai 2007 le dépositaire a reçu une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la Bolivie. En vertu de l'article 71 de la Convention, la dénonciation a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 3 novembre 2007.

Le Gouvernement de la République de l'Equateur a signé la Convention du CIRDI le 15 janvier 1986 et a déposé son instrument de ratification à la même date. La Convention est entrée en vigueur pour l'Equateur le 14 février 1986. Le 6 juillet 2009 le dépositaire a reçu une notification par écrit de la dénonciation de la Convention par l'Equateur. En vertu de l'article 71 de la Convention, la dénonciation a pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 7 janvier 2010.

**ANNEXE « F » : Règlements d'arbitrage de la CPA**

**LISTE DES RÈGLEMENTS D'ARBITRAGE DE LA  
COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE**

## Règlements de procédure

- [Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux Etats](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre deux parties dont l'une seulement est un Etat](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les Etats](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends entre les organisations internationales et les parties privées](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour la conciliation](#)
- [Règlement facultatif de la CPA sur les commissions d'enquête pour l'établissement des faits](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement](#)
- [Règlement facultatif de la CPA pour la conciliation des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement](#)
- [Directives pour l'adaptation des Règlements de la CPA aux différends découlant d'accords multilatéraux et de contrats entre plus de deux parties](#)

**ANNEXE « G » : TBI et CPA**

**LISTE DES TBI SE RÉFÉRANT AUX RÈGLEMENTS  
D'ARBITRAGE DE LA COUR PERMANENTE  
D'ARBITRAGE**



**Traités bilatéraux d'investissement**

1. [Traité entre l'Argentine et les États-Unis relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement](#), Washington, 14 novembre 1991, I.L.M., vol. 31, p. 124 (1992).  
[Article VIII](#)
2. [Accord entre l'Australie et la République démocratique populaire du Laos relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 6 avril 1994,  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Annexe B
3. [Accord entre le Gouvernement de la République populaire du Bangladesh et le Gouvernement de la République islamique d'Iran relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 29 avril 2001.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Articles 4 et 12
4. [Accord entre le Gouvernement de la République de Biélorussie et le Gouvernement de la République islamique d'Iran relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 14 juillet 1995.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 11
5. [Accord entre la Confédération suisse et la République de Bulgarie relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 28 octobre 1991 (Fr.). Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 11
6. [Traité entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la République de Bulgarie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement](#), Washington, 23 septembre 1992, U.S. Senate Treaty Doc. 103-3.  
[Article VIII.](#)
7. [Accord entre le Gouvernement de la République de Croatie et le Gouvernement de l'Etat d'Israël relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 1 août 2000.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 9
8. [Traité de promotion et de protection des investissements conclu entre la République italienne et la République de Cuba](#), 7 mai 1993.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
[Article 10](#)
9. [Accord entre le Gouvernement de l'Etat d'Israël et le Gouvernement de la République d'El Salvador relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 3 avril 2000.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 9
10. [Accord entre le Gouvernement de la République fédérale démocratique d'Ethiopie et le Gouvernement de l'Etat d'Israël relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 20 novembre 2003.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".

## Article 9

11. [Accord entre la République de Finlande et le Gouvernement de l'Etat du Qatar relatif à la promotion et à la protection des investissements](#), 12 novembre 2001.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 9
12. [Accord relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), France-Haïti, 23 mai 1984.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 11
13. [Accord entre la France et l'Inde sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements](#), 2 septembre 1997, J.O.R.F., 6 mai 1999, p. 6791, Recueil des traités, 2000, p. 47.  
[Articles 9 et 10](#)
14. [Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique populaire du Laos relatif à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements](#), 9 août 1996.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 11
15. [Traité de promotion et de protection des investissements conclu entre l'Inde et l'Indonésie](#), 8 février 1999.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
[Article 9](#)
16. [Accord d'encouragement de l'investissement entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement de l'Inde](#), 19 novembre 1997, U.S.-India, 1997, U.S.T. LEXIS 19, Préambule.  
[Article 6](#).
17. [Accord entre le Gouvernement de la République du Kazakhstan et le Gouvernement de la République islamique d'Iran relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 16 janvier 1996.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 11
18. [Accord entre le Gouvernement de la République libanaise et le Gouvernement de la République islamique d'Iran relatif à la promotion et à la protection des investissements](#), 28 octobre 1997.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 13
19. [Accord entre le Gouvernement de la République islamique de Pakistan et le Gouvernement de la République islamique d'Iran relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 8 novembre 1995.  
Source: Conseil d'Investissement du Gouvernement du Pakistan.  
Article 11, Paragraphe 3 et Paragraphe 4
20. [Accord entre le Gouvernement de la République islamique d'Iran et le Gouvernement du Royaume de Thaïlande relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 1997.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 11
21. [Accord entre le Gouvernement de l'Etat d'Israël et le Gouvernement de Roumanie relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 3 août 1998.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 8

22. [Accord entre le Gouvernement du Royaume de Thaïlande et le Gouvernement de l'Etat d'Israël relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 18 février 2000.  
Source: CNUCED "Investment Instruments Online".  
Article 9
23. [Accord entre le Gouvernement de l'Etat d'Israël et le Gouvernement de la République de Turquie relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements](#), 14 mars 1996.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 9
24. [Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de l'Etat du Qatar relatif à la promotion et à la protection des investissements](#), 16 avril 1999.  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Articles 8 et 9
25. [Accord entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République du Panama relatif à la promotion et à la protection des investissements](#), 19 octobre 1983 (Fr.).  
Source: Nations Unies, Collection des Traités (en ligne).  
Article 9
26. [Traité entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement de la Roumanie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement](#), Bucarest, 28 mai 1992, I.L.M., vol. 34, p. 1158 (1995).  
[Article VII](#)
27. [Accord entre la Fédération de Russie et les États-Unis relatif aux incitations à l'investissement](#), Washington, 3 avril 1992, I.L.M., vol. 31, p. 777.  
[Article 5](#)
28. [Traité entre les États-Unis d'Amérique et la Fédération de Russie relatif à l'encouragement et à la protection réciproques de l'investissement](#), 17 juin 1992  
[Article VII](#)